

NVwZ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Sonderdruck aus NVwZ Heft 17/2012

Professor Dr. Jutta Stender-Vorwachs, LL. M. (Virginia)

Neue Formen der Bürgerbeteiligung?

Verlag C.H. Beck München und Frankfurt a.M.

NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Schriftleitung und Verlagsredaktion:
Rechtsanwalt Professor *Dr. Achim Schunder* (verantwortlich für den Textteil) und Rechtsanwältin *Dr. Christiane Prause*.
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a.M., *Postanschrift:* Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a.M.,
Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax: (0 69) 75 60 91-49.
E-Mail: NVwZ@beck-frankfurt.de,
Internet: www.nvwz.de.

Manuskripte: Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres kann der

Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, *Postanschrift:* Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: Susanne Raff (0 89) 3 81 89-601, Julie von Steuben (0 89) 3 81 89-608, Olaf Eschenfelder (0 89) 3 81 89-612, Telefax: (0 89) 3 81 89-589.
Disposition: Herstellung Anzeigen, technische Daten, Telefon: (0 89) 3 81

89-598, Telefax: (0 89) 3 81 89-589, anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Fritz Leberherz*.

Verlag: Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, *Postanschrift:* Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6 229-8 02, BLZ 700 100 80.

Erscheinungsweise: Zweimal monatlich. Kombinationsbezug NVwZ mit zweimal monatlichem Beiheft (Nebenblatt) NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht.

Bezugspreise 2012: NVwZ ohne NVwZ-RR: halbjährlich € 133,- (darin € 8,70 MwSt.); *Vorzugspreis* für NJW-Bezieher, Studenten (fachbezogener Studiengang) sowie Referendare (gegen Nachweis) halbjährlich € 120,- (darin € 7,85 MwSt.); Einzelheft: NVwZ € 13,50 (darin € 0,86 MwSt.); NVwZ mit NVwZ-RR: halbjährlich € 219,- (darin € 14,33 MwSt.); *Vorzugspreis* (w.o.) halbjährlich € 194,- (darin € 12,69 MwSt.). Einzelheft NVwZ m. RR € 22,20 (darin € 1,45 MwSt.). Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Versandkosten jeweils zuzüglich.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenServiceCenter:
Telefon: (0 89) 3 81 89-750,
Telefax: (0 89) 3 81 89-358.
E-Mail: bestellung@beck.de

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Halbjahresschluss erfolgen.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: Druckerei C.H. Beck (Adresse wie Verlag). *Lieferanschrift:* Versand und Warenannahme, Berger Str. 3–5, 86720 Nördlingen.

Professor Dr. Jutta Stender-Vorwachs, LL. M. (Virginia)*

Neue Formen der Bürgerbeteiligung?

Der 69. Deutsche Juristentag beschäftigt sich in diesem Jahr in seiner Abteilung Öffentliches Recht mit einem brisanten, weithin diskutierten und in der Öffentlichkeit stark wahrgenommenen Thema, der Öffentlichkeitsbeteiligung im deutschen Umwelt- und Planungsrecht. „Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie“ ist das Gutachten D von Jan Ziekow betitelt, das sich umfangreich mit der Bürgerbeteiligung im Rahmen der repräsentativen Demokratie, den rechtlich geregelten Beteiligungsverfahren, Verbesserungsmöglichkeiten und konkreten Regelungsoptionen auseinandersetzt.

I. Problemstellung

Ziekow entwirft ein umfassendes Beteiligungskonzept sowohl für gebundene Genehmigungsverfahren als auch für Abwägungsentscheidungen. Mit seiner Empfehlung zur Einführung einer frühzeitigen obligatorischen „Jedermann“ – Bürgerbeteiligung durch eine eigene Beteiligungsbehörde mit umfassender Dokumentationspflicht geht er weit über die in Art. 1 des Entwurfs eines Planungsvereinheitlichungsgesetzes¹ vorgesehene neue Regelung des § 25 III² hinaus³. Zwar verfolgt auch sie, ein geplantes privates oder öffentliches Vorhaben, das nicht unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben kann, so frühzeitig bekannt zu machen, dass Einwände und Anregungen aus der Bevölkerung, von Trägern öffentlicher Belange und sonstiger Beteiligter im anschließenden Verwaltungsverfahren noch

vor der förmlichen Antrags- oder Planeinreichung berücksichtigt werden können. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass sich Konflikte um die Grundkonzeption von Vorhaben am ehesten in einem Stadium der Planung austragen lassen, in dem ein Vorhaben noch gestaltet werden kann und sich noch keine verhärteten Fronten gebildet haben⁴. Jedoch sieht § 25 III VwVfG-E – entgegen der Vorstellung *Ziekows* – keine zwingende Verpflichtung zur Öffentlichkeitsbeteiligung vor. Die Begründung des Entwurfs stellt insoweit auf die Freiwilligkeit eines Zusammenwirkens ab und auf die alleini-

* Die Autorin ist Außerplanmäßige Professorin an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover und Geschäftsführerin des Instituts für Bürgerbeteiligung (ifbb), Hannover.

1 Gesetzentwurf des Bundesministeriums des Inneren, Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PlVereinHG) v. 9. 1. 2012.

2 „Die Behörde wirkt darauf hin, dass der Träger bei der Planung von Vorhaben, die nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können, die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig über die Ziele des Vorhabens, die Mittel, es zu verwirklichen und die voraussichtlichen Auswirkungen des Vorhabens unterrichtet (frühe Öffentlichkeitsbeteiligung). Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung soll möglichst bereits vor Stellung eines Antrags stattfinden. Der betroffenen Öffentlichkeit soll Gelegenheit zur Äußerung und zur Erörterung gegeben werden. Das Ergebnis der vor Antragstellung durchgeführten frühen Öffentlichkeitsbeteiligung soll der Behörde spätestens mit der Antragstellung, im Übrigen unverzüglich mitgeteilt werden. Satz 1 gilt nicht, soweit die betroffene Öffentlichkeit bereits nach anderen Rechtsvorschriften vor der Antragstellung zu beteiligen ist. Beteiligungsrechte nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt“.

3 Diesen Entwurf erwähnt *Ziekow* in seinem Gutachten nicht.

4 Begr. des GesetzE unter B. Bes. Teil, Zu Art. 1, Zu Nr. 4.

ge Kompetenz des Vorhabenträgers, beurteilen zu können, wann eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung einerseits bereits möglich ist und andererseits noch Planungsänderungen zulässt. Zudem wird bei privaten Vorhabenträgern ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gesehen, die einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfe.

Neben dem Aspekt der Freiwilligkeit sieht § 25 III VwVfG-E als weitere entscheidende Rahmenbedingung die Beteiligung der „betroffenen“ Öffentlichkeit vor. Was unter diesem Teilbereich der Öffentlichkeit zu verstehen ist, wird allerdings in der Entwurfsbegründung nicht näher erläutert. Hier wird nur auf eine größere Zahl von möglicherweise Betroffenen Bezug genommen.

Zudem soll die Behörde nach § 25 III VwVfG-E lediglich über das Ergebnis der Öffentlichkeitsbeteiligung vom Vorhabenträger unterrichtet werden. Eine detaillierte Dokumentationspflicht, wie von *Ziekow* gefordert, geht damit nicht einher.

Schließlich ist nach § 25 III VwVfG-E der Vorhabenträger mit der Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung betraut. Die zuständige Behörde ist verpflichtet, bei dem Vorhabenträger auf eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung hinzuwirken. Ob eine solche Verfahrensgestaltung, die die Rolle des Projektträgers mit der eines Moderators verwischt, zu einem fairen und transparenten Ablauf des Beteiligungsverfahrens führen kann, ist zu bezweifeln. Die Chance, die ein frühes Dialogforum für die Suche nach Gemeinsamkeiten zwischen unterschiedlichen Interessen bietet, kann ein neutraler Verfahrensmittler⁵ viel eher nutzen, da er in keinem Rollenkonflikt steht und daher größere Glaubwürdigkeit gerade gegenüber den Bürgern und Verbänden der Öffentlichkeit repräsentiert. Er könnte darüber hinaus das gesamte Verfahren kommunikativ begleiten und die erarbeiteten Ergebnisse in das förmliche Verfahren einbringen. Ob hier nach den Vorstellungen *Ziekows* eine eigene Beteiligungsbehörde in den Ländern, eine erweiterte Anhörungsbehörde oder etwa ein privater Dritter die Durchführung des Beteiligungsverfahrens übernehmen soll, wird noch zu diskutieren sein.

II. Bürgerbeteiligung und Verfahren

Es fällt in der Diskussion um Beteiligungsverfahren auf, dass bisher kaum eine genaue Unterscheidung zwischen Bürgerbeteiligung und Öffentlichkeitsbeteiligung vorgenommen wird. Während Bürgerbeteiligung einerseits die Mitwirkung von Bürgerinnen und Bürgern an konkreten Planungs- und Zulassungsverfahren und andererseits die Teilnahme an Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden⁶ umfasst, ist Öffentlichkeitsbeteiligung nur auf konkrete Verfahren bezogen. Versteht man Öffentlichkeitsbeteiligung wie *Ziekow* in einem weiten Sinne, so ist sie nicht auf die in individuellen Rechtspositionen betroffene Öffentlichkeit beschränkt, sondern steht „jedermann“ zu, also sowohl Bürgerinnen und Bürgern als auch juristischen Personen und deren „Vereinigungen, Organisationen und Gruppen“ (so Art. 1 II UVP-RL). Dieses weite Verständnis entspricht etwa auch der Bundesratsinitiative des Landes Baden-Württemberg⁷, die eine so genannte Vorerörterung vor Beginn des Planfeststellungsverfahrens vorsieht und den Vorerörterungstermin der gesamten interessierten Öffentlichkeit öffnet. Die Eignung dieser vorgeschlagenen Regelung ist auf Grund von Erfahrungen aus Mediationsverfahren⁸ wegen der unbegrenzten Anzahl von Teilnehmern bezweifelt worden⁹. Diese Problematik greift *Ziekow* nicht auf. Er unterscheidet im Rahmen seiner Ausführungen zu den

Akteuren bei Bürgern und ihren Verbänden zwar zutreffend zwischen der Wert- und der Interessenebene und weist auf die Chancen von Beteiligungsverfahren hin, Wertgrundlagen zu diskutieren und Konflikte insoweit einzugrenzen. Ob dies trotz einer Verfahrensgestaltung, die den Grundsätzen der Informiertheit, Fairness und Transparenz sowie der Rollenklarheit entspricht¹⁰, auch im Rahmen einer Großveranstaltung gelingt, erscheint zumindest zweifelhaft.

Allerdings entspricht es der Erfahrung vieler Experten aus der Teilnahme an Erörterungsterminen, dass eine Beschränkung des Teilnehmerkreises auf die Betroffenen und damit auch der Ausschluss der Presse nicht zu einer Konfliktbegrenzung beiträgt. Grundsätzlich scheint es sinnvoll, den Kreis der Beteiligten zu erweitern und auch Fragen zu erörtern, die über die genehmigungsrechtlich relevanten Probleme hinausgehen, wie etwa die Sinnhaftigkeit des Vorhabens, Alternativen zu dem Vorhaben, Fragen der Finanzierung und des möglichen Wertverlusts von Immobilien. Im Übrigen ist dem Vorschlag *Ziekows* zuzustimmen, mündliche Termine presseöffentlich zu gestalten¹¹. Die Zulassung von Pressevertretern entspricht dem Prinzip einer weiten Öffentlichkeitsbeteiligung.

Zudem ist der Begriff des Verfahrens zu klären. Die vorgestellten Entwürfe beziehen sich beispielsweise nur auf Vorhaben, die einer behördlichen Zulassung bedürfen. So soll nach § 25 III VwVfG-E die frühe Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit in allen immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren und auch in allen Planfeststellungsverfahren vor Einleitung des Verfahrens durchgeführt werden. *Ziekow* bezieht dagegen auch nicht genehmigungsbedürftige Vorhaben mit ein, wenn sie einen Raumbezug aufweisen und eine größere Zahl von Betroffenen berührt wird¹². Auch soll nach seinem Konzept das Beteiligungsverfahren nicht auf Projekte beschränkt sein, denen ein Raumordnungsverfahren, eine Umweltverträglichkeitsprüfung oder eine Linienbestimmung vorausgeht. Zudem sind sowohl Vorhaben in öffentlicher als auch in privater Trägerschaft erfasst¹³. Entscheidend erscheint insofern der Aspekt der sozialen Akzeptanz von Vorhaben. Hier ist unerheblich, ob das Projekt von einem privaten Investor oder der öffentlichen Hand geplant wird. Bürger und Bürgerinnen erwarten eine echte Teilhabe insbesondere an der Planung und Zulassung von Infrastrukturvorhaben und großen Industrieprojekten. Sie wollen und sollen den Prozess auch aktiv mitgestalten¹⁴. Diese Tatsache wird mittlerweile auch von Trägern großer Vorhaben erkannt¹⁵. Eine schwierige Frage ist in diesem Zusammenhang

5 Dazu *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (347 f.); auch *Teubert*, Mitarbeiter der Verwaltung als Mediatoren im Verwaltungsverfahren?, 2011, S. 211 ff.

6 S. etwa *Stender-Vorwachs*, in: *Epping/Butzer/Brosius-Gersdorf/Halter/Mehde/Waechter* (Hrsg.), *Hannoverscher Komm. zur NdsVerf.*, 1. Aufl. (2012), Kommentierung zu Art. 48 (Volksbegehren) und Art. 49 (Volksentscheid) NdsVerf.

7 Antrag des Landes Baden-Württemberg: Entschließung des Bundesrates – Stärkung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großvorhaben, BR-Dr 135/11.

8 *Ortloff*, in: *Festschr. f. D. Sellner*, 2012, S. 533 ff.

9 *Versteyl*, *Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel (I + E)* 2011, 89 (94).

10 *Ziekow*, *Gutachten D zum 69. DJT*, 2012, S. D 84 ff.

11 *Ziekow*, *Gutachten* (o. Fußn. 10), S. D 136.

12 *Ziekow*, *Gutachten* (o. Fußn. 10), S. D 11 und D 98 f.

13 *Ziekow*, *Gutachten* (o. Fußn. 10), S. D 98, 100.

14 Dazu *Wulffhorst*, *DÖV* 2011, 581 (588); auch *Burgi*, *NVwZ* 2012, 277 (280); gegen einen weiteren Ausbau der Bürgerbeteiligung dagegen *Gärditz*, *GewArch* 2011, 273 (277).

15 S. etwa die „Charmeoffensive im Land der Kritiker“ des Vorstandsvorsitzenden der Deutsche Bahn AG, *Dr. Rüdiger Grube*, am 28. 7. 2012 im Kreis Rotenburg zum Thema Y-Trasse, *HAZ* v. 30. 7. 2012; auch *Schütte*, *ZUR* 2011, 169.

die Wahl des Zeitpunkts für den Beginn der Bürgerbeteiligung. Wann sind „die wesentlichen Entscheidungen, insbesondere solche über die Auswahl zwischen mehreren Verwirklichungsvarianten, noch nicht getroffen worden“¹⁶? Wann ist ein Vorhaben „in einem Stadium der Planung (...), in dem es „noch gestaltet werden kann und eine sachliche Diskussion nicht durch verhärtete Fronten erschwert wird“¹⁷? Jedenfalls muss bei der Einberufung eines frühzeitigen Termins zur Bürgerbeteiligung bereits eine Projektbeschreibung vorliegen, die auch Ziele und deren Umsetzung aufzeigt und über eventuelle Auswirkungen informiert. Diese muss der Vorhabenträger vorlegen können. Das Projekt muss also bereits ein Planungsstadium erreicht haben, das diese Vorlagen ermöglicht. Anderenfalls wäre eine Bürgerbeteiligung nicht sinnvoll¹⁸.

III. Frühzeitige und integrale Bürgerbeteiligung

Ziekow arbeitet in seinem Gutachten verschiedene Funktionen der Bürgerbeteiligung heraus. Für die frühzeitige Einbeziehung der Öffentlichkeit sind insbesondere die Gewährleistung eines fairen Verfahrens, die Herstellung von Waffengleichheit, die Information sowohl der zuständigen Behörde als auch des Projektträgers und der Bürgerinnen und Bürger, die Transparenz des Verwaltungshandelns und eine Schaffung von Akzeptanz zu nennen¹⁹. Hinter diesen Funktionen steht die Überzeugung, dass die oben erwähnten Erwartungen der Bürger an eine echte Teilhabe durch die Chance, „auf Augenhöhe“ zu kommunizieren, erhöht werden. Die Auffassung setzt ein Bild der informierten Öffentlichkeit voraus, die zwar heterogen und unterschiedlich motiviert sowie organisiert ist, jedoch entweder aus eigenem Interesse oder aus Gründen des Gemeinwohls einen zentralen Stellenwert in der Planung und Zulassung von Projekten einnimmt. Diese Sichtweise erscheint dem modernen Demokratieverständnis jedenfalls angemessener als eine Sicht, die die Funktion der Beteiligung allein in der Information einer „uninformierten und nicht durchweg gebildeten Allgemeinheit“²⁰ sieht. Wie *Ziekow* betont, kommt der Verfahrensgestaltung eine Schlüsselstellung zu²¹. Nur wenn die Beteiligten verständlich informiert werden, sind sie in der Lage, ihren Beitrag zu dem genannten Diskurs auf Augenhöhe zu leisten. Daher ist die schriftliche Darlegung des Projekts durch den Vorhabenträger sowie eine Darstellung des Rechtsrahmens und des Ablaufs eines späteren Genehmigungsverfahrens durch die zuständige Behörde unerlässlich. Um diese Unterlagen der beteiligten Öffentlichkeit zu kommunizieren, bieten sich verschiedene Beteiligungsmethoden an. In der Regel wird ein mündlicher Termin notwendig sein. Frühzeitige Beteiligung kann aber flexibel gehandhabt werden. So eignen sich zur Information insbesondere die neuen Kommunikationsmedien, die es ermöglichen alle jeweils aktuellen Planungs- und Genehmigungsunterlagen im Internet zur Verfügung zu stellen und kontinuierlich anzupassen sowie etwa Dialogforen einzurichten. Darüber hinaus muss aber auch eine Einsichtnahme bei der für das Eröffnungskontrollverfahren zuständigen Behörde weiterhin möglich sein.

Angesichts der nach geltendem Recht bestehenden Beteiligungsverfahren kann eine frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit jedoch nicht isoliert durchgeführt werden. *Ziekow* analysiert die im Raumordnungsrecht, Baurecht, Verkehrswegeplanungsrecht und Immissionsschutzrecht geregelten Verfahren und verweist zu Recht auf mögliche Anknüpfungspunkte für eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung sowie auf Defizite des Zustands *de lege lata*²².

Die Untersuchungen zeigen, dass die normierten Beteiligungsverfahren oft unterschiedliche Öffentlichkeitsbegriffe verwenden, und kritisieren insbesondere die Beteiligung nach Ermessen einer Behörde oder auf Grund einer Entscheidung des Vorhabenträgers, den späten Zeitpunkt der Einbeziehung von Bürgerinnen und Bürgern in das Verfahren, die Existenz fachrechtlich verschiedener Beteiligungsverfahren für die Zulassung eines Vorhabens, die mangelnde Pflicht zur Anwesenheit des Vorhabenträgers sowie zur inhaltlichen Stellungnahme im Erörterungstermin und Unklarheiten bezüglich der Verwertung von Ergebnissen der Bürgerbeteiligung. Um diesen Defiziten entgegenzuwirken, wird ein Beteiligungsverfahren vorgeschlagen, das von der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung über die Planungs- und Verwirklichungsphase des Projekts bis eventuell der Betriebsphase eine kontinuierliche Begleitung durch die Öffentlichkeit ermöglicht. Wird ein frühzeitiges Beteiligungsverfahren im Sinne *Ziekows* institutionalisiert, so handelt es sich nicht mehr um eine Ausnahme von der Regel, so dass eine gesetzliche Grundlage erforderlich wird²³. Die Notwendigkeit, die informellen Formen der Bürgerbeteiligung mit den parallel laufenden förmlichen Planungs- und Zulassungsverfahren abzustimmen²⁴, besteht dann nicht. Vielmehr wird ein integriertes Konzept der Bürgerbeteiligung über verschiedene Phasen der Projektentstehung und -verwirklichung verfolgt.

Eine solche Gesamtkonzeption mag mehr Klarheit und Rechtssicherheit bringen; sie ist aber jedenfalls nicht rechtlich geboten. Denn eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung können die zuständigen Behörden auch jetzt bereits auf freiwilliger Basis durchführen. Die Informationen und Ergebnisse derartiger Beteiligungsverfahren bleiben allerdings für die Verfahrensführende Behörde unverbindlich.

IV. Beteiligungsabläufe in einem integralen Konzept

Ziekow unterscheidet, wie erwähnt, zwischen Projekten, für die ein Raumordnungsverfahren, eine UVP oder eine Linienbestimmung durchzuführen ist, und anderen Projekten, die jedenfalls einen Raumbezug haben und von denen eine größere Zahl von Personen betroffen ist. Die Frühzeitigkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung muss sich hier unterschiedlich beurteilen.

Bezüglich der erstgenannten Projekte ist jedenfalls das Scoping nach § 5 UVPG bereits als Anknüpfungspunkt für eine frühzeitige Bürgerbeteiligung angesehen worden²⁵. *Ziekow* erweitert diesen Ansatz und schlägt vor, auch an das Modell der Antragskonferenz nach §§ 7, 20 NABEG anzuknüpfen. *De lege lata* hindert eine Anknüpfung an das Scoping seine Abhängigkeit von einer Entscheidung des Vorhabenträgers, die bloße Möglichkeit einer Hinzuziehung Dritter und die fehlende Pflicht zur Vorlage von Unterlagen. *Ziekow* schlägt daher eine Regelung vor, die das Scoping für obligatorisch erklärt, die Verpflichtung des Vorhabenträgers zur Beschreibung des Vorhabens enthält und eine Bezugnahme auf alle

16 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 81.

17 Beirat Verwaltungsverfahrenrecht, für mehr Transparenz und Akzeptanz – frühe Öffentlichkeitsbeteiligung bei Genehmigungsverfahren, NVwZ 2011, 859 (860).

18 So auch *Wulfhorst*, DÖV 2011, 581 (588).

19 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 15 ff.

20 So *Gärditz*, GewArch 2011, 273 (279).

21 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 85.

22 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 26 ff.

23 *Guckelberger*, in: *Seok/Ziekow*, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, 2010, S. 235 (266); *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 88 f.

24 *Wulfhorst*, DÖV 2011, 581 (589).

25 *Versteyl*, I + E 2011, 89 (94).

das Projekt betreffenden Gesichtspunkte vorsieht. Auch für das Raumordnungsverfahren erwägt er eine obligatorische Öffentlichkeitsbeteiligung. Eine Beschränkung der Stellungnahmen innerhalb der Öffentlichkeitsbeteiligung soll es dann nicht mehr geben. Zudem schlägt *Ziekow* vor, das Linienbestimmungsverfahren bei Verkehrsinfrastrukturvorhaben (§ 16 I FStrG; § 13 I WaStrG) als Trägerverfahren für eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung zu nutzen²⁶. Es erscheint sinnvoll, die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung mit einem konkreten Projekt vorbereitenden Verfahren zu verknüpfen und dieses damit in das integrierende Bürgerbeteiligungskonzept aufzunehmen. Eine Konkurrenz mehrerer vorgelagerter Verfahren muss dabei im Sinne der Transparenz für den Bürger und der Effektivität des Verfahrens vermieden werden.

Liegt zwischen der frühzeitigen Beteiligung und der Antragstellung im Genehmigungsverfahren ein zeitlicher Abstand, so kann nicht allgemein beantwortet werden, wann eine erneute frühzeitige Bürgerbeteiligung vorgenommen werden muss. Ein integriertes Beteiligungskonzept muss hier bewirken, dass ein solcher Zeitabstand durch Einrichtung von Bürgerforen, runden Tischen und ähnlichen Diskursmöglichkeiten überbrückt wird.

Für Projekte, denen kein vorgelagertes Verfahren vorausgeht, muss die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung in einer gesonderten Regelung vorgesehen werden. Ob sie im Verwaltungsverfahrensgesetz erfolgen kann, ist zweifelhaft, weil dieses Gesetz Verwaltungsverfahren i. S. des § 9 VwVfG regelt, die auf den Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses oder auf dessen Ablehnung zielen.

Ziekow schlägt eine allgemeine Regelung über Grundsätze und Strukturen einer frühzeitigen Bürgerbeteiligung vor. Hier sieht er zutreffend den Konflikt, dass einerseits die Behörde einen privaten Projektträger nicht zur Durchführung einer frühzeitigen Bürgerbeteiligung zwingen kann²⁷, sondern ihr nur eine so genannte Hinwirkungspflicht obliegt, andererseits die Verantwortung der Behörde für ein geordnetes Verfahren einen Zeitpunkt erfordert, zu dem die Behörde die Beteiligung der Bürger durchsetzen kann. Hier erfolgt die plausible Anknüpfung an das Modell der Antragskonferenz nach §§ 7, 20 NABEG: Hat vor Einreichen des Antrags oder der Anzeige keine frühzeitige Bürgerbeteiligung stattgefunden, so wird der Antrag nur als vorläufiger betrachtet, so dass in einer Antragskonferenz die Öffentlichkeit beteiligt werden kann²⁸.

Ein gewisser Widerspruch zu dieser Lösungsvariante liegt in der Aussage, ein Teilnahmeverfahren sei obligatorisch, wenn ein Projekt zum Kreis der erfassten Vorhaben zählt²⁹. *Ziekow* fordert zunächst für Vorhaben, denen kein vorgelagertes Verfahren vorausgeht und die sowohl eine Raumbedeutsamkeit als auch eine größere Zahl von Betroffenen aufweisen, eine Analyse des Konfliktpotenzials, der Konfliktparteien und der voraussichtlichen Positionen. Als Element der Analyse schlägt er ein Teilnahmescreening zur Notwendigkeit einer frühzeitigen Bürgerbeteiligung vor. Ist dieses erfolgreich, ist auch für private Projektträger ein frühzeitiges Teilnahmeverfahren obligatorisch. Explizit wird eine Regelung, die in diesen Fällen eine Beteiligung der Öffentlichkeit nur auf Antrag des Projektträgers zulässt, als wenig überzeugend abgelehnt. Die Grundrechtsberechtigung der Projektträger sage über die Sinnhaftigkeit einer Bürgerbeteiligung wenig aus. Jedenfalls die Entscheidung, ob Private ein Vorhaben planen und realisieren wollen, entspringt aber ihrer grundrechtlichen Handlungsfreiheit. An dieser Entschei-

dung teilzunehmen sind Dritte nicht legitimiert³⁰. Insofern muss es bei einem Hinwirken der Behörde bleiben.

V. Verantwortlichkeit für das Teilnahmeverfahren

Eine Voraussetzung für eine befriedende Bürgerbeteiligung ist die Neutralität der für die Leitung des Teilnahmeverfahrens zuständigen Stelle. Diese Neutralität muss sowohl gegenüber dem Projektträger als auch gegenüber der das Verfahren führenden Behörde bestehen. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Öffentlichkeit eine Interessenverquickung von Behörde und Vorhabenträger unterstellt oder der Behörde eine mangelnde Berücksichtigung von Bürger- oder Gemeinwohlinteressen vorwirft. Zum Teil wird vorgeschlagen, dass eine staatliche Behörde den Teilnahmeprozess als Anhörungsbehörde leitet³¹. Sie soll die aktive Moderation des Teilnahmeprozesses übernehmen, die Konfliktanalyse erstellen und den Dialog auf Augenhöhe garantieren. So ist eine Trennung der Zuständigkeit in der Sache und für das Verfahren gewährleistet und eine Kontinuität der Begleitung des Teilnahmeverfahrens ermöglicht. Die andauernde Verantwortlichkeit einer einzigen Stelle für den Teilnahmeprozess garantiert eine nicht unterbrochene Beteiligung der Öffentlichkeit.

Als Alternative zu dem genannten Vorschlag wird in jüngerer Zeit gefordert, grundsätzlich einem neutralen privaten Dritten mit erforderlicher Expertise in der Moderierung Konfliktbeladener Prozesse die Verantwortung für das Teilnahmeverfahren zu übertragen³².

Entgegen der Meinung von *Ziekow* kann auch ein Privater die Kontinuität des Teilnahmeverfahrens garantieren. Es bedarf hierzu nur der entsprechenden vertraglichen Bindungen. In der Praxis ist es zunehmend üblich, die Durchführung bestimmter Verfahrensabschnitte auf einen Dritten als Projektmanager zu übertragen. Diese Möglichkeit eröffnen bereits § 4 b BauGB³³ und in Anlehnung an diese Vorschrift § 29 NABEG³⁴.

Eine Einbindung Privater zur Durchführung der einzelnen Schritte der Beteiligung durch eine verantwortliche staatliche Stelle ist durchaus sinnvoll und zu erwägen. Entgegen *Ziekow* sollte allerdings eine Verankerung der Möglichkeit, Dritte als Beliehene in den Teilnahmeprozess einzubinden, in der allgemeinen Teilnahmeregelung vorgesehen werden.

26 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 91 f.

27 Dazu *Burgi*, NVwZ 2012, 277 (278).

28 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 96 f.

29 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 100.

30 S. auch *Burgi*, NVwZ 2012, 277 (278).

31 *Burgi*, NVwZ 2012, 277 (279); *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 128, 131 ff.

32 S. etwa *Schütte*, ZUR 2011, 169 (170); *Wulfhorst*, DÖV 2011, 581 (585).

33 § 4 b BauGB Einschaltung eines Dritten: Die Gemeinde kann insbesondere zur Beschleunigung des Bauleitplanverfahrens die Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten nach den §§ 2 a bis 4 a einem Dritten übertragen.

34 § 29 NABEG Projektmanager: Die zuständige Behörde kann einen Dritten mit der Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten wie 1. der Erstellung von Verfahrensleitplänen unter Bestimmung von Verfahrensabschnitten und Zwischenterminen, 2. der Fristenkontrolle, 3. der Koordinierung von erforderlichen Sachverständigengutachten, 4. dem Entwurf eines Anhörungsberichtes, 5. der ersten Auswertung der eingereichten Stellungnahmen, 6. der organisatorischen Vorbereitung eines Erörterungstermins und 7. der Leitung des Erörterungstermins auf Vorschlag oder mit Zustimmung des Vorhabenträgers und auf dessen Kosten beauftragen. Die Entscheidung der Bundesfachplanung nach § 12 II und über den Planfeststellungsantrag nach § 24 I liegt allein bei der zuständigen Behörde.

Die Etablierung einer Beteiligungsbehörde als solcher bedarf selbstverständlich ebenfalls der gesetzlichen Normierung. Ihre Stellung ist als weisungsunabhängige zu definieren. *Ziekow*'s Vorschlag einer einzigen landesweiten Beteiligungsbehörde ist bedenkenswert, soll doch die Beteiligung der Öffentlichkeit von einem breiten Vertrauen der Bürger getragen sein.

VI. Wirkungen frühzeitiger Bürgerbeteiligung

Wichtig für den einzelnen Bürger und für die Vertreter von Gemeinwohlbelangen ist, dass ihre Eingaben und Beiträge Eingang in den endgültigen Entscheidungsprozess über ein Vorhaben finden. Es kommt also auf die Möglichkeit eines Einflusses auf die Sachentscheidung der Behörde an. Diese würde einerseits durch eine frühzeitige obligatorische Öffentlichkeitsbeteiligung in vorgelagerten Verfahren erreicht werden. Andererseits wäre eine kontinuierliche Leitung des Beteiligungsverfahrens durch eine neutrale Behörde oder einen neutralen Dritten ein Garant für ein Einbringen der Ergebnisse frühzeitiger Beteiligung der Öffentlichkeit in die folgenden Planungs- und Verwirklichungsschritte des Vorhabens. Dabei ist von Interesse, dass laut *Ziekow* empirische Untersuchungen keinen signifikanten Einfluss der Bürgerbeteiligung auf die Verfahrensdauer erkennen lassen³⁵. Diese lässt sich auch durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung beeinflussen, die sich an einen zur frühzeitigen Bürgerbeteiligung durch die Leitung des Verfahrens entwickelten, transparenten Fahrplan hält.

Rechtliche Verbindlichkeit erhalten die Ergebnisse frühzeitiger Beteiligung der Öffentlichkeit zunächst nicht. Diese können sie aber beispielsweise durch einen Vertrag zwischen Projektträger und Bürgerinnen und Bürgern erlangen. In einem solchen Vertrag kann sich der Vorhabenträger zu bestimmten Änderungen seines Antrags oder zu Gemeinwohlmaßnahmen verpflichten. Im Gegenzug kann ein Klageverzicht erklärt werden. Zudem ist im Falle einer Beteiligungsverfahrensleitung durch eine Anhörungsbehörde eine Bindung durch Zusicherungen oder Nebenbestimmungen möglich. Weitere konsensuale Vertragslösungen zeigt *Ziekow* auf, betont aber gleichzeitig deren eingeschränkte praktische Relevanz³⁶. Daher scheint der genannte Fahr- oder Verfahrensplan ein geeignetes Instrument zu sein, den Beteiligten, also dem Projektträger und der zuständigen Behörde sowie den Bürgern ihre Verantwortung für den Prozess klar vor Augen zu führen und auf ihre Eigenverantwortung zu setzen. Ohnehin kann jedenfalls bei späteren Abwägungsentscheidungen der zuständigen Behörde eine Bindung durch Ergebnisse des Beteiligungsverfahrens nicht erfolgen. Hier ist eine klare Trennung erforderlich, um den Gestaltungsspielraum der Planfeststellungsbehörde zu erhalten³⁷.

Diskutiert wird darüber hinaus, inwiefern auf Landesebene ein Projekt oder Teilbereiche eines Vorhabens in die Entscheidung des Volkes gelegt werden können. Diese Frage ist zunächst abhängig von den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Institute der Volksinitiative und des Volksentscheids. Dabei scheidet eine Volksinitiative von vornherein als Entscheidungsinstrument aus: Inhalt einer Volksinitiative ist das Verlangen, dass sich der Landtag mit bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung befasst; sie ist also nicht auf Handlungen der Verwaltung gerichtet. Zudem handelt es sich lediglich um ein Befassungserzwingungsverfahren, das nicht auf eine Entscheidung von Bürgern abzielt³⁸.

Volksentscheide sind nach den Landesverfassungen auf Annahme, Änderung oder Aufhebung eines Gesetzes gerichtet.

Entscheidungen der Exekutive sind nicht erfasst. Daher ist ein Volksentscheid über die Frage der Genehmigung eines bestimmten Projekts nicht zulässig³⁹.

Ziekow ist zuzustimmen, dass auch die im Einzelfall bestehende Möglichkeit des Landesgesetzgebers, im Falle besonderer Gründe eine der Exekutive obliegende Entscheidung durch Gesetz zu regeln, nicht allein wegen der Konfliktrichtigkeit eines Projekts Anwendung finden kann⁴⁰. Bezüglich privater Vorhabenträger, die regelmäßig einen grundrechtsgestützten Anspruch auf Projektverwirklichung haben, ist wiederum anzumerken, dass hier schon nur eine Hinwirkung der Beteiligungsbehörde auf die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens möglich ist und damit auch ein Volksentscheid über das Projekt verfassungsrechtlich ausscheidet.

Ob dagegen wie bei der Abstimmung in Baden-Württemberg zum Projekt „Stuttgart 21“ am 27.11. 2011 etwa die Landesbeteiligung an der Projektfinanzierung Gegenstand eines Volksentscheids sein kann, wird kontrovers diskutiert. Alle Landesverfassungen enthalten einen Haushaltsvorbehalt beziehungsweise eine Finanzausschlussklausel, d. h., Abstimmungen über den Landeshaushalt sind unzulässig⁴¹. Allerdings ist streitig, was unter den Gesetzen über den Landeshaushalt zu verstehen ist. Nach einer formell-technischen Auslegung werden nur Haushaltsgesetze, der Haushaltsplan sowie nachtragshaushaltsrechtliche Regelungen und Haushaltsbegleitgesetze erfasst⁴². Dagegen verfolgen das *BVerfG* sowie Teile des Schrifttums eine materielle Auslegung⁴³. Gemäß dieser Ansicht unterfallen der Finanzausschlussklausel auch so genannte finanzwirksame Gesetze. Sowohl ein historisches Verständnis als auch Sinn und Zweck sprächen für eine materielle Auslegung. Nur so sei die Etathoheit des Parlaments und die Leistungsfähigkeit der Regierung zu gewährleisten. Es sei anzunehmen, dass der Volksgesetzgeber die finanzielle Tragweite gesetzgeberischer Entscheidungen nicht hinreichend zu beurteilen im Stande sei, so dass dies dem parlamentarischen Gesetzgeber und der Regierung zukomme⁴⁴. Die materielle Auslegung des Haushaltsvorbehalts stellt unzweifelhaft eine weitreichende Einschränkung des Volksentscheids dar. Jedoch ist zu bedenken, dass das Budgetrecht des Parlaments nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf. Daher können dem Haushaltsvorbehalt sowohl Gesetze unterfallen, deren Regelungsgegenstand staatliche Leistungen sind, die bei Verabschiedung eine erhebliche Haushaltsbelastung bewirken⁴⁵, als auch solche Gesetze, die einen bereits verabschiedeten Haushaltsansatz sperren⁴⁶. Gesetze, die nur zu einer Verschiebung von finanziellen Mitteln innerhalb

35 *Ziekow/Oertel/Windoffer*, Dauer von Zulassungsverfahren, 2005, S. 121 ff., 211 ff., 291 ff.

36 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 102 ff.

37 *BVerfGE* 139, 150 = NVwZ 2011, 1256 (1258).

38 *Stender-Vorwachs*, in: *Epping/Butzer/Brosius-Gersdorf/Halterm/Mehdel/Waechter* (Hrsg.) (o. Fußn. 6), Art. 47 NdsVerf. Rdnrn. 9, 10; *Rux*, Direkte Demokratie in Dtschld., 2008, S. 406 ff.

39 *BayVerfGH*, NVwZ 1988, 242 (243); so auch *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 113.

40 *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 114 und Fußn. 264.

41 *Stender-Vorwachs*, in: *Epping/Butzer/Brosius-Gersdorf/Halterm/Mehdel/Waechter* (Hrsg.) (o. Fußn. 6), Art. 48 NdsVerf. Rdnrn. 7, 18–21.

42 *Klatt*, Der Staat 2011, 3; *Kertels/Brink*, NVwZ 2003, 435; auch *Sächs-VerfGH*, LKV 2003, 328.

43 *BVerfGE* 102, 176 = NVwZ 2002, 67; *BbgVerfG*, LVerfGE 12, 110 (137); *NWVerfGH*, NVwZ 1982, 188; vgl. auch: *Linck*, in: *Linck/Jutzi/Hopfe*, Die Verf. des Freistaates Thür., 1992, Art. 82 Rdnr. 9; *Oldiges*, NdsVBl 2010, 144 (145 ff.).

44 *BVerfGE* 102, 176 (186 ff.) = NVwZ 2002, 67; s. dazu *Stender-Vorwachs*, in: *Epping/Butzer/Brosius-Gersdorf/Halterm/Mehdel/Waechter* (Hrsg.) (o. Fußn. 6), Art. 48 NdsVerf. Rdnr. 20.

45 Vgl. *Ipsen*, NdsVerf., 2011, Art. 48 Rdnr. 9; *Muhle/Lontzek*, NordÖR 2007, 227 (230 f.).

46 So *Ziekow*, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 116 f.

eines bereits beschlossenen Haushalts führen, unterfallen dem Haushaltsvorbehalt nicht⁴⁷.

Ziekow empfiehlt, Volksbegehren und Volksentscheide über die Finanzierung einzelner raumbedeutsamer Vorhaben mit Auswirkung auf eine größere Zahl von Betroffenen in den Landesverfassungen mit einem Quorum von 20–25% zu normieren⁴⁸. Eine solche Regelung könnte die Akzeptanz insbesondere großer Verkehrsinfrastrukturvorhaben in der Tat erhöhen.

VII. Normierungen

Die Einführung einer projektbezogenen frühzeitigen Bürgerbeteiligung, wie sie Ziekow ausarbeitet, zieht eine Fülle notwendiger Gesetzesnovellierungen nach sich. Diese beginnen mit der Einfügung einer umfassenden Regelung zur integrierten Öffentlichkeitsbeteiligung in das Verwaltungsverfahrensgesetz, die auch die Zuständigkeit einer unabhängigen Beteiligungsbehörde und deren Aufgaben umfasst. Weitere Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie der fernstraßenrechtlichen, eisenbahnrechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Verfahrensbestimmungen sind konsequent. Für die Durchführung der Bürgerbeteiligung ist eine Zuständigkeit der Länder begründet, die nach Vorschlag Ziekows durch den Erlass eines Artikelgesetzes wahrgenommen

werden könnte⁴⁹. Diese Lösung hat den Vorteil, übersichtlich die Behördenzuständigkeiten und -verantwortlichkeiten zu regeln und damit Rechtsklarheit zu schaffen.

Stimmt man der Grundannahme zu, die von der Notwendigkeit einer verbesserten, erweiterten, den gesamten Planungs- und Entscheidungsprozess raumbedeutsamer Projekte begleitenden Beteiligung der Öffentlichkeit ausgeht, so bietet die Konzeption Ziekows eine fundierte Diskussionsgrundlage, deren Verwirklichung an manchen Stellen noch des Überdenkens bedarf, jedoch grundsätzlich als Ausgangspunkt für eine demokratisch legitimierte, verlässlich geregelte Teilnahme der Öffentlichkeit an Beteiligungsprozessen dienen kann und wird. ■

47 NdsStGHE 4, 75 (89). Gegenstand der Volksabstimmung zu Stuttgart 21 war die Gesetzesvorlage der Landesregierung „S 21-Kündigungsgesetz“, die die Rücknahme der Landesbeteiligung an der Projektfinanzierung vorsah und die bereits vom Landtag von Baden-Württemberg abgelehnt worden war. Eine Mehrheit von 58,9 Prozent der gültigen Stimmen sprach sich gegen die Gesetzesvorlage und damit für die Landesfinanzierung des Projektes aus. Hier waren zwar erhebliche Landesmittel Gegenstand der Abstimmung; jedoch hatte sich das Parlament bereits für eine Finanzierung entschieden, so dass die Entscheidung des Haushaltsgesetzgebers nicht konterkariert wurde. Bei einer positiven Abstimmung über die Gesetzesvorlage wäre der Landeshaushalt entlastet worden, allerdings entgegen der Entscheidung des Parlaments.

48 Ziekow, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 156.

49 Ziekow, Gutachten (o. Fußn. 10), S. D 154 f.