

SONDERDRUCK AUS
VERWALTUNGSRECHT:
GESTALTUNG – STEUERUNG
KONTROLLE

FESTSCHRIFT FÜR
ULRICH RAMSAUER
ZUM 75. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Christoph Brüning

Wolfgang Ewer

Sabine Schlacke

Carsten Tegethoff

2023



GERD WINTER

Theoretische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung an Verwaltungsverfahren

Die Beteiligung der Öffentlichkeit an Verwaltungsverfahren geschieht in unterschiedlichen Formen, die in spezifischer Weise auf Probleme im Verhältnis Verwaltung – Öffentlichkeit reagieren. Die Vielfalt der Formen lässt sich theoretisch erfassen. Auf der Grundlage solcher theoretischen Betrachtung können Bewertungen erfolgen und reformatorische Vorschläge abgeleitet werden. Dieser Beitrag skizziert zunächst einige Hauptprobleme und entwirft eine Anzahl theoretischer Ansätze für mögliche Lösungen (I.) wählt – unter Beschränkung auf Verfassungstheorien – geeignete Ansätze aus (II.) und erörtert auf deren Grundlage Gestaltungsvorschläge (III.).

I. Hauptprobleme und Theorien der Öffentlichkeitsbeteiligung

In Recht und Praxis der Öffentlichkeitsbeteiligung an Verwaltungsverfahren stellen sich folgende Probleme:

- Für welche Verwaltungsentscheidungen sollte eine Öffentlichkeitsbeteiligung ermöglicht werden?
- Wer soll teilnehmen können?
- Wie soll das Verfahren ablaufen?
- Inwieweit sollen Verfahrensfehler geheilt oder nachgebessert werden können?
- Welchen gerichtlichen Rechtsschutz sollte es im Hinblick auf Verfahrensfehler geben?

Die Antworten, die auf diese Fragen rechtlich gegeben werden, sind höchst variantenreich. Versucht man sie theoretisch, d. h. aus einer Gesamtschau zu verstehen, bieten sich unterschiedliche Ansätze an, von denen ich vier unterscheiden möchte, nämlich einen pragmatischen, einen empirischen, einen philosophischen und einen verfassungstheoretischen.

1. Pragmatischer Ansatz

Der pragmatische Ansatz erfasst und strukturiert die jeweils gegebene Lage der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Er wird üblicherweise von Lehrbüchern und Kommentaren verfolgt. Wenn er nicht rein positivistisch ausfällt, identifiziert er Grundsätze hinter einer Vielfalt von Formen, stellt in begrenzter historischer Perspektive Wandlungen fest, und bewertet Ausgestaltungen an Hand angenommener

Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung¹. Solche Bemühungen fördern das praktische Verständnis, bewegen sich aber meist auf einer Ebene mittlerer Allgemeinheit, deren Horizont durch weitere Abstraktion und methodologische Vergewisserung noch erweitert werden könnte. Dies gilt insbesondere für die oft anzutreffende Funktionsanalyse. Die Funktionen sind meist nichts anderes als Ziele, die nicht rechtlich festgelegt sind, sondern von den AutorInnen irgendwie präsumiert werden. Häufig genannt werden zum Beispiel Sicherung der Entscheidungsqualität, Effektivität der Verwaltung, Akzeptanz bei den Betroffenen, Integration konfligierender Interessen, Kontrolle von Macht, Wahrung subjektiver Rechte, Transparenz, Demokratie, etc. Die Mischung ist häufig unterschiedlich und hängt von Vorverständnissen der AutorInnen ab. Manche Ziele liegen auf unterschiedlichen logischen Ebenen, wie z. B. Effektivität als empirisches Ergebnis und Rechtswahrung als normative Setzung. Manche Ziele, wie z. B. die Rechtsgewährung, sind so vage, dass sich aus ihnen für die Beteiligungsformen wenig Bestimmtes ableiten lässt. Soweit Kausalzusammenhänge betrachtet werden, wie z. B. zwischen Beteiligung an und Akzeptanz von Entscheidungen, beruht die Analyse häufig auf zweifelhafter Empirie. Überhaupt ist der Funktionsbegriff präzisierungsbedürftig.

2. Empirischer Ansatz

Statt nach Funktionen sollte besser nach Auswirkungen der Verfahrensmodalitäten geforscht werden.² Sind diese identifiziert, bietet sich an, nach Erklärungen zu fragen und sie rechtspolitisch oder verfassungsrechtlich zu bewerten.

Besonders schwierig zu ermitteln ist die Empirie der Auswirkungen, so im bereits genannten Beispiel die Herstellung von Akzeptanz durch Öffentlichkeitsbeteiligung. Solche Aussagen sind nur nach genauer Beurteilung der Forschungsmethode glaubwürdig. Zu prüfen ist jeweils die Gültigkeit (Validität) der verwendeten Parameter für das untersuchte Phänomen (z. B. woran man Akzeptanz erkennt) und die Verlässlichkeit (Reliabilität) der erhobenen Tatsachen (z. B. ob das Sample der Befragten repräsentativ ist). Besonders schwierig ist es, mit sog. intervenierenden Variablen umzugehen, die zwischen das Ausgangsereignis, z. B. eine Norm (die ‚unabhängige Variable‘) und ihre Wirkung, z. B. bestimmte Vollzugserscheinungen (die ‚abhängige Variable‘) treten, wie z. B. die Existenz oder Nichtexistenz eines Vollzugsapparats. Umgekehrt ist es möglich, dass Gesetzgeber und Gerichte bestimmte Annahmen über die Realität pflegen, ohne vorhandene empirische Untersuchungen zu berücksichtigen. Zum Beispiel wird immer wieder angenommen, dass die jahrelange Verfahrensdauer vieler Projektgenehmigungen durch Öffentlichkeitsbeteiligung verursacht wird. Dem widersprechen Untersuchungen, die die Hauptursache in der Komplexität der Sache selbst, der Anzahl

¹ Eine prominente Beispiel ist die Kommentierung des Jubilars in Einleitung I in Kopp/Ramsauer VwVfG, 22. Aufl. 2021.

² Ähnlich zwischen empirischem und normativem Blick unterscheidend, aber die einschlägigen Studien kaum auswertend Reimer, Verfahrenstheorie 2015, 131 ff., 180 ff.

und Kompetenz der Behörden und der Vielfalt der einschlägigen Interessen und Wissensbestände sehen.³

Empirische deskriptive Forschung kann sich statt auf Wirkungen auch auf Ursachen der jeweils verwirklichten Ausgestaltungen beziehen. Ein Beispiel sind Anstöße zu den drei großen Wellen des Ausbaus und Rückbaus der Öffentlichkeitsbeteiligung, so der Ausbau Anfang der siebziger Jahre in der Folge des allgemeinen gesellschaftlichen Aufbruchs, ein Rückbau mit der deutschen Vereinigung ab den 90er Jahren, ein erneuter Ausbau nach den Erfahrungen u. a. mit ‚Stuttgart 21‘ und anderen Großprojekten im ersten 2000er Jahrzehnt, sowie ein erneuter Rückbau heute als Reaktion auf die Klimakrise und den Ukrainekrieg. Aufklärend wirken dabei Studien über die Aushandlungsprozesse im Hintergrund neuer Gesetzgebung. Solche Forschung kann Auskunft darüber geben, welche Perzeptionen und realen Interessen hinter der Verfahrensgesetzgebung stehen.

3. Philosophische Ansätze

Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung lassen sich (im Sinne tieferen Verständnisses) erklären mit Hilfe philosophischer Kommunikationstheorie. Die in unserem Zusammenhang fruchtbarsten Strömungen gehen auf Jürgen Habermas einerseits und Niklas Luhmann andererseits zurück.

Habermas⁴ vertritt ein Konzept vernünftiger Deliberation, bei der die Beteiligten sich ungebunden durch Herrschaft, Interesse und Vorurteil austauschen. Das Konzept ist normativ geprägt, beruht aber auf einer Analyse faktischer Verhältnisse, nach der Zusammenleben gar nicht existieren kann, wenn nicht in jenem Sinne Diskurs geschieht. Deliberativ gestaltete Verfahren sind geeignet, Akzeptanz des Ergebnisses zu erzeugen. Dies ist aber keine prästierte Folge; es genügt Akzeptabilität. Insoweit bleibt es bei einer normativen Setzung, die der rechtlichen Abstützung bedarf und durch das Verfahrensrecht auch gewährleistet wird, indem es die Entscheidung der legitimierten staatlichen Instanz vorbehält.

Luhmann betrachtet die Verwaltung als ein relativ geschlossenes System, das sich von der Gesellschaft absondert, um seine Aufgaben zu erfüllen. Abweichende Meinungen der Öffentlichkeit sind demgegenüber eher dysfunktional.⁵ Verwaltungsverfahren dienen dazu, sie aufzunehmen und abzuarbeiten, nicht normativ im Wege der offenen Deliberation, sondern funktionstheoretisch als Mechanismen der Beschaffung von Akzeptanz. Zugleich wird dadurch möglicher Protest absorbiert.⁶

³ S. dazu die Untersuchungen über umweltrechtliche Genehmigungsverfahren von Mayntz u. a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik 1978, 301–313 und zusammenfassend von Dose, Ursachen für langdauernde Genehmigungsverfahren, in: Dose/Holznagel/Weber (Hg) Beschleunigung von Genehmigungsverfahren, 1994, 91–107, sowie über städtische Planungsprozesse von Billebeck (Cityerweiterung Bremen), Wollmann (Cityerweiterung Heidelberg) und Hilterscheid/Lenke (Steglitzer Kreisel) in: Grauhan (Hrsg.) Lokale Politikforschung 2, Campus Verlag 1974, 192 ff., 221 ff. und 273 ff.

⁴ Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, Kap. VII und VIII.

⁵ Luhmann, Ökologische Kommunikation, 1986, 235.

⁶ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1997.

Dem Habermas'schen Ansatz kann Realitätsferne vorgeworfen werden; trotzdem ist er als regulative Idee unverzichtbar. Wenn sich die im Diskurs Beteiligten nicht darauf einigen können, möglichst wenig ihre Macht, Interessen und Vorurteile walten zu lassen, findet kein Diskurs statt. Man wird sich dann nur mit Misstrauen begegnen.

Das Luhmann'sche Konzept ist demgegenüber realitätsnäher. Nur hypostasiert es die Realität in der eigentümlichen analytisch-normativen Schwebelage des Funktionalismus zu einer systembedingten Notwendigkeit. Er hebt affirmativ das hervor, was an Verfahren eigentlich defizitär ist, nämlich dass das Projekt oft schon vorentschieden ist und die Beteiligten dann nur äußerlich befriedet, nicht aber inhaltlich überzeugt werden. Akzeptanz als Verzicht auf weiteres Remonstrieren ist etwas anderes, äußerlicheres als Akzeptanz aus innerer Überzeugung und auch etwas anderes als Akzeptabilität, d. h. Akzeptanz von Verfahren, auch wenn das Ergebnis abgelehnt wird. Eine explizit normative Version, die die äußerliche Akzeptanz zur Norm macht, würde in der Praxis unterlaufen, denn wer würde in Verfahren noch Argumente vortragen, wenn die Amtsträgerin signalisierte, sie sei nicht an diesen interessiert, sondern warte nur auf die Erschöpfung der Einwander: „so fühlt man Absicht, und man ist verstimmt“ (Goethe, Torquato Tasso).

4. Verfassungstheoretische Ansätze

Unter verfassungstheoretischen Ansätzen möchte ich Konzepte verstehen, die die jeweiligen Ausgestaltungen der Öffentlichkeitsbeteiligung in den Kontext bestimmter Grundvorstellungen über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft stellen. Diese Grundvorstellungen, oder Verfassungstheorien, bestehen methodologisch gesehen aus einer Mischung von Beschreibung und Bewertung ihres Gegenstandes. Dieser Gegenstand ist sowohl die Realität wie auch die normative Verfassung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft. Eine formale Richtung, die sich in dem Werk von Hans Kelsen zuspitzt, betrachtet dabei nur die normative Verfassung, während sich die ganz herrschende Verfassungstheorie mit beiden Aspekten befasst; diese soll deshalb hier zu Grunde gelegt werden.⁷

Öffentlichkeitsbeteiligung nimmt verschiedene Formen an, je nachdem welcher Verfassungstheorie sie entspricht. Um die Komplexität zu reduzieren, werde ich einige Varianten unberücksichtigt lassen, die für die hiesige engere Frage kaum von Interesse sind. Zu diesen gehören zum Beispiel der zentralistische Sozialismus⁸, das Gemeinwesen indigener und traditioneller Gesellschaften⁹, die kommunale Selbst-

⁷ Die formale Richtung konstruiert den demokratischen Staat als nur durch Wahlen legitimiert und hat deshalb keinen Platz für Legitimation durch Beteiligung. S. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925) Nachdruck 1993, S. 366f. Die Hauptkritik an diesem Positivismus findet sich bei Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen* 1955, 121ff. und Heller, *Staatslehre* 1934, 51ff.

⁸ S. zB für die DDR Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie*. Lehrbuch 2. Aufl. 1975: 255ff. (Hervorhebung der erzieherischen Funktion der Partizipation); Polak, *Zur Dialektik in der Staatslehre*, 1959, 155ff. (Aufhebung des Gegensatzes Staat und Gesellschaft); über spätere Öffnungen für individuelle Rechte Bernet DÖV 1990, 409–417.

⁹ S. zB für namibische Gemeinschaften M. O. Hinz (Hg.), *Customary law ascertained* 2013.

verwaltung¹⁰, Mitbestimmung in beruflichen und sachbezogenen intermediären Organisationen¹¹, und die direkte Demokratie.¹² In Betracht zu ziehen sind vier Konzepte, die ich als konstitutionelle Autokratie, rechtsstaatliche Legitimation, demokratische Legitimation und relationale Rationalität bezeichnen möchte.¹³

a) Konstitutionelle Autokratie

In dieser Formation gilt die Exekutivgewalt als die beste Hüterin des öffentlichen Interesses. Die Exekutive besitzt ihre eigene Legitimation durch Tradition (insbesondere monarchischer Erbfolge), wie z. B. im deutschen Kaiserreich.¹⁴ Die Gesellschaft ist durch ein gewähltes Parlament repräsentiert, das aber nicht als aktives politisches Organ, sondern primär zum Schutz der erworbenen Rechte des Bürgertums fungiert. Die Beteiligung der Bürger an Verwaltungsentscheidungen dient dementsprechend primär als frühzeitiger Schutz gegen Eigentumseingriffe.¹⁵ Im Hinblick auf Infrastrukturanlagen ermöglicht sie in Planfeststellungsverfahren Einflussnahme u. a. wegen der enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses.¹⁶ Im Hinblick auf gefährliche Industrieanlagen existiert ein differenziertes Einwendungsverfahren, das im Ergebnis die privatrechtlichen Eigentumsansprüche gegen die genehmigte Anlage beschneidet.¹⁷

Das Modell kann auch zur Beschreibung von präsidentiellen¹⁸ und parlamentarischen¹⁹ Systemen verwendet werden, soweit die Exekutive sich gegenüber dem Parlament verselbständigt und seine Legitimation weniger auf Verfahren („input“) als auf Problemlösung („output“) stützt.²⁰

¹⁰ S. dazu unter Demokratieaspekten Schefold, *Selbstverwaltungstheorien*: Rudolf Gneist und Hugo Preuß, in: Schefold, *Bewahrung der Demokratie*, 2012, 431–456.

¹¹ S. dazu insbes. unter Demokratieaspekten Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, 1990 105–128.

¹² S. dazu Waechter, *Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat*, VVDStRL 72/2013, 529ff.

¹³ Vgl. zu diesen Phasen der Beteiligungsstrukturen mit ausführlicher Analyse des staatsrechtlichen Hintergrunds und der gesetzlichen Ausformung, aber anderer Betitelung Fisahn, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, 2002.

¹⁴ Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. III, 2. Aufl. 1963, 3ff., mit Betonung der Variationsbreite des deutschen Konstitutionalismus.

¹⁵ Fisahn 2002, 85; Cancik, *Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen*, 2007, 271f.

¹⁶ Fisahn 2002, 88.

¹⁷ §§ 16, 26 GewO von 1869 mit Ausführungsanweisung vom 1.5.1904, abgedr. in Hoffmann, *Die Gewerbeordnung*, 1907, 454ff.; dazu Simitis VersR 1972, 1090, der vom „Fundament des deutschen Fabrikrecht“ spricht.

¹⁸ In Frankreich entspricht dem das orléanistisch genannte System vom „roi bourgeois“ Louis Philippe von Orléans bis Charles de Gaulle. Vgl. Duverger, *Eléments de droit public*, 7. Aufl. 1974, 13. Mit Zurückhaltung kann auch das Verwaltungsregime der Russischen Föderation jedenfalls bis zum Korruptionssystem Putins hier eingeordnet werden. Es war durch teils benevolente exekutive Autokratie ohne relevante Beteiligung der Öffentlichkeit gekennzeichnet (OECD, *Environmental policy and regulation in Russian*, OECD 2006).

¹⁹ Für Deutschland könnte so die obrigkeitstaatliche Verwaltung der Adenauerzeit beschrieben werden.

²⁰ Über diese Unterscheidung s. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970.

b) Rechtsstaatliche Legitimation der Verwaltung

Auch in dieser Formation wird die Exekutive als Hüterin des öffentlichen Interesses angesehen. Aber ihre Befugnisse sind durch parlamentarische Gesetzgebung viel stärker eingeschränkt und politisch programmiert. Dabei wurde von einer lange Zeit vorherrschenden Auffassung angenommen, dass die Exekutive ausschließlich durch das Parlament legitimiert wird, organisatorisch-personell durch die Wahl der Minister als Leiter von Verwaltungsorganen und sachlich durch den Inhalt der Gesetze einschließlich Vorgaben für Verordnungsermächtigungen für die Exekutive. Einer zusätzlichen Legitimation durch die Beteiligung der Öffentlichkeit an Verwaltungsverfahren bedarf es hiernach nicht. Sie wäre geradezu ein Verstoß gegen das Prinzip der repräsentativen Demokratie. Denn dies würde bedeuten, dass Teilinteressen das von der gewählten Legislative und Exekutive bestimmte Gemeinwohl untergraben.²¹ Immerhin haben aber Personen, deren Rechte oder rechtlich geschützte Interessen beeinträchtigt werden können, vor belastenden Entscheidungen ein Recht auf Anhörung.²² Dieses Recht wurde, aufbauend auf den Entwicklungen des Kaiserreiches, schrittweise zur Anhörung von Nachbarn und der weiteren Öffentlichkeit ausdifferenziert. Die Beteiligung konzentriert sich überwiegend jedoch auf solche Personen, die auch materiell betroffen sind. In manchen Rechtsbereichen können Einwendungen auch ohne diese Einschränkung erhoben werden, aber daraus kann kein Recht auf Anfechtung der Entscheidung abgeleitet werden.²³

c) Demokratische Legitimation der Verwaltung

Das Konzept der demokratischen Legitimation der Verwaltung reduziert die Legitimation der Exekutive nicht auf ihre Basis im gewählten Parlament. In diesem Konzept ist die Verwaltung nicht nur eine Agentur, die das Parlamentsgesetz ausführt, sondern eine konstruktive Macht, die über Ermessensspielräume verfügt. Dies gilt auch in Staaten wie Deutschland, die über eine hohe Dichte an gesetzlicher Programmierung verfügen, insbesondere wenn das Thema sehr komplex ist, z. B. wenn große Infrastrukturprojekte oder hoch technisierte Anlagen genehmigt werden sollen. Hinzu kommt die zunehmende Verflechtung behördlicher Zuständigkeiten in sachlicher Hinsicht und im Hinblick auf die europäische und internationale Integration. In solchen Situationen offener Entscheidungsbildung steigt der Bedarf an Eigenlegitimation. Es ist dann von großer Bedeutung, wer an dem Verfahren teilnimmt.

²¹ Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Staat der Gegenwart, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit 1976, 189–200; Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 379, 406. Vgl. Fisahn 2002, 132ff., 216ff.

²² Über seine – mühsame – Entwicklung Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1973, 235ff.

²³ Dazu Weiteres unten III. 5.

Diese Auffassung ist heute im Grunde herrschende Meinung in der deutschen Verfassungslehre.²⁴ Unterschiede gibt es allerdings in der Gewichtung und Modellierung des demokratischen Prinzip.²⁵ Konsens ist jedenfalls, dass bei aller Öffentlichkeitsbeteiligung die Endentscheidung bei der Verwaltung liegen muss.²⁶ Im Grunde wichtiger als diese Grundsatzdebatte ist aber, dass die meisten Autoren konzeptionell argumentieren, statt Demokratie bis hinein in die Verästelungen der Öffentlichkeitsbeteiligung auszubuchstabieren.²⁷

Fragt man nach einer grundsätzlichen Modellierung, so besteht das Verfahren idealiter aus einem Diskurs zwischen Betreibern, Verwaltungsorgan und Öffentlichkeit. Dieses Konzept, bezogen auf Risikoentscheidungen, kommt in der abweichenden Meinung der Richter Heußner und Simon zum Mülheim-Kärlich-Beschluss des BVerfG zum Ausdruck. Mangels präziser materieller Normen und gesicherten Risikowissens müsse eine Sicherheitsphilosophie vorgedacht werden, die von Wertungen abhängt, welche sich von grundsätzlichen Standpunkten und subjektiven Interessen kaum freihalten ließen. „Umso wesentlicher erscheint es, die Standpunkte, Interessen und Befürchtungen aller Beteiligten rechtzeitig in das Genehmigungsverfahren einzubeziehen und durch einen Prozess der Kommunikation zwischen Kraftwerksbetreibern, gefährdeten Bürgern und zuständigen Behörden eine sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicherzustellen.“²⁸

Obwohl diese abweichende Meinung letztlich mit der Senatsmehrheit beim Prinzip des vorverlagerten Schutzes subjektiver Rechte stehenblieb, kann ihre Vorstellung des Kommunikationsprozesses als Leitidee für ein Konzept deliberativer Demokratie festgehalten werden. Sie hätte drei Hauptelemente: Geltendmachung von Interessen der Betroffenen, Vorstellung von Wertungen und Einbringung von Wissen aus pluralen Quellen. Interessen und Wertungen fließen in die Abwägung konfligierender Ziele ein, Wissen beeinflusst die Eignung zur Zielerreichung.²⁹ Das Konzept bezieht nicht nur diejenigen ein, die individuell betroffen sind (also den „Bürger“ als bourgeois), sondern auch diejenigen, die sich um das öffentliche Interesse sorgen (also den „Bürger“ als citizen).³⁰

²⁴ Fisahn 2002, 313ff., 335ff.; Rossen-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle (Hg) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd II, 2008, 625ff. (670f.); Hoffmann-Riem/Rubbert, Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit, 1984, 44f.; Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 2. Kap. 111; Gurlit, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70/2011, 227 (242–246); mit Hervorhebung der europäischen Verflechtung Lübke-Wolf, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60/2001, 265ff.; Groß, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66/2007, 169ff.; Franzius, Gewährleistung im Recht, 2009, 306, 319ff.

²⁵ Man vergleiche auf der mutigen Seite Fisahn, 2002 passim und auf der zaghaften Seite Mann, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72/2013, 562f.

²⁶ Die Betonung dieses Umstands würde auch Böckenförde in den Chor der Verabschiedeter des monokratischen Modells einstimmen lassen, vgl. Böckenförde 1976, 199.

²⁷ Ausführlich insoweit dagegen Fisahn 2002, 340ff.

²⁸ BVerfGE 35, 30 (77).

²⁹ Interessant der Vorschlag von Rossen-Stadtfeld 2008, Rnr. 63, dass „Interessen vor allem als Antriebskräfte, Destabilisierungsfaktoren und Alternativenerzeuger von Bedeutung“ seien.

³⁰ Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, 309.

Demokratie ist aber nicht nur ein Prozess der Einspeisung von Wissen und Interessen in staatliche Verfahren, sondern auch ein Lernprozess für die Beteiligten. Dabei wird meist an Lernprozesse gedacht, die sich von Hoheitsträgern an die Gesellschaft richten – die „Funktion“ ist dann Akzeptanzbeschaffung³¹ –, aber ebenso und sogar primär geht es in der Demokratie um horizontale Lernprozesse zwischen den Beteiligten. Dabei steht traditionell der Konflikt zwischen zwei Parteien, den sog. Betreibern und Betroffenen, im Vordergrund. Heute zerklüftet sich das Feld durch weitere Konflikte, insbesondere zwischen Klima- und Biodiversitätsschutz.

d) Relationale Rationalität

Die „relationale Rationalität“ ist eher eine Vision als bereits eine reale Struktur. Sie hat ihren Hintergrund in der Theorie des postmodernen Staates. Nach diesem Verständnis ist der Staat mit einer zunehmenden Unsicherheit über Risiken, einer Vielzahl möglicher Maßnahmen und sehr unterschiedlichen Wahrnehmungen und Forderungen konfrontiert. Diese Komplexität schließt es aus, dass er ein eindeutiges Gemeinwohl bestimmen kann. Staat und Gesellschaft werden als ein Feld der Kompatibilisierung von Divergenzen konstruiert. Der Staat fungiert dabei als Vermittler der Selbstregulierung fragmentierter Teile der Gesellschaft und als Moderator zwischen ihnen.³² Seine Entscheidung ist weniger ein Oktroi als eine Art Ratifizierung von Einigungen der Parteien.

Als reale Komponente dieses noch recht spekulativen Konzepts kann die Mediation angesehen werden.³³ Sie wird durch das Mediationsgesetz strukturiert, das in noch tastender Weise vor allem für Neutralität und Qualität der Mediation sorgt, aber die Verbindlichkeit des Ergebnisses dem Einzelfall überlässt. Empirische Untersuchungen legen nahe, dass vier Bedingungen erfüllt sein müssen, wenn die Mediation erfolgreich sein soll: Die Natur des Konflikts muss so beschaffen sein, dass ein Kompromiss möglich ist; der Mediator muss neutral sein; die Teilnehmer müssen positive Ergebnisse für sie erwarten; und sie müssen in der Lage und bereit sein, den vereinbarten Kompromiss als verbindlich anzusehen.³⁴

³¹ Dieser Aspekt erfährt in der Literatur neben der Richtigkeitsgewähr die wohl größte Aufmerksamkeit. Vgl. zB Seckelmann, Partizipation und Akzeptanz bei der Zulassung von Großvorhaben, in: Kahl/Ludwigs (Hg) Handbuch des Verwaltungsrechts Bd IV, 2022, Rn. 18f.

³² Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 1992, 176ff.; Weinreich, Recht als Medium und gesellschaftlicher Selbststeuerung, 1995, S. 177–180.

³³ Gaßner/Holzner/Lahl, Mediation: Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung bei Umweltstreitigkeiten, 1992.

³⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG Einführung I Rn. 80–83; für die USA, die bereits längere Erfahrungen mit dem Ansatz gemacht haben, s. McGarity, Public Participation in Risk Regulation, in: Risk: Issues in Health and Safety 1990, 103 (122–128).

II. Auswahl geeigneter Verfassungstheorien

Wie der Unterschied der theoretischen Ansätze zeigt, hängt die Wahl zwischen Optionen für die Gestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung stark davon ab, welche Theorie des Verhältnisses Staat – Bürger zugrunde gelegt wird.

Die „konstitutionelle Autokratie“ ist dem Paradox ausgesetzt, dass sie die Realität in vielen Staaten wahrscheinlich korrekt beschreibt, aber nicht als normatives oder sogar konstitutionelles Konzept vertreten werden kann. Trotzdem ist sie als Struktur ernst zu nehmen, weil die realen Verhältnisse immer wieder auf sie hindrifen. Dies gilt vor allem für Großprojekte, die politisch für dringlich gehalten und deshalb ‚durchgezogen‘ werden. Derzeit feiert die aufgeklärte Autokratie Wiederauferstehung in dem Bemühen, Investitionen in erneuerbare Energien in beschleunigten Verfahren durchzusetzen, aber auch in der kriegsbedingten Not, die Energieversorgung sicherzustellen. Wir wissen noch nicht, welche Kollateralschäden daraus folgen werden.³⁵

Die „postmoderne relationale Rationalität“ mag in vielen Fällen ein Weg sein, um gegensätzliche Positionen einander anzunähern, aber ihre reale Komponente, die Mediation, ist bisher meistens gescheitert bei tief kontroversen Konflikten wie solchen um Kernkraftwerke, Endlager für hoch radioaktive Abfälle, Anbau von gentechnisch verändertem Saatgut, Ausbau von Fernstraßen und Flughäfen, Vertiefung von Flussläufen, etc. Immerhin kann sie aber in weniger kontroversen Verfahren nützlich sein. Keinesfalls aber darf sie davon absehen, dass die Letztentscheidung der öffentlichen Hand zukommt.

Zentral sind nach Allem die Konzepte „demokratischer Rechtsstaat“ und „deliberative Demokratie“. Diese Wahl bietet sich nicht nur aus verfassungstheoretischen Gründen an, sondern ist zum guten Teil auch verfassungsrechtlich vorgeschrieben.

Über die grundrechtliche Verankerung der Verfahrensbeteiligung ist zunächst zu bemerken, dass der insoweit maßgebliche Mülheim-Kärlich-Beschluss³⁶ nicht missverstanden werden darf. Das Gericht hat darin ausgesprochen, dass das Recht auf Verfahrensteilnahme jedenfalls eine grundrechtliche Dimension besitze, nicht aber, ein solches Recht bestehe ausschließlich dann, wenn eine materielle Grundrechtsposition betroffen ist. Es hat keineswegs negiert, dass der Gesetzgeber Rechte auf Verfahrensbeteiligung auch denjenigen einräumen kann, die nicht individuell betroffen sind, sondern sich als Bürger um das Gemeinwohl sorgen.

Dass die Demokratie des Grundgesetzes eine repräsentative ist, verhindert also nicht zusätzliche Wege der demokratischen Legitimation der Exekutive.³⁷ Es ist kaum vorstellbar, dass das BVerfG die bereits bestehenden Rechtsvorschriften, die nicht nur der betroffenen, sondern auch der allgemeinen Öffentlichkeit Teilnahme ermöglichen, für verfassungswidrig hielte, wenn es dazu angegangen würde. Man bedenke dabei, dass das Gericht die die Öffentlichkeitsbeteiligung flankierenden

³⁵ Dazu Näheres unten III. 6.

³⁶ BVerfGE 53, 30.

³⁷ Hoffmann-Riem/Rubbert, Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit, 1984, 44f.

Grundrechte, nämlich die Versammlungs- und Meinungsfreiheit, explizit als demokratische Rechte qualifiziert.³⁸

Bezieht man die Einwirkung der EU-Gerichtsbarkeit auf das deutsche Verfahrensrecht mit ein, so ist zu konstatieren, dass der EuGH darauf gedrungen hat, dass Verfahren ernstgenommen werden. Dies gilt für die Ermöglichung von Beteiligung und Klagebefugnis für kleinere Umweltverbände³⁹, die Beachtlichkeit unvollständiger UVP als Verfahrensfehler⁴⁰, die Beweislastverteilung, wenn die beklagte Behörde die Irrelevanz von Verfahrensfehlern geltendmacht⁴¹, und die Einschränkung materieller Präklusion von im Verwaltungsverfahren unterlassenen Vorbringen.⁴² Für Heilungs- und Nachbesserungsmöglichkeiten hat er vorsichtig eine Tür geöffnet, aber nicht so weit aufgesperrt, dass die deutsche Umfänglichkeit zulässig wäre.⁴³

Allerdings hat es der EuGH in seinen Entscheidungen über Beteiligung in nationalen Verwaltungsverfahren vermieden, die Beteiligung explizit als Ausfluss des Demokratieprinzips einzuordnen. Stattdessen hat er eine möglichst weitgehende Öffentlichkeitsbeteiligung als Ziel der jeweils einschlägigen Rechtsnormen angesehen⁴⁴, die m. E. zu eng als Strategie der Mobilisierung der Bürger für die Durchsetzung des EU-Rechts qualifiziert worden ist.⁴⁵ Immerhin, in der Präambel der Aarhuskonvention, die der EuGH häufig herangezogen hat, heißt es, dass die Durchführung des Übereinkommens zur Stärkung der Demokratie beitragen solle. Man kann annehmen, dass damit ein offener Umgang mit dem Demokratiebegriff verbunden ist, der sich nicht durch Konzepte des vorgezogenen Rechtsschutzes dogmatisch einzäunen lässt. Für Verfahren auf EU-Ebene ist demgegenüber in Art. 9 Abs. 3 EUV von der Teilnahme am „demokratischen Leben der Union“ und in Art. 11 Abs. 2 EUV von einem Dialog mit der Zivilgesellschaft die Rede. Damit wird Demokratie der Exekutive auch über die parlamentarische Legitimation hinaus versprochen.⁴⁶

³⁸ BVerfGE 69, 315 (342–347) (Brokdorf); BVerfGE 8, 104 (112) (Volksbefragung Atomwaffen). Den Hintergrund bildet das Integrationskonzept Rudolf Smends: „Der Staat ist nur, weil und sofern er sich dauernd integriert, in und aus den Einzelnen aufbaut“ (Smend Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, 138). Noch radikaler der Ansatz des Smend-Schülers K. Hesse, den der Brokdorf-Beschluss dahin zitiert: Versammlungen „enthalten ein Stück ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie, das geeignet ist, den politischen Betrieb vor Erstarrung in geschäftiger Routine zu bewahren“ (BVerfGE 69, 315 (347)).

³⁹ EuGH C-263/08 (Djurgarden)

⁴⁰ EuGH C-240/09 (Altrip) Rn. 37.

⁴¹ EuGH C-240/09 (Altrip) Rn. 53.

⁴² EuGH C-137/14 (Kommission v Deutschland) Rn. 77–79.

⁴³ S. dazu noch unten III. 4.

⁴⁴ Vgl. z. B. zum UVP-Verfahren EuGH C-263/08 (Djurgarden) Rn. 47 und EuGH C-72/12 (Altrip) Rn. 37.

⁴⁵ Vgl. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts: Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiven Recht, 1997

⁴⁶ Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 11 Rn. 6–13.

III. Lösungsvorschläge aus rechtsstaatlicher und demokratischer Sicht

Auf dieser Grundlage kann Rechtsstaatlichkeit als Minimum und deliberative Demokratie als verfassungsrechtlich zulässige und sachlich begründbare Erweiterung von Beteiligungsformen angesehen werden, wobei Einsprengsel des Relationalisierungskonzepts mitzudenken sind. Die oben gestellten Fragen könnten auf dieser Grundlage wie folgt beantwortet werden:

1. Gegenstände der Öffentlichkeitsbeteiligung

Hinsichtlich der untergesetzlichen Verordnungen und Verwaltungsvorschriften ist zunächst festzustellen, dass das Rechtsstaatsprinzip mit seinem Konzept des vorverlagerten Rechtsschutzes keine Grundlage sein könnte, weil die Betroffenheit Einzelner auf dieser Ebene noch nicht feststeht. Besser geeignet ist das Demokratieprinzip in seiner deliberativen Variante. Das weltweit anerkannte Vorbild dafür sind §§ 551(4) und 553 des US-amerikanischen Administrative Procedure Act.⁴⁷

Im Hinblick auf Einzelfallentscheidungen stehen bisher Genehmigungen von Anlagen im Vordergrund. Demgegenüber sind Produktzulassungen für Öffentlichkeitsbeteiligung weitgehend geschlossen, obwohl gefährliche, energieintensive und materialaufwendige Produkte eine wesentliche Ursache der Zerstörung natürlicher Ressourcen darstellen.⁴⁸ Ähnlich wie hinsichtlich untergesetzlicher Normen ist eine Öffentlichkeitsbeteiligung mit dem Rechtsstaatskonzept kaum begründbar, weil meist nicht prognostiziert werden kann, wer durch ein zugelassenes Produkt geschädigt werden wird. Möglich ist dies dagegen auf der Grundlage deliberativer Demokratie. Vielleicht wegen des historisch unbefangeneren Umgangs mit dem Demokratieprinzip im EU-Recht hat sich Öffentlichkeitsbeteiligung an Produktzulassungen auf europäischer Ebene kräftiger entwickelt.⁴⁹

Überfällig sind Verfahrensregeln überhaupt und Öffentlichkeitsbeteiligung im Besonderen im Hinblick auf Realakte oder reales Unterlassen von Behörden.⁵⁰ Auch sie kämen mit dem Demokratieprinzip leichter in den Blick.

2. Teilnehmende

Das rechtsstaatliche Mindestmaß fordert, dass Personen, in deren Rechte eine Entscheidung eingreift, vorher gehört werden müssen.⁵¹ Dies muss auch gelten, wenn Rechte vieler Personen betroffen sind.⁵²

⁴⁷ 5 U.S.C. Subchapter II. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des notice and comment-Modells von formal auf informal rules sowie auf sublegal guidance erstreckt (Walker, The lost world of the administrative procedure act: literature review). *George Mason Law Review* 2021, 733–764.

⁴⁸ Vgl. z. B. § 34 PflanzenschutzG; § 18 GentechnikG.

⁴⁹ Vgl. z. B. Art. 58 Abs. 4, 59 Abs. 4, 64 Abs. 2 und 6, 69 Abs. 6 VO (EG) 1907/06 (REACH-VO); Art. 10, 12 Abs. 3 und 10 VO (EG) 1107/2009 (PflanzenschutzmittelVO).

⁵⁰ Vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG Einleitung I Rn. 50–50b.

⁵¹ § 28 VwVfG.

⁵² Problematisch für Verwaltungsakte, die unterschiedliche Auswirkungen haben können, ist deshalb § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG § 28 Rn. 66.

Soweit Öffentlichkeitsbeteiligung rechtlich eingeführt worden ist, wird häufig zwischen der Öffentlichkeit im Allgemeinen und der betroffenen Öffentlichkeit unterschieden. Während die erstere nur über ein Vorhaben informiert wird, ist die letztere berechtigt, Einwendungen zu erheben und ggf. an einem Erörterungstermin teilzunehmen.⁵³ Dies geht auf entsprechende Unterscheidungen in anlagenbezogenen Regeln der EU und der Aarhus-Konvention zurück.⁵⁴ Man kann deshalb kaum davon sprechen, dass dem das deutsche rechtsstaatliche Konzept vorgezogenen Rechtsschutzes zu Grunde liegt. Vielmehr dürften Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie eine Rolle gespielt haben. Ungehoben bleibt damit das Potential von Fachwissen derjenigen, die nicht persönlich betroffen sind. Während Fachwissen in der Verfahrenspraxis immerhin per Sachbeistand den Betroffenen zur Verfügung gestellt werden kann, wäre es, wie oben gesagt, hinsichtlich Produktzulassungen und untergesetzlicher Regulierung unvernünftig, die Beteiligung auf Betroffene zu beschränken. Deshalb wird diese Einschränkung in den oben genannten Vorschriften denn auch nicht gemacht. Vielmehr kann danach jede Person Stellungnahmen abgeben.⁵⁵

Das Demokratieprinzip kommt in besonderer Weise als verfassungsrechtliche Basis für die Beteiligung von Organisationen kollektiver Interessen zur Geltung. Ob diese Organisationen viele einzelne betroffene Personen oder ein einzeln nicht radizierbares Bevölkerungsrisiko, ob sie Betreiber oder Betroffene, ob sie private oder überindividuelle öffentliche Interessen vertreten⁵⁶ – solche intermediären Organisationen sind demokratietheoretisch Scharniere zwischen Staat und Gesellschaft, indem sie individuelle Interessen gleichzeitig stärken und domestizieren. Es ist deshalb auch gerechtfertigt, sie im Verfahren und im Rechtsschutz in gewisser Weise zu privilegieren. Jedoch darf dies nicht auf Kosten der Beteiligung der Einzelnen gehen, denn intermediäre Organisationen sind immer in Gefahr, ein genuines Eigeninteresse zu entwickeln und sich so von ihrer Klientel abzukoppeln.

3. Art und Weise der Beteiligung

Eine frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit lässt sich mit dem Rechtsstaatsprinzip begründen, jedoch nur soweit es Personen angeht, die in ihren Rechten betroffen sind. Dementsprechend hat § 25 Abs. 3 VwVfG die frühzeitige Beteiligung auch nur auf die betroffene Öffentlichkeit erstreckt. Das macht unter demokratischen Aspekten wenig Sinn, weil die Betroffenheit sich meist erst herausstellt, wenn das Vorhaben konkretere Form angenommen hat. Vor allem aber sind diejenigen ausgeschlossen, die über problembezogene Kenntnisse verfügen, ohne selbst materiell betroffen zu sein. Insofern ist es sachgerecht, dass auf EU-Ebene etwa im Chemikalienrecht die unbegrenzte Öffentlichkeit bereits frühzeitig über Entwürfe

⁵³ S. z. B. § 18 UVPG, § 73 Abs. 4 VwVfG; dagegen hat nach § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG jede Person Einwendungsbefugnis.

⁵⁴ S. als Beispiel für das UVP-Verfahren § 18 UVPG, Art. 6 RL 2011/92/EU und Art. 6 mit Anh. I Nr. 20 Aarhus-Konvention.

⁵⁵ S. die oben in Fn. 49 zitierten Vorschriften.

⁵⁶ Zu solchen Differenzierungen s. Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, § 10.

der Risikobewertung informiert und zu Kommentaren eingeladen wird, bevor noch Beschränkungs- oder Zulassungsverfahren initiiert werden.⁵⁷

Soweit es die öffentliche Erörterung angeht, wird sie meist auf diejenigen beschränkt, die Einwendungen erhoben haben. Das ist im Interesse einer strukturierten Erörterung sachgerecht.⁵⁸ Inhaltlich bietet der Erörterungstermin die Gelegenheit einer Deliberation aller einschlägigen Interessen und Wissensbestände ganz im Sinne des oben erläuterten Sondervotums zum Mülheim-Kärlich-Beschluss. Wenn es um sehr weitreichende Divergenzen geht, gerät die Sitzung allerdings manchmal zum Protestforum und wechseln die Strategien der Beteiligten vom Diskurs in den Kampfmodus.⁵⁹ Das trägt nicht zur inhaltlichen Qualität der Entscheidung bei, gehört aber noch zu den demokratischen Rechten. Allerdings wechselt dann die verfassungsrechtliche Basis von der Öffentlichkeitsbeteiligung zur Versammlungsfreiheit, die nach Auffassung des BVerfG auch „nichtverbale Ausdrucksformen“ akzeptiert.⁶⁰ Meist wird die damit verbundene Verlängerung der Entscheidungsprozesse abhorresziert, aber man berücksichtige auch, dass Verzögerungen manche Projekte in eine Zeit verschoben haben oder hätten verschieben können, in der das Projekt nicht mehr als opportun erscheint. Man kann dies am Atomrecht beobachten: Wären die Genehmigungen für Kernkraftwerke in stärker beschleunigten Verfahren erteilt worden, wären viele Hunderte von Anlagen gebaut worden; hätte es nicht die Proteste gegen die Wiederaufarbeitungsanlage gegeben, stände jetzt eine politisch überholte Investitionsruine da, ebenso wie der Schnelle Brüter. Hätte es Kernkraftwerke überhaupt nicht gegeben, wären Deutschland und Europa auf dem Pfad erneuerbarer Energien bereits weiter fortgeschritten und stünden ohne radioaktiven Abfall da.⁶¹

4. Beachtlichkeit und Heilung von Verfahrensfehlern

In den vielen Reformschritten der letzten 25 Jahre ist eine Hypertrophie von Unbeachtlichkeits- und Heilungsklauseln entstanden, die hinten wieder einkassieren, was vorne versprochen wurde: die Ergänzung von Ermessenserwägungen noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sowie die Heilbarkeit von Verfahrensfehlern noch bis zum Abschluss der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz, beides Vorkehrungen, die dazu führen, dass die Klägerin mit einem sich ständig verändernden Streitgegenstand rechnen muss; die Beachtlichkeit eines Verfahrensfehlers nur, wenn ohne ihn eine konkrete Möglichkeit anderer Entscheidung bestanden hat (§ 46 VwVfG)⁶²; die Beachtlichkeit von Abwägungsmängeln nur, wenn sie offensichtlich und auf das Ergebnis von Einfluss gewesen sind (§ 75 Abs. 1 a S. 1 VwVfG)⁶³;

⁵⁷ S. oben Fn. 49.

⁵⁸ Hoffmann-Riem/Ruppert 50f.

⁵⁹ Hoffmann-Riem/Ruppert 68.

⁶⁰ BVerfGE 69, 315 (343).

⁶¹ Winter ZfU 2012, 209–246.

⁶² Durch EuGH C-240/08 (Altrip) immerhin dahin korrigiert, dass die Behörde die Beweislast für die mangelnde Relevanz des Fehlers trägt.

⁶³ Man beachte die Erweiterung des § 75 Ia im Vergleich zu § 46 VwVfG: nach § 46 sind Fehler schon dann beachtlich, wenn sie nicht offensichtlich waren und das Ergebnis nur möglicherweise beeinflusst haben, nach § 75 Ia dagegen nur dann, wenn sie offensichtlich waren und das Ergebnis beeinflusst haben.

die Möglichkeit, Abwägungsfehler, die an sich beachtlich sind, durch Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren zu beheben (§ 75 Abs. 1 a S. 2 VwVfG); die Erstreckung der Möglichkeit einer Planergänzung oder eines ergänzenden Verfahrens auf eine fehlerhafte UVP⁶⁴; für Bebauungsplanung die krämerhaft sortierten Beachtlichkeiten und Unbeachtlichkeiten nach § 214 BauGB; schließlich ganz allgemein die Beschränkung der Verfahrensrüge auf Fälle gleichzeitiger materieller Rechtsbetroffenheit.

All dies zeigt, dass im deutschen Recht die Öffentlichkeitsbeteiligung kaum in ihrem Eigenwert anerkannt wird, sondern dass Verwaltung und Gerichte sich auf die materielle Rechtmäßigkeit konzentrieren, damit aber den Umstand vernachlässigen, dass die Rechtmäßigkeit gesetzlich oft nicht vorgegeben, sondern offen ist. Alle Bekundungen, dass Heilung und Nachbesserung nur zulässig sind, wenn damit das Wesen der Entscheidung nicht verfehlt wird⁶⁵, beruhen häufig auf heroischen Annahmen, die über die Realität der Verfestigung im Verlauf administrativen Entscheidens hinwegsehen. Unter demokratischen Gesichtspunkten bedeutet dies, dass das Legitimationsdefizit bei Einräumung von Entscheidungsfreiheiten der Exekutive nicht ausgeglichen wird.

Fräglich ist auch die Vereinbarkeit der großzügigen Nachbesserungsmöglichkeiten mit EU-Recht. Der EuGH hatte bisher nur über eine Nachbesserung im Widerspruchsverfahren zu entscheiden und diese für zulässig erklärt. Bereits für solche vorgerichtlichen Verfahren hat er aber sehr deutlich gemacht, dass die einschlägige Richtlinie und die Aarhus-Konvention eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung vorschreiben, und gemahnt, dass Nachbesserung nur zulässig sei, „sofern alle Optionen noch offen sind und die Heilung in diesem Verfahrensstadium noch eine im Hinblick auf den Ausgang des Entscheidungsverfahrens effektive Öffentlichkeitsbeteiligung ermöglicht“.⁶⁶ Damit hat er vor allem prozedural argumentiert, während die deutschen Kriterien (Gesamtkonzept, Identität des Projekts) inhaltlich konnotiert sind. Man kann das so interpretieren, dass der EuGH den Eigenwert des Verfahrens stärker betont.

5. Rechtsschutz

Die Klagebefugnis setzt, auch wenn ein Verfahrensfehler gerügt wird, voraus, dass der Kläger in einem subjektiven Recht verletzt sein kann. Es fragt sich, welche Art Recht gemeint sein kann. Ein Beispiel: § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG besagt, dass die Öffentlichkeit innerhalb bestimmter Fristen gegenüber der zuständigen Behörde Einwendungen erheben kann. Damit wird ziemlich eindeutig allen, die Einwendungen erheben wollen, ein Recht darauf gewährt. Wenn die Behörde zum

⁶⁴ BVerwGE 141, 282 Rnr. 35f.; BVerwGE 149, 31 Rnr. 27.

⁶⁵ Im Planfeststellungsrecht wird zB sehr vage darauf abgestellt, dass das „Gesamtkonzept“ und die „Identität“ des Projekts nicht in Frage gestellt werden darf (BVerwGE 104, 123 (129); BVerwGE 149, 31 Rn. 27; strenger dagegen BVerwGE 151, 213 Rn. 46).

⁶⁶ EuGH C-416/10 (Krizan) Rnr. 90. Der EuGH ist auch zurückhaltend hinsichtlich der Nachbesserung von Fehlern in der Eigenverwaltung. S. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 393f.; Fehling, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVdStRL 70/2011, 297; s. auch EuGH Rs 353/01P (Mattila) Rn. 32.

Beispiel das Einwendungsschreiben nicht annimmt, kann die Verfasserin argumentieren, sie habe ein Recht auf Annahme. Allerdings kann sie dies nicht vor Abschluss des Verfahrens gerichtlich geltend machen.⁶⁷ Klagt sie dann aber gegen die Entscheidung, wird ihr Recht nach deutscher Dogmatik beschnitten. Sie gilt nur als klagebefugt, wenn sie auch materiell betroffen ist. Diese Einschränkung lässt sich rechtsstaatlich damit begründen, dass die Grundrechte, auf die Verfahrensrechte gestützt werden, so insbesondere Rechte auf Gesundheit, Berufsausübung und Eigentum, materielle Grundrechte sind und deshalb denen nicht zu stehen können, die insoweit nicht materiell betroffen sind.

Beteiligungsrechte werden, wie gesagt, jedoch häufig allen Personen, auch solchen, die nicht materiell betroffen sind, eingeräumt, meist deshalb, weil so weitere Wissensbestände und Interessenstandpunkte erschlossen werden können. Dies ließe sich mit dem Demokratieprinzip begründen. Zudem könnte, soweit die Beteiligung unionsrechtlich vorgeschrieben ist, eine Unvereinbarkeit mit EU-Recht vorliegen. Allerdings hat sich der EuGH der Antwort auf diese Frage bisher entzogen.⁶⁸

Öffnet man die Rüge von Verfahrensfehlern für alle Einwendungsberechtigten, eröffnet man also „Klagemöglichkeiten für den citoyen“⁶⁹, müssen aus prozessökonomischen Gründen selbstverständlich gewisse Filter eingebaut werden. Diese sind aber vor allem in Gestalt des § 46 VwVfG ausreichend vorhanden. Vortrag zur Relevanz des Verfahrensfehlers könnte dabei bereits in der Zulässigkeitsstufe verlangt werden, nämlich wenn es darum geht, die Verletzung des Beteiligungsrechts zu substantiieren.

6. Beschleunigungsgesetze

Nicht zum ersten Mal, aber zum ersten Mal in großer Radikalität stehen jüngst allerdings der *acquis* der Öffentlichkeitsbeteiligung und seine theoretisch gestützte Weiterentwicklung unter Druck. Besonders einschneidend betroffen sind Verfahren der Genehmigung von Anlagen für Anlandung, Speicherung und Transport von verflüssigtem Gas. Die meisten dieser Anlagen werden von der UVP-Pflicht freigestellt, die Einsicht in Unterlagen und Erhebung von Einwendungen ist nur in wenigen Tagen möglich, der Bau kann bereits vor Einreichung der erforderlichen Unterlagen begonnen werden.⁷⁰ Das verletzt nicht nur das Demokratieprinzip, sondern auch das Rechtsstaatsprinzip. In Kauf genommen wird, dass in der Hast wichtige Nebenwirkungen auf andere Belange, insbesondere den Natur- und Wasserschutz, übersehen werden, vor allem aber, dass der Bedarf überschätzt wird.

⁶⁷ § 44a VwGO.

⁶⁸ EuGH (Altrip) Rnr. 55; der Vorschlag des Generalanwalts war, zwar eine Beschränkung der Klagebefugnis, nicht aber auch eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis zu akzeptieren (GA Cruz Villalon in Rs 72/11 Rnr. 122–128); das ist nicht wirklich hilfreich, weil es ohne Klagebefugnis nicht zur Prüfung in der Sache kommt.

⁶⁹ Lübke-Wolf, VVdStRL 60/2001, 278f.; ebenso Fisahn 2002, 376–378.

⁷⁰ Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases (LNG-Beschleunigungsg) v. 24. 5. 2022, BGBl 2022 I 802.

Beschränkungen werden auch für Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien und darüber hinaus für fast alle großen Infrastrukturanlagen einschließlich fossiler Kraftwerke, Fernstraßen, Flughäfen und Wasserstraßen vorgeschlagen. Nach einem Entwurf des Bundesjustizministeriums vom 30.11.2022⁷¹ kann das angerufene Verwaltungsgericht bei Entscheidung über einstweiligen Rechtsschutz „einen Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes außer Acht lassen, wenn offensichtlich ist, dass dieser in absehbarer Zeit behoben sein wird.“ Verfahrensfehler, auch solche bei der Öffentlichkeitsbeteiligung, können auf diese Weise ignoriert werden, denn Anhörungen kann man immer nachholen. Die Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes bedeutet, dass die Anlage gebaut wird und damit Fakten geschaffen werden.⁷² So wird der Exekutive ermöglicht, sich über gesetzliche Vorschriften hinwegzusetzen – ein Angriff auf den Kern des Rechtsstaats, der die Exekutive doch gerade dem Gesetz unterwerfen sollte. Man mag das mit einer Notstandssituation des Klimawandels begründen können, aber es trägt jedenfalls nicht für diejenigen Infrastrukturvorhaben, die nicht dem Klimaschutz dienen oder die Erderwärmung geradezu noch befeuern.

Etwas weniger forsch aber immer noch einschneidend ist ein paralleler Rückbau auf Unionsebene durch die zeitlich befristete Verordnung 2022/2577⁷³ sowie die auf Dauer geplante Änderung der EU-Richtlinie 2018/2001.⁷⁴ Beide sind lediglich auf Vorhaben für erneuerbare Energie bezogen. Sie haben materielle Bedeutung insofern, als sie für Abwägungen festlegen, dass den Vorhaben der erneuerbaren Energieerzeugung ein vorrangiges Gewicht zukommt. Prozedural schreiben sie für Genehmigungsverfahren Fristen fest. Der Richtlinienentwurf zur Änderung der RL 2018/2001 sieht zudem eine planerische Vorstufe vor der Anlagengenehmigung vor, nämlich die Festlegung von sog. go to-Gebieten (oder renewables acceleration areas in der Terminologie des Parlaments). In dem Verfahren, das eine Umweltprüfung vorschreibt, ist auch die Öffentlichkeit zu beteiligen, und zwar „frühzeitig und effektiv“; zudem müssen die zuständigen Behörden die betroffene, möglicherweise betroffene oder interessierte Öffentlichkeit identifizieren und über die Planung informieren.⁷⁵ Demgegenüber wird das Genehmigungsverfahren für Vorhaben ausgedünnt. Für Vorhaben innerhalb von renewables acceleration areas

wird die UVP und Natura 2000-Verträglichkeitsprüfung weitgehend abgeschafft, womit auch die im UVP-Verfahren verbindliche Öffentlichkeitsbeteiligung entfällt. Für außerhalb liegende Vorhaben bleibt es bei den einschlägigen Vorschriften, aber es werden kurze Fristen für Verfahrensschritte und Entscheidungen festgelegt. Für alle Verfahren wird vorgeschrieben, dass Verfahrensmittler (sog. Kontaktpunkte) eingesetzt werden, die die Verfahren koordinieren; zudem soll es nur eine integrierte Genehmigung geben, die alle Belange zusammenführt.

Die planerische Vorstufe erscheint als sinnvoll, ebenso auch der Verfahrensmittler, die integrierte Genehmigung und die Vorgabe von Fristen. Bedenklich ist aber die Einschränkung der UVP und Natura-2000-Verträglichkeitsprüfung einschließlich der Implikationen für die Öffentlichkeitsbeteiligung. Es ist nun einmal allgemeine Erfahrung, dass die Öffentlichkeit meist erst aufmerksam wird, wenn ein konkretes Projekt ansteht. Es ist zwar entscheidungstheoretisch verständlich, dem konkreten Verfahren eine großflächigere Planung vorzuschicken, aber viele Gesichtspunkte kommen eben doch erst auf der Vorhabenstufe zum Vorschein. Unter Aspekten des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips muss deshalb gefordert werden, dass zumindest die betroffene Öffentlichkeit beteiligt wird.

⁷¹ Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Beschl_Verfahren.pdf;jsessionid=B3E9A50D35462411090CB533AC8C0E83.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2

⁷² Während dies ein rein prozedurales Kriterium ist, hatte W. Ewer in einem Gutachten für den Normenkontrollrat vorgeschlagen, materiell darauf abzustellen, ob die nicht ausgesetzten Maßnahmen wieder rückgängig gemacht werden können. Das wäre vorzuziehen, obwohl auch insofern die Beobachtung gilt, dass einmal geschaffene Fakten aus ökonomischen und politischen Gründen nicht mehr rückgängig gemacht werden (Ewer, Möglichkeiten zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren über Vorhaben zur Errichtung von Infrastruktureinrichtungen und Industrieanlagen, Gutachten für den Nationalen Normenkontrollrat 2019, 130).

⁷³ Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, Abl. 2022 L 335, 36

⁷⁴ S. den Vorschlag der Kommission COM (2022) 0222 mit Änderungsvorschlägen der Stellungnahme des Europäischen Parlaments, P9_TA(2022)0441.

⁷⁵ Art. 15c der EP-Stellungnahme.