

Bewertung und Reformbedarf – Die maßgeblichen Akteure –

MARTIN BURGI

I. Die Relevanz der Akteurebene

Ob und „wie Großprojekte mit Bürgerbeteiligung möglich werden“, hängt zum einen von den Verfahrensstrukturen ab, also davon, wie das „Planen, Erklären und Zuhören“ ablaufen soll und tatsächlich abläuft. Die Realisierung von Großprojekten hat aber sodann auch eine organisatorische Dimension, die zumeist unterschätzt wird.¹ Wie sind die einzelnen Akteure (Vorhabenträger, Behörden, Dritte und andere) funktionell angeordnet? Ermöglicht die gegenwärtige Anordnung Transparenz im Sinne von Rollenklarheit und befördert sie durch sachverständig und unparteiisch getroffene Entscheidungen Akzeptanz? Oder gibt es Defizite bei der Bürgerbeteiligung, die ihre Ursache in den bestehenden – und daher ggf. durch Reformpolitik zu überwindenden – Akteursstrukturen haben? Dies betrifft die Abgrenzung zwischen dem Vorhabenträger, der Anhörungs- bzw. Planfeststellungsbehörde, ferner die etwaige Einschaltung von Moderatoren und Mediatoren und natürlich auch die Binnenstruktur dessen, was wir ganz allgemein als „Bürger“ bzw. „Öffentlichkeit“ bezeichnen. Auch in diesem Referat geht es „nur“ um die ggf. rechtlich zu bewältigenden Herausforderungen, nicht um die freilich höchst relevanten

¹ Die Ausführungen und Vorschläge im Teil II beruhen auf den umfangreichen Überlegungen, die der *Verf.* zusammen mit *Durner* in einem Gutachten im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen angestellt hat, das demnächst veröffentlicht wird unter dem Titel „Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG: Transparenz, Bürgerfreundlichkeit und Perspektiven der Bürgerbeteiligung, insbesondere in Verfahren der Eröffnungskontrolle“, 2011.

Aspekte der Personalausstattung, der Persönlichkeitsprofile und den etwaigen Coaching-Bedarf bei den Beteiligten.²

Unser Augenmerk gilt zunächst den Akteursstrukturen innerhalb eines bereits begonnenen Planfeststellungsverfahrens (als dem weitestwichtigen Rahmen für die Zulassung von Großvorhaben).³ Dieses zielt als Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG auf den Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses oder auf dessen Ablehnung. Prüfungsmaßstab ist die Rechtmäßigkeit des Großvorhabens, d. h. seine Vereinbarkeit mit den weit verzweigten Vorschriften des nationalen und europäischen Rechts, vor allem des Umweltrechts. Der Ort für Reformen in diesem Stadium wäre das VwVfG (II).

In diesem Stadium steht freilich schon fest, dass das betreffende Großvorhaben realisiert werden soll, d. h. die Frage des Ob ist vorab, in Kopf und Strategieplan des Vorhabenträgers, entschieden worden. Dies nimmt das geltende Recht im Grunde hin und auch in der Reformdiskussion seit Stuttgart 21⁴ setzen die bisher gemachten Vorschläge erst später an. So unterstellt der Vorschlag des „Beirats Verwaltungsverfahrensrecht beim BMI“ in Richtung einer Ergänzung des § 25 VwVfG („Beratung“, „Auskunft“), dass es bereits ein „Vorhaben“ und einen „Antragsteller“ für ein Planfeststellungsverfahren gibt, weshalb die intendierte sog. frühe Bürgerbeteiligung nicht auf das „Ob“, sondern auf die „Gestaltung“ des Vorhabens zielt.⁵ Bezeichnenderweise fragt auch der Untertitel unserer Veranstaltung

² Interessante Berichte über Konzepte und Anwendungsverfahren zuletzt bei *Wulforst*, DÖV 2011, S. 581 (586 ff.); *von Knebel*, ZUR 2011, S. 351 ff.; *Schmidt*, ZUR 2011, S. 296 ff.

³ Es findet u. a. statt bei der bergrechtlichen Rahmenbetriebsplanzulassung, der Genehmigung von Betriebsanlagen einer Eisenbahn, dem Ausbau, Neubau und der Beseitigung von Bundeswasserstraßen, dem Bau von Flughafen- und Landeplätzen, dem Gewässerausbau, dem Bau von Energienetzinfrastrukturen und dem Bau von Bundesfernstraßen. Auf das Anlagengenehmigungsverfahren nach § 10 Abs. 3 – 4 BImSchG i.V.m. §§ 8 ff. der 9. BImSchVO finden teilweise verwandte Vorschriften Anwendung, allerdings hat man es hier in der Regel mit privatwirtschaftlichen Vorhabenträgern (vgl. dazu noch II 1) zu tun, weswegen die Übernahme der im Referat angestellten Überlegungen allein schon deswegen jeweils gesondert geprüft werden müsste.

⁴ Die dortigen Verfahrensabläufe sind prägnant und mit zahlreichen Nachweisen geschildert bei *Schönenbroicher*, VBIBW 2010, S. 466.

⁵ Näher erläutert in der Veröffentlichung des Beirats in NVwZ 2011, S. 859; federführend ist der im BMI für das Verwaltungsverfahrensrecht zuständige Ministerialrat *Dr. Heribert Schmitz*.

danach, „wie“ Großprojekte mit Bürgerbeteiligung möglich werden; dass sich die Bürgerbeteiligung auch auf das „Ob“ der Großprojekte beziehen könnte, wird so von vornherein ausgeblendet. Das ist umso erstaunlicher, da gerade hier der tiefere Grund für nachfolgendes Missbehagen und damit für den späteren Vorwurf der „Bastapolitik“⁶ gelegt wird. Schon ein kurzer Blick über die Internetinformationsseiten sowohl der Befürworter als auch der Gegner des Baus einer dritten Start- und Landebahn am Flughafen München bestätigt, dass die meisten Argumente auf den Bedarf für dieses Vorhaben zielen, während Feldhamster- und Lärmargumente eine vergleichsweise kleinere Rolle spielen. Wie sich zeigen wird, wäre der Ort für Reformen in diesem, bislang zumeist gar nicht gesondert verfassten Stadium, das Fachrecht (vgl. III).

II. Akteursbezogener Reformbedarf im Rahmen des Planungsverfahrens

1. Vorhabenträger

a) Bedeutung und Zusammensetzung

Spätestens seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.11.1994⁷ ist davon auszugehen, dass regelmäßig die Planfeststellungsbehörde nicht selbst plant, sondern die Vorstellungen des Vorhabenträgers nachvollzieht; selbstverständlich prüft sie zuvor die Einhaltung bindender Vorgaben. In den Worten von *Hoppe/Schlarmann/Buchner/Deutsch*⁸ bedeutet dies, dass grundsätzlich „dem Vorhabenträger die originäre Planungskompetenz obliegt, die Planfeststellungsbehörde hingegen dessen planerische Abwägungsentscheidung lediglich nachvollziehend kontrolliert.“ Daher ist das Planfeststellungsverfahren auch antragsgebunden und regelt § 73 Abs. 1 Satz 1 VwVfG, dass „der Träger des Vorhabens“ den Plan der Anhörungsbehörde zur Durchführung des Anhörungsverfahrens einzureichen hat. Bereits in diesem Stadium hat man es mit einem „Plan“ zu tun. Subjektivrechtlich korrespondiert dem ein Rechtsan-

⁶ Prägnant *Heiner Geisler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, v. 30.11.2010, S. 6.

⁷ BVerwGE 97, 143.

⁸ *Hoppe/Schlarmann/Buchner/Deutsch*, Rechtsschutz bei der Planung von Verkehrsanlagen und anderen Infrastrukturvorhaben, 2011, Rdnr. 77.

spruch des Vorhabenträgers darauf, dass überhaupt eine Entscheidung getroffen wird.

Die Planfeststellungsbehörde kann in diesem Stadium somit weder die Feststellung ablehnen noch den vom Vorhabenträger eingereichten Plan durch einen inhaltlich völlig anderen Plan ersetzen. Inhaltlich besitzt der Vorhabenträger zwar in der Regel keinen Anspruch darauf, dass exakt der von ihm eingereichte Plan festgestellt wird. Wohl aber besteht ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Ausübung des Planungsermessens, wobei insbesondere bei Unvollständigkeit des Abwägungsmaterials und im Hinblick auf die Ausgleichs- und Ergänzungsbefugnisse nach § 74 Abs. 2 Satz 2 VwVfG erhebliche Gestaltungsspielräume zugunsten der Planfeststellungsbehörde existieren.⁹ Früher durchaus berechtigte Bedenken dahingehend, ob für das Abwägungsgebot überhaupt Raum ist, wenn es sich um private Vorhaben handelt,¹⁰ sind damit überwunden; der private Vorhabenträger ist wie alle anderen Vorhabenträger derjenige, dem die materielle Planungsaufgabe eigenverantwortlich zugewiesen ist.¹¹

In den seit „Stuttgart 21“ auf breiter politischer und medialer Front geführten Diskussionen geht teilweise unter, dass der bloße Umstand, dass man es mit einem planfeststellungspflichtigen Vorhaben zu tun hat, nicht ohne Weiteres bedeutet, dass es sich auch um ein Vorhaben der „Öffentlichkeit“ in dem Sinne handeln würde, dass stets Stellen des Bundes, der Länder oder auch der Kommunen Vorhabenträger wären. Vielmehr ist bereits selbst in diesen Fällen Differenzierung geboten. So kann es sein, dass nicht eine Gebietskörperschaft Vorhabenträger ist, sondern ein dieser gehörendes öffentliches Unternehmen bzw. ein öffentliches Unternehmen, an dem der Bund oder ein Land mehrheitlich beteiligt ist.

Daneben gibt es schließlich ungeachtet der regelmäßig bestehenden Relevanz der planfeststellungspflichtigen Vorhaben für die allgemeine Öffentlichkeit auch „echte“ privatwirtschaftliche Vorhabenträger, so insbesondere im Anwendungsbereich der Vorschriften über die wasserrechtliche Planfeststellung, aber auch in Gestalt der Betreiber kleinerer Flughäfen. Sie können sich fraglos auf die Grund-

⁹ Zu den wiederum insoweit bestehenden Grenzen vgl. *Hoppe u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 785 ff.

¹⁰ So u. a. *Burgi*, JZ 1994, S. 654 ff.

¹¹ Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 311 ff.

rechte der Art. 1 bis 19 des Grundgesetzes berufen, d. h. bei ihnen stellt die Verwirklichung des Vorhabens regelmäßig einen Bestandteil der Berufsausübungs- und der Eigentumsgarantie dar. Sie sind allein deswegen selbst „Bürger“, und zwar solche mit einer von vornherein subjektiv-rechtlichen (auf der Ebene der Verfassung) geschützten Rechtsstellung. Weiter verkompliziert wird die Ausgangslage dadurch, dass nicht selten (so auch im Fall von Stuttgart 21) verschiedene Vorhabenträger in funktionaler, d. h. durch das Vorhaben selbst gebildeter Verbindung stehen, so etwa bei der gleichzeitigen Realisierung einer Eisenbahnstrecke, eines Bahnhofs (Verkehrstation) und eines hierdurch frei werdenden Innenstadtareals.¹²

Der somit unterschiedliche jeweilige rechtliche Standort des Vorhabenträgers wirkt sich zwar nicht auf den in den §§ 72 ff. VwVfG niedergelegten Ablauf des Planfeststellungsverfahrens aus. Erhebliche Unterschiede können sich aber auf der Ebene des materiellen Rechts ergeben. So besteht etwa eine Dominanz der Vorhabenträger bei der Alternativenprüfung,¹³ die jedenfalls bei privatwirtschaftlichen Vorhabenträgern, die typischerweise gar nicht zivilrechtlich über alternative Grundstücke bzw. Trassen verfügen könnten, verstärkt wird. Ferner ist das materielle Prüfprogramm dadurch verändert, dass sog. privatnützige Vorhaben grundsätzlich keine enteignungsrechtliche Vorwirkung entfalten können, dies im Unterschied zu den sog. gemeinnützigen Vorhaben.¹⁴

Aus der somit teilweise bestehenden unterschiedlichen Reichweite des materiellrechtlichen Entscheidungsrahmens ergibt sich eine unterschiedliche Reichweite der auf die Ermittlung jener materiellrechtlichen Determinanten zielenden Verfahrensvorgaben. Dies gilt bereits für die Zusammenstellung der Planunterlagen – etwa im Hinblick auf die Erforderlichkeit eines Grunderwerbsverzeichnis – und setzt sich fort bei den Gegenständen von Einwendungen im Anhörungsverfahren schriftlicher Art bzw. im Erörterungstermin. Soll nun ein Ausbau von Verfahrenspflichten der Vorhabenträger bewirkt

¹² Näher hierzu am konkreten Beispiel *Schönenbroicher*, VBIBW 2010, S. 466 ff.; allg. *Hoppe u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 62 ff.

¹³ Kritisch dazu *Schneider*, Planungs-, genehmigungs- und naturschutzrechtliche Fragen des Netzausbaus, Materialien zur Umweltforschung, Nr. 43, Mai 2010, S. 14.

¹⁴ Vgl. zu den Einzelheiten *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 72 Rdnr. 28; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 72 Rdnr. 14 a ff.

werden, muss diese materiellrechtliche Ausgangslage einbezogen werden, was konkret bedeutet, dass insbesondere zu Lasten privater Vorhabenträger zusätzliche Verfahrenspflichten nur dann realisiert werden könnten, wenn das jeweilige materielle Entscheidungsprogramm (konkret im Bereich der Alternativenprüfung)¹⁵ verändert würde, was wiederum voraussetzte, dass dies überhaupt möglich ist. Dringend zu warnen ist vor der Statuierung unrealistischer, infolge grundrechtlicher bzw. selbstverwaltungsrechtlicher Anspruchspositionen bestimmter Vorhabenträger gar nicht einlösbarer Verfahrenspflichten.

b) Reichweite von Finanzierungspflichten

In der politischen Diskussion müssen auch die etwaigen finanziellen Konsequenzen bedacht werden. Kommt es zu einem Ausbau von Verfahrensstufen bzw. -elementen, so entstehen regelmäßig höhere Kosten sowohl auf Seite der beteiligten Behörden als auch auf Seiten der Vorhabenträger. Dabei handelt es sich wohlgerne nicht um materiellrechtlich begründete finanzielle Verpflichtungen (wie etwa die in § 74 Abs. 2 Satz 2 und 3 VwVfG geregelten Aufwendungen für Schutzeinrichtungen bzw. Entschädigungszahlungen), sondern beispielsweise um die Kosten einer Teilnahme an einem etwaigen neuen Institut der „frühen Bürgerbeteiligung“ oder um höhere Anforderungen an Bestand und Umfang der einzureichenden Unterlagen. Auch die verstärkte Nutzung des Internet¹⁶ dürfte in der Aufbauphase zu erhöhten finanziellen Aufwendungen führen.

Überschlägig dürfte zunächst davon auszugehen sein, dass finanzielle Lasten, die beim Vorhabenträger selbst entstehen (Notwendigkeit des vermehrten Personaleinsatzes, Anpassung von EDV-Anforderungen u. ä.) von diesem zu tragen sind, während finanzielle Lasten, die zunächst bei den beteiligten Behörden entstehen würden (z. B. für die Durchführung der Termine im Rahmen der etwaigen geschaffenen „frühen Bürgerbeteiligung“, EDV-Aufwendungen, etwaige Entgelte für die Einschaltung externer Gutachter oder anderer Dritter [Moderatoren etc.; dazu 4]) zunächst von diesen zu tragen sind.

Es ist sodann eine Frage der Ausgestaltung des Verwaltungsgebühren- und Kostenrechts, inwieweit zum Ersatz dieser Aufwendun-

¹⁵ Eingehend Burgi/Durner (Fn. 1), S. 182 ff.

¹⁶ Vgl. dazu Burgi/Durner (Fn. 1), S. 181.

gen die Allgemeinheit der Steuerzahler (zu denen regelmäßig übrigens ja auch die künftig verstärkt beteiligten Bürgerinnen und Bürger gehören), oder der Vorhabenträger herangezogen wird. Das Verwaltungsverfahrensgesetz ist für diesen Gegenstand nicht der richtige Regelungsort, allerdings sollte bei der etwaigen Schaffung zusätzlicher Verfahrenselemente „nichtinstrumentellen“ Charakters, d. h. nicht nur auf die Sachrichtigkeit der Entscheidung bezogener Zweckrichtung (etwa die Ausgestaltung der ggf. eingeführten „frühen Bürgerbeteiligung“ als ein Element der Schaffung von Transparenz und Vertrauen; zu all dem 3 b), deutlich werden, dass hier eben nicht nur der die Verwaltungsgebührenerhebung grundsätzlich rechtfertigende Zweck der Bearbeitung eines Antrags zwecks Realisierung eines Vorhabens zugunsten eines bestimmten Trägers realisiert wird, sondern ein zusätzlicher, in unspezifischer Weise der Allgemeinheit zugutekommender Zweck, der dann konsequenterweise auch von dieser (und eben nicht vom Vorhabenträger) zu entgelten wäre. Eingehende Aufmerksamkeit bedürfte das im Verwaltungsverfahrenrecht zentrale Prinzip der „Veranlassung“ (vgl. nur § 13 Abs. 1 Nr. 1 Gebührengesetz NRW),¹⁷ insbesondere bei einer Verpflichtung der privatwirtschaftlichen Vorhabenträger zur Abgeltung der Auslagen und Honorare für Gutachter, die durch Teile der „Öffentlichkeit“ beauftragt wurden, ganz abgesehen von den umsetzungstechnischen Fragen nach Zahl und Honorarhöhe bei solchen Erstattungswünschen, nach den überhaupt zur Erteilung von Aufträgen befugten Teilen der Öffentlichkeit (jeder Einzelne? nur Verbände?) und schließlich nach der etwaigen Relevanz vergaberechtlicher Vorgaben.

2. Behördenseite

a) Vorhabenträger-Behörde, Anhörungsbehörde, Planfeststellungsbehörde

Das Verwaltungsverfahrensgesetz unterscheidet in funktioneller Hinsicht zwischen der Behörde des Vorhabenträgers (wenn dieser eine Gebietskörperschaft, insbesondere auf Bundes- oder Landesebene ist), der Anhörungsbehörde (die insbesondere mit verschiedenen Maßnahmen im Rahmen des Verfahrensstadiums nach § 73 betraut ist) und der die abschließende Entscheidung treffenden „Planfeststel-

¹⁷ Gesetz v. 23.8.1999 (GVBl., S. 524); weiterführend *Wienbracke*, Bemessungsgrenzen der Verwaltungsgebühr, 2004.

lungsbehörde“ (vgl. § 74 Abs. 1 VwVfG). Daneben beziehen die verfahrensrechtlichen Regelungen über die Zulassung von Großvorhaben die insbesondere mit der Auslegung der Pläne betrauten „Gemeinden“ (vgl. § 73 Abs. 2, 3 und 5 VwVfG) sowie die zur Abgabe von Stellungnahmen berufenen „Behörden, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird“ (i.S.v. § 73 Abs. 2 VwVfG) ein.

Die Entscheidung darüber, welche Behörde mit der Übernahme der jeweils vorgesehenen Funktion betraut wird, erfolgt zum ganz überwiegenden Teil durch das Landes-Organisationsrecht. Kompetenzrechtlich wäre es freilich nicht ausgeschlossen, etwaige Trennungsvorstellungen unmittelbar im Verwaltungsverfahrensgesetz zu realisieren. Wichtig ist ferner die einleitende Feststellung, dass sowohl die Vorhabenträger-Behörde als auch die Anhörungs- und die Planfeststellungsbehörde Bestandteil der Exekutive i.S.d. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG sind, was nach der verfassungsrechtlichen Ordnung bedeutet, dass ihr Tätigwerden jeweils einen Fall der Ausübung von Staatsgewalt darstellt und damit von Verfassungs wegen unmittelbar auf die Verwirklichung des Gemeinwohls innerhalb der demokratie-, rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Bindungen zielt.

Im Ausgangspunkt ist unumstritten, dass die §§ 73 u. 74 VwVfG mit der Unterscheidung zwischen den drei verschiedenen Kategorien von Behörden gegenwärtig lediglich unterschiedliche Funktionen beschreiben, aber nicht ein organisatorisches Trennungsgebot enthalten.¹⁸ Damit ist es jedenfalls nicht ausgeschlossen, ein- und dieselbe Behörde (beispielsweise eine Bezirksregierung) mit allen drei Funktionen zu betrauen, sofern nur die Funktionen voneinander unterschieden werden, was immerhin eine Trennung nach Abteilungen bzw. zumindest Referaten erfordert. Interessanterweise hat übrigens im Zulassungsverfahren zu „Stuttgart 21“ eine „vorbildliche Aufteilung der Zuständigkeiten“ auf getrennte Behörden stattgefunden; dort hatten die „DB Netz AG“ als Vorhabenträgerin, das Regierungspräsidium Stuttgart als Anhörungsbehörde und das Eisenbahn-Bundesamt als Planfeststellungsbehörde fungiert.¹⁹

Nichtsdestoweniger sind in der aktuellen politischen Diskussion zwei bereits früher immer wieder vertretene Forderungen aufgegriffen worden:

¹⁸ Vgl. BVerwG, DÖV 1980, S. 403; BVerwGE 58, S. 345; *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 266.

¹⁹ Näher *Schönenbroicher*, VBIBW 2010, S. 466.

- Die Herbeiführung einer Trennung von Vorhabenträger-Behörde und Anhörungs- bzw. Planfeststellungsbehörde. Die „Planfeststellung in eigener Sache“ wurde insbesondere im Hinblick auf Infrastruktureinrichtungen der vormaligen Bundespost bzw. der Bundesbahn über Jahrzehnte hinweg praktiziert und oftmals kritisiert. Diese Diskussion hat vor einigen Jahren *Michael Fehling*²⁰ ausführlich dokumentiert. § 82 des Kommissionsentwurfs für ein UGB (UGB-KoME)²¹ sah eine Trennung von Vorhabenträger und Genehmigungsbehörde in den Fällen vor, in denen der behördliche Vorhabenträger seinerseits fachlich spezialisiert und nicht in eine allgemeine Bündelungsbehörde (etwa die Bezirksregierung) integriert ist. Die entsprechende Formulierung lautete: „Nimmt eine Behörde oder Einrichtung des Bundes dessen Aufgaben als Vorhabenträger wahr, kann sie nicht Genehmigungsbehörde sein. Entsprechendes gilt, wenn eine von der Behörde oder Einrichtung abhängige Gesellschaft des Privatrechts Vorhabenträger ist. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Behörde nach Art, Umfang und Leistungsvermögen, insbesondere durch gebündelte Zuständigkeit, die Gewähr für eine am Wohl der Allgemeinheit orientierte Entscheidung bietet“. In Absatz 2 wurde eine entsprechende Zuständigkeitsregelung für die Länder (betreffend die Zuständigkeit für die Genehmigung von Vorhaben ihrer Behörden und Einrichtungen) statuiert.
- Die Trennung zwischen Anhörungsbehörde und Planfeststellungsbehörde, die die Transparenz des Anhörungsverfahrens einschließlich des Erörterungstermins steigern und so die Akzeptanz der nachfolgend getroffenen Entscheidung erhöhen könnte;²² § 89 Abs. 2 UGB-KoME hatte insoweit die Option eröffnet, die Durchführung des Erörterungstermins auf eine andere Behörde zu übertragen (vgl. dazu noch b).
- Würde das Planfeststellungsrecht künftig um ein weiteres Verfahrensstadium in Gestalt einer „frühen Bürgerbeteiligung“ (vgl. dazu D II) ergänzt, so würde sich auch insoweit die Frage stellen, ob

²⁰ Unparteilichkeit (Fn. 18), S. 258 ff.

²¹ BMU (Hrsg.), Umweltgesetzbuch, 1998; näher zu diesem Entwurf *Kloepfer/Durner*, DVBl. 1997, S. 1088 ff.

²² Vorgeschlagen u. a. von *Steinberg/Berg/Wickel*, Fachplanung, 3. Aufl. 2000, § 2 Rdnr. 5; vgl. als Gesamtüberblick über die Diskussion wiederum *Fehling* (Fn. 18), S. 264 ff.

die damit betraute Behörde jedenfalls von der Planfeststellungsbehörde getrennt sein müsste.

b) Diskussionsrahmen für Trennungsbestrebungen

Ein gewichtiges (und nicht umsonst über Jahrzehnte wirkmächtiges) Argument gegen diesbezügliche Trennungsbestrebungen bildet das Erfordernis eines effektiven, und das heißt auch von hinreichend fachkompetentem und eingearbeitetem (sowie finanzierbarem) Personal betriebenen Verfahrens. Jede weitere Aufspaltung innerhalb der Behördenstruktur sorgt für eine Vervielfachung des Aufwandes bei gleichzeitiger Gefahr der Verflüchtigung der oftmals nur an wenigen Stellen vorhandenen Fachkompetenz. Dies dürfte insbesondere, aber nicht nur, in den kleineren Bundesländern relevant sein. Überlegungen dieser Art dürften zwar nicht die (heute sowieso weitgehend beseitigte) Identität von Vorhabenträger-Behörde und Planfeststellungsbehörde rechtfertigen können, wohl aber die weitgehend ubiquitäre Identität von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde, zumal gegen diese (soweit ersichtlich) keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben worden sind.²³

Verfassungsrechtlich fundierte Kritik an der Identität von Vorhabenträger-Behörde und Anhörungs- bzw. Planfeststellungsbehörde hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt zurückgewiesen.²⁴ Danach schlossen weder das Rechtsstaatsprinzip noch der Grundsatz des fairen Verfahrens eine Identität zwischen Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde aus, wohl aber könne eine „organisatorische Trennung beider Funktionen ... wesentlich dazu beitragen, die Gefahr und den äußeren Anschein zu vermeiden, dass der Planfeststellungsbehörde die notwendige Distanz gegenüber dem Vorhabenträger fehlt“. Letzten Endes hält das Gericht es für ausreichend, wenn behördenintern „für eine organisatorische und personelle Trennung beider Aufgabenbereiche gesorgt ist“; eine Trennung in zwei verschiedene Behörden bilde hingegen „keine notwendige Voraussetzung für die gebotene Distanz und Unabhängigkeit“, weil auch eine Behörde

²³ Durchaus kritisch aber *Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 351; *Breuer*, in: *Franßen u. a.* (Hrsg.), FS Sendler, 1991, S. 357 (359).

²⁴ BVerwG, NVwZ 1987, S. 886; BVerwG, NVwZ 1988, S. 532 (jeweils für den Bahnbereich) sowie zuletzt BVerwGE 133, 239 (im Hinblick auf das frühere Tätigwerden des „Landesbetriebs Straßenbau“ in Nordrhein-Westfalen als Behörde des Vorhabenträgers und als Planfeststellungsbehörde).

mit Doppelzuständigkeit als Teil der öffentlichen Verwaltung (und damit als Trägerin der Ausübung von Staatsgewalt) in beiden ihr übertragenen Funktionen dem Gemeinwohl zu dienen habe und an Recht und Gesetz gebunden sei sowie exekutiver Aufsicht unterstehe.

Konkret sind beispielsweise in Bayern²⁵ wie in Nordrhein-Westfalen²⁶ die Vorhabenbehörden jeweils getrennt von den anderen Behörden, Unterschiede bestehen aber bezüglich der Tätigkeiten als Anhörungs- und als Planfeststellungsbehörde. Bei den Flughäfen in NRW²⁷ sind sie verschiedenen Behörden zugewiesen (dem Ministerium als Planfeststellungsbehörde und zwei Bezirksregierungen als Anhörungsbehörde), während in Bayern beide Funktionen bei der Regierung vereint sind,²⁸ ebenso bei den Bundesautobahnen²⁹ (dies wiederum im Gleichschritt mit NRW).

Reformbedarf würde sich aus der Sicht dieser Bundesländer somit in erster Linie allenfalls im Hinblick auf die etwaige Trennung zwischen Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde ergeben, ferner müsste für den Fall der Aufnahme einer sog. frühen Bürgerbeteiligung in das Verwaltungsverfahrensgesetz über die hierfür zuständige Behörde bzw. „Stelle“ nachgedacht werden. Während etwaige Überlegungen in Bezug auf die Trennung von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde innerhalb der bereits bisher durch das Verwaltungsverfahrensgesetz geregelten Zuständigkeiten sinnvollerweise nicht im Verwaltungsverfahrensgesetz, sondern angesichts der beschriebenen organisatorischen und finanziellen Konsequenzen insbesondere für die kleineren Bundesländer im jeweiligen Landesorganisationsrecht realisiert werden sollten (in Abhängigkeit von dem politisch zu treffenden Ergebnis der gebotenen Abwägung zwischen den skizzierten Effektivitäts- und den für die Trennung sprechenden Überlegungen), sollte für den Fall der Realisierung eines Verfahrenselements „frühe Bürgerbeteiligung“ unmittelbar im dortigen Zusammenhang (d. h. innerhalb des Verwaltungsverfahrensgesetzes) entweder geregelt

²⁵ Dies gilt für den Bereich der Bundesautobahnen, für die Verkehrsflughäfen und die Eisenbahninfrastruktur.

²⁶ Die maßgeblichen Vorschriften sind im Einzelnen dokumentiert bei *Burgi/Durner* (Fn. 1), S. 171.

²⁷ Vgl. § 4 Abs. 1 LuftfahrtZustVO v. 7.8.2007 (GVBl., S. 316) bzw. § 4 Abs. 2 i.V.m. § 2 LuftfahrtZustVO.

²⁸ Konkret bei den Regierungen von Oberbayern und Mittelfranken gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 20 der ZustVVerk v. 22.12.1998 (BayGVBl., S. 1025).

²⁹ Vgl. Art. 39 Abs. 2 BayStrWG.

werden, dass hiermit eine von der Anhörungs- bzw. Planfeststellungsbehörde getrennte Behörde betraut sein sollte oder aber (wiederrum je nach politischem Willen) hierfür die nach dem jeweils einschlägigen Landesrecht künftig von der Planfeststellungsbehörde getrennte „Anhörungsbehörde“ ebenfalls zuständig sein sollte. Definitiv im Verwaltungsverfahrensgesetz sollte für den Fall der Realisierung eines solchen Verfahrenselements geregelt werden, dass in keinem Fall die Vorhabenträger-Behörde hiermit betraut sein darf, weil sich anderenfalls die jenem Verfahrensschritt³⁰ zugeschriebenen Zwecke nicht realisieren können würden.

3. Bürger, Betroffene, Öffentlichkeit

Im Ausgangspunkt gehören zum Kreis derjenigen, die von einem Ausbau der Beteiligungsrechte profitieren sollten, sämtliche Personen bzw. Institutionen mit Ausnahme des Vorhabenträgers (obgleich dieser auch ein „Bürger“ in dem Sinne sein kann, dass es sich um eine Einzelperson bzw. um ein privatwirtschaftliches Unternehmen handelt, das den Schutz der Grundrechte genießt). Auszugrenzen sind selbstverständlich die beteiligten Behörden bzw. etwaige zur Streitvermeidung bzw. Streitbeilegung eingeschaltete Dritte (zu ihnen 4).

Wer aber ist genau gemeint, wenn die Ministerpräsidentin des Landes NRW, *Hannelore Kraft*, davon spricht, dass „aus Betroffenen Beteiligte“ werden müssten?³¹ Die Einschätzung von *Heribert Prantl*,³² wonach namentlich im Öffentlichen Recht der „Bürger“ nur ausnahmsweise normativ konstituiert wird, vor allem aber gleichsam zerlegt wird in „Wähler, Betroffene, Beteiligte und Dritte“ ist zutreffend; die erst jüngst an das Bundesverfassungsgericht gewählte Richterin *Susanne Baer* hat der Figur des „Bürgers“ im Recht eine ganze Habilitationsschrift gewidmet.³³

a) Abbau der Rechtszersplitterung

Im vorliegenden Zusammenhang kann die Landkarte von „Öffentlichkeit“ und „Bürgerschaft“ nicht vermessen werden, es soll aber ein

³⁰ Vgl. dazu nur *Burgi/Durner* (Fn. 1), S. 176 ff.

³¹ Zitiert durch Innenminister *Ralf Jäger*, Behörden Spiegel April 2011, S. 10.

³² ZRP 2011, S. 24 (25).

³³ Der „Bürger“ im Verwaltungsrecht, Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, 2006.

Schlaglicht darauf geworfen werden, dass die relevanten Begriffe wiederum schon innerhalb des Verwaltungsverfahrensgesetzes, ganz konkret innerhalb der Planfeststellungsvorschriften, nicht einheitlich verwendet werden, und dass es darüber hinaus unterschiedliche Begriffsbildungen im Fachrecht gibt (vgl. sogleich). Reformen zwecks Ausbaus der Öffentlichkeits- und Bürgerbeteiligung bei Großvorhaben müssten zuallererst bei diesem Befund ansetzen und zugleich die Funktion des Verwaltungsverfahrensgesetzes als Stammgesetz stärken.³⁴ Zugleich ist das gegenwärtige System der Zuordnung bestimmter Verfahrensrechte zu bestimmten Teilen der Öffentlichkeit kritisch zu hinterfragen. So ist vor der Zulassung ein- und desselben Großvorhabens typischerweise das Verfahren zur Prüfung der Umweltverträglichkeit nach dem UVP-Gesetz und das Planfeststellungsverfahren nach den §§ 72 ff. VwVfG zu durchlaufen. Je nach betroffenem Fachgesetz sind diese „nach Maßgabe“ des jeweiligen Fachgesetzes (so z. B. § 17 Satz 3 FStrG) anzuwenden, d. h. im jeweiligen Fachgesetz können sich zusätzliche Aussagen zu Begriff und Rechtsfolgen der Öffentlichkeitsbeteiligung i.w.S. befinden.

Konzentriert man sich auf die Vorschriften, die die Auslegung der betroffenen Pläne, die Erhebung von Einwendungen bzw. das Tätigen von Äußerungen sowie die Teilnahme an Anhörungs- bzw. Erörterungsterminen regeln, so finden sich allein in den drei relevanten Materien für die Zulassung von Bundesstraßen (Verwaltungsverfahrensgesetz, UVP-Gesetz und Fernstraßengesetz) die folgenden Subkategorien von Öffentlichkeit in einem weiten, sämtliche Akteure (außer Behörden und Vorhabenträger) einbeziehenden Sinne:

- „Jeder, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden“ (§ 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG; vergleichbar § 2 Abs. 6 Satz 2 UVPG);
- „Jedermann“ in dem Sinne, dass ein bestimmtes Verfahrenselement *nicht* auf eine bestimmte Personengruppe bezogen wird (so etwa § 12 Abs. 1 der 9. BImSchV);
- „die Öffentlichkeit“ (§ 9 Abs. 1 Satz 1 UVPG);
- „Betroffene“ (§ 73 Abs. 6 Satz 1 VwVfG);
- „betroffene Öffentlichkeit“ (gemäß § 2 Abs. 6 Satz 2 UVPG; § 9 Abs. 1 Satz 2 UVPG);
- „nicht ortsansässige Betroffene“ (§ 17 a Nr. 4 FStrG).

³⁴ Ausführlich zu diesem Anliegen *Burgi/Durner* (Fn. 1), S. 17 f.

Zu der soeben beschriebenen horizontalen Zersplitterung treten Divergenzen in vertikaler Hinsicht. Sie ergeben sich daraus, dass in den verschiedenen verfahrensgesetzlichen Regelungen die Inanspruchnahme bestimmter Verfahrenspositionen (Einwendungsberechtigung, Teilnahme am Erörterungstermin) wiederum nicht durchgehend der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe der Öffentlichkeit (z. B. „Betroffene“) zugeordnet wird, sondern divergent ausgestaltet ist:

- Für das Recht, Äußerungen zu tätigen bzw. Einwendungen zu erheben, ergibt sich beispielsweise folgendes Bild: Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 UVPG ist der „betroffenen Öffentlichkeit“ Gelegenheit zur Äußerung zu den ausgelegten Unterlagen zu geben. Nach § 2 Abs. 6 UVPG gehört zur „betroffene(n) Öffentlichkeit“ in diesem Sinne „jede Person, deren *Belange* (Hervorhebung durch den Verf.) durch eine Entscheidung (...) berührt werden“. Daran wird seit längerem Kritik geübt im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der UVP-Richtlinie bzw. der Aarhus-Konvention.³⁵ Ferner besteht eine nicht ohne Weiteres einzusehende Divergenz zur Jedermannbeteiligung im immissionsschutzrechtlichen Verfahren (vgl. z. B. § 12 Abs. 1 der 9. BImSchV i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 4 BImSchG). Zur Einsichtnahme nach § 9 UVPG i.V.m. § 2 Abs. 6 Satz 1 UVPG ist hingegen die allgemeine „Öffentlichkeit“ berechtigt. Nach § 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG kann wiederum „jeder, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden (...) Einwendungen gegen den Plan erheben“; hierbei wird explizit an § 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG angeknüpft.³⁶ Entsprechendes gilt auch für § 17 a FStrG, während § 78 Abs. 2 Satz 2 UGB-KomE ein Äußerungsrecht zugunsten von „jedermann“ vorgesehen hatte.
- Anders ist die Rechtslage im Hinblick auf die Teilnahme an einem sich daran anschließenden Erörterungstermin. Nach § 73 Abs. 6 Satz 1 VwVfG sind die rechtzeitig erhobenen Einwendungen und die Stellungnahmen der Behörden zu einem Plan u. a. mit den „Betroffenen sowie den Personen, die Einwendungen erhoben haben, zu erörtern“. Nach einem rechtspolitischen Vorschlag von

³⁵ UVP Richtlinie Nr. 85/337/EWG (ABl. L 17540 v. 25.7.1985), zuletzt geändert durch Art. 31 ÄndRL 2009/31/EG v. 23.4.2009 (ABl. L 140/114); Aarhus-Konvention v. 25.6.1998 (www.Aarhus-Konvention.de); zur Kritik vgl. stellv. Schneider, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 28 Rdnr. 88 m.w.N.

³⁶ Näher Hoppe u. a. (Fn. 8), Rdnr. 219.

*Bernhard Stür*³⁷ sollte dies auf die „allgemeine Öffentlichkeit“ (genauer, auf denjenigen Teil der Öffentlichkeit, der Einwendungen erhoben hat) erweitert werden.

- Würde gegenwärtig erhobenen rechtspolitischen Forderungen entsprochen und als neues Verfahrenselement eine Art „frühe Bürgerbeteiligung“ in das VwVfG eingefügt, dann müsste ebenfalls geregelt werden, ob die „allgemeine Öffentlichkeit“ oder einzelne Teile (welche?) der Öffentlichkeit erfasst sein sollten.
- Sollte die gegenwärtige Zuordnung von Begriffsmerkmalen zu Rechtsfolgen verändert werden, dann müssten auch die Konsequenzen für die Präklusionsvorschriften (vgl. nur § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG) bedacht werden.³⁸ Diese Bestimmungen sind seit jeher teilweise verfassungs- bzw. unionsrechtlicher Kritik ausgesetzt.³⁹

Es liegt auf der Hand, dass dieses (hier nur in Ausschnitten skizzierte) Regime intransparent und fehlerträchtig ist. Mit ihm verbinden sich die Gefahren der Verkürzung von Verfahrensrechten und des Entstehens verfahrensverzögernder Streitigkeiten über die Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Gruppe innerhalb der allgemeinen Öffentlichkeit. Im Hinblick auf mehrere der genannten Begriffsmerkmale bestehen überdies Unsicherheiten in der Auslegung. So wird beispielsweise in einem der führenden Kommentare⁴⁰ vertreten, dass bereits die Einsicht in die ausgelegten Unterlagen nur denjenigen zustehen könne, deren Belange durch das Vorhaben berührt sein können, obwohl das Gesetz in § 73 Abs. 4 VwVfG lediglich die Berechtigung zur Erhebung von Einwendungen auf den Kreis der in Belangen Betroffenen beschränkt. Dies soll wiederum freilich nicht gelten für UVP-pflichtige Vorhaben, weil insoweit der Wortlaut des § 2 Abs. 6 Satz 1 UVPg eindeutig sei. Diese und andere Unstimmigkeiten würden beseitigt, wenn man durchgehend, d. h. sowohl bei der Berechtigung zur Einsichtnahme, der Berechtigung zur Tätigung von Äußerungen bzw. Erhebung von Einwendungen sowie bei der Berechtigung zur Teilnahme an Erörterungsterminen auf „jedermann“, d. h. auf die allgemeine Öffentlichkeit, abstellen würde.

³⁷ *Ders.*, in: *Durner* (Hrsg.), *Die Zukunftsfähigkeit der Planfeststellung*, 2010, S. 10 (15).

³⁸ Zu ihnen übersichtlich *Hoppe u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 243 ff.

³⁹ Dokumentiert bei *Schneider*, in: *Grundlagen II* (Fn. 35), § 28 Rdnr. 81; aus der Rechtsprechung BVerwGE 60, 297 (301 ff.); BVerfGE 61, 82 (109 ff.).

⁴⁰ *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 14), § 73 Rdnr. 64.

Aus dem Vorstehenden ist deutlich geworden, dass die größte Herausforderung *in diesem Bereich* mithin in der Beseitigung von Rechtszersplitterung und Inkohärenz besteht, nicht etwa in der Schaffung zusätzlicher Beteiligungsrechte.⁴¹ Seit einigen Jahren mehren sich interessanterweise die Erkenntnisse darüber, dass ein stärkerer Ausbau der Öffentlichkeitsbeteiligung zum Ersten die diese vor allem tragenden Akteure (entweder teilweise schon professionell tätige Interessengruppen oder jeweils unmittelbar am Standort tatsächlich in Rechten betroffene Personen) zu „Vetospielern“⁴² werden lässt, was die Anhörungs- bzw. Planfeststellungsbehörde umso eher zu einer Art Identifikation mit dem Vorhabenträger verleitet (und sei es nur in der öffentlichen Anschauung). Zum Zweiten bewirkt sie, dass die Vorhabenträger von vornherein (wo es möglich ist) solche Alternativen wählen, die den geringsten Öffentlichkeits-Widerstand erwarten lassen; da das größte Widerstandspotenzial in besiedelten Gebieten liegt, führt dies zu einer vermehrten Belastung vormals kaum oder wenig belasteter Bereiche der natürlichen Umwelt.⁴³

b) Stärkung der Bürgerbeteiligung durch Anerkennung von Akzeptanz und Transparenz als zusätzliche Zwecke des Verwaltungsverfahrens

Vollkommen unumstritten ist,⁴⁴ dass das Verwaltungsverfahren jedenfalls und vor allem anderem „Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts“ ist (in den Worten von *Rainer Wahl*)⁴⁵. Seine Ausgestaltung muss die Verwirklichung des objektiven materiellen Rechts und der subjektiven Rechte der Einzelnen sicherstellen. Dabei sollen Entscheidungen ermöglicht werden, die in der Sache auf einer richti-

⁴¹ Ähnlich *Gärditz*, *GewArch* 2011, S. 273.

⁴² *Gärditz*, *GewArch* 2011, S. 277.

⁴³ Frühere Analysen bereits bei *Guckelberger*, *NuR* 2010, S. 835 (839); sodann *Gärditz*, *GewArch* 2011, S. 277; vgl. ferner *Ekardt*, *Information, Partizipation, Rechtsschutz*, 2004, S. 152.

⁴⁴ Vgl. statt aller *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 14), § 9 Rdnr. 97. Dazu, dass es sich hier um den Regelfall und nicht etwa um eine infolge neuerer Entwicklungen zur Ausnahme gewordene Erscheinung handelt, vgl. zuletzt *Fehling*, *VVDStRL* 70 (2011), S. 277 (283 ff.).

⁴⁵ *VVDStRL* 41 (1983), S. 151 (153); vgl. ferner *Hufen*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 8.

gen und zweckmäßigen Rechtsanwendung beruhen.⁴⁶ Sowohl im Hinblick auf gebundene Entscheidungen als auch, und erst recht, zur Vorbereitung von Entscheidungen, bei denen Spielräume ausgefüllt werden müssen, dient das Verfahren zur Generierung des notwendigen Wissens.⁴⁷ Diese Zusammenhänge sollen gemeinhin zum Ausdruck gebracht werden, wenn von der „dienenden Funktion des Verfahrens“ die Rede ist.⁴⁸ Der Begriff des „Dienens“ kann freilich ebenso zum Ausdruck bringen, dass das Verfahren nicht nur einen unverzichtbaren Beitrag zur Gewinnung rechtmäßiger und sachrichtiger Entscheidungen liefert, sondern darüber hinaus oder stattdessen auch einen Beitrag (beispielsweise) zur Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen liefern mag – ganz unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit und Sachrichtigkeit. Viele Autoren verwenden den Begriff „dienen“ nun aber gerade dazu, um auszudrücken, dass diese zweite Funktionsrichtung des Verwaltungsverfahrens unter dem VwVfG gerade nicht erfasst sei. Diese Begriffsverwendung setzt „dienen“ mit einer untergeordneten, geringeren Bedeutung gleich und übt sodann an diesem Zustand Kritik.⁴⁹ Konsequenter wäre es dann, zwischen der „nur dienenden Funktion“ und der „dienenden Funktion“ zu unterscheiden.⁵⁰

Nachfolgend wird im Anschluss an *Fehling*⁵¹ die „dienende Funktion“ als Oberbegriff verstanden, der einerseits eine instrumentelle Funktion des Verwaltungsverfahrens und andererseits eine nichtinstrumentelle Funktion als Unterfälle zugeordnet sind. Mit dem Begriff „instrumentelle Funktion“ wird der soeben beschriebene Regelfall erfasst, in dem das Verfahren als Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts dient. Eine „nichtinstrumentelle Funktion“ (dazu näher b) kommt dem Verfahren demgegenüber zu, wenn es zusätzlich, d. h. verstärkend oder ausschließlich, Zwecken jenseits einer rechtmäßigen und sachrichtigen Verwaltungsentscheidung dient.

⁴⁶ Zu dieser Anforderung *Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen I, 2006, § 10 Rdnr. 67 ff. und 101 ff.

⁴⁷ Dazu zuletzt *Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (325 ff.).

⁴⁸ Paradigmatisch: BVerfGE 105, 48 (60).

⁴⁹ Vgl. u. a. *Wahl*, DVBl. 2003, S. 1285 (1287); *Schmidt-Aßmann*, in: Grundlagen II (Fn. 35), § 27 Rdnr. 4 u. 64 f.

⁵⁰ Wie es jüngst *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens, 2010, S. 14, getan hat; im Anschluss daran *Schneider*, in: Grundlagen II (Fn. 35), § 28 Rdnr. 1.

⁵¹ VVDStRL 70 (2011), S. 277 (280).

Dass die instrumentelle Funktion (in diesem Sinne) nicht den Ausnahme-, sondern den Regelfall bildet, folgt aus Grundannahmen des deutschen rechtstaatlich fundierten Verständnisses von Verwaltung, Gesetz und Rechtsschutz: Klare inhaltliche Vorgaben entlasten die Entscheidungsfindung der Behörde und erhöhen die Rechtssicherheit, dem Bürger geht es in allererster Linie um das Ergebnis und nicht um das Verfahren als solches, und aus beiden Gründen wäre eine Reduzierung der materiellrechtlichen Anforderungen an das Verwaltungshandeln bei gleichzeitigem kompensatorischen Ausbau von Verfahrenssicherungen nicht angezeigt.⁵² Diese „nur“ dienende oder instrumentelle Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts bildet somit dessen allgemein anerkannte Zweckbestimmung. Sie allein hat Niederschlag im VwVfG gefunden.

Dennoch gibt es in der Literatur seit jeher starke Stimmen, die dem Verwaltungsverfahren weitere Funktion zuschreiben wollen.⁵³ Zielsetzungen des Verwaltungsverfahrens außerhalb des Verfahrensergebnisses, d. h. jenseits des Ziels einer rechtmäßigen und sachrichtigen Entscheidung, müssen allerdings ebenfalls normativ verfestigt sein.⁵⁴ Als Quelle entsprechender Aussagen kommen explizite Vorschriften (etwa die Bestimmungen des UVPG über das Ob der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung) in Betracht. Häufiger ist die Etablierung solcher Zwecke durch die Interpretation bestehender normativer Kontexte, insbesondere im Fach-Verfahrensrecht. Ein Beispiel hierfür bildet § 4 a Abs. 1 BauGB, indem er feststellt, dass die „Vorschriften über die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung“ des BauGB *insbesondere* (Hervorhebung durch *Verf.*) der vollständigen Ermittlung und zutreffenden Bewertung der von der Planung berührten Belange dienen“; die Öffentlichkeitsbetei-

⁵² Ebenso zuletzt *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 277 (321 ff.).

⁵³ Vgl. statt vieler *Pünder*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, § 13 Rdnr. 1; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 14), § 45 Rdnr. 11; *ders.*, aaO, § 45 Rdnr. 11, im Anschluss an *Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern, 1988, S. 518 ff.; vgl. ferner *Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999, S. 297 ff.; *Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrat, 2007, S. 296 f.; jüngst *Schink*, ZG 2011, 226 (230 ff.).

⁵⁴ *Schmidt-Aßmann*, in: *Erichsen u. a.* (Hrsg.), FS Menger, 1985, S. 107; *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 29; *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren, 1986, S. 199 ff., 208 ff.; *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 226 (234).

ligung soll hier demnach sowohl dem Sachentscheidungs- als auch einem Akzeptanz- und Transparenzinteresse wichtige Dienste leisten.

Dabei werden in der Diskussion immer wieder zwei Zwecke genannt, die unmittelbar mit der Bürger- bzw. Öffentlichkeitsbeteiligung verknüpft sind, indem sie auf die Öffentlichkeit als Akteur zielen. Zum einen die Schaffung von breiterer Akzeptanz in der Öffentlichkeit (jenseits individueller Betroffenheit),⁵⁵ und zum anderen die Herstellung von Transparenz einschließlich Nachvollziehbarkeit.⁵⁶ Alle zusammen bilden sie einen Ausfluss der demokratischen Funktion, die dem Verwaltungsverfahren (jenseits der rechtsstaatlichen Funktion) seit jeher ebenfalls zugeschrieben wird.⁵⁷ Weitere nichtinstrumentelle Zwecke sind denkbar, können aber im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht bleiben.⁵⁸ Es würde mithin die Bürgerbeteiligung in ihren verschiedenen Ausprägungen in den gestern und anderenorts diskutierten Stadien des Verwaltungsverfahrens stärken, wenn die mit ihr verbundenen Zwecke der Akzeptanz und Transparenz (einschließlich Nachvollziehbarkeit und Partizipation) gleichsam bei dieser Gelegenheit explizit als zusätzliche, den herkömmlich und unverändert zu Recht im Vordergrund stehenden dienenden Zweck des Verwaltungsverfahrens ergänzende Zwecke ausdrücklich anerkannt würden.⁵⁹

⁵⁵ Vgl. u. a. *Schmitt Glaeser*, in: *ders.* (Hrsg.), FS Boorberg-Verlag, Verwaltungsverfahren, 1977, S. 1 (37 ff.); *Brohm*, NVwZ 1991, 1025; *Bredemeier* (Fn. 53), S. 285 f.; *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 14), § 9 Rdnr. 66, und grundlegend *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1993, S. 33; aus steuerungstheoretischer Perspektive *Franzius*, in: *Grundlagen I* (Fn. 46), § 4 Rdnr. 67 ff.

⁵⁶ So ausdrücklich OVG NRW, DVBl. 2009, S. 654 (656), in zutreffender Rezeption des dritten Erwägungsgrunds der Richtlinie 2003/35/EG (Richtlinie über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinie 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten – Erklärung der Kommission) vom 26. Mai 2003 (ABl. L 156/17 vom 25.6.2003).

⁵⁷ Vgl. statt vieler *Pünder*, in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 53), § 13 Rdnr. 14; *Trute*, in: *Grundlagen I* (Fn. 46), § 6 Rdnr. 47 ff.; *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 226 (241 ff.), jeweils m.w.N.

⁵⁸ Zu ihnen vgl. *Burgi/Durner* (Fn. 1), S. 33 f.

⁵⁹ Das damit verbundene normative Konzept einer Kombination von verfahrensvorschrifts-, insbesondere fachrechtsakzessorischer Zweckbestimmung plus zweckakzessorischer Fehlerfolgenregelung ist bei *Burgi/Durner* (Fn. 1), S. 43 ff., eingehend vorgestellt; vgl. ferner *Burgi*, DVBl. 2011, S. 1317.

Konkret könnten (erstens) bereits bestehende Regelungen des Fachrechts über die Bürgerbeteiligung (etwa über den Erörterungstermin gemäß §§ 14 ff. der 9. BImSchVO, nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 AtVfV i.V.m. § 8 Abs. 2 AtVfV oder § 6 GemTAnhV) um entsprechende Zweckbestimmungen ergänzt werden. Eine entsprechende Ergänzung könnte (zweitens) im Verwaltungsverfahrensgesetz für bestimmte Abschnitte des Planfeststellungsverfahrens (z. B. für die künftige frühe Bürgerbeteiligung) erfolgen. Dadurch würde im Zusammenhang mit konkreten Verfahrensregeln ausdrücklich festgestellt, dass neben dem Zweck der Ermöglichung recht- und zweckmäßiger Sachentscheidungen mindestens im gleichen Maße auch ein sog. nichtinstrumenteller Zweck verfolgt werden soll. Dies würde die Verwaltungskommunikation mit dem Bürger vor allem dann stärken, wenn daran anknüpfend auch eine Reform des Fehlerfolgenrechts der §§ 45 und 46 VwVfG erfolgen würde, mit der Konsequenz, dass eine Heilung von Verstößen gegen die betreffenden Vorschriften nur bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens, d. h. nicht mehr während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich wäre; ferner dürften diesbezügliche Fehler nach § 45 Satz 2 VwVfG nach einer entsprechenden Reform nicht mehr unbeachtlich sein.

4. Einschaltung von behördenexternen Moderatoren bzw. Mediatoren?

In der politischen Diskussion wird in beinahe jedem Vorschlag der verstärkte Einsatz von Mechanismen der „Schlichtung“, „Moderation“ bzw. „Mediation“ gefordert.⁶⁰ Dabei bleibt regelmäßig unklar, ob diese Mechanismen innerhalb oder außerhalb des Verwaltungsverfahrens i.S.v. § 9 VwVfG angesiedelt sein sollen, über welche Befugnisse die hiermit jeweils betrauten Personen verfügen sollen und ob das Verwaltungsverfahrensgesetz bei Vorhandensein des entsprechenden politischen Willens überhaupt der richtige Regelungsstandort wäre. Die einzig unstrittige Gemeinsamkeit dieser Forderungen besteht darin, dass es um den Einsatz von Akteuren geht, die außerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation stehen und selbstverständlich auch nicht als Vorhabenträger oder Teil der betroffenen Öffentlichkeit involviert sind.

⁶⁰ Zum Begriffspanorama vgl. *Eisele*, ZRP 2011, S. 113.

a) Moderation i.S.v. Kommunikationsverbesserung
innerhalb des Verwaltungsverfahrens

Sowohl im Rahmen der Durchführung des Erörterungstermins nach § 73 Abs. 6 VwVfG als auch bei der Abwicklung der ggf. neu in das Verwaltungsverfahrensgesetz eingeführten „frühen Bürgerbeteiligung“ könnten behördenexterne Personen mit der Gesprächsleitung, der Durchführung von Besprechungen und Sitzungen sowie mit der Dokumentation betraut werden. Sie würden damit ganz im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs von „Moderation“ kein eigenständiges Konfliktlösungsverfahren betreiben, sondern innerhalb des bestehenden Verwaltungsverfahrens i.S.v. § 9 VwVfG zur Verbesserung der Kommunikation beitragen. Rechtlich betrachtet würde es sich bei ihnen um Verwaltungshelfer handeln, wie sie bereits seit längerem, wenn auch eher sporadisch, in Verwaltungsverfahren eingesetzt werden können;⁶¹ § 4 b BauGB, der die Einschaltung eines Dritten „zur Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten nach den §§ 2–4 a BauGB“ regelt, meint jedenfalls⁶² auch diese Art der sog. Verfahrensprivatisierung. Die Statthaftigkeit der Einschaltung privater Moderatoren in diesem Sinne ist unbestritten und bedarf (wie ganz allgemein bei den Konstellationen der sog. Verwaltungshilfe)⁶³ keiner gesetzlichen Grundlage. Freilich spräche nichts dagegen, im Rahmen der Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren nach § 72 ff. VwVfG ausdrücklich einen dahingehenden Hinweis aufzunehmen. Die Verfahrensherrschaft verbliebe bei diesem Moderatorenmodell bei den jeweiligen staatlichen Behörden, was durch ver-

⁶¹ Vgl. bereits *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 137 ff. („Projektmanagement, bezogen auf Staatsaufgaben der Verfahrensbeiwältigung“); vgl. ferner *Böckel*, DÖV 1995, 102 („Projektmanagement im Verwaltungsverfahren“); *Appel*, in: Grundlagen II (Fn. 35), § 32 Rdnr. 25 u. 26, jeweils m.w.N.; befürwortend auch *Wulforst*, DÖV 2011, S. 581 (585); *Fuchs/Hehn/Wagner*, Stadt- und Gemeinderat 2011, S. 133.

⁶² Allerdings beschränkt er sich nach h. M. hierauf nicht, sondern deckt auch die richtigerweise inhaltlich davon zu unterscheidenden Konfliktmittler bzw. Mediatoren (dazu sogleich) ab (zu den diesbezüglichen Streitigkeiten jüngst *Battis*, DÖV 2011, S. 340 ff.).

⁶³ Ausführlich dazu *Burgi*, in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 53), § 9 Rdnr. 31 f. Dieses Profil dürften wohl auch die Tätigkeiten entsprochen haben, die der frühere Vors. Richter am BVerwG *Gaentzsch* im Verfahren um den Bau einer neuen Start- und Landebahn am Flughafen Frankfurt/Main wahrgenommen hat (und die näher geschildert sind bei *von Knebel*, ZUR 2011, S. 351 [353]).

tragliche Vereinbarungen mit dem Moderator abgesichert würde. Demokratie- und rechtsstaatliche Bedenken können hier überzeugend überwunden werden.⁶⁴ Eine entsprechende Regelung enthält nunmehr § 29 Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG),⁶⁵ der die Bundesnetzagentur dazu ermächtigt, einen Dritten („Projektmanager“) mit der „Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten“ (u. a. Erstellung von Verfahrensleitplänen, Fristenkontrolle, Koordinierung erforderlicher Sachverständigengutachten, Entwurf eines Anhörungsberichtes, erste Auswertung der eingereichten Stellungnahmen, organisatorische Vorbereitung und Leitung des Erörterungstermins) zu beauftragen (interessanterweise auf Kosten des „Vorhabenträgers“).

b) Mediatoren (Konfliktmittler)

Einen deutlich anderen Charakter als das eben beschriebene Verfahrensmanagement trägt die „Mediation“. Sie ist Vermittlung durch einen Dritten im Rahmen eines Konflikts, und zwar nicht gleichsam ad hoc, sondern unter Einsatz einer „strukturierten Konfliktlösungsmethode“, bei der der Verfahrensablauf bestimmten Phasen folgt. Dabei sollen die Interessen der Beteiligten offen gelegt und durch einvernehmliche Lösungen dauerhaft für Rechtsfrieden gesorgt werden. Kennzeichnend ist, dass sich die Parteien freiwillig beteiligen und eigenverantwortlich eine Lösung suchen.⁶⁶ Mediatoren wirken außerhalb eines Verwaltungsverfahrens im Sinne des § 9 VwVfG,⁶⁷ in zeitlicher Hinsicht können sie vor bzw. während eines Verwaltungsverfahrens agieren.⁶⁸

Der Einsatz des Streitbeilegungsmechanismus der Mediation im Öffentlichen Recht, konkret im Umwelt- und Planungsrecht, wirft

⁶⁴ Ebenso *Steinberg*, ZUR 2011, S. 347 f.; *FDP-Bundestagsfraktion*, Positionspapier „Beteiligung und Erneuerung“ v. 25.1.2011, Punkt 10.

⁶⁵ G. v. 28.7.2011 (BGBl. I, 1690).

⁶⁶ Zuletzt *Eisele*, ZRP 2011, S. 113; ferner (sehr grundlegend und mit zahlreichen Nachweisen) *Pitschas*, DÖV 2011, S. 333 ff.

⁶⁷ Insbesondere ist das Mediationsverfahren kein Verwaltungsverfahren in diesem Sinne; *Guckelberger*, NVwZ 2011, 390 (394).

⁶⁸ Deutlich zuletzt *Holzmagel/Nagel*, DVBl. 2010, S. 669 (674). Zu den verschiedenen Stadien der sinnvollen Veranlassung einer Mediation im Öffentlichen Recht ausführlich *Pünder*, in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 53), § 16 Rdnr. 7 m.w.N.; vgl. ferner *Kaltenborn*, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, 2007, S. 106 ff.; *Steinberg*, ZUR 2011, S. 345.

eine ganze Reihe sehr grundlegender Fragen auf, die in den vergangenen Jahren sehr intensiv diskutiert worden sind. Eine bündige Zusammenfassung des Argumentationsstandes mit zahlreichen Nachweisen bietet etwa *Pünder*.⁶⁹ Neben der Statthaftigkeit der Einbeziehung und der Zuordnung zu den rechtlichen Figuren der Verwaltungshilfe, der Beleihung bzw. der sog. regulierten Selbstregulierung sind insbesondere klärungsbedürftig die demokratische Legitimation, die Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip (im Hinblick auf die Wahrung formeller und materieller Rechte der Beteiligten bzw. Außenstehender) sowie vor allem die Einbeziehung in die von den Behörden zu treffenden Verwaltungsentscheidungen. Ein Teil dieser Fragen dürfte durch das gegenwärtig im Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene befindliche Mediationsgesetz⁷⁰ beantwortet werden.

Vor der Verabschiedung dieses Gesetzes erscheinen darauf bezogene Aussagen im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht sinnvoll, jedenfalls sollten sie dann nicht auf das hier allein zu untersuchende Planfeststellungsrecht beschränkt sein, sondern sich insgesamt auf das Verhältnis zwischen Mediation und Verwaltungsverfahren beziehen. *Rainer Pitschas*⁷¹ hat jüngst zu Recht angemahnt, dass es (wenn überhaupt) insoweit eines kodifikatorischen Ansatzes bedürfte, d. h. staatlich definierter Vorgaben für die Ausgestaltung der Mediation und die Rückbindung des Mediationsverfahrens zwischen Verwaltung und Bürger; solches kann im Rahmen der hier vorgelegten Untersuchung nicht geleistet werden.

Statthaft ist die isolierte Durchführung eines Mediationsverfahrens zur Klärung des Sachverhalts und zur Förderung der weiteren Planungsschritte bereits jetzt, d. h. ohne dass es hierzu einer gesetzlichen Regelung bedürfte; zahlreiche Beispiele (etwa im Zusammenhang mit der Erweiterung des Frankfurter Flughafens) belegen dies. Entscheidend ist der Wille der Beteiligten, wie überhaupt die Freiwilligkeit ein zentrales Element von Mediation darstellt.⁷² Die Aufnah-

⁶⁹ In: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 53), § 16.

⁷⁰ BR-Drucks. 60/11; näher zur Bedeutung dieses Gesetzes für verwaltungsrechtliche Konflikte *Guckelberger*, NVwZ 2011, S. 390 ff.

⁷¹ DÖV 2011, S. 333 (339).

⁷² Dazu *Holznapel/Ramsauer*, in: *Haft/Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 28 Rdnr. 20 f.; *Guckelberger*, NVwZ 2011, S. 390 (392); deutlich skeptisch gegenüber einer gesetzlichen Durchnormierung daher *Wulforth*, DÖV 2011, S. 581 (584); *Steinberg*, ZUR 2011, S. 346 f.

me einer etwa der Bestimmung des § 5 Satz 4 UVPG (Hinzuziehung von „Sachverständige(n) und Dritte(n)“ beim sog. scoping) entsprechenden Regelung in das Verwaltungsverfahrensgesetz könnte freilich als eine Art Hinweis mit Förderungscharakter allenfalls zu einer stärkeren Etablierung dieser Konfliktlösungsmethode beitragen, so wie es auch mit § 89 UGB-KomE (Möglichkeit der Übertragung auf „Verfahrensmittler“) intendiert war.

III. Weitergehende Reformperspektive: Bürgerbeteiligung als politische Teilhabe an der eigentlichen Planungsentscheidung

Meines Erachtens lässt sich dem in Teilen der politischen Diskussion – insbesondere auch außerhalb der juristischen Fachforen – artikulierten Reformwillen nicht vollständig und wahrscheinlich nicht einmal zufriedenstellend innerhalb des bisherigen Diskussionsrahmens des Planfeststellungsverfahrens Rechnung tragen. Wenn Bürgerbeteiligung zum frühestmöglichen Zeitpunkt und bei größtmöglicher Offenheit der Entscheidungsalternativen das ja breit artikulierte politische Ziel ist,⁷³ dann müsste sie konsequenter- und ehrlicherweise auf ein Stadium jenseits des Planfeststellungsverfahrens (und damit auch des VwVfG)⁷⁴ bezogen werden, denn dieses ist ja in erster Linie (vgl. bereits I) ein Rahmen zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines bereits geplanten Vorhabens. Dies gilt auch für die dortigen Prü-

⁷³ Dafür haben sich u. a. ausgesprochen die frühere CDU/FDP-Koalition in Baden-Württemberg (Pressemitteilung Nr. 80/2011 v. 1.3.2011); die FDP-Bundestagsfraktion (Fn. 64), Ziffer III 3; der BDI, Positionspapier: Die Zukunft von Infrastrukturprojekten – Akzeptanz steigern, Vorhaben beschleunigen, Planung vorantreiben, Juni 2011, S. 8, 13 ff., sowie aus der Literatur *Wulforst*, DÖV 2011, S. 584 u. 588; *Steinberg*, ZUR 2011, S. 344, ferner (bereits deutlich auf die Ebene des Bedarfs bezogen) *Gärditz*, GewArch 2011, S. 276; *Schütte*, ZUR 2011, S. 169 (170); *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, S. 1040 (1045). Zuvor bereits *Blümel*, in: *Doehring* (Hrsg.), FG Forsthoff, 1967, S. 133 (138 f., 140 f., 155 ff., 159); *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), S. 281 u. 291 (allerdings noch ganz mit dem Anliegen, den rechtsstaatlichen Schutz auszubauen).

⁷⁴ Daher greifen auch die Überlegungen des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI betreffend eine Ergänzung des § 25 VwVfG zu kurz, da auch dort bereits ein „Vorhabenträger“, eine „Antragstellung“ und allein auf Grund der Einfügung in das VwVfG zwingend ein letztlich auf den Erlass eines Verwaltungsakts zielendes Verfahren vorausgesetzt wird.

fungspunkte der Planrechtfertigung und der Alternativenprüfung. Die Planrechtfertigung setzt schon logisch eine bereits getroffene Planungsentscheidung voraus und fragt ganz im Sinne des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach deren Erforderlichkeit im Hinblick auf die Überwindung privater Gegenrechte.⁷⁵ Auch die Pflicht zur Alternativenprüfung knüpft an Vorentscheidungen des Vorhabenträgers an und ist – gleichgültig, ob sie künftig ausgedehnt wird oder unverändert nur auf sich „aufdrängende“ Alternativen beschränkt bleibt⁷⁶ – kein Maßstab für die Ob-, sondern für die Wie- und teilweise für die Wo-Entscheidung. Das Gleiche gilt für alle raumplanerischen Entscheidungsstufen. Ansätze einer Mitwirkung bei den eigentlichen Entscheidungen gibt es immerhin bei den neuen Maßnahme- und Bewirtschaftungsplänen nach § 85 HAG,⁷⁷ freilich außerhalb der unmittelbaren Infrastruktur und Industrieprojektplanung.

1. Die eigentliche Planungsentscheidung (betreffend das Ob) als neuer Bezugsrahmen der Bürgerbeteiligung

Dem Planfeststellungsverfahren und all diesen Entscheidungsstufen vorgelagert ist die dem Vorhabenträger (vgl. II 1) obliegende eigentliche Planungsentscheidung. Sie umfasst die Feststellung eines Bedarfs für ein zunächst grob nach Art, Umfang, Standort und Kosten umrissenes Vorhaben, mithin die Entscheidung über das Ob. Diese eigentliche Planungsentscheidung ist im Hinblick auf die meisten Kategorien von Großvorhaben rechtlich nicht oder nur teilweise verfasst, sondern sie erfolgt gleichsam in Kopf und Strategieprozess des Vorhabenträgers. Das BVerwG hat dies wie folgt auf den Punkt gebracht: „Das Verfahren zur Erstellung des Plans, dessen Feststellung beantragt wird, ist vom Gesetzgeber bislang nicht ausgestaltet worden. Dies läßt dem Vorhabenträger Raum“.⁷⁸ Dem Gesetzgeber er-

⁷⁵ Hoppe u. a. (Fn. 8), Rdnr. 848.

⁷⁶ Diesbezügliche Vorschläge sind erörtert bei *Burgi/Durner* (Fn. 1), S. 182 f. Dies gilt auch, falls es am Ende zur sog. Null-Variante kommen sollte (vgl. *Groß*, DÖV 2011, S. 510; *Steinberg*, ZUR 2011, S. 342). Zum jetzt schon vergleichsweise weiteren Entscheidungsrahmen der Alternativenprüfung nach § 14 g UVPG (SUP) vgl. *Wulforth*, NVwZ 2011, S. 1099 ff.

⁷⁷ Hierzu *Schink*, ZG 2011, S. 226 (235 ff., 241 ff.).

⁷⁸ BVerwG, DVBl. 2011, S. 1021, Rdnr. 24. Dies betraf sogar einen Planfeststellungsbeschluss für eine Bundesautobahn, d. h. einen Bereich, in dem immerhin eine gesetzliche Bedarfsplanung (vgl. sogleich im Text) vorgesehen ist.

öffnet sich hiermit ein Raum, den er ein Stück weit verfassen, und auf den er insbesondere einen neuen Mechanismus der Bürgerbeteiligung – dann als politische Teilhabe – beziehen könnte. Aus meiner, rein rechtswissenschaftlichen Sicht liegt hier die noch größere, da strukturell weiterreichende rechtspolitische Herausforderung, die jedenfalls im Hinblick auf einen definierten Kreis besonders großer Großvorhaben in Angriff genommen werden sollte.

Ansätze einer Vorprägung der eigentlichen Planungsentscheidung⁷⁹ gibt es bislang in Gestalt der Bedarfspläne als Anlagen zum Fernstraßenausbaugesetz⁸⁰ und dem Bundesschienenwegeausbaugesetz,⁸¹ die einen Teil der dortigen Großvorhaben erfassen. Die gesetzliche Bedarfsfeststellung ist für die nachfolgende Linienbestimmung und für die Planfeststellung verbindlich, kann aber auf der Ebene der Abwägung im Planfeststellungsverfahren nicht in jedem Fall entgegenstehende Gemeinwohlbelange überwinden.⁸² Bürgerbeteiligung als politische Teilhabe erfolgt hier klassisch, d. h. über das parlamentarische Verfahren, und sodann in einem auf das umweltverträgliche Wie fokussierten Verwaltungsverfahren.⁸³ Zwischen dieser gesetzlichen Bedarfsplanung und der Realisierung des Vorhabens liegt ein üblicherweise sehr langer Zeitraum.

Tatsächlich auf Verwaltungsebene und in größerer zeitlicher Nähe zum späteren Planfeststellungsverfahren angesiedelt ist der künftig nach § 12 b NABEG zu erarbeitende „Netzentwicklungsplan“. Hier wird erstmals die Bürgerbeteiligung auf die Ob-Entscheidung eines

⁷⁹ Eine insoweit anknüpfungsfähige Unterteilung der verschiedenen Stadien in einem Planungsprozess findet sich in Art. 6 Abs. 2, 4, 5-7 der Aarhus-Konvention. Eine in diese Richtung weisende Forderung erhebt jetzt auch *Schink*, ZG 2011, S. 226 (246 f.). Die Notwendigkeit einer Beteiligung im Stadium der „Ergebnisoffenheit“ betont auch *Schmehl* (Hrsg.), in: FS Bull, 2011, S. 347 (360).

⁸⁰ Vgl. näher hier *Hoppe u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 46 ff.

⁸¹ Vgl. § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes i.V.m. der Anlage zu § 1 (Bedarfsplan für die Bundesschienenwege; BGBl. I 2004, S. 2322).

⁸² Vgl. *Steinberg*, ZUR 2011, S. 341; *Wulfhorst*, DÖV 2011, S. 581, jeweils m.w.N.

⁸³ Als Wie-Bestandteil sieht § 14 b Abs. 1 UVPG i.V.m. Anlage 3 (über § 14 i UVPG) im Rahmen der „Strategischen Umweltprüfung“ eine Pflicht zur Öffentlichkeitsbeteiligung vor, deren Einzelheiten in einer auf § 19 b Abs. 3 Nr. 3 UVPG gestützten Rechtsverordnung geregelt werden sollen. Auch die in Anlage 3 Nr. 1.2 genannten „Ausbaupläne nach § 12 Abs. 1 LuftVG“ betreffen nicht das Ob, sondern die Sicherung des Wie eines Flughafenausbaus durch Baubeschränkungen in dessen Umfeld.

Vorhabenträgers, nämlich den Übertragungsnetzbetreiber, bezogen.⁸⁴ Ob dies ein rechtspolitisches Modell für die anderen Großvorhaben bilden könnte, wird sogleich zu untersuchen sein (3).

2. Das Bedarfserörterungsverfahren: Ratschläge für einen insoweit reformwilligen Gesetzgeber

a) Standort und Skizze des Ablaufs

Eine wirklich „frühe“ Bürgerbeteiligung müsste sich auf das Ob des Großvorhabens, d. h. auf die eigentliche Planungsentscheidung beziehen. Dazu wäre im jeweiligen Fachgesetz zu bestimmen, dass die Vorstellungen des Vorhabenträgers über Art, Umfang, Standort und Kosten des Großvorhabens, d. h. über den Bedarf für dieses, an einem bestimmten Punkt gebündelt und dann explizit zum Gegenstand eines „Erklärens, Zuhörens“ und schließlich Dokumentierens und Auseinandersetzens gemacht werden müssen. Die bloße Einführung von Ablaufregeln für eine „frühe Bürgerbeteiligung“ in das VwVfG greift meines Erachtens demgegenüber zu kurz, weil ihr der Bezugspunkt – nämlich die Ob-Entscheidung des Vorhabenträgers – fehlt; im ersten, logisch vorausliegenden Schritt muss daher erst dieser Bezugspunkt rechtlich verfasst werden, und dies kann nur im jeweiligen Fachgesetz geschehen; daran anknüpfend wäre dann der Ablauf der diesbezüglichen Bürgerbeteiligung zu regeln. Auch dies kann nur im Fachgesetz geschehen, da es nicht um Regeln für ein Verfahren, das auf den Erlass eines Verwaltungsakts zielt (vgl. § 9 VwVfG), geht. Vielmehr bereitet dieses Bedarfserörterungsverfahren die interne Entscheidung des Vorhabenträgers über das Ob des Verfahrens vor.

Diese neuartigen Bestimmungen sollten nur an öffentliche Vorhabenträger im Sinne von Gebietskörperschaften und mehrheitlich von ihnen beherrschte öffentliche Unternehmen adressiert sein (und zwar als Pflicht),⁸⁵ nicht hingegen an private Vorhabenträger.⁸⁶ Bei diesen ist die Ob-Entscheidung Ausfluss grundrechtlicher Autonomie und

⁸⁴ Durch § 12 b Abs. 3 NABEG; vgl. hierzu *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, S. 1042.

⁸⁵ Mit der Konsequenz, dass ein nachfolgend gestellter Antrag auf Planfeststellung ohne Vorlage des Abschlussberichts nicht bearbeitet würde; demgegenüber normiert der Vorschlag des Beirats Verwaltungsverfahrensrecht beim BMI (Fn. 5) lediglich eine „Obliegenheit“ für die Durchführung der frühen Bürgerbeteiligung.

⁸⁶ Teilweise anders (im Hinblick auf das von ihm vorgeschlagene „Bedarfsprüfungsverfahren“) *Schink*, ZG 2011, S. 226 (247).

finanzieller Risikobereitschaft, so dass eine Teilhabe Dritter weder aus demokratischen noch aus fiskalischen Gründen legitimiert sein kann. Insofern ist die diesbezügliche Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber durch § 12 b NABEG ein Sündenfall, der sich allerdings damit erklären lässt, dass jene privatwirtschaftlichen Vorhabenträger durch das Regulierungsregime des EU-Binnenmarktrechts in ihrem Investitionsverhalten schon zuvor quasi teilverstaatlicht worden waren; als Muster für den Umgang mit anderen Großvorhaben taugt das NABEG insoweit also nicht.

Die Einzelheiten des Ablaufs eines solchen „Bedarfserörterungsverfahrens“ bzw. (bei Fernstraßen- und Schienenvorhaben) „Bedarfsbestätigungsverfahrens“⁸⁷ könnten freilich unter Orientierung an den Regelungen nach § 12 b Abs. 3 u. 4 NABEG bzw. den Regelungen für die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Strategischen Umweltprüfung (§§ 14 i und 14 k UVPG) festgelegt werden. Unverzichtbar wären meines Erachtens die Gelegenheit zur Äußerung nach vorheriger Bekanntmachung und Information im Internet und die Dokumentation sämtlicher Äußerungen in einem zusammenfassend-strukturierenden Bericht über die Art und Weise sowie die Argumente der Öffentlichkeitsbeteiligung. Ggf. könnte ein Erörterungstermin vorgesehen werden. Verantwortlich für den gesamten Ablauf, vor allem aber für den aufbereitenden Bericht sollte (dies wiederum anders als bei § 12 b NABEG)⁸⁸ nicht der Vorhabenträger sein, sondern eine staatliche Behörde; am geeignetsten hierfür erscheint diejenige Behörde, die im jeweiligen Bundesland als Anhörungsbehörde (in Planfeststellungsverfahren) fungieren würde. Die wichtigste Aufgabe dieser Behörde und des gesamten Bedarfserörterungsverfahrens bestünde darin, sämtliche Argumente für und gegen das Vorhaben zu sammeln und sortiert nach der Herkunft ihrer Urheber zu bündeln. Aufnahme in die Abschlussdokumentation finden nur Argumente, die

⁸⁷ Dadurch könnte die regelmäßig große zeitliche Lücke zwischen der gesetzlichen Bedarfsplanung und dem tatsächlichen Beginn des Planfeststellungsverfahrens geschlossen bzw. deutlich reduziert werden. Dazu, dass die gesetzlichen Bedarfspläne weder eine Pflicht zur Realisierung des Vorhabens etablieren noch von vornherein später entgegenstehende Belange in der Planfeststellung unter Berufung hierauf überwunden werden könnten, vgl. *Hoppe u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 47 u. 49, und noch Fn. 90.

⁸⁸ Wo allerdings gemäß § 12 c noch eine „Bestätigung des Netzentwicklungsplans“ durch die Regulierungsbehörde vorgesehen ist, welche mit einer weiteren Öffentlichkeitsbeteiligung verbunden ist (nach § 12 c Abs. 3).

den Bedarf, d. h. das politische Wollen, die Notwendigkeit für die Infrastruktur, betreffen. Umwelt- und Lärmschutzfragen spielten hier keine Rolle, dafür wäre der Kreis der bedarfsbezogenen Diskussion viel weiter gezogen als bei der später ggf. nachfolgenden Planreife, die ja lediglich fragt, ob das Vorhaben „vernünftigerweise“ geboten ist.⁸⁹

Die Abschlussdokumentation würde Äußerungen und ggf. Erörterungen abbilden, nicht etwa Feststellungen oder gar Entscheidungen treffen. Dies obläge weiterhin dem Vorhabenträger, für den der Abschlussbericht eine ertragreiche Quelle neuer oder anderer Erkenntnisse, ggf. auch Anlass zum Umdenken oder gar zum Verzicht bzw., umgekehrt, Ermunterung sein kann. Einem nachfolgenden Planfeststellungsantrag müsste die Dokumentation beigelegt werden und im Planfeststellungsverfahren böte sie wertvolle Ansätze für die Prüfung des Bedarfs im Rahmen der Abwägung⁹⁰ und bei der Suche nach etwaigen Alternativen. All das erhielte die notwendige Offenheit gegenüber nachträglichen Entwicklungen,⁹¹ eine Präklusionswirkung würde nicht entfaltet und für Rechtsschutz bestünde im Stadium des Bedarfserörterungsverfahrens weder Bedürfnis noch Raum.

b) Kreis der Erörterungsberechtigten unter Einschluss der Vorhabennutzer

Berechtigt zur Abgabe von Äußerungen wären Einzelpersonen wie Verbände, jeweils einschließlich der späteren Nutzer des geplanten Großvorhabens. Im Gesetzestext sowie in der einleitenden Internetinformation sollte dieser Teil der Öffentlichkeit explizit angesprochen werden⁹² und in der Abschlussdokumentation wären die Stellungnahmen aus diesem Bereich (bei einem Flughafenvorhaben etwa von Fluggesellschaften, Reiseveranstaltern oder Passagierverbänden)⁹³ in

⁸⁹ BVerwGE 56, 110 (118 f.); BVerwGE 75, 214 (232 f.); BVerwGE 107, 142 (145).

⁹⁰ Dazu, dass selbst bei gesetzlicher Bedarfsfestlegung (wie etwa nach dem Fernstraßenausbaugesetz) in der Abwägung immer noch durch gewichtige Belange der feststehende Bedarf überwunden werden könnte, vgl. BVerwGE 100, 388; ferner *Steinberg*, ZUR 2011, S. 341.

⁹¹ Auf diese Notwendigkeit weist *Durner*, DVBl. 2011, S. 860, hin.

⁹² In § 12 b Abs. 3 NABEG ist die Rede von „der Öffentlichkeit, einschließlich tatsächlicher oder potenzieller Nutzer“.

⁹³ Zu der im Luftverkehrsrecht bereits jetzt bestehenden Notwendigkeit, bestimmte Bedarfe, etwa einen Bedarf für Nachtflugbewegungen, mit Hilfe einer

einem eigenen Bündel zusammenzufassen. Damit könnte ein weiteres Defizit im bisherigen Umgang mit der Öffentlichkeit beseitigt und zugleich einer Asymmetrie im Hinblick auf den Umgang mit Umweltverbänden entgegengewirkt werden, die bekanntlich in verschiedenen Fachgesetzen⁹⁴ und im Verwaltungsverfahrensgesetz⁹⁵ mit sehr konkreten Verfahrensbefugnissen ausgestattet sind.

3. Politische Teilhabe als Ergänzung rechtsstaatlicher Schutzgewähr und nach alleiniger Maßgabe des Gesetzes

Der Aspekt der Nutzerbeteiligung zeigt sehr deutlich, dass Beteiligungsrechte Ausfluss des jeweils zugrunde liegenden Verhältnisses zwischen Verwaltung und Bürger sind: Nutzer kommen als Beteiligte bei der Bedarfsentscheidung in Betracht, weil diese zentral auf ihre politischen Vorstellungen (beispielsweise dem Wunsch nach verbesserter Mobilität) gestützt wird; der Status der Akteure determiniert also die Beteiligungsdogmatik. So fungieren im bislang allein rechtlich verfassten Stadium der Planfeststellung die Abwehr-Grundrechte der Drittbetroffenen in einem freilich immer weiter verstandenen Sinne⁹⁶ als Basis der Bürgerbeteiligung (als eine Art vorgelagerter Rechtsschutz);⁹⁷ ergänzend tritt das Bedürfnis der Verwaltung nach Informationsgewinnung (im Sinne von Sachverhaltsaufklärung) hinzu. Die Schaffung eines Bedarfserörterungsverfahrens hat mit den Abwehr-Grundrechten gar nichts zu tun, sie dient allerdings auch der Informationsgewinnung, vor allem aber ermöglicht sie die politische Teilhabe der Bürger an politischen Ent-

spezifizierten Darlegung der Interessen der Flugplatznutzer erbringen zu müssen, vgl. BVerwGE 131, 316, Rdnr. 39 u. 43.

⁹⁴ Vgl. beispielsweise § 17 a FStRG.

⁹⁵ Vgl. z. B. § 74 Abs. 7 Satz 3 VwVfG NRW: „Gelegenheit zur Stellungnahme zugunsten der nach § 63 BNatSchG anerkannten Verbände bei Entfallen der Planfeststellung“.

⁹⁶ So hat *Wißmann*, in: *Erbguth/Masing/Nowacki* (Hrsg.), *Kontrolle des Verwaltungshandelns*, 2010, S. 11 (31), zutreffend darauf hingewiesen, dass bereits die bestehenden Verfahrensrechte von Verbänden durchaus als ein Element demokratischer Teilhabe an der dann eben nicht mehr ausschließlich der öffentlichen Verwaltung obliegenden Ermittlung der öffentlichen Interessen angesehen werden können.

⁹⁷ Zum grundrechtlich-rechtsstaatlichen Fundament der Bürgerbeteiligung im Verwaltungsverfahren grundlegend *Blümel*, in: (*ders.*), *Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen*, 1982, S. 23 ff.; *Gärditz*, *Europäisches Planungsrecht*, 2009, S. 67 f. (unter Einbeziehung der unionsrechtlichen Dimension).

scheidungen auf Verwaltungsebene.⁹⁸ Wie schon bei der funktionalen Selbstverwaltung, bei den sog. plebiszitären Elementen auf der kommunalen Ebene⁹⁹ und wie im Anwendungsbereich der neuen Informationsfreiheitsgesetzgebung würden die Bürger hierdurch als Mitgestalter angesprochen und in den Status der politischen Teilhabe befördert. Dies stärkt die demokratische Funktion des Verwaltungsverfahrens, während die demokratische Legitimationsstruktur unverändert bleibt, da die Entscheidungszuständigkeiten der staatlichen Behörden (dies im Unterschied zur funktionalen Selbstverwaltung und zum Bürgerbegehren auf kommunaler Ebene) nicht angetastet werden.¹⁰⁰

Die durch das Bedarfserörterungsverfahren bewirkte Erweiterung des Bürger-Status erfordert zwingend eine gesetzliche Grundlage, deren Schaffung keine verfassungsrechtlichen Bedenken auslösen würde. Namentlich handelt es sich nicht um eine – problematische – konsultative Bürger-Befragung,¹⁰¹ sondern um einen Vorgang des Erörterens und Dokumentierens; das repräsentative Modell würde weder abgeschafft noch modifiziert. Für teilhabeermöglichende Ergänzungen ist das Demokratieprinzip unter dem Grundgesetz offen, in den Worten von *Hans Heinrich Rupp*¹⁰² bei den Bitburger Gesprächen 1993 fordert es sie gar.

⁹⁸ Von *Masing*, in: Grundlagen I (Fn. 46), § 7 Rdnr. 68 ff., trefflich „status procuratoris“ genannt.

⁹⁹ Überblick bei *Burgi*, Kommunalrecht, 3. Aufl. 2010, § 11 Rdnr. 32 ff.

¹⁰⁰ Dazu, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren keine demokratische Legitimationsfunktion erfüllt und auch nicht erfüllen kann, vgl. zuletzt *Gärditz*, GewArch 2011, S. 274 f. m.w.N. Namentlich die nichtinstrumentelle Funktion der Herstellung von Akzeptanz (vgl. II 3 b) und das Verfahrensziel der Verbreiterung der Informationsbasis tragen nicht selbst zur demokratischen Legitimation bei.

¹⁰¹ Sehr kritisch zur Statthaftigkeit einer sog. konsultativen Volksbefragung *Krause*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR III, 3. Aufl. 2005, § 35 Rdnr. 23.

¹⁰² Politische Teilhabe – Politische Kultur, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1993/II, S. 111 ff. Ausdrücklich für die Verfassungskonformität der Schaffung bzw. Erweiterung eines status procuratoris *Masing*, in: Grundlagen I (Fn. 46), Rdnr. 68 f.

IV. Fazit und Ausblick

Zur verbesserten Ermöglichung von Großvorhaben mit Bürgerbeteiligung können innerhalb des bestehenden Rahmens der Planungsverfahren einige akteursbezogene Veränderungen vorgeschlagen werden, andere sollten meines Erachtens unterbleiben. Mehr Mut würde die Einbeziehung der Bürger als *citoyens* erfordern, d. h. die Eröffnung einer politischen Teilhabe an den eigentlichen Planungsentscheidungen der öffentlichen Vorhabenträger. Dies könnte in verfassungskonformer Weise bewirkt werden im Rahmen eines „Bedarfserörterungsverfahrens“.

Das daran anschließende Kapitel, das in einem anderen, vielleicht teilweise schon beim nächsten „Bitburger Gespräch“ aufzuschlagen wäre,¹⁰³ beträfe sodann die Übernahme der eigentlichen Planungsentscheidung durch die Akteursgruppe der Bürgerinnen und Bürger selbst. Darin ginge es dann um die Sinnhaftigkeit und Gestaltbarkeit eines Bedarfs- und damit auch Finanzierungsreferendums¹⁰⁴ bei besonders großen Großvorhaben (also jenseits der kommunalen Ebene)¹⁰⁵ und natürlich um die verfassungsrechtlichen Grenzen,¹⁰⁶ die

¹⁰³ Es trägt den Titel „Zukunft der Demokratie – Demokratie der Zukunft“.

¹⁰⁴ Zu Begriff und Voraussetzungen, teilweise mit Hinweisen auf das entsprechende Institut in der Schweiz: Rux, *Direkte Demokratie in Deutschland*, 2008, S. 43; Steinberg, ZUR 2011, S. 348 (beide mit eher kritischem Unterton); wohlwollender Durner, ZUR 2011, S. 360 f., der auf empirische Untersuchungen in der Schweiz hinweist, wonach sich vielfach die Behörden mit ihren Planungen durchzusetzen vermochten; Groß, DÖV 2011, S. 513 f. Bei einer unmittelbar auf den Bedarf bezogenen, und somit als Ja/Nein gestaltbaren Abstimmung stellen sich jedenfalls die auf die Komplexität der planerischen Zusammenhänge abstellenden Argumente m.E. nicht (zu ihnen aber Gärditz, *GewArch* 2011, S. 278); Zusammenstellung der allgemeinen Kritikpunkte gegenüber partizipativen Legitimationsmodellen zuletzt bei Peucker, *Bürokratie und Demokratie in Europa*, 2011, S. 183 f.

¹⁰⁵ Wo in einigen Ländern (u. a. in Bayern, wie sich im Umkehrschluss aus Art. 18 a Abs. 3 BayGO ergibt) bei planerisetzenden Bebauungsplänen auch im Hinblick auf Großvorhaben bereits jetzt Bürgerbegehren bzw. Bürgerentscheide möglich sind, was angesichts der teilweise bestehenden Austauschbarkeit zwischen dem planerisetzenden Bebauungsplan und dem Planfeststellungsbeschluss durchaus Bedenken geben kann.

¹⁰⁶ Neben verfassungsrechtlichen Grundsatzfragen rund um das Demokratieprinzip (vgl. zu ihnen einerseits Dreier/Wittreck, in: *Feld* [Hrsg.], *Jahrbuch für direkte Demokratie*, 2009, S. 11 ff.; Wittreck, ZSE 2010, S. 553 ff., u. dens., ZG 2011, S. 209 ff., andererseits Krause, in: *HdbStR III* [Fn. 99], § 25 Rdnr. 25), spielen kompetenzielle Argumente eine wichtige Rolle (dazu jüngst aus Anlass der

dem Gesetzgeber, ja dem Verfassungsgesetzgeber selbst insoweit gezogen sind – oder vielleicht auch nicht.

Debatte um „Stuttgart 21“ einerseits *Kirchhof*, ZSE 2010, S. 412 ff., andererseits, *Hermes/Wieland*, in: *Feld* (Hrsg.), Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, 2011, S. 350 ff.; *Meyer*, DVBl. 2011, S. 449), ferner die in den Landesverfassungen enthaltenen tatbestandlichen Restriktionen. So sind teilweise plebiszitäre Elemente nur auf Gesetze beschränkt (vgl. zuletzt *Groß*, DÖV 2011, S. 513) bzw. sind sie bezüglich der finanziellen Aspekte ausgeschlossen (vgl. *Gärditz*, GewArch 2011, S. 278; *Groß*, DÖV 2011, S. 15, jeweils m.w.N.).