

Die Möglichkeiten zur Effektivierung des Erörterungstermins, im Rahmen des geltenden Rechts

Der Erörterungstermin gerät bei komplexen und kontrovers diskutierten Großvorhaben an seine Grenzen. Im Zuge der Beschleunigungsdebatte hat der Gesetzgeber in den Fachgesetzen Regelungen eingeführt, die es in das Ermessen der Behörde stellen auf den Erörterungstermin zu verzichten. Die Autoren zeigen in ihrem Beitrag, woran sich die Behörde bei ihrer Verzichtentscheidung zu orientieren hat und welche weitere Gestaltungsmöglichkeit um den gänzlichen Verzicht auf den Erörterungstermin verbleibt

I. Einleitung

Der Erörterungstermin ist Teil des Anhörungsverfahrens des § 73 VwVfG, konkretisiert und verdrängt gemeinsam mit der Einwendungsmöglichkeit die allgemeine Anhörungspflicht des § 28 VwVfG. Nach § 73 VI VwVfG sind die rechtzeitig erhobenen Einwendungen mit den Einwendern zu erörtern. Einst galt der Erörterungstermin als das „Herzstück des Anhörungsverfahrens“.² Doch Anbetracht der zunehmenden Funktionslosigkeit bei der Bewältigung von Großvorhaben (dazu sogleich II.) muss gesehen werden, dass dieses Herz häufig nur holprig schlägt, verstärkter Stimulierung bedarf, um taktgerecht zu schlagen. Dabei soll im Folgenden auf die durch den Gesetzgeber eingeführte Verzichtsmöglichkeit eingegangen und hier die Ermessenentscheidung der Behörde in den Blick genommen werden (nachfolgend III.). Daran anschließend wird eine weitere Gestaltungsmöglichkeit für die Behörde aufgezeigt, die auf die Zwecke des Erörterungstermins abzielt, gleichzeitig aber ein „schlankes“ Verfahren ermöglicht. Die in der vorliegenden Abhandlung gemachten Vorschläge zur Gestaltung des Erörterungstermins stellen keine umfassende Lösung der jetzt wieder in die Diskussion geratenden Leistungs- und Befriedigungsfrage des förmlichen Verwaltungsverfahrens

¹ Der erstgenannte Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Leipziger Kanzlei *Füber & Kollegen* (www.fuesser.de). Der zweitgenannte Autor war dort bis Ende Oktober als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig und ist nun Rechtsreferendar in Berlin.

² Zentrale Station des Anhörungsverfahrens: *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), *VwVfG-BeckOK*, § 73 VwVfG, Rdnr. 63; „Kern“ des Anhörungsverfahrens, *Stüer/Buchsteiner*, UPR 2011, 335 (336).

dar³, sondern soll den Behörden eine Gestaltungsmöglichkeiten aus Sicht des jetzigen Rechts aufzeigen.⁴

II. Die zunehmende Funktionslosigkeit des Erörterungstermins bei der Bewältigung von Großvorhaben

Mit dem Erörterungstermin werden vielfältige Funktionen verbunden, die allerdings bei Großvorhaben kaum noch – und schon gar nicht gleichzeitig - erfüllt werden können:

Durch die Erörterung mit den Einwendern soll die Behörde weitere Informationen hinzugewinnen, einen differenzierten Blickwinkel auf den Sachverhalt erhalten und so die Belange besser mit angemessenem Gewicht in die Abwägung einstellen.⁵ Doch ein Blick in die Praxis zeigt, dass ein Informationsgewinn bei der Behörde nur selten eintritt. Oft sind bereits die Einwendungen so substantiiert, dass sich in der Erörterung nichts Neues ergibt.⁶ Dieses Ergebnis ist auch in doppelter Hinsicht im Gesetz angelegt: Zum einen erhält die Behörde einen umfangreichen Kenntnisstand über das geplante Vorhaben und seine Auswirkungen durch die vom Vorhabenträger eingereichten Antragsunterlagen. Diese überprüft die Behörde auch gem. § 73 I 1 VwVfG auf ihre Vollständigkeit und kann dem Vorhabenträger – unter Setzung einer angemessenen Frist⁷ – die Vervollständigung der Unterlagen aufgeben, stellt sich heraus, dass die eingereichten Unterlagen den Anforderungen des § 73 I 2 VwVfG nicht genügen.⁸ Der dennoch verbleibende Spielraum zum Informationsgewinn bei der Behörde⁹ wird zum anderen dadurch begrenzt, dass gem. § 73 VI 1 VwVfG nur die rechtzeitig erhobenen Einwendun-

³ Vgl. insofern nur jüngst *Schink*, DVBl 2011, 1377 ff. mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

⁴ Damit steht der Beitrag in Abgrenzung zu vielen gemachten Vorschlägen, die immer mit dem Ruf nach dem Gesetzgeber verbunden sind: *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (344); Erschließungsantrag der Landesregierung BW, BR-Drs. 135/11; *Stüer/Buchsteiner*, UPR 2011, 335 (341); ferner *Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL70 (2011), S. 278 (309); *Kanngießer*, Mediation zur Konfliktlösung bei Planfeststellungsverfahren (2005); mit der Bewertung einzelner Vorschläge: *Durner*, ZUR 2011, 354.

⁵ *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, 1343 (1345); *Guckelberger*, DÖV 2006, 97 (99f.); *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 179 (246f.); *Plog/Tepperwien*, NdsVBl. 2010, 95 (95).

⁶ *Guckelberger*, DÖV 2006, 97 (101).

⁷ Für die Zulässigkeit einer Fristsetzung: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 11. Aufl. (2010), § 73, Rdnr. 23.

⁸ *Kopp/Ramsauer*, Fn. 7, § 73, Rdnr. 17, 23.

⁹ Entsteht dadurch, dass „Vollständigkeit“ i.S.d. § 73 I VwVfG nicht mit der materiellen Genehmigungsfähigkeit gleichgesetzt werden darf: *Dippel*, NVwZ 2010, 145 (147) für das ähnlich gelagerte Problem im BImSchG.

gen erörtert werden.¹⁰ Ein substantiell neues Vorbringen in dem Erörterungstermin ist an sich gar nicht mehr vorgesehen.¹¹

Letztlich fehlt es den betroffenen Bürgern in einem komplexen Verwaltungsverfahren oftmals an den Möglichkeiten, zu den Informationen der Behörde und des Vorhabenträgers neue substantielle Informationen beizufügen.¹² Die Planung ist bereits weit fortgeschritten, wenn sie mit Betroffenen und Einwendern erörtert wird. Zudem fehlt es privaten Einwendern zumeist an fachwissenschaftlichen Kenntnissen und finanziellen Mitteln, um über allgemeine Erwägungen und ablehnende Stellungnahmen hinaus auch Neues zur Planung beizutragen. Einen echten Informationsgewinn für die entscheidende Behörde ist bei komplexen Großvorhaben daher nur noch durch die zu beteiligenden Verbände und Vereinigungen zu erwarten, die – freilich häufig auch nur mit Mühen - mit dem nötigen finanziellen und wissenschaftlichen Hintergrund ihre Einwendungen substantiell unterfüttern können.

Zur Informationsgewinnung dient der Erörterungstermin freilich auch den Einwendern und weiteren Betroffenen. Sie erhalten die Möglichkeit, sich mit den Argumenten der Behörde und denen des Vorhabenträgers kritisch auseinanderzusetzen und auszuloten, ob ein sich anschließendes gerichtliches Verfahren Aussicht auf Erfolg hat. Erst wenn sie Umfang und Auswirkung der Planung in den Einzelheiten verstehen, können sie auch überblicken ob und in welchem Umfang das Vorhaben Auswirkung auf ihre subjektive Rechte hat.¹³ In der Praxis zeigt sich aber, dass der Informationsgewinn für die Einwender und weiteren Betroffenen bei Erörterungstermin nicht besonders groß ist. Viele sind bereits gut über das Vorhaben informiert. Zudem wird häufig ein aufklärendes Gespräch von einem nicht zu lösenden Konflikt überlagert bzw. die Erörterung driftet in Spezialfragen ab, die für die breite Zuhörerschaft nicht mehr nachvollziehbar sind¹⁴ und eine Verhandlungsatmosphäre schaffen, in der für die Detailfragen einzelner Betroffener kein Raum mehr ist.

¹⁰ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. (2008), § 73, Rdnr. 122; eine Aufweichung besteht für zu beteiligende Behörden nach § 73 III VwVfG, die in einer von der Anhörungsbehörde zu setzenden Frist Stellung nehmen müssen. Das kann dann auch in den Erörterungstermin hineinreichen.

¹¹ *Wickel*, in: Fehling/Kastner Verwaltungsrecht, 2. Aufl. (2009), § 73 Rdnr. 106; *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (343).

¹² *Hett*, Öffentlichkeitsbeteiligung bei atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren (1994) S. 89 sieht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Bürger durch seine Nähe besonderes Wissen beibringen kann, doch bezweifelt er diesen Informationsbeitrag, ist die Standortwahl bei atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen bereits vielschichtig und für den Laien kaum verständlich; vgl. dazu auch *Guckelberger*, DÖV 2006, 97 (101).

¹³ *Guckelberger*, DÖV 2006, 97 (100), *Hett*, Fn. 12, S. 142f.

¹⁴ *Stürer/Buchsteiner*, UPR 2011, 335 (336).

An der Praxis vorbei geht daher auch die Vorstellung des Gesetzgebers, dass eine kommunikative und konsensgerichtete¹⁵ Auseinandersetzung stattfinden soll.¹⁶ Zwar zeigt § 74 II 1 VwVfG, dass sowohl die Gestaltung, als auch das Ziel des Erörterungstermins durch „Einigung“ geprägt sein soll und während des Erörterungsvorgangs die Einwendungen nicht einseitig von der Behörde angehört, sondern ein Gespräch zwischen Behörde und Betroffenen stattfinden soll¹⁷, doch die Realität sieht anders aus: Gerade in schon im Vorlauf umstrittenen Vorhaben sind die Konflikte so tiefgreifend und beständig, dass bereits vor dem Erörterungstermin klar ist, dass ein umfassender Konsens nicht gefunden werden kann. Nur punktuell wird es gelingen, beispielsweise Lärmbetroffene nicht zu verlärmern bzw. andere durch leichte Veränderungen doch nicht zu enteignen. Der Einigung in diesen einzelnen und kleinteiligen Konfliktlagen steht die heutige Gestaltung des Erörterungstermins aber häufig entgegen. Wird der Erörterungstermin durch den grundsätzlichen Konflikt um das Ob bzw. die Null-Variante überlagert, werden kleinere Einigungspotenziale leicht übersehen.

Gelingt die Einigung nicht und muss gem. § 74 II 1 VwVfG im Planfeststellungsbeschluss über die Einwendungen entschieden werden, ist es umso wichtiger, Akzeptanz für das Vorhaben herzustellen.¹⁸ Von seiner Grundidee ist der Erörterungstermin für die Akzeptanzgewinnung als durchaus geeignet einzustufen. Durch die Verhandlung aller Beteiligten wird das Verwaltungsverfahren, die Entscheidungsfindung und die abschließende Entscheidung der Behörde transparenter¹⁹, wodurch auch nicht gewollte Verwaltungsentscheidungen leichter hingenommen werden können.²⁰ Hat der Bürger die Gelegenheit, sich aktiv in die Entscheidungsfindung einbringen zu können und mit sachlichen Argumenten Gehör zu finden, fällt es ihm leichter, sich mit einer entgegenstehenden Entscheidung abzufinden. Die Idealvorstellung dabei ist es, dass das Verwaltungsverfahren zwar an Dauer zunimmt aber durch die Akzeptanzgewinnung klagebefugte Betroffene von der Beschreitung des Rechtsweges und damit von der Verzögerung des Vorhabens absehen.²¹ Die Wirklichkeit sieht aber auch hier anders aus. Da

¹⁵ So *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht 60. EL (2010), § 10 BImSchG, Rdnr. 224; dagegen aber *Jarass*, BImSchG, 8. Aufl. (2010) § 10 Rdnr. 79 a: Erörterungstermin nicht auf Einvernehmen aller gerichtet.

¹⁶ *Dietlein*, Fn. 15, § 10 BImSchG, Rdnr. 212.

¹⁷ *Guckelberger*, DÖV 2006, 97 (98); *Dietlein*, Fn. 15, § 10 BImSchG, Rdnr. 224; BVerwG, Urt. v. 5.12.1986 – 4 C 13/85 = BVerwGE 75, 214, (215, 227) = UPR 1987, 343.

¹⁸ *Guckelberger*, DÖV, 2006, 97 (100); *Dietlein*, Fn. 15, § 10 BImSchG, Rdnr. 212; *Württemberg*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, (1995), S. 61 ff.

¹⁹ *Hett*, Fn. 12, S. 137; *Guckelberger*, DÖV 2006, 97 (199); *Kopp/Ramsauer*, Fn. 7, § 73 Rdnr. 98.

²⁰ *Missling*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 68. EL (2010), § 43 a EnWG, Rdnr. 16; Siehe auch: *Kugelman*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers (2000), S. 14.

²¹ *Württemberg*, Fn. 18, S. 66.

die Planung im Zeitpunkt der Erörterung bereits weit fortgeschritten ist, kann dem Bürger nicht mehr das für die Akzeptanz wesentliche Gefühl der aktiven Teilnahme gegeben werden.²² Vielmehr erscheint es für die Beteiligten so, als würde die vorhandene Planung durch die Behörde und den Vorhabenträger im Erörterungstermin gegen die Einwendungen verteidigt. Im Extremfall ist sogar zu erkennen, dass sich Betroffene in den Erörterungsterminen - zumindest was den Detaillierungsgrad ihres Vorbringen angeht – zurückhalten, um Nachbesserungspotentiale für den Vorhabenträger und die daran anschließenden Überlegungen der Planfeststellungsbehörde zu vermeiden und sich bessere Chancen in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu sichern.

Letztlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Erörterungstermin viel Zeit und Geld in Anspruch nehmen kann und dabei die Resonanz der Bevölkerung zumeist hinter den Vorstellungen zurückbleibt.²³ Auch ist das da mündlich Vorgetragene rechtlich nur zu einem geringen Teil brauchbar.²⁴

Im Rahmen der Debatte um die Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens und bedingt durch die zunehmende Frustration über die die mangelnde Zweckerreichung des Erörterungstermins²⁵ ist dieser in den Blickpunkt des Gesetzgebers geraten.²⁶ Durch die Bemühung des Gesetzgebers wurde die Vorschrift des § 73 VI VwVfG, die den Erörterungstermin als zwingend vorsieht, in nahezu allen Fachgesetzen aufgeweicht. 1993 wurden mit dem sog. Planungsvereinfachungsgesetz²⁷ mit § 17 III c FStrG, § 36 d I Nr. 4 Bundesbahngesetz, § 17 Nr. 4 WaStrG und § 10 II Nr. 5 LuftVG spezialgesetzliche Vorschriften eingeführt, die es bei der Änderung des Verkehrsweges in das Ermessen der Behörde stellten, ob ein Erörterungstermin nach § 73 VI VwVfG durchzuführen ist.²⁸ Freilich bestand durchaus eine Tendenz, den Erörterungstermin weiter als Regel und den Verzicht auf ihn als eng begrenzte Ausnahme zu verstehen. So meinte das OVG Lüneburg zu § 17 III c FStrG a.F., auf die Erörterung könne nicht alleine deshalb verzichtet werden, weil für die Behörde absehbar sei, dass der Erörterungstermin sowohl

²² Göttinger Institut für Demokratieforschung, Die Proteste gegen den Flughafen Berlin Brandenburg (BBI), S. 4: 96% geben bei der Frage nach den Motiven des Protestes an, nicht ausreichend in Planungsprozesse eingebunden gewesen zu sein; ders., Neue Dimension des Protests?, S. 9: die überwiegende Zahl der Befragten zu den Protesten zu Stuttgart 21 gaben an, dass sie sich von den Entscheidungsprozessen übergangen fühlen. Dies korrespondiert mit dem positiven Gefühl durch den Protest Einfluss zu nehmen.

²³ *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (344); *Stüer/Buchsteiner*, UPR 2011, 335 (337).

²⁴ *Gaentzsch*, in: Festschrift Sellner, (2010), 219 (223).

²⁵ Für Großvorhaben auch: *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (344).

²⁶ *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, 1343 (1346).

²⁷ BGBl. I 1993 S. 2123.

²⁸ Die Beschleunigungsbemühung um das Verwaltungsverfahren setzt freilich früher an. Siehe dazu auch *Püttner/Guckelberger*, JUS 2001, 218; zu legislativer Beschleunigungsbemühung siehe bereits: Verkehrswegebeschleunigungsgesetz, BGBl. I 1991, S. 2174.

das Informationsinteresse als auch die Befriedungsfunktion nicht bedienen könne. Der Erörterungstermin diene vor allem auch dem rechtlichen Gehör der Betroffenen und er sei auch durchzuführen, wenn „starke und voraussichtlich auch in einem solchen Termin nicht auszuräumende Widerstände bestehen.“²⁹

III. Ermessensentscheidung

Zuletzt ging 2006 der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter und stellte das Ob der Durchführung einer Erörterung mit dem Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben³⁰ ganz in das Ermessen der Behörde. Zwar zeigt die Regelungssystematik, dass es sich bei dem Erörterungstermin um den Regelfall handeln soll³¹, doch wird der Verzicht auf den Erörterungstermin durch die §§ 43 a Ziff. 5 EnWG a.F.³², 17 a Ziff. 5 FStrG, 14 a Ziff. 5 WaStrG, 18 a Ziff. 5 AEG, 2 Ziff. 5 S. 1 MBPlG und 10 II 1 Nr. 5 S. 2 LuftVG³³ nun bei allen wesentlichen Großvorhaben in das Ermessen der Behörde gestellt.

1. Ermessenerwägungen beim Verzicht auf die Erörterung

Von welchen Erwägungen sich die Behörde bei ihrer Entscheidung leiten lassen soll, hat der Gesetzgeber nicht vorgegeben. In den Gesetzesmaterialien findet sich allein der Hinweis, dass der Verzicht auf den Erörterungstermin im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde liegt und sie allein entscheidet, ob der Erörterungstermin „notwendig und sinnvoll ist“³⁴. Ein weiterer Auslegungshinweis ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der spezialgesetzlichen Vorschriften. Nach dem Gesetzesentwurf des Bundesrates, der auch der Erweiterung in der Beschlussempfehlung zur jetzt gültigen Fassung zugrunde lag, sollte bereits die Ausgangsvorschrift (§ 73 VI VwVfG) dahingehend geändert werden, dass die Durchführung des Erörterungstermins im Ermessen der Behörde steht. Dabei sah der Entwurf auch eine ermessensleitende Regelung in § 73 VI E-VwVfG vor, wonach die Behörde insbesondere dann eine Erörterung vornehmen soll, wenn diese einer ergänzenden Sachverhaltsaufklärung oder einer Einigung dienen kann.³⁵ Ist für die Anhörungsbehörde absehbar, dass die Erörterung ihre Befriedungsfunktion nicht erfüllen kann bzw. dass die Einwendungen nicht ausgeräumt werden kön-

²⁹ NdsOVG, Urt. v. 29.6.1998 – 7 K 6776/96 –, juris, Rdnr. 22f.

³⁰ BGBl. I 2006, S. 2833.

³¹ *Missling*, Fn. 20, § 43 a EnWG Rdnr. 15.

³² Mittlerweile neu gefasst durch das Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze, BGBl. 2011Teil 1, Nr. 43, 1690.

³³ Wobei hier der Tatbestand etwas enger und ein Verzicht nur möglich ist, wenn es sich bei dem Vorhaben um die Änderung eines Flughafens oder eines Landeplatzes mit beschränktem Bauschutzbereich nach § 17 LuftVG handelt.

³⁴ Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, BT-Drs. 16/3158, S. 38.

³⁵ Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/1338, S. 5.

nen, führt das in ihrer Ermessenentscheidung auf dieser Grundlage zu dem Verzicht auf den Erörterungstermin.³⁶ Hiermit hebt auch der Gesetzgeber hervor, dass es bei dem Erörterungstermin vor allem um die Einigung und die vollständige Sachverhaltsermittlung geht; die Befriedung bzw. Akzeptanzgewinnung beim Erörterungstermin zurücktreten.³⁷ Von der oben zitierten Entscheidung des Obergerichtes Niedersachsen ist also abzurücken. In eine ähnliche Richtung gehen auch neuere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes.³⁸ Bei dem Verzicht auf die erneute förmliche Erörterung bei der Planänderung des Flughafens Berlin-Brandenburg-International reichte es für den ermessensfehlerfreien Verzicht auf die Erörterung gem. § 10 II Nr. 5 LuftVG aus, dass

„absehbar ist, dass mündlich keine weiteren der Verwaltung nicht bereits bekannten Tatsachen und Auffassungen übermittelt werden.“³⁹

Da auch im immissionsschutzrechtlichen Verfahren der Erörterungstermin gem. § 10 VI BImSchG in das Ermessen der Behörde gestellt ist, findet sich in § 12 I 2 der 9. BImSchV ein weiterer Anknüpfungspunkt, der fruchtbar gemacht werden kann. Danach hat die Behörde unter Berücksichtigung des Zweckes des Erörterungstermins (§ 14 der 9. BImSchV) zu entscheiden, ob ein Erörterungstermin anzusetzen ist oder nicht. Zudem heißt es in § 16 I Nr. 4 der 9. BImSchV, dass ein Erörterungstermin nicht stattfindet, wenn „die erhobenen Einwendungen nach der Einschätzung der Behörde keiner Erörterung bedürfen“.

Insgesamt lässt sich daher konstatieren: Die Behörde kann nach pflichtgemäßem Ermessen über den Verzicht des Erörterungstermins entscheiden. In ihre Ermessenentscheidung hat sie die Möglichkeit der Zweckerreichung des Erörterungstermins, sowie die vom Gesetzgeber beabsichtigte Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens einzustellen.⁴⁰ Einen Verzicht muss die Behörde ernsthaft in Erwägung ziehen, wenn keiner der Zwecke des Erörterungstermins erreicht werden kann.⁴¹ Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn bereits der Sachverhalt umfangreich aufgeklärt ist, kein Informationsgewinn zu erwarten ist und die vom Erörterungstermin beabsichtigte Befriedung der Parteien nicht erreicht werden kann, weil die konfligierenden Interessen zu weit auseinander liegen und sich auf die Extrempos-

³⁶ Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/1338, S. 20; nach Vorstellung des Bundesrates liegt der Beschleunigungseffekt bei einem Monat.

³⁷ Zulässig ist daher auch die Akzeptanzgewinnung außerhalb des förmlichen Verfahrens: BVerwG, Urt. v. 3.3.2011 – 9 A 8/10 – NVwZ 2011, 1256, Leitsatz 2, Rdnr. 25.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 1075/04 – juris, Rdnr. 52 = BVerwGE 125, 116; BVerwG, Urt. v. 24.7.2008 – 4 A 3001/07 – juris, Rdnr. 32 = BVerwGE 131, 316 = UPR 2009, 30.

³⁹ BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 1075/04 – juris, Rdnr. 52 = BVerwGE 125, 116.

⁴⁰ Czajka, in: Feldhaus, BImSchG, 143. EL (2008), § 10, Rdnr. 76; Jarass, Fn. 15, § 10 Rdnr. 79; Zur Beachtung des Beschleunigungsinteresses auch: Cancik, DÖV 2007, 107 (109): rechtlich unterstützt durch § 10 S. 2VwVfG; Kopp/Ramsauer, Fn. 7, § 73, Rdnr. 101.

⁴¹ Wickel, UPR 2007, 201 (204).

sitionen zurückgezogen haben.⁴² Ein Erörterungstermin hat demgegenüber stattzufinden, hält die Behörde die Einwendungen (noch) für erörterungsbedürftig.⁴³ Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn sich die Behörde durch die Erörterung von Einwendungen neue Informationen oder durch die Aufklärung von Fehlvorstellungen mehr Akzeptanz bei den Bürgern verspricht. Bei ihrer Entscheidung über den Verzicht muss die Behörde daher auf die Qualität der Einwendungen blicken.⁴⁴

2. Kaum genutzte Verzichtsmöglichkeit?

Es ist nicht ganz klar, inwieweit die Behörden von der Verzichtsmöglichkeit auch tatsächlich Gebrauch machen. Wie eine Antwort auf eine kleine Anfrage im Bundestag ergab, wurde bei Bundesfernstraßen in 18,2 %, bei Bundeswasserstraßen in 19,6% und bei Eisenbahn des Bundes in 43,5 % der Fälle auf eine Erörterung verzichtet.⁴⁵ Diese Zahlen erscheinen zunächst so, als haben die Behörden die Möglichkeiten des Verzichts genutzt. Es muss aber gesehen werden, dass der Verzicht auf einen Erörterungstermin mit in die Bewertung einging, wenn keine Einwendungen Privater vorlagen bzw. wenn sie sich mit dem Vorhaben einverstanden erklärten.⁴⁶

Im Zuge der Gesetzgebung um die sog. Energiewende wurde zum Teil darauf reagiert und durch den neugefassten § 43 a Nr. 5 EnWG das bis dato bestehende Ermessen für die Behörde aufgehoben. Nach Satz 1 der Neufassung bleibt es zunächst bei dem Regelfall des § 73 VI VwVfG, wonach die Einwendungen mit dem Vorhabenträger und den Einwendern zu erörtern sind. Der Erörterungstermin findet nicht statt (gebunden), wenn Einwendungen nicht oder nicht rechtzeitig erhoben wurde (Nr. 1), wieder zurückgenommen wurden (Nr. 2), alle Einwendun-

⁴² Beschlussempfehlung Ausschuss Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, BT-Drs. 16/3158, S. 38; beruhend auf Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/1338, S. 23; dagegen *Missling*, Fn. 20, § 43 a EnWG Rdnr. 15, der den Verzicht auf den Erörterungstermin in den Fällen kritisiert, in denen die Befriedungsfunktion nicht erreicht werden kann; *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (343).

⁴³ *Dippel*, NVwZ 2010, 145 (152f.).

⁴⁴ *Dippel*, NVwZ 2010, 145 (152).

⁴⁵ Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage, BT-Drs. 17/3331, S. 2.

⁴⁶ Andere Fälle sind rar: z.B. *BMVBS*, Presseinformation Verzicht auf Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren Unterems v. 17. 7.2007, abrufbar unter: http://www.wsv.de/ftp/presse/2007/00216_2007.pdf, letzter Aufruf 23.11.2011; bei Bundeswasserstraßen wurde bei 51 Planfeststellungsverfahren in 10 Fällen auf den Erörterungstermin verzichtet, davon allein bei drei Verfahren, weil der Erörterung keine Befriedungsfunktion beigemessen wurde; siehe dazu: Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage, BT-Drs. 17/3331, S. 2, 4; nach Ansicht der Bundesregierung von Verzichtsmöglichkeit wegen mangelnder Befriedung nicht oder nur eingeschränkt Gebrauch gemacht: Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage, BT-Drs. 17/4788, S. 3.

gen ausschließlich auf privatrechtlichen Titeln beruhen (Nr. 3) oder alle Einwender auf einen Erörterungstermin verzichtet haben (Nr. 4).

IV. Gestaltungsmöglichkeiten

Im Folgenden soll die Möglichkeit betrachtet werden, anknüpfend an die Verzichtsmöglichkeit, die Erörterung auf einen bestimmten Teilnehmerkreis bzw. auf einen bestimmten Gegenstand zu beschränken (sogleich 1.), um sodann eine weitere Gestaltungsmöglichkeit aufzuzeigen (nachfolgend 2.).

1. Möglichkeit der sachlichen Aufspaltung

Die zunehmende Funktionsverfehlung aufnehmend, ranken sich viele Beiträge um die Verbesserung des Erörterungstermins.⁴⁷ Auch mit Blick auf praktische Erfahrungen scheint der Vorschlag brauchbar, die Erörterung nur noch in einem beschränkten Teilnehmerkreis stattfinden zu lassen.⁴⁸ Dieser Vorschlag zielt darauf ab, den erörterungsbedürftigen Einwendungen nachzugehen ohne in dem Termin durch Belange belastet zu werden, deren Erörterung die Zwecke des Termins gefährdet.

Anknüpfend an den Beitrag von *Riese/Dieckmann* fragt sich aber, ob nicht bereits de lege lata Möglichkeiten bestehen, nur einen beschränkten Teilnehmerkreis zum Erörterungstermin einzuladen, d.h. den Erörterungstermin von den nicht erörterungsbedürftigen Einwendungen abzuspalten.⁴⁹ Ausgangspunkt für eine solche Gestaltung des Erörterungstermins wäre die in den Fachgesetzen eingeräumte Verzichtsmöglichkeit. In der Literatur wird diese Frage kaum beleuchtet und findet sich meistens nur als kurze Anmerkung oder gar in Fußnoten wieder.⁵⁰ *Otto* meint, dass die Behörde durch die Verzichtsmöglichkeit auch die Möglichkeit bekommt, den Erörterungstermin zu beschränken. Dadurch werde einerseits verhindert, dass die Veranstaltung von einigen Vorhabengegnern zum „Kampfbplatz“ gemacht wird, andererseits können sachliche Erkenntnisse von Vereinigungen gewonnen werden.⁵¹ Ohne jegliche Begründung bzw. Verweisung spricht sich auch *Stüer* für die „gegenständliche Beschränkung des Erörterungstermins“ aus.⁵² Mit einem „unzulässig dürfte sein“ wird im Kommentar von

⁴⁷ Siehe dazu bereits in den Punkten I., II. mit umfangreichen Nachweisen in den Fußnoten.

⁴⁸ Für die Beteiligung von Umweltverbänden: *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, 1343 (1348).

⁴⁹ Hier kann auf die landesrechtliche Ausgestaltung in Hessen verwiesen werden. Die Beschränkung auf bestimmte Teilnehmer und Gegenstände ist da ausdrücklich nach § 73 VI 3 HVwVfG möglich.

⁵⁰ *Otto*, NVwZ 2007, 379 (380); *Wickel*, Fn. 11, § 73 Rdnr. 108; *Kopp/Ramsauer*, Fn. 7, § 73 Rdnr. 101 da in Fußnote 150; *Schütz*, VBIBW 2007, 441 (444); *Missling*, Fn. 20, § 43 a EnWG Rdnr. 17; *Bonk/Neumann*, Fn. 10, § 73 Rdnr. 113; *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 4. Aufl. (2009), Rdnr. 4146.

⁵¹ *Otto*, NVwZ 2007, 379 (380); ähnlich: *Bonk/Neumann*, Fn. 10, § 73 Rdnr. 113.

⁵² *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 4. Aufl. (2009), Rdnr. 4146.

Kopp/Ramsauer in einer Fußnote vorsichtig gegen diese Ansicht Stellung bezogen, ohne dabei die eigene Ansicht in irgendeiner Weise zu begründen.⁵³ Vorsichtig fällt auch die Argumentation bei *Schütz* aus. Gegen die Möglichkeit einer sachlichen Aufspaltung spricht für ihn, „dass das Gesetz wohl eher eine Alles-oder-Nichts-Regelung trifft“⁵⁴. Ohne jegliche Begründung spricht sich zudem *Wickel* gegen die Beschränkung der Teilnehmer aus.⁵⁵ Allein *Missling* begründet seine ablehnende Haltung gegen eine Aufspaltung – wenn auch in Kürze – mit Nachdruck. Er stellt darauf ab, dass die Behörde durch das Gesetz ein Ermessen über das Ob eines Erörterungstermins eingeräumt bekomme, der Umfang der Durchführung aber nicht zu ihrer Disposition stehe.⁵⁶ Der Gesetzgeber habe der Behörde mit der Möglichkeit des Verzichts eine Alles-oder-Nichts-Befugnis gegeben.⁵⁷ Dies soll dazu führen, dass die Behörde bei der Entscheidung für einen Erörterungstermin an die Vorschriften aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz und den Fachgesetzen gebunden ist. Daher sind von der Behörde bei der Durchführung des Erörterungstermins alle in § 73 VI 1 VwVfG vorgesehen Teilnehmer zu beteiligen. Eine Disposition über diese Verfahrensregel stehe der Behörde nicht zu.⁵⁸

Beachtet werden muss sicherlich der Einwand, dass die isolierte Behandlung von Themen die Zwecke des Erörterungstermins gefährdet kann. Bei der Bewältigung von Großvorhaben trifft die Behörde auf ein kompliziertes Netz bestehend aus unterschiedlichen Interessen. Die Vorhaben sind dabei besonders komplex, weil die Einzelinteressen in Interdependenz zueinander stehen und die Beeinflussung des einen, Auswirkung auf ein anderes haben kann.⁵⁹ Damit wird aber nur verdeutlicht, dass die Durchführung eines auf bestimmte Themen und/oder Einwander beschränkter Erörterungstermins das Risiko beinhaltet, sich im Nachhinein mit Rücksicht auf im Termin gewonnene Erkenntnisse über bestehende Interdependenzen als „doch zu eng“ herauszustellen. Ein entsprechendes Risiko ist der Planfeststellung aber ohnehin eingeschrieben, kommt es durchaus häufiger in Folge des Beteiligungsverfahrens zu Planänderungen (§ 73 VIII VwVfG), die ihrerseits das Vorhaben mit Blick auf die damit verbundenen geänderten Auswirkungen in einem völlig neuen Licht erscheinen lassen und eine erneute Beteiligung

⁵³ *Kopp/Ramsauer*, Fn. 7, § 73 Rdnr. 101 da in Fußnote 150.

⁵⁴ *Schütz*, VBIBW 2007, 441 (444).

⁵⁵ *Wickel*, Fn. 11, § 73 Rdnr. 108.

⁵⁶ *Missling*, Fn. 20, § 43 a EnWG Rdnr. 17.

⁵⁷ So auch *Schütz*, VBIBW 2007, 441 (444) mit der Bezeichnung als „Alles-oder-Nichts-Regelung“.

⁵⁸ *Missling*, Fn. 20, § 43 a EnWG Rdnr. 17; Ebenso ablehnend ggü. der Ansicht *Ottos: Wickel*, Fn. 11, § 73 Rdnr. 108; *Kopp/Ramsauer*, Fn. 7, § 73 Rdnr. 101 da Fn. 150; *Schütz*, VBIBW 2007, 441, 444.

⁵⁹ *Kopp/Ramsauer*, Fn. 7, § 73 Rdnr. 98.

und sodann Erörterung – ggf. mit Fokus auf ganz anderen Betroffenheiten – erforderlich machen können. Weiterhin geht das Gesetz zwar von einem gemeinsamen Termin aus, trotzdem wird es aber seit jeher für zulässig erachtet, verschiedene Gruppen von Beteiligten zu unterschiedlichen Zeiten zu laden, um so eine sachgerechte Durchführung des Erörterungstermins zu gewährleisten.⁶⁰ Auch hier wird daher die eigentlich vorteilhafte gemeinsame Erörterung für eine sachgerechtere Durchführung des Termins aufgeteilt. Ähnlich lässt sich dies auch bei der sachlichen Beschränkung des Erörterungstermins bewerten, die nur vorgenommen werden kann, ist absehbar, dass die Funktionen des Erörterungstermins so besser bedient werden können. Nur wenn die Behörde bei Großvorhaben den Erörterungstermin auf die wirklich erörterungsbedürftigen Einwendungen konzentriert, kann es ihr gelingen, dem Erörterungsbedarf gerecht zu werden. Anderenfalls besteht häufig die Gefahr, dass Einwendungen, die die Informationsbasis der Behörde erweitern könnten oder bei denen eine Einigung im Termin erzielt werden kann unter wenig informativen, aber trotzdem mit großer Erbitte- rung und Zeitaufwand geführten grundsätzlichen Debatte leiden und an den Rand gedrängt werden. Gleiches gilt für die Gefahr der Überfrachtung des Erörterungs- termins mit Spezialfragen.⁶¹ Nur durch die sachliche Beschränkung des Erörte- rungstermins kann sich die Behörde auf die erörterungsbedürftigen Einwendun- gen konzentrieren und den Termin von einer nicht zielführenden Debatte frei hal- ten.⁶²

In einem Erst-Recht-Schluss wird man deshalb schlussfolgern können, dass die Behörde auf einen Teil des Erörterungstermins verzichten kann, wurde ihr sogar die Ermächtigung eingeräumt, unter Einhaltung ihres sachgerechten Ermessens auf den gesamten Termin zu verzichten.⁶³

Auch die Gesetzeshistorie ist als Argument gegen die Beschränkung des Erörte- rungstermins nicht stichhaltig. Der Gesetzentwurf des Bundesrates, der der Be- schlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zu- grunde lag und auch den Impuls für eine Erweiterung der Ermessenentscheidung gegenüber dem Gesetzentwurf der Bundesregierung gab, sah in seinem § 73 VI E-VwVfG die sachliche Aufspaltung des Erörterungstermins vor.⁶⁴ Diese

⁶⁰ BVerwG Beschl. v. 17.2.1969 – IV B 223.68 = DÖV 1969, 724; BVerwG, Urt. v. 18.12.1987 – 4 C 9/86 - Rdnr. 42 = BVerwGE 78, 347 = UPR 1988, 177; BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 - 9 A 39/07 – Rdnr. 28 = NVwZ 2010, 44 = UPR 2010, 29.

⁶¹ *Stüer/Buchstein*, UPR 2011, 335 (336).

⁶² *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (344) mit Bezugnahme auf die Schilderungen *Gaentzschs* zum Erörterungstermin um die Erweiterung des Frankfurter Flughafens: überwiegend melden sich nur fundamentale Gegner zu Wort und 90 % des mündlich Vorgebrachten sind rechtlich gänzlich unerheblich.

⁶³ Auch mit diesem Argument: *Bonk/Neumann*, Fn. 10, § 73 Rdnr. 113; *Otto*, NVwZ 2007, 379 (380).

⁶⁴ Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/1338, S. 5.

Ausgestaltung hat die Beschlussempfehlung, die der jetzigen Gesetzeslage zugrunde liegt, ohne jegliche Begründung nicht übernommen, wobei in dem dargestellten Erst-Recht-Schluss davon auszugehen ist, dass die beabsichtigte Regelung auch unnötig gewesen wäre, ist bereits der gänzlichen Verzichtsmöglichkeit die teilweise Beschränkung immanent. Ferner muss man berücksichtigen, dass sich das Ermessen der Behörde von den ersten Gesetzentwürfen hin zur Beschlussempfehlung erweitert hat. Sah der Gesetzentwurf der Bundesregierung noch Fälle vor, bei deren Vorliegen auf die Erörterung verzichtet werden kann, gab der Gesetzentwurf des Bundesrates unabhängig vom Vorliegen weiterer Tatbestandsmerkmale nur noch ermessensleitende Gesichtspunkte vor. Die Beschlussempfehlung, die der jetzigen Fassung zugrunde lag, sieht dahingehend keine Einschränkungen mehr vor und stellt den Verzicht auf die Erörterung gänzlich ins behördliche Ermessen. Es spricht daher viel dafür, dass die Behörde ihr Ermessen auch dahingehend gebrauchen kann, nur mit einem beschränkten Teilnehmerkreis die Einwendungen zu erörtern.

Im Ergebnis sprechen daher die besseren Argumente für die Möglichkeit der sachlichen Beschränkung des Erörterungstermins. Gestützt auf die Verzichtsmöglichkeit in den Fachgesetzen kann die Behörde den Erörterungstermin mit einem beschränkten Teilnehmerkreis durchführen und sich dabei auf die erörterungsbedürftigen Einwendungen konzentrieren. Die Auswahl der Teilnehmer darf dabei nicht willkürlich sein, sondern muss sich an der Qualität der Einwendung orientieren.

2. Weitere Gestaltungsmöglichkeit

Sprechen auch die besseren Argumente für die Beschränkung des Erörterungstermins auf bestimmte Teilnehmer oder Gegenstände, muss gesehen werden, dass dazu keine gefestigte Meinung in Literatur und Rechtssprechung besteht. Dazu kommt, dass bei komplexen Vorhaben zunächst immer Erörterungsbedarf bestehen wird und damit zunächst kein gänzlicher Verzicht möglich ist. Denkbar ist aber, dass der bestehende Erörterungsbedarf durch den Vorhabenträger und die Behörde im informellen Verfahren abgetragen wird, um sodann auf die förmliche Erörterung zu verzichten. Der Vorhabenträger und die Behörde sind an dieser Stelle frei darin, die entsprechende Beteiligungsform zu finden, um die Zwecke der eigentlichen Erörterung zu befriedigen. Wichtig ist, dass frühzeitig erkannt wird, bei welchen anderen Behörden, Betroffenen oder Einwendern einzelne Zwecke des Erörterungstermins erreicht werden können. Idealerweise schafft sich die planende Behörde gemeinsam mit dem Vorhabenträger durch diese stetige Art der punktuellen Beteiligung die Situation, dass bei der Entscheidung über

das Ob des Erörterungstermins kein gewichtiger Erörterungsbedarf mehr besteht und auf diesen ermessensfehlerfrei verzichtet werden kann.⁶⁵

Die Zulässigkeit dieses Vorgehens wird auch durch die Gesetzgebungsmaterialien gestützt. Nach Ansicht des Bundesrates kann eine fakultative Erörterung dazu führen, dass der Vorhabenträger bereits durch ein Mediationsverfahren oder in einer freiwilligen, frühen und breit angelegten Diskussion um die Akzeptanz für das Vorhaben wirbt und dabei Einwendungen von Betroffenen ausräumt bzw. Kompromisse eingeht. Diese freiwillige und frühzeitige Beteiligungsform hat die Behörde nach Ansicht des Bundesrates bei ihrem Ermessen um den Verzicht auf die spätere Erörterung zu beachten.⁶⁶ Ergibt sich dabei, dass keine erörterungsbedürftigen Einwendungen mehr bestehen, übt sie ihr Ermessen in diese Richtung aus und hat auf den förmlichen Erörterungstermin zu verzichten.

Für die flexible Handhabung der Verzichtsmöglichkeit spricht auch ein Gesetzesentwurf des Bundesinnenministeriums.⁶⁷ Dieses hat sich durch das Planungsvereinheitlichungsgesetz zum Ziel gesetzt die in den Fachgesetzen zersplitterten Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz zusammenzuführen und damit zu vereinheitlichen.⁶⁸ Ein Baustein dieses Vorhabens soll auch der Erörterungstermin sein, der nach dem Vorbild des früheren Bundesratsentwurfs bereits im Verwaltungsverfahrensgesetz den Verzicht auf eine Erörterung in das Ermessen der Behörde stellt.⁶⁹ Im Rahmen der Begründung macht das Bundesinnenministerium deutlich, dass es von einer flexiblen Handhabung ausgeht:

„Im Falle des Verzichts auf den Erörterungstermin bleibt es der Anhörungsbehörde unbenommen, im Rahmen ihres Verfahrensermessens andere geeignete Formen der Anhörung zu wählen. So kann sie sich auf die Anhörung zu Teilaspekten des Plans oder auf die gesonderte Anhörung einzelner Einwender oder Gruppen beschränken.“⁷⁰

Auch durch die jüngste Änderung des § 43 Nr. 5 EnWG setzt der Gesetzgeber Anreize für eine informelle Einigung aller, um letztlich auf die förmliche Erörterung zu verzichten.

Gesetzliche Bestimmungen stehen nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes ebenfalls nicht entgegen. Bedingung ist aber, dass sich informelles und formelles

⁶⁵ Angedeutet und verbunden mit der Aufforderung „Dialogverfahren“ verstärkt zu nutzen: *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (347).

⁶⁶ Gesetzesentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/1338 S. 23.

⁶⁷ Gesetzesentwurf des Bundesministeriums des Innern, Gesetz zur Vereinheitlichung und Beschleunigung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG) v. 6.12.2010.

⁶⁸ Gesetzesentwurf des Bundesministeriums des Innern, PIVereinHG v. 6.12.2010, S. 1.

⁶⁹ Gesetzesentwurf des Bundesministeriums des Innern, PIVereinHG v. 6.12.2010, S. 8f.

⁷⁰ Gesetzesentwurf des Bundesministeriums des Innern, PIVereinHG v. 6.12.2010, S. 29.

Verfahren auseinander halten lassen und nicht ineinander verschwimmen. Dies dient vor allem der durch die Behörde einzuhaltenden Distanz und Neutralität.⁷¹

Auch die übrige Rechtsprechung deutet an, dass sie recht offen mit der Verzichtsmöglichkeit umgeht. Der Verwaltungsgerichtshof Hessen hatte sich bei der Entscheidung zum Frankfurter Flughafen am Rande mit § 10 II Nr. 5 LuftVG beschäftigt. Im Zuge einer Planänderung wurden erneut Einwendungen gemacht und die Planfeststellungsbehörde hat in Einzelfällen die Einwendungen auch mit den Betroffenen erörtert, im Übrigen aber von einer erneuten Erörterung abgesehen. Für diesen Fall hält der VGH Hessen die Regelung des § 10 II Nr. 5 LuftVG auch für anwendbar, wobei nicht ganz klar wird, ob er von der sachlichen Beschränkung des Erörterungstermins ausgeht oder er es für zulässig erachtet, auf die förmliche Erörterung zu verzichten, nachdem im informellen Verfahren der Erörterungsbedarf abgetragen wurde.⁷² Ebenso offen zeigt sich das Bundesverwaltungsgericht: Besteht die Verzichtsbefugnis durch § 10 II Nr. 5 LuftVG expressiv verbis nur bei einer Änderung eines Flughafens, hält das Gericht auch die analoge Anwendung für zulässig, ändern sich in einem laufenden Verwaltungsverfahren die Planunterlagen.⁷³

⁷¹ BVerfG, Urt. v. 3.3.2011 – 9 A 8.10 = NVwZ 2011, 1256 Leitsatz 2, Rdnr. 25.

⁷² VGH Hessen, Urt. v. 21.8.2009 – u.a.: 11 C 227/08.T – Rdnr. 289.

⁷³ BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 1075/04 – Rdnr. 52 = BVerwGE 125, 116.