



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 86

10.01.2013

André Lippert:

Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben – Zum Urteil des BVerwG über den Planfeststellungsbeschluss des Flughafens Berlin-Brandenburg

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 86, S. 1-19.



Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben

–

Zum Urteil des BVerwG über den Planfeststellungsbeschluss des Flughafens Berlin-Brandenburg

I. Das Urteil

Am 31.07.2011 hatte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) verschiedene Klagen gegen den Planfeststellungsbeschluss des neuen Hauptstadtflughafens Berlin-Brandenburg (BER) zu entscheiden.¹ Die drei Klägergruppen – eine Gemeinde, eine Wohnungsbaugesellschaft und 21 Anwohner – klagten gegen das Infrastrukturministerium des Landes Brandenburg als Planfeststellungsbehörde und begehrten die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses für den Flughafen Berlin-Brandenburg (BER) aus dem Jahre 2004.

Jenseits aller Fragen der Zulässigkeit (vor allem hinsichtlich der Wiedereinsetzung in die Klagefrist) und Begründetheit (vor allem hinsichtlich möglicher Abwägungsfehler) im Detail lässt sich die Argumentation der Kläger im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen: Die Kläger fühlten sich getäuscht, weil die Abflugrouten nach der Prognose im Planfeststellungsbeschluss in beiden Richtungen parallel laufen sollten, was eine unabhängige Nutzung ausschloss. 2010 wurden jedoch neue Flugrouten vorgestellt,² die um 15 Grad abknicken, um einen Parallelbetrieb zu ermöglichen.

Von Interesse für die vorliegende Fragestellung ist nur die dritte Klage, mit der die Kläger beantragen, den Planfeststellungsbeschluss wegen verschiedener Fehler zurückzunehmen (§ 48 VwVfG, hier i.V.m. § 1 I VwVfGBbg), hilfsweise den unabhängigen Parallelbetrieb der Landebahnen zu untersagen.³ Hier geht es um die Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren und diese stellt sich nicht – wie häufig – im Rahmen umweltrechtlicher Verfahren wie z. B. der so genannten Umweltverträglichkeitsprüfung.

Die Kläger argumentieren, dass der Planfeststellungsbeschluss u.a. wegen Verletzung eines Anhörungsrechts formell rechtswidrig sei: Der Plan habe nicht gemäß § 73 II VwVfG (i.V.m.

* Der Verfasser hat bei Prof. Dr. Christian Calliess LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, an der Freien Universität Berlin promoviert. Der Beitrag ist die überarbeitete und ergänzte Form des Promotionsvortrags.

¹ BVerwG, Urteil vom 31.7.2012, 4 A 5000.10 – 5002.10, 6001.11 und 6002.11, 7000.11 – 7003.11.

² Ausführlich zum rechtlichen Verfahren der Festlegung der Flugrouten siehe *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 3555ff., speziell zum Flughafen Berlin-Brandenburg *Klinger*, LKV 2011, 8.

³ BVerwG, Urteil vom 31.7.2012, 4 A 7001.11, 4 A 7002.11, 4 A 7003.11.

§ 10 II 1 Nr. 2 LuftVG) in allen Gemeinden ausgelegt, in denen sich das Vorhaben (voraussichtlich) auswirkt, die also nach Festlegung der um 15 Grad abknickenden Start- und Landebahnen überflogen werden.

Diesen Verstoß bejaht das BVerwG sogar: Es müsse eine Prognose angestellt werden, die alle Gemeinden umfasse, in denen die Anwohner möglicherweise abwägungserheblich betroffen seien. Insofern hätten auch die Gemeinden, die zwar nicht bei parallelen, wohl aber bei abknickenden Flugrouten betroffen werden könnten, einbezogen werden müssen. Allerdings – so argumentiert das BVerwG weiter – sei der Fehler unbeachtlich, da § 46 VwVfG zur Anwendung komme. Nach dieser Vorschrift kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes (hier der Planfeststellungsbeschlusses) nicht allein wegen Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften beansprucht werden, wenn offensichtlich ist, dass dadurch die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst wurde. Dies sei hier auch der Fall, weil die Entscheidung über den Standort des Flughafens, wie er im Planfeststellungsbeschluss Niederschlag gefunden habe, nicht anders ausgefallen wäre, wenn der Plan auch in den weiteren Gemeinden ausgelegt worden wäre. Auch hätte eine zusätzliche Beteiligung weiterer, „*möglicherweise am unteren Rande der Abwägungserheblichkeit Betroffener*“ angesichts der „*hohen Gewichtung der schweren Betroffenheiten*“ das Abwägungsergebnis nicht verändern können. Der Fehler im Verfahren sei also mithin nicht kausal geworden für das Entscheidungsergebnis. Dass diese Kausalität als Kriterium für die Beurteilung der Fehlerfolge herangezogen werde, sei schließlich auch unionsrechtlich nicht zu beanstanden.⁴

II. Der Stellenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren

Mit dieser Entscheidung steht das Gericht in der guten Tradition des deutschen Verständnisses von der Bedeutung des Verwaltungsverfahrens⁵ – einer Tradition allerdings, die sich zunehmend Einwänden ausgesetzt sieht. Gerade auch das vorliegende Urteil wirft die Frage auf,

⁴ An dieser Stelle problematisiert das Gericht unionsrechtliche Vorgaben des Umweltrechts, insbes. Art. 11 RL 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten – vormals Art. 10a Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten in der durch die sog. Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie (Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten) geänderten Fassung. Diese Norm regelt nur den Zugang zu Gerichten für die Anfechtung von Verwaltungsentscheidungen; vorliegend gehe es aber nicht um die Anfechtung des bereits bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses, sondern um ein spezielles Rücknahmeverfahren im Ermessen der Verwaltung (nach § 48 VwVfG, s. o.), sodass auch die Feststellung des EuGH im Urteil in der Rs. Kühne & Heitz (Rs. C-453/00) nicht übertragen werden könnten.

⁵ Vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG Kommentar, 7. Auflage 2008, § 45, Rn. 10. Insgesamt dazu auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Auflage 2012, Bd. II, § 27, Rn. 4ff., 64f.

ob dieses Verständnis angesichts der geänderten Rahmenbedingungen und neuerer Entwicklungen nicht modifiziert werden muss.

Dies gilt insbesondere, wenn man sich Sinn und Zweck der Beteiligung der Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren verdeutlicht und dabei vor allem die großen Infrastrukturvorhaben betrachtet, die mit aufwändiger Planung einhergehen und die gerade in jüngerer Vergangenheit zum Teil große mediale Aufmerksamkeit erfahren haben.

1. Das Verständnis von der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens

Nach dem traditionellen Verständnis, dem auch das BVerwG in ständiger Rechtsprechung folgt, hat das Verfahrensrecht weitgehend eine dienende, instrumentelle Funktion, mit dem dem materiellen Recht zur ordnungsgemäßen Durchsetzung verholfen wird.⁶ Dies bedeutet, dass es grundsätzlich nur eine richtige, inhaltliche Entscheidung gibt, die durch Gesetz vorgezeichnet ist.⁷ Konsequenterweise brauchen deshalb Verfahrensvorschriften auch nicht selbständig, vom materiell-rechtlichen Ergebnis unabhängig im Falle ihrer Verletzung sanktioniert zu werden.⁸

Dies gilt auch für die weit verbreiteten, unter dem Begriff der Öffentlichkeitsbeteiligung zusammengefassten Beteiligungsrechte Betroffener im Verwaltungsverfahren. Sie kommen in verschiedensten Ausprägungen und Gestaltungsformen vor und reichen – in der Qualität zunehmend – von der Bekanntmachung eines Vorhabens über die Auslegung der Unterlagen bis hin zur Recht zur Stellungnahme, möglicherweise sogar bis zur Durchführung eines Erörterungstermins.⁹ Das für den Erlass eines Verwaltungsaktes häufig relevante Anhörungsrecht, das die Verwaltung verpflichtet, dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, findet sich als Grundprinzip in § 28 VwVfG und wird zum Teil spezialgesetzlich modifiziert.¹⁰ Für das Planfeststellungsverfahren finden sich in § 73 VwVfG ausführliche Regelungen zur Anhörung, der u.a. die Auslegung des Plans in den betroffenen Gemeinden regelt. Ziel des Anhörungsrechts ist es in jedem Fall, ein faires Verfahren, in dem der Einzelne nicht nur Objekt staatlicher Entscheidungen ist, sicherzustellen.¹¹

⁶ Fehling, in: Terhechte (Hg.), Verwaltungsrecht der EU, Baden-Baden 2011, § 12, Rn. 73. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, Einführung I, Rn. 36b.

⁷ Burgi, DVBl. 2011, 1317 (1318). Wahl, DVBl. 2003, 1285 (1287).

⁸ Held, NVwZ 2012, 461 (463).

⁹ Gurlit, JZ 2012, 833 (836f.).

¹⁰ Herrmann, in: Bader/Ronellenfisch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2012, § 28, Rn. 3f.

¹¹ Herrmann, in: Bader/Ronellenfisch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2012, § 28, Rn. 3f.

Das instrumentelle Verständnis des Verfahrensrechts wird durch eine Norm verdeutlicht, die auch vom BVerwG herangezogen wurde: § 46 VwVfG.¹² Danach sollen Verfahrensfehler unbeachtlich sein, wenn sie für materielles Ergebnis ohne Auswirkung sind.¹³ Es muss offensichtlich sein, dass durch den Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst wurde. In diesem Kriterium verbirgt sich der für einen erfolgreichen Aufhebungsanspruch notwendige Kausalzusammenhang zwischen Fehler und Entscheidungsergebnis. Ein solcher Zusammenhang kann bei rechtlich gebundenen Entscheidungen ausgeschlossen werden. Die Norm entfaltet ihre Wirkung deshalb nur bei Ermessensentscheidungen, zu denen im weiteren Sinne auch Beurteilungs- und Planungsentscheidungen gehören. Hier verlangt die vorherrschende Ansicht in der Literatur, dass jede Möglichkeit einer anderen Entscheidung bei Nichtvorliegen des Fehlers ausgeschlossen werden kann; notwendig ist also Gewissheit.¹⁴ Das BVerwG verlangt in ständiger Rechtsprechung die „konkrete Möglichkeit“ einer anderen Sachentscheidung, nicht bloß die theoretische Möglichkeit.¹⁵ In diesem Sinne soll beispielsweise die fehlerhafte Bekanntmachung eines Vorhabens, durch das der Betroffene anderweitig erfahren hat, ein unerheblicher, von § 46 erfasster Verfahrensfehler sein.¹⁶ Ausgeschlossen ist die Anwendung von § 46 VwVfG auf absolute Verfahrensfehler. Das ist die Verletzung von Rechtsnormen, die Beteiligten eine selbständig durchsetzbare Verfahrensposition einräumen, die unabhängig vom materiellen Recht Beachtung verlangt.¹⁷ Diese Ausnahme zeigt, wie sehr § 46 VwVfG Ausdruck der dienenden Funktion des Verfahrensrechts ist;¹⁸ zugleich aber auch – das gehört der Vollständigkeit halber dazu –, dass Verfahrensrechte überhaupt subjektiven Rechte vermitteln können, denn sonst hätte es einer solchen Ausschussregel gar nicht bedurft.¹⁹ Was absolute Verfahrensfehler sind, muss durch Auslegung ermittelt werden.²⁰ Zum Teil wird angenommen, dass Verfahrensvorschriften im Unionsrecht generell absolute Wirkung haben, was in der Regel mit dem Stichwort *effet utile*, d.h. vor al-

¹² Gurlit, JZ 2012, 833 (838). Vgl. in diesem Zusammenhang auch noch § 44a VwGO, wonach ein unselbständiges Verfahrensrecht nur zusammen mit der Sachentscheidung eingeklagt werden kann, vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, Einleitung I, Rn. 65.

¹³ Wahl, DVBl. 2003, 1285 (1287).

¹⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 46, Rn. 26f.

¹⁵ Held, NVwZ 2012, 461 (466).

¹⁶ BVerwGE 24, 29. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 46, Rn. 29. Schemmer, in: Bader/Ronellenfötsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2012, § 45, Rn. 38.1.

¹⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 46, Rn. 18.

¹⁸ Burgi, DVBl. 2011, 1317 (1322).

¹⁹ Held, NVwZ 2012, 461 (463).

²⁰ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 46, Rn. 18, 5b.

lem der effektiven und einheitlichen Umsetzung von Unionsrecht gleichermaßen in allen Mitgliedstaaten begründet wird.²¹

Das BVerwG hat neuerdings im Recht auf Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) ein absolutes Recht erblickt: Danach hebt § 4 I UmwRG, wonach die Aufhebung einer Entscheidung verlangt werden kann, wenn eine Umweltverträglichkeitsprüfung nicht durchgeführt worden ist, praktisch § 46 VwVfG aus, sodass es auf die Kausalität zwischen unterlassener UVP und Sachentscheidung nicht mehr ankommt.²²

Das dienende Verständnis vom Verwaltungsverfahrensrecht hat zweifellos gute Argumente auf seiner Seite: Inhaltlich klare gesetzliche Vorgaben erhöhen die Rechtssicherheit für den Bürger, der vor allem an der inhaltlichen Entscheidung interessiert ist.²³ Damit hängt auch der Grundsatz der Planerhaltung und der Vorhabenstabilität im Planungsrecht zusammen, der insbesondere bei Großvorhaben auch eine Frage der Sicherheit für Investoren ist.²⁴ Insofern ist es auch nicht verwunderlich, dass die meisten Ansätze, das Verwaltungsverfahren zu vereinfachen, zu entbürokratisieren und zu beschleunigen darauf ausgingen, selbständige Verfahrenspositionen wie z. B. umfangreiche Öffentlichkeitsbeteiligungen zurückzuführen (siehe dazu auch unten), um die Verfahren so effizienter und ökonomischer zu gestalten.²⁵

2. Die Auffassung von der eigenständigeren Rolle des Verwaltungsverfahrens

a. Europarechtliche Implikationen

Will man diesem traditionellen Verfahrensverständnis ein anderes Modell kontrastierend entgegensetzen, stößt man auf das europäische Verständnis von der Rolle des Verwaltungsverfahrens, das zwar unmittelbar nur für die Eigenverwaltungstätigkeiten der Union gilt, zugleich aber auch Ausstrahlungswirkung auf den Verwaltungsvollzug und das Verwaltungsverständnis in den Mitgliedstaaten hat.²⁶

Dieses Verständnis, das dem Verfahren eine eigenständigere Rolle zuweist, geht weniger von der Verwirklichung einer bereits inhaltlich vorgezeichneten, materiellen Entscheidung aus,

²¹ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 46, Rn. 5b. auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 5.7.2006, OVG 7 B 16.05, Rn. 33, InfAuslR 2006, 395; wohl auch OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.1.2005, 7 B 12114.04, NvwZ 2005, 1208 verstehen.

²² Dies gilt allerdings nach BVerwG nicht für spezielle Fehlerfolgenregelungen, wie z. B. im FStrG, BVerwG, 20.12.2011, 9 A 31.10, ZUR 2012, 303 = NVwZ 2012, 575, Rn. 34. BVerwG, 20.12.2011, 9 A 30.10, Rn. 21, ZUR 2012, 308 = NVwZ 2012, 573. BVerwG, Urteil vom 24.11.2011, 9 A 23.10, NVwZ 2012, 557.

²³ *Burgi*, DVBl. 2011, 1317 (1318).

²⁴ *Saurer*, DVBl. 2012, 1082 (1086); *Schmidt-Aßmann*, NVwZ 2007, 40 (44); vgl. auch *Ekardt*, NVwZ 2012, 530 (533).

²⁵ *Held*, NVwZ 2012, 461 (466).

²⁶ *Schmidt-Aßmann*, NVwZ 2007, 40 (42).

sondern stellt vielmehr die Verfahrensvorkehrungen in den Vordergrund, mit deren Hilfe sich die tatsächliche Entscheidung jedes Mal aufs Neue erst konkretisiert.

In diesem Sinne hat der Gesetzgeber der Europäischen Union auch – zumindest in den letzten Jahren – beispielsweise im Umweltbereich (siehe dazu unten) immer weniger konkrete, materiell-rechtlich fixierte Werte (z.B. Schwellenwerte, Grenzwerte etc.) erlassen, sondern ist dazu übergegangen, nur noch Verfahren zu strukturieren, in die die Beteiligten ihre Position einbringen können, um so zum jeweiligen Ergebnis gelangen zu können.²⁷ Deshalb umfasst das europarechtliche Verständnis auch Vorgaben zur Strukturierung des inneren Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses.²⁸

Im Gegenzug eröffnet der EuGH im Vergleich zur deutschen Rechtsprechung der Verwaltung einen weitergehenden Spielraum und nimmt seine richterliche Kontrolldichte zurück.²⁹ Das zeigt sich dann auch im Umgang mit Fehlerfolgen: Eine Unbeachtlichkeit oder die Möglichkeit einer Heilung wird nur sehr zurückhaltend angenommen.

Eine derartige Struktur erscheint für die modernen Herausforderungen, auf die ein Verwaltungsverfahren reagieren muss, gut geeignet. Dies zeigt sich insbesondere an Entscheidungszusammenhängen, in denen die Verwaltung über einen großen Entscheidungsspielraum verfügt. Solche Bereiche gewinnen zunehmend an Bedeutung, da komplexe Sachverhalte in häufig sehr technisch ausgerichteten Bereichen immer weniger durch festgeschriebene Zielvorgaben als vielmehr durch die Strukturierung des Entscheidungsprozesses geregelt werden.³⁰

Ein Beispiel dafür ist das so genannte Regulierungsermessen, das mit der Überführung netzgebundener Infrastruktur wie Energie und Telekommunikation in den Wettbewerb seit Ende der 1980er Jahre aufgekommen ist.³¹

Regulierung ist mit diesem Bereich deshalb spezifisch verbunden, weil diese Infrastrukturen grundsätzlich ein natürliches Monopol darstellen³² und im Rahmen der Wettbewerbsöffnung statt einer volkswirtschaftlich wenig sinnvollen Duplizierung der Einrichtungen³³ der Zugang dritter Wettbewerber zur vorhandenen Netzinfrastruktur sichergestellt werden musste. Statt

²⁷ Schemmer, in: Bader/Ronellenfötsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, § 45, Rn. 19. Held, NVwZ 2012, 461 (467).

²⁸ Held, NVwZ 2012, 461 (462).

²⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 46, Rn. 5b f. Folge für deutsches Recht wäre, dass Kontrolldichte deutscher Verwaltungsgerichte zu begrenzen wäre, Schemmer, in: Bader/Ronellenfötsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2012, § 45, Rn. 18 mwN.

³⁰ Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Auflage 2012, Bd. II, § 27, Rn. 65.

³¹ Vgl. statt vieler zusammenfassend Kühling, in: Terhechte (Hg.), § 24, Rn. 7ff. Zur netzgebundenen Infrastrukturpolitik der Europäischen Union in den Sektoren Verkehr, Energie und Telekommunikation (sog. Transeuropäische Netze, TEN) vgl. auch Calliess/Lippert, Die transeuropäischen Netze, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 7, i. E.

³² Instruktiv Glaser, DVBl. 2012, 1283.

³³ Kühling, in: Terhechte (Hg.), § 24, Rn. 24.

die Leistungen selbst anzubieten, ermöglicht der Staat nunmehr einen funktionsfähigen Wettbewerb.³⁴

In diesem Zusammenhang hat sich der Begriff des Regulierungsermessens herausgebildet,³⁵ das als besondere Form des Ermessens durch eine finale Struktur – nämlich die Erreichung der Regulierungsziele – gekennzeichnet ist.³⁶ Es ist stark am Planungsermessen und der dogmatischen Figur der Abwägung orientiert und trennt deshalb auch nicht scharf zwischen Beurteilungsspielräumen auf Tatbestandsseite einer Norm und Ermessen auf Rechtsfolgenreite, sondern wird als ein komplexer Abwägungsvorgang beschrieben,³⁷ in dessen Rahmen der Regulierungsbehörde eine hohe Gestaltungsfreiheit zukommt.³⁸ Diese wird begründet mit der hohen Komplexität und der besonderen Dynamik der Materie und der Notwendigkeit, disparate Ziele verschiedener Beteiligter zum Ausgleich bringen zu müssen,³⁹ was die Nähe zum Planungsermessen, bei dem die gleichen Erwägungen gelten können, illustriert.

Nicht nur die fehlende Unterscheidung zwischen Entscheidungsspielräumen auf Tatbestands- und auf Rechtsfolgenreite kennzeichnen den starken europarechtlichen Bezug des Regulierungsermessens: Das BVerwG geht auch ausdrücklich davon aus, dass die große Gestaltungsfreiheit durch Unionsrecht geboten sei.⁴⁰

Das Regulierungsermessen weist damit insgesamt starke Bezüge zu den Planungsentscheidungen bei großen Infrastrukturprojekten auf. Auch diese sind durch große Entscheidungsspielräume der Verwaltung, wie sie bei Planungsentscheidungen üblich sind, gekennzeichnet. Es handelt sich um Entscheidungen, bei denen zahlreiche, komplexe Interessen in Ausgleich gebracht werden müssen und bei denen häufig ein Interesse nicht befriedigt werden kann,

³⁴ Vgl. umfassend Schwarze, in: Schwarze (Hg.), S. 11. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht Knieps, in: Schwarze (Hg.), S. 29.

³⁵ Guckelberger, ZEuS 2012, 1 (12).

³⁶ Wieland, DÖV 2011, 705 (706).

³⁷ St. Rspr. BVerwG, beispielhaft BVerwG, Urteil vom 2.4.2008, 6 C 42.06, E 131, 41 = NVwZ 2008, 1359, Rn. 47. Nachweise zur st. Rspr. des BVerwG bei *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649, Fn. 8. Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Terminologie in einer neueren Entscheidung so nicht gefolgt, sondern spricht von „*planungsmäßigem Ermessen*“ auf Rechtsfolgenreite; auf Tatbestandsseite nimmt es Beurteilungsspielraum der zugrundeliegenden Normen (§ 10 II TKG) an, da diese durch wertende und prognostische Elemente geprägt seien, „*welche die Charakterisierung einer Annahme als ‚richtig‘ oder ‚falsch‘ nicht bezüglich aller Einzelheiten zulassen, weil sie vor allem wesentlich von ökonomischen Einschätzungen abhängen*“, BVerfG, Beschluss vom 8.12.2011, 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694. Nach dem BVerfG verstößt die Annahme eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur (BNetzA) bei der Marktdefinition und Marktanalyse i. R. des TKG nicht gegen Art. 19 IV GG. Z. T. wird beim Begriff des Regulierungsermessens ganz auf die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenreite verzichtet, *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649. Wieland, DÖV 2011, 705 (70). Gärditz, NVwZ 2009, 1005.

³⁸ Wieland, DÖV 2011, 705 (706).

³⁹ BVerwG, Urteil vom 2.4.2008, 6 C 42.06, NVwZ 2008, 575. Gärditz, NVwZ 2009, 1005 (1006).

⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 2.4.2008, 6 C 42.06, E 130, 39 = NVwZ 2008, 1359, Rn. 30. Auch verlange die EU-Kommission, gestützt auf Unionsrecht, einen großen Ermessensspielraum der Beschlusskammern bei der BNetzA, vgl. die Nachweise bei Gärditz, NVwZ 2009, 1005 (1007).

ohne dass nicht in einer Art Kettenreaktion andere Interessen berührt werden.⁴¹ Diese prinzipielle Ergebnisoffenheit schließt das Bestehen mehrerer denkbarer Entscheidungsmöglichkeiten ein,⁴² was die Kenntnis der verschiedenen Interessenlagen in besonderer Weise erfordert. Hinzu kommt, dass diese Entscheidungen über große Infrastruktureinrichtungen, die eine Vielzahl von Menschen betreffen, in besonderem Maße Anforderungen an die Akzeptanz und die Legitimation stellen.⁴³ Deshalb ist die Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in diesen Verfahren so wichtig⁴⁴ – was sich in der letzten Zeit nicht nur an den zum Symbol für Bürgerprotest gewordenen Erfahrungen beim Umbau des Stuttgarter Hauptbahnhofs („Stuttgart 21“) zeigt.⁴⁵ Sie legitimiert die Entscheidung nicht nur demokratisch und rechtsstaatlich, sondern eröffnet auch zusätzlichen Rechtsschutz, der geeignet sein kann, die Schwächen gerichtlichen Rechtsschutzes auszugleichen.⁴⁶ Sie ermöglicht das, was sich als Rechtmäßigkeit durch Verfahren beschreiben lässt.⁴⁷ Auch große Planungsentscheidungen sind naturgemäß wenig final durch materiell-rechtliche Vorgaben determiniert. Öffentlichkeitsbeteiligung trägt hier in besonderem Maße zur richtigen Entscheidungsfindung bei.⁴⁸ Nicht erreichbare materielle Richtigkeit offener Entscheidungen kann durch Verfahrensrichtigkeit ausgeglichen werden.⁴⁹ Damit wird zugleich auch die Möglichkeit eröffnet, Akzeptanz für die getroffenen Entscheidungen zu sichern, weil der Bürger, der seine Interessen einbringen konnte, in der Regel eher bereit ist, auch für ihn möglicherweise nachteilige Entscheidungen zu akzeptieren.⁵⁰ In einem Teilbereich dieser Planungsprozesse hat sich der unionsrechtlich geprägte Ansatz bereits durchgesetzt: Das europäisch beeinflusste Umweltrecht weist bereits viele der genannten Kriterien auf.⁵¹ Auch hier trifft eine Vielzahl von Interessen aufeinander, die bei gleichzeitiger Verfolgung des vorgegebenen Ziels zum Ausgleich gebracht werden müssen.

b. Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung als Verfahrenskriterium im Umweltrecht

Das Umweltrecht wurde schon früh durch Rechtsakte der Union maßgeblich beeinflusst und war damit so etwas wie ein Labor für das europäisch beeinflusste Modell des Verwaltungsver-

⁴¹ BVerwG, Urteil v. 30.4.1969, IV C 6.68, NJW 1969, 1868.

⁴² OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27.3.2009, 2 B 9.08, Rn. 40.

⁴³ Dazu vor allem *Erbguth*, DÖV 2012, 821.

⁴⁴ Vgl. *Pünder*, JuS 2011, 289.

⁴⁵ *Held*, NVwZ 2012, 461 (463). *Frenz*, DVBl. 2012, 811 (813f.). *Matzig*, SZ vom 1./2.12.2012, V2/1. *Erbguth*, DÖV 2012, 821.

⁴⁶ *Ekardt* NVwZ 2012, 530 (534). *Gurlit*, JZ 2012, 833 (834f.).

⁴⁷ Vgl. dazu auch *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (341).

⁴⁸ *Gurlit* JZ 2012, 833 (834 mwN und 838 mwN in Fn. 85).

⁴⁹ *Schemmer*, in: *Bader/Ronellenfötsch*, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2012, § 45, Rn. 22.

⁵⁰ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 13. Auflage, 2012, Einleitung I, Rn. 36c.

⁵¹ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Auflage 2012, Bd. II, § 27, Rn. 72.

fahrens. Schon früh wurde hier das Schlagwort vom „*Umweltschutz durch Verfahren*“⁵² geprägt. Dabei spielte vor allem die Beteiligung der Öffentlichkeit eine wichtige Rolle,⁵³ wobei die Idee der informierten Öffentlichkeit im Vordergrund stand.⁵⁴ Die Betroffenen sollten in der Lage versetzt werden, ihre Belange im Prozess selbst formulieren und vertreten zu können. Statt absolute Vorgaben zu formulieren, wurde auf die Mobilisierung eines jeden einzelnen Unionsbürgers gesetzt.⁵⁵ Damit dieser seiner Verantwortung für das allgemeine Wohl gerecht werden konnte, musste er erstens Zugang zu den entsprechenden Informationen haben, zweitens im Verfahren auch tatsächlich beteiligt werden und drittens in die Lage versetzt werden, notfalls auch gerichtlich seine Rechte durchsetzen zu können.

Dies sind auch die drei Säulen der Aarhus-Konvention, einem 2001 in Kraft getretenen, völkerrechtlichen Übereinkommen der UN-Wirtschaftskommission für Europa (UNECE), das erstmalig dem Einzelnen konkrete Rechte im Umweltbereich verleiht.⁵⁶ Auf europäischer Ebene wurde dieses Abkommen vor allem durch die so genannte Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie umgesetzt, die die UVP-Richtlinie mit ihrer anlassbezogenen Öffentlichkeitsbeteiligung bei konkreten Vorhaben⁵⁷ und die Richtlinie über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (IVU-Richtlinie)⁵⁸ ändert.⁵⁹ Hinzu kommt die Umweltinformationsrichtlinie,⁶⁰ die anlassunabhängig den Zugang zu relevanten Umweltinformationen sicherstellt. Zentrale Vorschrift der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie war der neu in die UVP-Richtlinie eingefügte Art. 10a, wonach die Mitgliedstaaten dafür sorgen müssen, dass für „*Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit*“, die „*ein ausreichendes Interesse haben*

⁵² *Calliess*, EU-Umweltrecht, in: *Sellner/Hansmann* im Auftrag des Arbeitskreises für Umweltrecht (AKUR) (Hg.), Grundzüge des Umweltrecht, 4. Auflage, Berlin 2012, Rn. 157ff. *Burgi*, DVBl. 2011, 1317 (1322). *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Auflage 2012, Bd. II, § 27, Rn. 72ff.

⁵³ *Schmidt-Kötters*, in: *Posser/Wolff*, Beck'scher Onlinekommentar VwGO, Stand: 1.10.2012, § 42, Rn. 166. *Schmidt*, ZUR 2012, 210 (214).

⁵⁴ *Dolde*, NVwZ 2006, 857 (859 mwN).

⁵⁵ *Dolde*, NVwZ 2006, 857 (860). Vgl. generell zur Mobilisierung des Unionsbürgers nur EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 17/18. *Calliess*, NJW 2005, 929 (931). *Streinz*, VVDStRL 61 (2002), 300 (341ff.).

⁵⁶ *Ziekow*, NVwZ 2005, 263 (264). *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Auflage 2012, Bd. II, § 27, Rn. 73.

⁵⁷ Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten.

⁵⁸ Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ersetzt durch Richtlinie 2008/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Januar 2008 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ab 2014 ersetzt durch Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung).

⁵⁹ Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten (im Folgenden: Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie).

⁶⁰ Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates.

oder eine Rechtsverletzung geltend machen können“, ein Rechtsbehelf eröffnet wird. Dieser Rechtsbehelf muss die Anfechtung der „materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen“ ermöglichen.

In Deutschland wurde diese Vorgabe durch das Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) umgesetzt. Es gilt für Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen über die UVP und trifft Vorgaben (nur) für den Fall einer unterlassener UVP. Weitergehende Verfahrensfehler sind vom UmwRG in der geltenden Fassung nicht erfasst, obwohl Art. 10a der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie mit guten Gründen auch umfassender verstanden werden könnte, was bejahendenfalls zur Annahme führen müsste, die Richtlinie wäre in diesem Punkt falsch umgesetzt. Dies hätte vor dem Hintergrund der neusten Rechtsprechung des 9. Senats des Bundesverwaltungsgerichts, wonach eine unterlassene UVP für das fehlerhafte Entscheidungsergebnis nicht mehr kausal zu sein braucht, weitreichende Auswirkungen. In diesem Sinne kann die Entscheidung des EuGH auf Vorlage des 7. Senat des BVerwG⁶¹ in dieser Frage mit Spannung erwartet werden. Der EuGH hat in der Vergangenheit unter Berufung auf den *effet utile* bei solchen Fragen eher zu einer weiten Auslegung, die dem Unionsrecht und damit auch der Mobilisierung des einzelnen Unionsbürgers möglichst weitgehend Rechnung trägt, tendiert.⁶² So hat er beispielsweise für das deutsche UmwRG entschieden, dass die Vorschrift zur Verbandsklage (§ 4 I UmwRG)⁶³ zu eng gefasst ist. Durch diese Klageform wird die Klagebefugnis über den Kreis der unmittelbar in eigenen Rechten Betroffenen (vgl. § 42 II VwGO) hinaus erweitert und die Überprüfung objektiver Rechtsverstöße durch Verbände ermöglicht;⁶⁴ auch damit werden nicht Unionsbürger mobilisiert, im Interesse der Allgemeinheit liegende Belange durchzusetzen⁶⁵ – ein Ansatz, der vor allem deshalb im Umweltrecht Bedeutung erlangt hat, weil dort typischerweise keine subjektiven öffentlichen Rechte auf Einhaltung naturschutzrechtlicher Bestimmungen normiert sind.⁶⁶

Der EuGH hat nun in der Rs. *Trianel* entschieden, dass die ursprünglich in § 2 I Nr. 1 UmwRG enthaltene Einschränkung – die angegriffene Entscheidung musste auch Rechte Einzelner verletzen – mit den Vorgaben der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie unvereinbar

⁶¹ Beschluss vom 10.1.2012, 7 C 20.11, NVwZ 2012, 448 (450).

⁶² Vgl. zu dieser Rechtsprechung auch *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, i.E. auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Auflage 2012, Bd. II, § 27, Rn. 91f.

⁶³ Dazu ausführlich *Schlacke*, NuR 2004, 629 (631ff.). Auch *Frenz*, DVBl. 2012, 811.

⁶⁴ *Calliess*, NVwZ 2006, 1 (4). *Nowak*, DVBl. 2012, 861 (869).

⁶⁵ *Calliess*, EU-Umweltrecht, in: *Sellner/Hansmann* im Auftrag des Arbeitskreises für Umweltrecht (AKUR) (Hg.), Grundzüge des Umweltrecht, 4. Auflage, Berlin 2012, Rn. 160.

⁶⁶ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 13. Auflage, 2012, Einleitung I, Rn. 68a. Vor dem UmwRG war die Verbandsklage nach § 64 BNatSchG nur bei Maßnahmen in sog. Natura 2000-Gebieten von Bedeutung.

ist.⁶⁷ Das BVerwG hat daraufhin festgestellt, dass dies nur für Umweltverbände gelte, für die Klagen Einzelner also weiterhin ein subjektives Recht notwendig sei.⁶⁸ Der EuGH habe es dem nationalen Gesetzgeber freigestellt, die Rechte, die ein Einzelner geltend machen könne, auf subjektiv-öffentliche Rechte zu beschränken.

Gerade die Rs. *Trianel* liefert aber auch wichtiges Argument für eine Aufwertung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren außerhalb umweltrechtlicher Verfahren. Denn das Urteil zeigt, dass umweltrechtliche Verfahrensvorkehrungen zunehmend nicht mehr von nicht-umweltrechtlichen Verfahren abgegrenzt werden können. Der EuGH führt nämlich aus, dass die Umweltverbände sich auf eine Vorschrift berufen können müssen, die „aus dem Unionsrecht hervorgegangen“ ist und „den Umweltschutz bezweckt“.⁶⁹ Wann aber genau diese letztgenannten Kriterien erfüllt sind, ist unklar. Es liegt der Verdacht nahe, dass der EuGH umfassend sehr viele Normen erfassen will, auch wenn es sich nicht um spezifisch umweltrechtliche Normen handelt. Insofern wird es zunehmend schwierig werden zu unterscheiden, wann eine Norm dem Umweltschutz im engeren Sinne dient und wann beispielsweise die Öffentlichkeitsbeteiligung als Verfahrensanforderung nur entfernt bzw. mittelbar umweltrechtliche Bedeutung hat. Bei der Abwägung einer Vielzahl verschiedener Belange bei komplexen Planungsverfahren wird es kaum möglich sein, zwischen Normen zu unterscheiden, die den Umweltschutz bezwecken und solchen, die dies nicht tun – zumal häufig Normen dem Umweltschutz dienen, ohne dies ausdrücklich klarzustellen. Auch die Frage, wann eine Norm aus dem Unionsrecht hervorgegangen ist, ist gerade im Bereich der Planung schwierig zu entscheiden – man denke nur an das deutsche Baurecht, bei dem kaum mehr zwischen originär deutschen oder unionsrechtlich initiierten Einzelregelungen unterschieden werden kann.⁷⁰

III. Herausforderungen für eine moderne Öffentlichkeitsbeteiligung

1. Die rechtspolitische Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Diskussion um die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und dabei insbesondere nach dem Stellenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung verweist auf einer übergeordneten Ebene auf die Frage, inwieweit das Verwaltungsverfahren den modernen Entwicklungen im Verhältnis von Staat und Gesellschaft gerecht wird.

⁶⁷ EuGH, 12.05.2011, Rs. C-115/09 (*Trianel*). Der Bundestag hat im November 2012 das UmwRG nach den Vorgaben des EuGH geändert, vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften, Bt-Ds. 17/10957. Dazu *Eckardt*, NVwZ 2012, 530.

⁶⁸ BVerwG, 20.12.2011, 9 A 30.10, Rn. 20f., ZUR 2012, 308; vgl. *Held*, NVwZ 2012, 461 (465).

⁶⁹ EuGH, Rs. C-115/09, Rn. 50 (*Trianel*).

⁷⁰ *Eckardt* NVwZ 2012, 530 (531); auch *Schmidt*, ZUR 2012, 210 (212) m. w. N.

Mit dieser Frage hat sich insbesondere das *OVG Rheinland-Pfalz* in einem Beschluss aus dem Jahre 2005 beschäftigt und sich dabei auf die Ausführungen von *Winter* bezogen.⁷¹ Im Ergebnis erblickt das Gericht im europäischen Verfahrensansatz viele Vorteile, um die modernen Herausforderungen, die an die Planung von Großvorhaben gestellt werden zu meistern. Denn gerade bei komplexen Entscheidungen wie im Planungsrecht, gelingt es dem europäischen, stark verfahrensbezogenen Ansatz besser, die pluralen gesellschaftlichen Interessenlagen einzubinden und einer Entscheidung zuzuführen: „Die neueren technischen Verfahren haben derart ubiquitäre Auswirkungen, dass die sie domestizierenden Gesetze nicht mehr stabile Individualsphären zuteilen und begrenzen, sondern nur noch die Koordinierung und Abwägung des Geflechts betroffener Belange organisieren können.“ Während also das (Verfahrens-)Recht zunehmend darauf verwiesen ist, in der Gemengelage unterschiedlicher Interessen einen gerechten Ausgleich zu finden und dabei gleichzeitig zur Verwirklichung des gewünschten Ziels beizutragen, ändert sich auch die Rolle des Staates. Er ist nicht mehr neutraler Verhandlungsführer, sondern verfolgt eigene Interesse, wie z.B. die Verwirklichung der – politisch – als richtig erkannten Gemeinwohlpositionen, also z.B. die Realisierung einer umfassenden Verkehrsinfrastruktur: „Die Schaffung von Beteiligungsmöglichkeiten im Verfahren, die Herstellung von Transparenz und Öffentlichkeit kann dem in gewissem Maße abhelfen.“⁷²

Öffentlichkeitsbeteiligung erfüllt damit eine wichtige demokratische Funktion: Sie vermittelt Transparenz im Verfahren und für das Ergebnis.⁷³

2. Die grundrechtliche Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung

Darüber hinaus sind diese Beteiligungsmöglichkeiten, die Transparenz der Verfahren und damit auch die Öffentlichkeitsbeteiligung grundrechtlich abgesichert.⁷⁴ Sie dienen dazu, die geschützten Positionen des Einzelnen – vor allem das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, das Interesse an gesunden Lebensverhältnissen und einer sauberen Umwelt – zur Geltung zu bringen und durchzusetzen. Gerade das schützende Verfahren und dabei insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung stellen sicher, dass der Einzelne in der Lage ist, seine materiell-rechtliche Position zu verteidigen, damit die Verwirklichung seiner Grundrechte

⁷¹ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.1.2005, 7 B 12114.04, Rn. 23, NvwZ 2005, 1208. *Winter*, NVwZ 1999, 467.

⁷² OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.1.2005, 7 B 12114.04, Rn. 23. Vgl. zu dieser Fragestellung kritisch auch *Erbguth*, DÖV 2012, 821 (825).

⁷³ *Gurlit*, JZ 2012, 833 (834f.). *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, i. E. Auch *Kokott*, VVDStRL (63) 2004, 7 (33f.). *Calliess*, in: *Bauer/Huber/Sommermann*, S. 281 (307).

⁷⁴ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.1.2005, 7 B 12114.04, Rn. 23.

nicht zu kurz kommt.⁷⁵ Hier scheint das Stichwort des Grundrechtsschutzes durch Verfahren auf, das das BVerfG im Mühlheim-Kärlich-Beschluss geprägt hat:⁷⁶ Danach hat auch und gerade das Verfahren wesentlichen Anteil daran, den materiellen Gehalt des Grundrechts zu verwirklichen.⁷⁷ Hinsichtlich des vorliegenden Falls hieße dies beispielsweise, dass der Einzelne ausreichend Gelegenheit haben muss, sich über mögliche Beeinträchtigungen durch Fluglärm, die von der Bundesregierung als aus wissenschaftlicher Sicht erwiesener Maßen als gesundheitsschädlich eingestuft wird,⁷⁸ zu informieren und seine Interessen geltend zu machen.

3. Die rechtsstaatliche Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung

Neben dem jedem einzelnen Grundrecht immanenten Verfahrensaspekt zur Verwirklichung der spezifischen grundrechtlichen Verbürgung gelangt man in systematischer Hinsicht zugleich auch in den Anwendungsbereich des Art. 19 IV GG: Es besteht nämlich im Rahmen des Grundrechts auf Individualrechtsschutz ein Zusammenhang zwischen dem Verwaltungs- und Rechtsschutzverfahren. Beide ergänzen sich und insbesondere dem Verwaltungsverfahren kommt mit Blick auf das Rechtsschutzverfahren auch eine Entlastungsfunktion zu. Die effektive und zielgerichtete Geltendmachung von Rechten und Interessen im Verwaltungsverfahren kann notwendig sein, um die Kontrollgrenzen des gerichtlichen Verfahrens auszugleichen, die sich z.B. aus der begrenzten gerichtlichen Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen ergeben.⁷⁹ Im vorliegenden Fall liegen solche gerichtlichen Kontrollgrenzen ebenfalls auf der Hand: Sie ergeben sich aus den nur begrenzt überprüfbaren Abwägungsentscheidungen im Rahmen von Planungen.

In dieser Richtung argumentiert auch das BVerfG: Es stellt auf die Anfechtungslast ab und macht deutlich, dass bei mehrstufigen Entscheidungsverfahren keine Rechtsschutzlücke entstehen darf, wenn Vorentscheidungen bindend sind und durch einen Angriff gegen die Endentscheidung nicht mehr oder nur eingeschränkt gerichtlich überprüft werden können. Die damit verbundene Anfechtungslast muss für den Bürger deutlich erkennbar und darf nicht mit unzumutbaren Risiken und Lasten verbunden sein. Dies ließe sich auch auf vorliegende Konstellation übertragen, bei der die Prognose der Flugrouten im Rahmen des Planfeststellungsbeschlusses präjudizierende Wirkung für die Abwägung bei der Festlegung der konkreten Flug-

⁷⁵ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.1.2005, 7 B 12114.04, Rn. 22.

⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979, 1 BvR 385.77 = BVerfGE 53, 30.

⁷⁷ *Calliess*, NVwZ 2006, 1 (4).

⁷⁸ Antwort der Bundesregierung auf Kleine Anfrage Bt-Ds. 17/11081.

⁷⁹ *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz-Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, 2012, Art. 19 Abs. 4, Rn. 26.

routen haben.⁸⁰ Auch wenn angenommen wird, dass die Aussagen des BVerfG vor allem dann zu beachten sind, wenn die Entscheidungen auf der vorgelagerten Stufe gar nicht gerichtlich angegriffen werden können (was angesichts der Möglichkeit, den Planfeststellungsbeschluss isoliert anzufechten, hier nicht der Fall ist), wird für die vorliegende Fragestellung doch in Rechnung zu stellen sein, dass hinsichtlich der konkreten Flugrouten eine Rechtsschutzlücke droht, wenn einerseits die Prognose i.R. des Planfeststellungsbeschlusses noch zu unverbindlich, andererseits die Festlegung der konkreten Routen durch Rechtsverordnung sich aber auf genau diese Prognose im bis dahin in der Regel unanfechtbar gewordenen Planfeststellungsbeschlusses beruft.

Dies macht es notwendig, dass die Anforderungen an das vorgelagerte Verwaltungsverfahren und dabei insbesondere an die Öffentlichkeitsbeteiligung umso genauer beachtet werden. Das Verwaltungsverfahren erfüllt nämlich mit Blick auf das gerichtliche Verfahren eine Kompensationsfunktion für den Rechtsschutz der Betroffenen und stellt damit vorgelagerten Rechtsschutz zur Verfügung.⁸¹ Gerade die Aufspaltung der Entscheidung über die Festlegung der Flugrouten in eine Prognose im Planfeststellungsbeschluss und einer Festlegung durch Rechtsverordnung, bei der im Übrigen die betroffenen Bürger kaum beteiligt sind,⁸² erhöht die Anforderungen an die frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit.

Ansonsten kommt es nämlich zu einer Rechtsschutzlücke: Der Planfeststellungsbeschluss enthält eine Prognose der Flugrouten, die die Festlegung im Rahmen der Rechtsverordnung präjudizieren.⁸³ Neben den rechtlichen Fragen bei der Anfechtung einer Rechtsverordnung des Bundes, die sich erst in den letzten Jahren durch die Weiterentwicklung der Rechtsprechung etwas geklärt haben,⁸⁴ liegt es in diesen Fällen nahe, den Bürger auf die Prognose im Planfeststellungsbeschluss zu verweisen, der aber in der Regel bestandskräftig geworden sein wird (so auch in der vorliegenden Entscheidung). Dieser entfaltet zudem – entgegen der Annahme des BVerwG im vorliegenden Urteil – nur geringe Anstoßwirkung, was insbesondere daran liegt, dass das Planfeststellungsverfahren in erster Linie der Klärung boden- und raumrelevanter Fragen dient, also insbesondere die bodenrechtliche Vereinbarkeit des Vorha-

⁸⁰ *Klinger*, LKV 2011, 8 (11). Vgl. auch *Schmidt*, ZUR 2012, 210 (214), der die Rspr. ebenfalls überträgt, allerdings dort auf die fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit der Bedarfsplanung bei Infrastrukturentscheidungen.

⁸¹ *Gurlit*, JZ 2012, 833 (834).

⁸² Vgl. zu den Einzelheiten *Klinger*, LKV 2011, 8 (8f.).

⁸³ *Klinger*, LKV 2011, 8 (11).

⁸⁴ Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 28.6.2000, 11 C 13.99, NJW 2000, 3584 zur Zulässigkeit der Feststellungsklage gegen die Festlegung der Flugrouten durch Rechtsverordnung und, Urteile vom 24.6.2004, 4 C 15.03 und 4 C 11.03, NVwZ 2004, 1229 zum Abwägungsgebot als Entscheidungsmaßstab.

bens feststellt.⁸⁵ Verstärkt wird dies durch die beschriebenen Unbeachtlichkeitsvorschriften, die das BVerwG im vorliegenden Urteil in Form des § 46 VwVfG heranzieht. Beide Argumentationslinien verschränken sich so für den rechtsschutzsuchenden Bürger sehr nachteilig, wenn das Gericht argumentiert, dass der Fehler der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht kausal war, weil die Entscheidung für Standort des Flughafens auch bei Auslegung des Plans in allen von Fluglärm betroffenen Gemeinden nicht anders getroffen worden wäre. Es erörtert in diesem Zusammenhang dann raumordnungsrechtliche Fragen der Standortwahl des Flughafens, nicht aber Fragen der Beeinträchtigung durch die später festgelegten Flugrouten.⁸⁶

IV. Konsequenzen

Die Entwicklung zeigt: Der Stellenwert des Verwaltungsverfahrens muss überdacht werden. Dabei geht es vor allem um die Beteiligung der Öffentlichkeit in komplexen, durch planerische Abwägungsentscheidungen geprägten Verfahren.

1. Konsequenzen für die Rechtsanwendung: Öffentlichkeitsbeteiligung als absoluter Verfahrensfehler

Um der Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung Rechnung zu tragen, könnte ihre Verletzung beispielsweise für § 46 VwVfG einen absoluten Verfahrensfehler darstellen.

In diese Richtung weisen nicht nur Stellungnahmen in der Literatur,⁸⁷ sondern auch obergerichtliche Urteile, beispielsweise das Urteil des *OVG Berlin-Brandenburg* zum Bombodrom Wittstock aus dem Jahre 2009: Das Gericht verlangt bei raum- und umweltrelevanten Großvorhaben eine angemessene Beteiligung der Betroffenen; dies sei eine „zentrale Verfahrensvoraussetzung“.⁸⁸ Ein solches, ordnungsgemäßes Beteiligungsverfahren habe nicht stattgefunden, wenn der Plan nicht auch in den nur mittelbar vom Truppenübungsplatz betroffenen Gemeinden ausgelegt wurde⁸⁹ – eine Konstellation, die der vorliegenden sehr ähnlich ist.

Das Gericht betont in diesem Zusammenhang die Ausgleichsfunktion der Verfahrensregeln und hierbei insbesondere der Öffentlichkeitsbeteiligung bei wenig materiell-rechtlich gebundenen planerischen Entscheidungen.⁹⁰

In ähnlicher Weise wertet auch das *OVG Rheinland-Pfalz* im oben bereits erwähnten Beschluss die Verfahrensrechte auf, indem Beteiligungsrechte als subjektiv-öffentliche, dritt-schützende Rechte bewertet werden. Auch wenn es dabei im Kern um ein UVP-Verfahren

⁸⁵ Klinger, LKV 2011, 8 (9).

⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 31.07.2012, Az. 4 A 7001.11, 4 A 7002.11, 4 A 7003.11, Rn. 46ff.

⁸⁷ Erbguth, DÖV 2012, 821 (825f.).

⁸⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27.3.2009, 2 B 9.08, Rn. 43.

⁸⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27.3.2009, 2 B 9.08, Rn. 47, 44.

⁹⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27.3.2009, 2 B 9.08, Rn. 40.

ging und das Gericht insoweit die europarechtliche Bedeutung der Verfahrenspositionen betonen konnte, stellte es doch generell das dienende Verständnis einzelner Verfahrenspositionen und hierbei insbesondere die Annahme fehlender Kausalität von Verfahrensfehler und Entscheidungsergebnis in Frage.⁹¹

2. Konsequenzen für die Gesetzgebung: Sinnvolle Regelungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Erfahrungen mit Bürgerprotesten bei großen Infrastrukturprojekten haben auch den Gesetzgeber schon erreicht: Die Tendenz neuer gesetzlicher Regelungen geht in Richtung mehr Öffentlichkeitsbeteiligung.

Das ursprünglich als Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren gestartete Planfeststellungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, das die Öffentlichkeitsbeteiligung reduzieren wollte, indem z. B. der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren in Ermessen der Anhörungsbehörde gestellt wurde, endete unter dem Eindruck von Stuttgart 21 als Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren,⁹² dessen Titel jetzt bereits jetzt das neue, gegenteilige Ziel, nämlich die Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung, verdeutlicht.⁹³

Gleichwohl gibt es in der Debatte um die Beteiligung der Öffentlichkeit in Planungsverfahren auch kritische und warnende Stimmen. *Gurlit* weist zutreffend darauf hin, dass die Akzeptanzfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Planungsvorhaben an ihre Grenzen stößt, wenn nicht nur zu berücksichtigende Interessen, sondern Werthaltungen eingebracht werden, die im jeweiligen Entscheidungsprozess nicht verarbeitet werden können.⁹⁴ Der Journalist *Matzig* verpackt dieses Phänomen in anschauliche Bilder, wenn er schreibt: „Vor allem große Infrastrukturmaßnahmen forderten den Wutbürger als Akteur der Trillerpfeifendemokratie heraus.“ Das *Nimby*-Phänomen nehme zu: „not in my backyard“. Dabei sei es nicht immer leicht, „zwischen echtem Bürger-Engagement (das oft anzutreffen ist) und Zeitgeist-Protest (kaum seltener dabei) zu unterscheiden.“ Es stelle sich die Frage: „Führt mehr Demokratie zu mehr Baukultur und zugleich zu lebenswerteren Städten (...)?“⁹⁵

⁹¹ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.1.2005, 7 B 12114.04, Rn. 23, NvWZ 2005, 1208 = ZNER 2005, 89 mit Anmerkung *Tigges* (ZNER 2005, 93), der auch auf die abweichende Rechtsprechung anderer (Ober-)Gerichte in dieser Frage eingeht.

⁹² BT-Ds. 17/9666 vom 16.05.2012.

⁹³ *Henneke*, DVBl. 2012, 1072 (1073). Ausführlich zur Geschichte des Planfeststellungsverfahrensbeschleunigungsgesetz *Dolde*, NVwZ 2006, 857 (859).

⁹⁴ *Gurlit*, JZ 2012, 833 (835). Auch *Frenz*, DVBl. 2012, 811 (814).

⁹⁵ *Matzig*, SZ vom 1./2.12.2012, V2/1, der die Diskussion allerdings vor allem auf architektonische und stadtplanerische Entscheidungen bezieht.

Entscheidet man sich dennoch für ein Mehr an Öffentlichkeitsbeteiligung, erscheint es angezeigt, sich deren Sinn und Zweck vor Augen zu führen, um die gewünschten Ziele auch tatsächlich sinnvoll zu erreichen. Diese sollten eine Erhöhung der Akzeptanz und der Legitimität der Planungsentscheidungen sein. Dafür darf die Beteiligung der Bürger nicht bloßer Placebo bleiben – denn als solcher wird er schnell entlarvt und führt dann zum gegenteiligen Effekt, nämlich zu noch größerer Ablehnung. Nicht mehr, sondern passgenaue und effektive Öffentlichkeitsbeteiligung sind notwendig.⁹⁶

Die Beteiligung der Öffentlichkeit muss also dort ansetzen, wo sie tatsächlich noch etwas ausrichten kann, und die eingebrachten Interessen, Bedenken und Vorschläge wenigstens noch potentiell ergebnisrelevant sind.⁹⁷ Das sind in der Regel die übergeordneten Planungsebenen, in denen die Planung noch recht abstrakt ist, nicht aber die nachgeordneten, konkretisierenden Ebenen.⁹⁸ Planungsentscheidungen sind (in Deutschland) durch einen mehrstufigen Ableitungszusammenhang gekennzeichnet, an dessen Spitze die noch sehr abstrakte Grundsatzentscheidung steht, die sich in den untergeordneten Planungsstufen bis hin zur konkreten Genehmigungsentscheidung konkretisiert.⁹⁹

Die oberen Ebenen der Planungskaskade¹⁰⁰ scheinen zwar auf den ersten Blick für mehr Bürgerbeteiligung weniger geeignet zu sein, weil sich häufig die konkreten Details und Auswirkungen von Vorhaben in diesem Stadium noch kaum absehen lassen und deshalb auch der Öffentlichkeit weniger ins Bewusstsein treten.¹⁰¹ Allerdings sind es gerade die übergeordneten Planungsentscheidungen, die ergebnisoffen sind und bei denen die dem Allgemeinwohl zuträglichste Entscheidung durch Abwägung zwischen verschiedenen Interessen getroffen werden muss.¹⁰² Diese verschiedenen Interessenpositionen müssen deshalb gerade in diesem Bereich gebildet und eingebracht werden können.

Anders hingegen auf den unteren Stufen der (rechtlichen) Realisierung von Vorhaben: Bei der Genehmigung einer konkreten Anlage beispielsweise steht das private Interesse des Anlagenbetreibers im Vordergrund, das (durch Art. 12, 14 GG) zudem grundrechtlich abgesichert ist

⁹⁶ Ähnlich *Erbguth*, DÖV 2012, 821, der sich statt für eine Ausweitung der Öffentlichkeitsbeteiligung für eine qualitative Verbesserung ausspricht.

⁹⁷ *Saurer*, DVBl. 2012, 1082 (1088).

⁹⁸ Vgl. *Saurer*, DVBl. 2012, 1082 (1083). *Erbguth*, DÖV 2012, 821 (824) nennt die Ebene zwischen Planung- und Genehmigungsebene die „Vorentscheidungsebene“.

⁹⁹ *Saurer*, DVBl. 2012, 1082 (1084). *Erbguth*, DÖV 2012, 821 (823). *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (341).

¹⁰⁰ Dazu gehören insbesondere die Bedarfsplangesetze, vgl. für den Bereich der Fernstraßen der Bundesverkehrswegeplan und die Verkehrswegeausbaugesetze (dazu *Saurer*, DVBl. 2012, 1082, 1084), für den Energiebereich bzgl. des Netzausbaus das Bundesbedarfsplangesetz (dazu *Calliess/Dross*, JZ 2012, 1002). *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (341).

¹⁰¹ *Hertel/Munding*, NJW 2012, 2622 (2622f.).

¹⁰² Vgl. dazu auch *Erbguth*, DÖV 2012, 821 (826).

und sich deshalb zu einem Anspruch auf Genehmigung konkretisieren kann, der als gebundene Entscheidung der Verwaltung keinen Entscheidungsspielraum mehr lässt.¹⁰³

In diesem Bereich erscheint Öffentlichkeitsbeteiligung weniger sinnvoll, da sie die Hoffnung weckt, noch Einfluss auf das Verfahren nehmen zu können, was sich aber nicht (mehr) realisieren lässt und deshalb zu Enttäuschung führen muss. Öffentlichkeitsbeteiligung büßt an Legitimationswirkung ein, wenn das Ob eines Vorhabens schon vorsteht und allenfalls noch über das Wie entschieden werden muss.¹⁰⁴

Insofern weist der neue § 25 Abs. 3 VwVfG, der eine vorgezogene Bürgerbeteiligung möglichst bereits vor Stellung eines Antrags vorsieht, grundsätzlich in die richtige Richtung, da er in einem frühen Planungsstadium – nämlich vor Beginn des Verwaltungsverfahren – ansetzt. Offen bleibt in diesem Zusammenhang nur die Frage der sinnvollen Einbindung in die spezialgesetzlich bereits geregelten Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungsgesetzen, z. B. dem Raumordnungsgesetz.¹⁰⁵

Anders ist jedoch der geplante § 27a VwVfG zu beurteilen. Nach dieser Norm, die sich im Entwurf des so genannten E-Government-Gesetzes befindet,¹⁰⁶ soll nicht mehr nur die Bekanntmachung eines Vorhabens im Internet veröffentlicht werden, sondern auch die bislang nur zur Einsicht ausliegenden Unterlagen. Dieser Ansatz zeigt nicht nur die gestiegene Bedeutung des Internets in der Diskussion um eine Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Vorhabenrealisierung.¹⁰⁷ Er wirft auch die Frage auf, ob nicht gerade durch die vermehrte Nutzung des Internets eine qualitativ neue Stufe der Öffentlichkeitsbeteiligung erreicht wird. Dies zeigt sich gerade auch anhand der Problematik des Entwurfs des § 27a VwVfG. Denn gerade die Veröffentlichung der umfangreichen Unterlagen einer Anlage im Internet führt dazu, dass diese nicht mehr nur durch die betroffene Öffentlichkeit vor Ort eingesehen werden können, sondern weltweit für die dauerhafte Speicherung zur Verfügung stehen. Darüber hinaus stellt sich vor dem oben beschriebenen Problemzusammenhang die Frage, ob eine Norm, die eine so weitgehende Form der Öffentlichkeitsbeteiligung statuiert, tatsächlich als Querschnittsnorm unter den allgemeinen Paragraphen des Verwaltungsverfahrensgesetzes richtig verortet ist. Auch wenn Konkurrenzfragen nicht im Einzelnen beantwortet sind und sich wohl auch nur für den jeweiligen Anwendungsfall konkret beantworten lassen, ist eine Anwendung dieser im Vergleich zu speziellen Regelungen weitergehenden Norm auch in

¹⁰³ Saurer, DVBl. 2012, 1082 (1083).

¹⁰⁴ Saurer, DVBl. 2012, 1082 (1087). Calliess/Dross, JZ 2012, 1002 (1003).

¹⁰⁵ Hertel/Munding, NJW 2012, 2622. Frenz, DVBl. 2012, 811 (815). Erbguth, DÖV 2012, 821 (824).

¹⁰⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Ds. 17/11473 vom 4.12.2012.

¹⁰⁷ Vgl. auch Gurlit, JZ 2012, 833 (839f.).

spezialgesetzlichen Verfahren – z. B. im BImSchG – wahrscheinlich.¹⁰⁸ Damit würde eine Form der Öffentlichkeitsbeteiligung auf genau jener Stufe – der Genehmigungsebene – realisiert, die durch geringe Einflussmöglichkeiten aufgrund starker anspruchrechtlicher Fixierung gekennzeichnet ist.

V. Schluss

Die Akzeptanz großer Infrastrukturprojekte, wie sie aktuell in vielen Orten in Deutschland realisiert werden, kann durch eine sinnvolle, passgenaue Öffentlichkeitsbeteiligung verbessert werden. Dies gilt in gleichem Maße auch für den Rechtsschutz der betroffenen Bürger, der bereits im Verwaltungsverfahren gewährleistet sein muss. Dabei wird es jedoch nicht nur auf die Realisierung neuer, gesetzlicher Möglichkeiten der Öffentlichkeitsbeteiligung und der Stärkung der Verfahrensrechte ankommen. Wichtig wird dabei ebenso eine ordnungsgemäße Beachtung der schon vorhandenen Möglichkeiten sein. Es müssen nicht immer neue Beteiligungsformen erfunden werden,¹⁰⁹ die möglicherweise durch Aktionismus zu einer Überkompensation empfundener Defizite führen. Die Veröffentlichung sämtlicher Antragsunterlagen im Internet ist dafür ein Beispiel. Insofern ist eine tatsächliche Durchsetzung der vorhandenen Vorgaben, die auch den hinter den Regelungen stehenden Zielen Rechnung trägt und den geänderten Herausforderungen anpasst, wichtig. Das Urteil des BVerwG zum Planfeststellungsbeschluss des Flughafens Berlin-Brandenburg ist dafür leider kein gutes Beispiel. Es trägt der besonderen Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung großer Infrastrukturprojekte nicht ausreichend Rechnung, da die Anstoßfunktion für den Rechtsschutz der Betroffenen durch Missachtung der bestehenden Regelungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung nicht realisiert werden konnte. Dies hat das Gericht leider unbeanstandet gelassen.

¹⁰⁸ Vgl. Herrmann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2012, § 28 Rn. 3 zum Verhältnis von § 28 VwVfG zu spezialgesetzlich geregelten Anhörungspflichten.

¹⁰⁹ So auch Gurlit, JZ 2012, 833 (839).