

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)733 E



Fakultät für Wirtschafts- und
Sozialwissenschaften

Professur für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsrecht (einschl.
Vergaberecht)

Prof. Dr. Christian Ernst

T 040/6541-3871
E christian.ernst@hsu-hh.de

Sekretariat:
Frau Garnett Lotze
T 040/6541-2232

19.2.2021

**Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des
Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestags
am Montag, den 22. Februar 2021 zum**

**Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD
*Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung der Geltungsdauer
des Planungssicherstellungsgesetzes*
BT-Drucksache 19/26174**

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Ausschusses für Inneres und Heimat. Die folgende Stellungnahme geht auf die Grundlagen der Öffentlichkeitsbeteiligung (I.), die konkrete Verlängerung der Geltungsdauer des PlanSiG (II.) sowie einzelne Änderungen, die sich durch das PlanSiG in der Sache ergeben, ein (III.).

I. Grundlagen der Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Öffentlichkeitsbeteiligung beruht auf demokratischen, grundrechtlichen und steuerungswissenschaftlichen Erwägungen, die ineinandergreifen. Die durch § 1 PlanSiG erfassten Vorhaben wirken sich typischerweise erheblich auf eine Vielzahl von Bürgerinnen und Bürgern aus, weisen zugleich aber weite materielle Entscheidungsspielräume auf. Die unterschiedlichen Zielvorgaben und -vorstellungen hat die Verwaltung im Rahmen ihres Abwägungsspielraums in ein angemessenes Verhältnis zu setzen. Das führt zu politischen und mithin demokratisch besonders relevanten Entscheidungen. Der geringere Grad der parlamentsgesetzlichen Programmierung des materiellen Entscheidungsspielraums drängt dabei zu einer Beteiligung der Öffentlichkeit, um die Anbindung der Staatsgewalt an den Willen des Volkes (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) und damit die hinreichende demokratische Legitimation staatlicher Maßnahmen sicherzustellen.

Diese Umstände haben zu einer Prozeduralisierung nach demokratischem Leitbild geführt, welche die durch den Wahlakt vermittelte allgemeine demokratische Teilhabe noch um eine konkrete, kommunikative Teilhabe im

Helmut-Schmidt-Universität
Universität der Bundeswehr
Hamburg

Besucheranschrift:
Holstenhofweg 85
22043 Hamburg

Postanschrift:
Postfach 700822
22008 Hamburg

Seite 2

Rahmen des spezifischen Vorhabens ergänzt (dazu *Rossen-Stadtfeld*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 78 ff.; *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 147 ff., 216 ff., 308 ff.). Das Demokratieprinzip verlangt insofern gleiche Beteiligungsrechte der Bürgerinnen und Bürger und eine unparteiliche Ausübung des Verfahrensermessens, auch wenn der Umfang der Beteiligungsberechtigung unter sachlichen Gesichtspunkten beschränkt werden kann.

Die Öffentlichkeitsbeteiligung ist zugleich ein Instrument des Grundrechtsschutzes, das von Art. 19 Abs. 4 GG sowie anderen materiellen Grundrechten erfasst sein kann. Für Grundrechtsträger ist es damit Mittel der Rechts- und Interessenverfolgung.

Um diesen normativen Herausforderungen gerecht zu werden, führt die Öffentlichkeitsbeteiligung dazu, dass die spätere behördliche Entscheidung auf einer möglichst korrekten und umfassenden Informationsgrundlage getroffen wird. Durch die Beteiligung aller betroffenen Gruppen und Individuen kann zugleich ein Ausgleich unterschiedlicher Interessen herbeigeführt werden. Der Dialog zwischen Verwaltung und Bürgerinnen und Bürgern, der im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung entsteht, erlaubt nicht nur eine externe Kontrolle des Verwaltungshandelns, sondern kann auch die Akzeptanz des Vorhabens fördern, das bürgerliche Verantwortungsbewusstsein steigern (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 3 Aarhus-Konvention) und so optimalerweise gerichtliche Auseinandersetzungen verhindern.

II. Verlängerung der Geltungsdauer des PlanSiG

Der Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung der Geltungsdauer des Planungssicherstellungsgesetzes selbst beschränkt sich auf die Einführung einer dynamischen Verweisung sowie die Verlängerung der Geltungsdauer. (Die beantragten Änderungen des Bundesbeamtengesetzes und des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie

Seite 3

werden hier nicht weiter berücksichtigt, vgl. Änderungsantrag Ausschussdrucksache 19(4)723)

Das Einfügen einer ausdrücklichen dynamischen Verweisung für die nach § 1 PlanSiG einbezogenen Vorhaben erscheint zulässig und sinnvoll. Dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot und Publikationsgebot ist damit Rechnung getragen. Die in § 1 PlanSiG aufgeführten Regelungswerke stammen ebenfalls vom Bundesgesetzgeber, so dass es sich nicht um problematische Fremdverweisungen handelt (vgl. näher Clemens, AöR 111 [1986], 63 ff.). Angesichts der angestrebten Verlängerung der Geltungsdauer des Gesetzes erscheint eine dynamische Verweisung auch in der Sache begründet.

Auch wenn sich die Dauer der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie derzeit nicht belastbar prognostizieren lässt, erscheint die angestrebte Verlängerung angemessen. Dies liegt vor allem daran, dass das Gesetz selbst vielfältige Möglichkeiten enthält, die es erlauben bzw. dazu verpflichten, die aktuelle Lage zu berücksichtigen. § 5 Abs. 1 PlanSiG enthält einen ausdrücklichen Vorbehalt, dass bei der Ermessensentscheidung über die Durchführung eines Erörterungstermins oder einer mündlichen Verhandlung die aktuelle Pandemielage zu berücksichtigen ist. Die Ermessensregelungen der §§ 2 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 1 PlanSiG enthalten einen solchen ausdrücklichen Hinweis nicht, doch sprechen der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung und die gesetzgeberischen Motive dafür, dass eine pflichtgemäße Ermessensausübung auf Grundlage dieser Bestimmungen ebenfalls die aktuelle Pandemielage berücksichtigen müsste.

Im Übrigen stehen die angestrebte sowie weitere Verlängerungen oder gar eine Verstetigung in einem maßgeblichen Zusammenhang mit den inhaltlichen Änderungen.

III. Änderungen durch das PlanSiG in der Sache

1. Grundsätzliche Positionen und Strukturen

Die Behandlung einer Vielzahl der durch § 1 PlanSiG einbezogenen Verfahren wird durch unionsrechtliche Vorgaben determiniert (vgl. allgemein zu einer „Konsultationskultur“ in der EU *Herzmann*, Konsultationen, 2010, S. 263 ff.; vgl. auch Art. 11 EUV). Ein ausdrückliches Verbot einer Beschränkung der Öffentlichkeitsbeteiligung auf eine schriftliche oder elektronische Form ist nicht ersichtlich, vielmehr bestehen vor allem indirekte Formerfordernisse. Mitunter zielen diese sogar auf eine vorrangige Informationsbereitstellung über elektronische Medien ab, wie etwa in der Industrieemissionen-RL, vgl. Art. 24, Anhang IV (auch die Umweltinformations-RL stellt vorrangig auf elektronische Medien ab, soweit diese verfügbar sind, vgl. Art. 1 lit. b, Art. 7). An die Stelle konkreter Angaben für die Form einer Öffentlichkeitsbeteiligung oder die Art und Weise der Informationsveröffentlichung treten im Unionsrecht regelmäßig lediglich die Forderungen nach geeigneten Verfahren oder solchen Verfahren, die eine wirksame bzw. effektive Ausübung der Rechte ermöglichen (vgl. Art. 9 Umweltverträglichkeitsprüfungs-RL). In solchen Fällen kommt dem Mitgliedstaat ein Gestaltungsspielraum zu (vgl. Art. 6 Abs. 5 SUP-RL).

Änderungen des Verfahrens der Öffentlichkeitsbeteiligung können vor allem im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sowie verfahrensrechtliche Elemente materieller Grundrechte relevant werden. Bei der Rechtsschutzgarantie handelt es sich um ein Grundrecht, das vom Gesetzgeber ausgestaltet werden muss (*Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 100, 142), der Gewährleistungsgehalt der materiellen Grundrechte ist in einen Ausgleich mit widerstreitenden Zwecken und Interessen zu bringen.

Bei diesem Prozess, der hier konkret durch die Regelungen des PlanSiG erfolgt, können die Auswirkungen der derzeitigen COVID-19-Pandemie und

das Bestreben, die von § 1 PlanSiG erfassten Vorhaben weiter durchführen zu können, legitimerweise Berücksichtigung finden. Daneben ist in Erwägung zu ziehen, ob auch ein legitimes Interesse des Staates bestehen kann, sich Wissen über die Anwendung neuer Technologien im Rahmen öffentlicher Aufgaben anzueignen und ob ein solches Interesse in einen Abwägungsprozess eingestellt werden kann. Planverfahren sind im Rahmen ihrer Formvorschriften einfach, zügig und zweckmäßig durchzuführen, vgl. § 72 Abs. 1, § 10 VwVfG und Art. 6 Abs. 2 Aarhus-Konvention als Kodifizierung des allgemeinen rechtstaatlichen Grundsatzes der Verfahrensökonomie (der u.U. sogar eine Unbeachtlichkeit fehlerhafter Öffentlichkeitsbeteiligung rechtfertigen kann, vgl. § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB).

Demgegenüber stehen die oben dargestellten Funktionen und rechtlichen Begründungen für eine Öffentlichkeitsbeteiligung. Um seine Funktionen vollständig erfüllen zu können, darf Öffentlichkeitsbeteiligung nicht so ausgestaltet sein, dass einzelne Personen oder gar ganze Gruppen von potenziell Betroffenen von vornherein ohne hinreichenden Grund ausgeschlossen werden (vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.5.2013 – 4 BN 28.13, ZfBR 2013, 580). Die Entscheidung für ein bestimmtes Kommunikationsmedium darf ebenfalls nicht bestimmte Bevölkerungsgruppen ausschließen (vgl. *Ramson*, in: Greve u.a., *Der digitalisierte Staat*, Tagungsbericht 60. ATÖR, 2020, S 199 (213) m.w.N.).

Auf dieser Basis ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, gewisse Typisierungen vorzunehmen. Er verfügt insofern über einen Spielraum; er muss nicht allen Besonderheiten durch Sonderregelungen Rechnung tragen. Er hat aber von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung der Lebensrealität auszugehen (BVerfGE 132, 39 [49] zur Typisierung im Wahlrecht). Ob angesichts des derzeitigen Verbreitungsgrades die Verfügbarkeit internetgestützter Kommunikationsmöglichkeiten im Wege einer Typisierung vorausgesetzt werden darf, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Nach dem Statistischen

Seite 6

Bundesamt waren 2020 92 % der privaten Haushalte mit einem Internetzugang ausgestattet; die Verbreitung bestimmter Endgeräte oder die für anspruchsvollere Kommunikationsanwendungen wie Videokonferenzen erforderliche Verbindungsqualität bleiben dahinter zurück.

Zugleich dürften die unionsrechtlichen Grundlagen sowie die Grundrechte für die Sicherstellung einer Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Beteiligungsformen und verwendeten Medienformen, zumindest nach Überwinden der Pandemielage, sprechen. Dies deutet sich auch in der jüngsten Rechtsprechung an (vgl. OVG Münster, Urt. v. 25.6.2019 – 10 D 88/16.NE, Rn. 28 – juris). Bei der Etablierung einer solchen Öffentlichkeitsbeteiligung, die faktisch hinter der herkömmlichen Ausgestaltung von Öffentlichkeitsbeteiligung zurückbleibt, könnte eine nicht geringe Gefahr bestehen, dass die Rechtsprechung dem skeptisch gegenübersteht.

2. Bestehende Alternativen zu den herkömmlichen Elementen des Verfahrens zur Öffentlichkeitsbeteiligung

Im Folgenden soll auf einzelne Regelungsgehalte gesondert eingegangen werden.

a. § 4 PlanSiG – Erklärungen zur Niederschrift

Nach § 4 PlanSiG kann die Abgabe von Erklärungen zur Niederschrift bei der Behörde ausgeschlossen werden. Stattdessen sollen elektronische Erklärungen verwendet werden (E-Mail). Die Möglichkeit zur Niederschrift der Stellungnahme bei der Behörde soll vor allem sprach-, schrift- und rechtsunkundigen Bürgern den Zugang zur Verwaltung erleichtern und Formfehler verhindern. Mit der Verwendung von E-Mails werden zwar mögliche Formanforderungen, die Bürgerinnen und Bürger von Stellungnahmen abhalten könnten, abgebaut. Allerdings ist damit Personen, die – aus welchem Grund auch immer – zu einer schriftlichen Abgabe insgesamt nicht in der Lage sind, die Beteiligung erheblich erschwert.

Seite 7

Die Niederschrift gewährleistet, dass Eingaben authentisch und einer bestimmten Person zurechenbar sind. Bei der Umstellung auf elektronische Erklärungen muss vermieden werden, dass das Verfahren durch „Bots“ oder „Trolle“ behindert oder manipuliert wird, so dass ein bestimmtes inhaltliches Vorbringen überbewertet wird oder legitime Stellungnahmen in der Masse unzulässiger Eingaben nicht die gebotene Berücksichtigung finden. Schon der Verdacht der Manipulation kann ausreichen, um das Vertrauen in eine Öffentlichkeitsbeteiligung insgesamt zu untergraben (vgl. zu einer solchen Konstellation <https://netzpolitik.org/2017/buergerbefragung-zur-netzneutralitaet-in-den-usa-von-bots-geflutet/>).

Langfristig könnte es sich anbieten, in den Verwaltungen vor Ort Endgeräte zur Verfügung zu stellen, die von Bürgerinnen und Bürgern zur Abgabe einer Erklärung zur Niederschrift – im Rahmen einer individuellen Videokonferenz mit der zuständigen Behörde – genutzt werden können.

b. § 5 PlanSiG – Erörterungstermine, mündliche Verhandlungen und Antragskonferenzen

Nach § 5 Abs. 2 PlanSiG kann an die Stelle eines gesetzlich vorgesehenen Erörterungstermins oder einer mündlichen Verhandlung eine Online-Konsultation treten. In Abgrenzung zu einer Telefon- oder Videokonferenz ist die Online-Konsultation durch einen wechselseitigen schriftlichen Austausch geprägt.

Bei einem so zugeschnittenen Konsultationselement stellt sich die Frage nach der Vergleichbarkeit mit herkömmlichen Erörterungsterminen und mündlichen Verhandlungen. Ein persönliches Zusammentreffen ist insbesondere in der Lage, die Dialog-, Integrations-, Akzeptanzsicherungs- und Konfliktpräventionsfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung zu sichern. Dem persönlichen Austausch dürfte ein Wert zukommen, der über den bloßen Informationsaustausch hinausgeht, zumal ein schriftlicher Austausch auch in anderen Verfahrensschritten ermöglicht wird. Will man das Instrument des

Erörterungstermins bzw. der mündlichen Verhandlung ins Digitale übertragen, dürfte insbesondere die Videokonferenz Vorteile bieten. Sie erlaubt im Gegensatz zur Online-Konsultation schnelle Rückfragen und Präzisierungen. Im Gegensatz zu Erörterungsterminen und mündlichen Verhandlungen in Präsenz könnte eine Videokonferenz sogar den Vorteil bieten, den Ablauf der Aussprache stärker zu strukturieren und effektiver zu moderieren. Dies könnte dafür sprechen, zumindest langfristig die Videokonferenz als Online-Standardverfahren vorzusehen, soweit die technischen Voraussetzungen dafür in der Breite verfügbar sind.

3. Berücksichtigung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

§ 3 Abs. 1 S. 5-7 und § 5 Abs. 4 S. 5 PlanSiG sehen vor, dass der Vorhabenträger einen Anspruch darauf hat, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht unbefugt offenbart werden. (Im Hinblick auf das Adjektiv „unbefugt“ ist zu berücksichtigen, dass hier ein normativer Kontext eröffnet ist, der ohnehin das rechtmäßige Verhalten der Behörde zum Gegenstand hat.) Der Vorhabenträger kann der Veröffentlichung im Internet widersprechen, wenn er die Gefährdung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Sicherheitsbelange befürchtet.

Dahinter steht die Überlegung, dass eine Veröffentlichung im Internet faktisch andere Wirkungen haben kann als eine Veröffentlichung in einem anderen Kontext, etwa einem Amtsgebäude. Dies kann zwar nicht vollständig ausgeschlossen werden, doch ist fraglich, inwieweit dieser Punkt durch das geltende rechtliche Verständnis aufgenommen wird. Mit der Veröffentlichung wird eine bestimmte Information einem unbestimmten Kreis von Empfängern zugänglich gemacht. Auch wenn es faktisch Unterschiede gibt, wie effektiv eine Veröffentlichungshandlung ist und wie viele Empfänger erreicht werden können, reicht für die Veröffentlichung das Potenzial (aber ist auch notwendiges Element), das in der Veröffentlichungshandlung angelegt ist. Im Hinblick auf den Prozess der Veröffentlichung sind unterschiedliche Kategorien von Veröffentlichungen, sieht man von Mindestanforderungen ab, nicht

Seite 9

ersichtlich und rechtlich wohl auch nicht zweckmäßig. Vielmehr spricht auch in diesem Punkt vieles dafür, dass unterschiedliche Beteiligungs- und Medienformen rechtlich grundsätzlich gleichwertig zu behandeln sind.

In dieser Hinsicht ist auch zu berücksichtigen, dass es für die Geltendmachung einer Gefährdung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen oder wichtiger Sicherheitsbelange ausreicht, wenn diese von Seiten des Geheimnisinhabers „befürchtet“ wird. Zwar ist die Konsequenz hiervon, dass nach § 3 Abs. 1 S. 7 PlanSiG das Verfahren ausgesetzt werden kann, bis es zu einer ordnungsgemäßen Auslegung kommt, so dass keine irreversiblen Rechtsfehler drohen. Gleichwohl ist dieser Schritt schwer rechtlich kontrollierbar, weil es an näheren Voraussetzungen für den geltend gemachten subjektiven Eindruck der Befürchtung fehlt. Faktisch kann damit in Einzelfällen auch ein gewisses Missbrauchspotenzial einhergehen. Regelmäßig wird der Vorhabenträger zwar kein Interesse an einer Verzögerung seines Verfahrens haben (vgl. aber BVerwG NVwZ 2001, 94 für ein 15-jähriges einvernehmliches Ruhen eines atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens), doch kann gerade bei Vorhaben, die (auch) einem öffentlichen Interesse dienen sollen, eine andere Situation entstehen.

In Bezug auf die wichtigen Sicherheitsbelange könnte zur näheren Konkretisierung eine Bezugnahme auf die gesetzliche Bestimmung kritischer Infrastrukturen weiterführend sein (vgl. BSI-Kritisverordnung).

gez. Prof. Dr. Christian Ernst