

# Alfons Bora

## Schwierigkeiten mit der Öffentlichkeit

### Zum Wegfall des Erörterungstermins bei Freisetzungen nach dem novellierten Gentechnikgesetz

Am 1. 1. 1994 ist das Erste Gesetz zur Änderung des Gentechnikgesetzes (GenTG) in Kraft getreten.<sup>1</sup> Neben einer ganzen Reihe anderer Neuerungen enthält es vor allem eine wesentliche Einengung der bisherigen Öffentlichkeitsbeteiligung: Entscheidungen über die Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen fallen nun nach einem schriftlichen Anhörungsverfahren. Der früher vorgesehene mündliche Erörterungstermin fällt weg. Der folgende Beitrag versucht darzulegen, daß es einerseits gute Gründe für die Einführung der ursprünglichen, direkten und mündlichen Bürgerbeteiligung gab, daß andererseits aber das Scheitern der konkreten Form wohl vorprogrammiert war. Am Ende steht deshalb ein Plädoyer dafür, die empirischen Gründe dieses Scheiterns näher zu untersuchen und gegebenenfalls auch über alternative Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung weiter nachzudenken.

#### *1. Prozeduralisierung und Partizipation im Umwelt- und Technikrecht*

Die Gentechnik ist ähnlich wie die Atomkraft ein paradigmatischer Fall gesellschaftlicher und rechtlicher Auseinandersetzungen über Technik und Risiko.<sup>2</sup> Sie ist, was die befürchteten Gefährdungen und deren Begrenzbarkeit anbelangt, in mancher Hinsicht neuartig.<sup>3</sup> Diesem Umstand hat man durch spezialgesetzliche Regelung der Materie, die ursprünglich im Immissionsschutzrecht angesiedelt war, Rechnung tragen wollen.<sup>4</sup> Abgesehen davon sind jedoch auch im Gentechnikrecht seit seiner Entstehung die allgemeinen Entwicklungen des Umweltverwaltungs- und Technikrechts zu beobachten.

<sup>1</sup> BT-Drs. 720/93.

<sup>2</sup> Beck-Gernsheim, Elisabeth: Normative Ziele, vielschichtige Motive und konkurrierende Klienteninteressen. Ein Beitrag zur Technikforschung am Beispiel von Fortpflanzungs- und Gentechnologie. Ethik und Sozialwissenschaften (3) 1992, 3, 277–288; Chadarevian, Soraya/Dally, Andreas/Kollek, Regine: Experimente mit der Evolution. Zum Verhältnis von Evolution, Züchtung und Gentechnologie. Freiburg 1991; van den Daele, Wolfgang: Mensch nach Maß. München 1985; ders.: Schwierigkeiten mit Legitimationen. Ethik und Sozialwissenschaften (3) 1992, 3, 297–298; Groth, Klaus-Martin: Die gentechnische Herausforderung. KJ (21) 1988, 247–262; Wurzel, Gabriele/Merz, Ernst: Gesetzliche Regelungen von Fragen der Gentechnik und Humangenetik. Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, 6/91, 12–24.

<sup>3</sup> Ladeur, Karl-Heinz: Risiko und Recht. Von der Rezeption der Erfahrung zum Prozeß der Modellierung. In: Bechmann, Gotthard (Hrsg.): Risiko und Gesellschaft. Opladen 1993, 209–233; Nicklisch, Fritz: Rechtsfragen der modernen Biotechnologie. Der Betrieb (39) 1986, 48, 2475–2479.

<sup>4</sup> Eckwerte-Beschluß der BReg. vom 30. 11. 1988 (BT-Drs. 11/3908) und die Begründung zum Entwurf eines GenTG vom 12. 7. 1989; zum damaligen rechtlichen Regelungsbedarf Nicklisch 1986 (Fn. 3); Richter, Wolfgang: Gentechnologie als Regelungsgegenstand des technischen Sicherheitsrechts. Rechtliche Steuerung unter Bedingungen der Ungewissheit. Frankfurt am Main 1989; Lukes, Rudolf: Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik. DVBl (105) 1990, 6, 273–278.

Insbesondere die durch die Dynamik technischer Entwicklungen angestoßene Ausweitung unbestimmter Rechtsbegriffe wie »allgemein anerkannte Regeln der Technik«, »Stand der Technik« und »Stand von Wissenschaft und Technik« führte einerseits zu einer Rücknahme verwaltungsgerechtlicher Kontroldichte zugunsten einer größeren, auf Planung und implementierende Rechtsgewinnung<sup>5</sup> gerichteten Autonomie des Verwaltungshandelns. Andererseits erhöhte sich gerade dadurch die Bedeutung prozeduraler Regeln, die aus dem Schatten des materiellen Rechts heraustraten und als grundrechtskonkretisierende Normen erheblich an Aufmerksamkeit gewinnen konnten.<sup>6</sup> Gleichzeitig wurde damit auch deutlich, daß mit dem zumindest partiellen Abschied von der inhaltlichen Strenge polizeirechtlicher Interventionsschwellen, wie er sich im Anlagenrecht seit einiger Zeit langsam aber stetig vollzog, das umweltverwaltungsrechtliche Verfahren in gewissem Umfang eine normbildende Funktion mit zu übernehmen hatte; denn die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe ist in solchen Fällen das Resultat von Normbildungsprozessen im Verwaltungsverfahren.

Mit Blick auf das Verfahren selbst wurde in der Folge mehr »Proceduralisierung« und »Partizipation« statt »judicial self-restraint oder Integration von Recht und Technik in Sachverständigengremien«<sup>7</sup> gefordert. Proceduralisierung wurde dabei unter zwei Aspekten thematisiert:<sup>8</sup> Zum einen sollte sie einen neuen Aspekt in Verfahren der rechtlichen Programmentwicklung und Programmimplementation bringen. Konkret heißt das vor allem: reflexive und iterative Mechanismen wie Rechtsetzung auf Zeit bzw. unterschiedliche Überprüfungsmechanismen, institutionelle Frühwarnsysteme wie etwa Technikfolgenabschätzung oder begleitende Sicherheitsforschung wurden eingefordert. Zum anderen bedeutete Proceduralisierung aber immer auch die Erweiterung von Teilhaberechten.<sup>9</sup> Verfahrensrechte bzw. Verfahrensgerechtigkeit, die früher im Hintergrund standen, rückten ins Zentrum des Interesses. Eine Begründung für Partizipationsforderungen basierte u. a. auf der Überlegung, daß das Verursacherprinzip im Umweltrecht zugunsten des Kooperationsprinzips an Bedeutung verloren habe. Daraus hätten sich Folgen für die Dritt betroffenen ergeben, an denen das Kooperationsprinzip in der Praxis vorbei-

<sup>5</sup> Ladeur 1993 (Fn. 3); Gerhardt, Michael/Jacob, Peter: Die ungehegte Öffentlichkeit – Drittbe teiligung im Atomrecht zwischen Verfassungsgebot und Farce. DÖV (39) 1986, 258–273; Hofmann, Hasso: Der Einfluß der Großtechnik auf das Verwaltungs- und Prozeßrecht. UPR (4) 1984, 3, 73–84.

<sup>6</sup> Wegweisend Goerlich, Helmut: Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 1981; vgl. auch Grimm, Dieter: Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße. NWZ, (4) 1985, 12, 865–872; Brohm, Winfried: Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl (101) 1986, 321–331; Burmeister, Joachim: Grundgesetzliche Verfahrensstrukturierungsgebote komplexer Verwaltungsentscheidungen. Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1988, 121–159.

<sup>7</sup> Pitschas, Rainer: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht. DÖV (42) 1989, 18, 785–800 (798); ders.: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts. München 1990, 484, 490; Denninger, Erhard: Neue Rechte im technologischen Zeitalter? KJ (22) 1989, 147–156 (155).

<sup>8</sup> Wolf, Rainer: Der Stand der Technik. Geschichte, Strukturelemente und Funktion der Verrechtlichung technischer Risiken am Beispiel des Immissionsschutzes. Opladen 1986, 428.

<sup>9</sup> Winter, Gerd: Entfesselungskunst. Eine Kritik des Gentechnik-Gesetzes. KJ (24) 1991, 1, 18–30; Luf, Gerhard: Probleme der Verrechtlichung am Beispiel der Gentechnologie. In: Koller, Peter/Varga, Csaba/Weinberger, Ota (Hrsg.): Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik. Stuttgart 1992, 28–36; Ähnlich auch Conrad, Jobst: Die Risiken der Gentechnologie in soziologischer Perspektive. In: Halfmann, Jost/Japp, Klaus-Peter (Hrsg.): Risikante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale: Elemente einer soziologischen Risikoforschung. Opladen 1990, 150–175; Kooperation plus Partizipation ergebe »Gemeinwohlrichtigkeit«, meint Denninger, Erhard: Der gebändigte Leviathan, Baden-Baden 1990. »Verbesserte Betroffenenpartizipation führe nicht nur zur Verfahrensbeschleunigung, sondern auch zu «einem insgesamt demokratischeren Verfahren und volkswirtschaftlich besseren Lösungen», vermutet die IG Chemie Hessen 1992 in einem Positionspapier (zitiert nach Küppers, Peter: Demokratisieren und Verkürzen von Genehmigungsverfahren. Ist das möglich? KGV-Rundbrief 1993, 1 + 2, 61–68 (67)).

gehe. Sie müssten verstärkt auf die Thematisierung von Recht und auf gerichtsförmige Streitentscheidung zurückgreifen.<sup>10</sup> Öffentlichkeitsbeteiligung sei somit nicht nur ein Äquivalent für die nachlassende Exaktheit gesetzlicher Steuerung und für eingeschränkte richterliche Kontrolldichte, sondern zugleich auch eine Form vorgezogenen Rechtsschutzes gegen die Schaffung vollendeter Tatsachen im Verwaltungsverfahren.<sup>11</sup>

Diese inhaltliche Öffnung des Rechts und die damit einhergehende Prozeduralisierung von Entscheidungen sind allerdings seit längerem auch kontrovers diskutierte Themen einer in der rechtswissenschaftlichen Literatur ebenso wie in der Praxis geführten Debatte. Insbesondere Form und Umfang der Öffentlichkeitsbeteiligung in umweltrelevanten Genehmigungsverfahren sind ins Kreuzfeuer zwischen eher konservativer und eher basisdemokratischer Verrechtlichungskritik geraten. »Technikblockade« und »Alibibeschaffung« durch Öffentlichkeitsbeteiligung lauten die komplementären Vorwürfe. Sie haben die Diskussion über das atomrechtliche Genehmigungsverfahren geprägt, haben das Gentechnikgesetz seit seinem Entstehen im Jahr 1990 begleitet und bestimmten über weite Strecken auch die Auseinandersetzungen um die Novellierung des GenTG. So wurden einerseits die Kontroll- und Informationsfunktion einer Beteiligung der Öffentlichkeit betont und in diesem Zusammenhang insbesondere auch die unausgewogene Zusammensetzung und un durchsichtige Verfahrensweise der Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit (ZKBS) gerügt<sup>12</sup>; dies führte zu Forderungen nach Öffentlichkeit der ZKBS, nach Anhörungsverfahren für alle (auch nichtgewerbliche) Anlagen und nach zusätzlichen Umweltverträglichkeitsprüfungen und Technikfolgenabschätzungsverfahren bei Freisetzung und Inverkehrbringen (Erweiterung der Partizipation).<sup>13</sup> Demgegenüber wurden Bürokratisierung, überlange Verfahrensdauern und dadurch drohende Standortnachteile gentechnischer Forschung und Produktion als Argumente für eine Straffung des Genehmigungsverfahrens und eine partielle Einschränkung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Freisetzungsanträgen herangezogen.<sup>14</sup>

Der Gesetzgeber hat sich im wesentlichen der zuletzt genannten Position angeschlossen. Mit diesem Schritt reagierte er auf verschiedentlich beklagte Mißstände und Funktionsdefizite des Erörterungstermins. Wir stellen im folgenden die rechtlich intendierten Funktionen dar, um uns sodann den beobachteten Defiziten zuzuwenden.

<sup>10</sup> Wolf, Rainer: »Herrschaft kraft Wissen« in der Risikogesellschaft. *Soziale Welt* (39) 1988, 164–187 (178).

<sup>11</sup> Lang in: Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung/Kernforschungszentrum Karlsruhe (Hrsg.): Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten Großvorhaben. Zwischenergebnisse eines gemeinsamen Forschungsprojektes. Speyerer Forschungsberichte 70. Speyer 1988, Bd. 2, 9 f.; kritisch zur Prozeduralisierung und Öffentlichkeitsbeteiligung schon Kloepfer, Michael: Rechtsschutz im Umweltschutz. *VerwArch* (76) 1985, 4, 371–397 und 5, 30–41.

<sup>12</sup> Denninger 1990 (Fn. 9), 172, 184; Fuhr, Martin: Gentechnik: Das gebandigte Risiko? Zwischenbilanz nach 2 Jahren Gentechnikgesetz. *Informationsdienst Umweltrecht* (3) 1992, 4, 197–204.

<sup>13</sup> Zum Entwurf des GenTG Riedel, Ulrike/Fuhr, Martin/Tappeser, Beatrix: Stellungnahme des Öko-Instituts Freiburg/Darmstadt zum Regierungsentwurf eines Gentechnikgesetzes. *KJ* (22) 1989, 3, 349–364; Bock, Wolfgang: Schutz gegen die Risiken und Gefahren der Gentechnik? – Zum Regierungsentwurf eines Gentechnikgesetzes. Heidelberg 1990.

<sup>14</sup> Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.: Stellungnahme zu den Erfahrungen mit dem Gentechnikrecht und seiner administrativen Umsetzung. München 1992, 30.

§§ 18 GenTG, § GenTAhV a. F. sahen ein Anhörungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung des Vorhabens, Auslegung der Unterlagen, der Möglichkeit von Einwendungen und einem Erörterungstermin vor. Jedermann konnte Einwendungen erheben. Für diese Form der Öffentlichkeitsbeteiligung lassen sich normative Gründe mobilisieren, die im folgenden dargestellt werden.

Verfahrensfehler können Grundrechtsverletzungen darstellen, das ist spätestens seit dem Mülheim-Kärlich-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts anerkannt.<sup>15</sup> Durch den Übergang von der Ordnungs- zur Leistungs- und Planungs-Verwaltung, von Konditional- zu Finalprogrammen, vom liberalen zum wohlfahrtsstaatlichen Ordnungsmodell verliert das Gesetz ein Stück weit seinen Entscheidungscharakter. Die Normgenese selbst wird zum Teil ins Verwaltungshandeln verlagert, das Verfahren erhält mehr und mehr das Gepräge »implementierender Rechtsgewinnung«.<sup>16</sup> Um so wichtiger wird in Ersetzung und Ergänzung parlamentarischer Kontrolle die Teilhabe der Betroffenen. Rechtsdogmatisch lassen sich mindestens vier unterschiedliche Begründungsfiguren für eine betroffenenorientierte, grundrechtsbezogene Verfahrensausgestaltung erkennen.<sup>17</sup> Sie kann entweder aus einer prozessualen Konkretisierung von Grundrechten – dem sogenannten *status activus processualis* –, aus kompensatorischen Teilhaberechten, aus der Interpretation von Grundrechten als Verfahrensgarantien oder schließlich aus allgemeinen Verfahrensgrundsätzen hergeleitet werden, wie sie etwa das Prinzip des »due process« mit seinen Elementen »notice«, »hearing« und »fair trial« prägen. Den Unterschieden zwischen diesen Begründungsfiguren braucht hier nicht im Detail weiter nachgegangen zu werden – die gängige Lesart ist wohl diejenige der Grundrechte als Verfahrensgarantien<sup>18</sup> –, denn im Ergebnis stimmen sie in ihren Postulaten weitgehend überein. Betroffene sollen rechtzeitig und umfassend informiert werden; sie sollen das Recht haben, ihren Standpunkt zu Gehör zu bringen und damit den Gang des Verfahrens zu beeinflussen; sie sollen während des Verfahrens angemessen beraten und Maßnahmen sollen ihnen gegenüber ausreichend begründet werden. Durch solche Beteiligungsrechte der Betroffenen wird unter anderem auch dynamischer Rechtsschutz realisiert. »Grundrechte als Verfahrensgarantien sind die Antwort auf die Freiheitsrelevanz des Verfahrens selbst.«<sup>19</sup>

Die Jedermann-Beteiligung in Anhörungsverfahren wurde und wird ganz ähnlich begründet, bedarf allerdings einiger zusätzlicher und etwas allgemeiner gefasster Argumente, da sie über den Schutz individueller Rechtspositionen hinausgeht. In der älteren Rechtsprechung vor dem Mülheim-Kärlich-Beschluß des BVerfG<sup>20</sup> dominierte die heute wohl kaum mehr vertretene Ansicht, Bürgerbeteiligung habe im Blick auf die Rechtsstaatlichkeit des Verwaltungsverfahrens allein dienende Aufgaben. Sie solle ausschließlich der Information der Verwaltung förderlich sein und damit die »Verfahrensordnung« sichern helfen.<sup>21</sup> Die erwähnte Entscheidung des BVerfG ergänzte dies durch den Aspekt des Grundrechtsschutzes als eines eigenständigen Verfahrenszwecks.<sup>22</sup> Dies impliziert zwar bestimmte weitere Funktionen,

<sup>15</sup> BVerfGE 53, 30.

<sup>16</sup> Gerhard/Jacob 1986 (Fn. 5), 265.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Burmeister 1988 (Fn. 6).

<sup>18</sup> Goerlich 1981 (Fn. 6), zurückhaltend Pitschas 1990 (Fn. 7), 432.

<sup>19</sup> Grimm 1985 (Fn. 6), 867.

<sup>20</sup> Vgl. Fn. 15.

<sup>21</sup> So das OVG Koblenz in seinem Beschuß zu Mülheim-Kärlich, DVBl. 1977, 730ff.; oder BayVGH DVBl. 1979, 673 ff.

<sup>22</sup> Implementation dieser Grundsätze beispielweise in BVerwG NVwZ 1985, 745; BayVGH NVwZ 1989,

wie etwa die ausreichende Information der Bürger als notwendige Voraussetzung für die Wahrnehmung seiner Rechte;<sup>23</sup> gleichzeitig bleibt diese Sichtweise aber konzeptionell stark auf das Moment der »Verfahrensordnung« bezogen. Im Ergebnis wird der Öffentlichkeitsbeteiligung regelmäßig ein zweifacher Zweck zugewiesen: Information der Behörde plus (vorgezogener) Rechtsschutz.<sup>24</sup>

Unter dem Stichwort der »Mitwirkung« wird darüber hinaus versucht, Gedanken aus der politischen Demokratisierungs- bzw. Partizipationsdebatte in das Recht zu übertragen. Man bezeichnet Partizipation im Sinne von »gestaltender Mitwirkung von Zivilpersonen am staatlichen Verfahren«<sup>25</sup> als »notwendigen Gegenpol«<sup>26</sup> zur Kooperation der Verwaltung mit den Antragstellern/Anlagenbetreibern. Als konkrete Ziele der Öffentlichkeitsbeteiligung werden daraus abgeleitet: Information der Behörde, Kooperation – Kommunikation – Integration, Effizienzsteigerung – Verfahrensökonomie – Durchsetzbarkeit der Entscheidung, Konsens, Kontrolle durch Transparenz und Publizität.<sup>27</sup> Explizit lehnt diese Meinung jedoch den Gedanken einer wie immer gearteten »demokratischen Legitimation der Genehmigungsentcheidung« ab.<sup>28</sup>

Dies wird freilich auch von denjenigen nicht angestrebt, die Akzeptanz oder »Legitimation« der Entscheidung als weitere rechtlich intendierte Funktion betrachten. Vielmehr ist damit die Möglichkeit gemeint, im Laufe eines Anhörungsverfahrens die Akzeptanz der Verwaltungsentscheidung bei den Betroffenen zu verbessern, womöglich gar ihre Zustimmung zu einer nachvollziehbaren, weil transparent gemachten Entscheidung zu erlangen.<sup>29</sup> Dies betrifft nicht die Legitimität einer auf rechtsstaatlichen Grundsätzen beruhenden Entscheidungskompetenz, sondern die gewachsene Bedeutung bürgerschaftlicher Loyalität<sup>30</sup> im kooperativen Staat. Die Nähe zu den oben erwähnten Prinzipien der Transparenz und der Integration ist unverkennbar. Daneben wurde lediglich das auf dem Akzeptanz-Gedanken aufbau-

<sup>23</sup> 482 ff.; eine ausführliche Analyse der Rechtsprechung bei Dollinger, Walter: Bürgerbeteiligung in Genehmigungsverfahren von Großprojekten. Speldorf 1986, 115 ff.

<sup>24</sup> So schon Blumel, Wolfgang: Funktion und Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren. In: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, 8.–10. Dezember 1976 in Munster. Referate und Diskussionsberichte. Veranstaltet vom Bundesministerium des Inneren gemeinsam mit Rudolf Lukes. Herausgegeben von Rudolf Lukes. Köln usw. 1977, 223–236 (230).

<sup>25</sup> So etwa Kimmich, Otto: Funktion und Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren. In: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium (Fn. 23), 255–262 (266) und Blumel (Fn. 23), auf die sich das BVerfG ausdrücklich stützt; Jarass BImSchG Rn. 28 ff. zu § 10.

<sup>26</sup> Beispielhaft etwa Schmitt Glaeser, Walter: Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung. In: Lerde, Peter/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schmitt Glaeser, Walter: Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie. Heidelberg. 1984, 35–94 (47) m. w. N. zur Partizipationsdebatte.

<sup>27</sup> Ipsen, Jörn: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht. VVDStRL (48) 1990, 177–206 (196); in der Rechtsprechung kehrt dieses Moment als »Möglichkeit substantieller Einflußnahme auf das Verfahren und das Ergebnis des Verfahrens« wieder, BVerwGE 75, 214; vgl. auch Kopp VwVG, Rn. 1 zu § 73.

<sup>28</sup> Schmitt Glaeser (Fn. 25), 58; zur (indirekten) Kontrolle durch Transparenz schon Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner: Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrecht? Gutachten B für den 52. Deutschen Juristentag. München 1978, 57 f.: die Kontrollfunktion wird im Rahmen der »Mitwirkung« zusätzlich durch den Aspekt der Verfahrenskontrolle, d.h. der aktiven Teilnahme am Verfahren verstärkt.

<sup>29</sup> Ipsen (Fn. 26) m. w. N.

<sup>30</sup> Hirsch/Schmidt-Didczuhn GenTG, Rn. 1 zu § 18; Koch/Ibelgaufs GenTG, Rn. 1 zu § 18; sehr ausführlich Dollinger 1986 (Fn. 22) m. w. N.

<sup>31</sup> Hoffmann-Riem, Wolfgang/Rubbert, Susanne: Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit. Zum Verhältnis von Bürgerbeteiligung und Öffentlichkeit. Heidelberg 1984, 39 ff.; Kopp, Ferdinand O.: Verfahrensregeln zur Gewährleistung eines angemessenen Umweltschutzes. BayVBl 1980, 97 ff.; die Akzeptanz/Legitimation einer Entscheidung sorgt zugleich für »Befriedung«, zur »Befriedungsfunktion«, so Ronellenfitsch, Michael: Die Planfeststellung. VerwA 1989, 92 ff. (105).

ende Moment des Interessenausgleichs stärker in den Vordergrund gestellt.<sup>31</sup> Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, daß ein im Sinne von Akzeptanz verstandener Legitimationsbegriff sich in den Funktionenkanon des Verwaltungsverfahrens einfügt.

Diese Grundsätze kommen in unterschiedlichen *rechtlich intendierten Funktionen* der Öffentlichkeitsbeteiligung zum Ausdruck.<sup>32</sup> Als Resultat der geschilderten Debatte lassen sich folgende 6 Funktionen der allgemeinen Öffentlichkeitsbeteiligung mit guten Gründen vertreten:

1. *Information der Behörde*: die Öffentlichkeitsbeteiligung soll dazu beitragen, die Sachverhaltsermittlung zu optimieren.
2. *Information der Bürger*: sie soll die Bürger besser über das Vorhaben und über das Genehmigungsverfahren unterrichten.<sup>33</sup>
3. *Kontrolle*: auf dem Wege der Öffentlichkeitsbeteiligung soll die institutionalisierte, im mehrstufigen Verwaltungsaufbau und im Prinzip der Gewaltenteilung zum Ausdruck kommende Kontrolle des Verwaltungshandelns durch ein erhöhtes Maß an Publizität und Verfahrenskontrolle ergänzt und erweitert werden.
4. *Rechtsschutz*: die Öffentlichkeitsbeteiligung soll den vorgezogenen Rechtsschutz für potentiell Betroffene besonders fördern.
5. *Interessenvertretung*: sie soll dazu beitragen, die Vielfalt der in der Gesellschaft vertretenen Standpunkte darzustellen und damit individuellen wie kollektiven, privaten wie öffentlichen Belangen zu angemessener Berücksichtigung zu verhelfen.
6. *Legitimation/Akzeptanz*: sie soll das Vertrauen der Bürger in das Handeln der Verwaltung, ihre Zustimmung zum Verfahrensergebnis und damit insgesamt die Legitimationsbasis der Verwaltungsentscheidung erhöhen.

Dieser allgemeine Funktionskatalog der Öffentlichkeitsbeteiligung ist einerseits weiter gefaßt als die vermutlich herrschende Meinung in der Rechtsprechung, die er um die mit den Begriffen »Mitwirkung« und »Akzeptanz« bezeichneten Aspekte ergänzt. Er ist zugleich aber auch enger als manche Literaturmeinungen, indem er nämlich vor allem auf die bisweilen erwähnte Funktion der Effizienzsteigerung verzichtet. Dies gilt sinngemäß auch für den Erörterungsstermin. Ihm lassen sich in einem zweiten Schritt spezifische Aufgaben zuweisen, die mit den allgemeinen Funktionen zusammenhängen.

<sup>31</sup> Badura in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage. Berlin/New York 1992, § 42, 17; Kopp VwVfG Rn. 1 zu § 73; Schmitt Glaeser (Fn. 25); Blumel (Fn. 23); Ipsen (Fn. 26); auch BVerwG NVwZ 1985, 745.

<sup>32</sup> Dabei ist zu beachten, daß der juristische Funktionsbegriff im Gegensatz zum sozialwissenschaftlichen das Ziel und den Zweck eines Tatbestandes umschreibt. »Nicht die objektiv beobachtbaren Konsequenzen eines sozialen Elements sind gemeint, sondern die intendierten, dem Element zugeschriebenen Leistungen.« Ronellenfitsch, Michael: Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren um großtechnische Anlagen. In: Speyerer Forschungsberichte 70/1988 (Fn. 11), 29 ff.; Kurz, Alexander: Juristische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung und Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben. Juristischer Schlußbericht im Rahmen des Projektes »Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten Großvorhaben«. Speyer 1991, 30.

<sup>33</sup> Der auf allgemeine Akteureinsicht und auf umfassende »Umwelteinformation« zielende Informationsanspruch des Bürgers ist ein darüber hinausgehender Aspekt des Umweltrechts, der sich nur zum Teil mit den hier behandelten Beteiligungsrechten überschneidet, vgl. Gurlit, Elke: Die Verwaltungsoffentlichkeit im Umweltrecht. Ein Rechtsvergleich Deutschland–USA. Düsseldorf 1989.

### 3. Rechtliche Funktionen des Erörterungstermins

Die Charakteristika des Erörterungstermins sind vor allem anderen *Mündlichkeit* und *Unmittelbarkeit*. Das heißt im Gegensatz zu dem übrigen schriftlichen Beteiligungsverfahren vor allem: in der Kommunikation unter Anwesenden ist ein direkter und schneller Austausch möglich; die sofortige Reaktionsmöglichkeit auf vorgebrachte Argumente bewirkt jedenfalls grundsätzlich eine erhöhte »Flüssigkeit« des Kommunikationsgeschehens, Positionen können ad hoc präzisiert, aber auch revisiert oder aufgegeben werden; die »Leibhaftigkeit«, das direkte Gegenüber zwischen Verfahrensbeteiligten und Einwendern kann sowohl angst- und aggressionsmindernde wie -steigernde Wirkung haben, beides ist jedenfalls in der Prozeßhaftigkeit des Kommunikationsgeschehens offen und kann von den Kommunikationspartnern auch eingesetzt werden; kommunikative Kompetenzen, die in anderen Verfahrensabschnitten vor der Schriftlichkeitsschwelle haltmachen, können zur Geltung kommen, manches kann gesagt werden, das sich der Schriftform nicht beugen würde. Diese Kurzcharakteristika – »Flüssigkeit«, »Leibhaftigkeit«, »überschießender Gehalt des mündlichen Ausdrucks« – soll im folgenden gemeint sein, wenn die rechtliche Bedeutung von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Erörterungstermins für die einzelnen Funktionsbereiche dargestellt wird.

§ 6 Abs. 1 GenTAhV (a. F.) nennt zwei konkrete Aufgaben des Erörterungstermins: er dient dazu, die rechtzeitig erhobenen genehmigungsrelevanten Einwendungen zu erörtern, und er soll dem Einwender Gelegenheit geben, ihre Einwendungen zu erläutern. Er ist mit anderen Worten dazu gedacht, die widerstreitenden Rechtspositionen und Interessen zu eruieren, den Sachverhalt umfassend zu klären und damit allen Einwendern rechtliches Gehör zu verschaffen.<sup>34</sup> In der Praxis soll der Erörterungstermin nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur als umfassendes Sach- und wohl auch Rechtsgespräch ablaufen.<sup>35</sup> Er wurde verschiedentlich als »Kernstück und Höhepunkt« oder als »Herzstück« des Beteiligungsverfahrens bezeichnet.<sup>36</sup> Bezuglich der genannten 6 rechtlichen Funktionen bedeutet das im einzelnen folgendes:

(1) *Information der Behörde*: Die Verwaltung ist bereits aus den schriftlichen Einwendungen über die Argumente der Bürger informiert. Deswegen erwachsen dem mündlichen Termin zwei speziellere normative Funktionen:

(a) Präzisierungs-Funktion: formal und inhaltlich sind an die Einwendungen keine Anforderungen gestellt. Deshalb sind insbesondere auf dem komplizierten Gebiet der Gentechnik regelmäßig weitere Klärungen und Erläuterungen – und zwar gerade der substantiierten Einwendungen – erforderlich, um die Spreu vom Weizen zu trennen und etwaige neue Argumente erkennen und berücksichtigen zu können. Der Vorzug der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit besteht dabei darin, im direkten Hin und Her komplizierte und verästelte Sachverhalte en bloc und abschließend zu behandeln. Die klärende Nachfrage könnte zwar im Prinzip auch schriftlich geschehen, würde dann aber den Aufwand im Vergleich zum mündlichen Termin erheblich wachsen lassen und möglicherweise auch nicht zur Klärung führen. Indirekt sichert

<sup>34</sup> Hirsch/Schmidt-Didczuhn GenTG, Rn. 60 zu § 18.

<sup>35</sup> So schon Bender, Bernd: Funktion und Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren. In: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium (Fn. 23), 237–254 (248 ff.); Ule/Laubinger 1978 (Fn. 27); zum heutigen Stand vgl. Kopp VwVfG, Rn. 55 ff. zu § 73 m. w. N., Rn. 6 ff. zu § 68; einschränkend zum Rechtsgespräch Hirsch/Schmidt-Didczuhn Gen TG, Rn. 66 zu § 18.

<sup>36</sup> Ule und Laubinger in ihrem Gutachten für den 52. DJT: »Der Erörterungstermin ... stellt ein ausgezeichnetes Instrument zum Austausch von Informationen und Ansichten sowie zum gütlichen Ausgleich einander widerstreitender Interessen dar. Seine generelle Bedeutung und die Wichtigkeit seiner funktionsgerechten Ausgestaltung kann deshalb gar nicht überschätzt werden.« Ule/Laubinger 1978 (Fn. 27), 81.

also der Erörterungstermin über die unmittelbare Information der Behörde auch das rechtliche Gehör potentiell Betroffener. Direkt trägt er durch umfassende Sachaufklärung zur materiellen Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung bei.

(b) Ergänzungs-Funktion: außer der Präzisierung bereits erhobener Einwendungen sind auch neue Gesichtspunkte zu erwarten und von Rechts wegen zu berücksichtigen. Zwar waren Einwender wegen § 5 I.2. GenTAnhV (a. F.) mit neuen Einwendungen ausgeschlossen, sofern sie nicht auf zwischenzeitlich eingetretenen Tatsachen beruhen (formelle Präklusion). Das betraf freilich nur ihre Klagebefugnis hinsichtlich neu vorgebrachter Aspekte (materielle Präklusion). Der Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG verpflichtet die Behörde zur sachlichen Prüfung aller – auch der verspätet vorgebrachten – Einwendungen.<sup>37</sup> Manche neuen Gesichtspunkte werden aber nur auf Grund der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung zu Tage treten. Dafür spricht vor allem, daß die Relevanz bestimmter Tatsachenkenntnisse auf Einwenderseite (z. B. standortbezogenes Wissen) sich erst im Wechselspiel der Argumente aus dem komplexen Gesamtzusammenhang herauskristallisiert. Das Sach- und Rechtsgespräch vertieft durch die Produktion neuer Gesichtspunkte die im schriftlichen Teil des Verfahrens eröffnete Kontroverse und bietet dadurch auch der Verwaltung die Gewähr, zu einer umfassenden Bewertung und einer materiell richtigen Entscheidung zu kommen.

Einem Erörterungstermin kommt also vor allem die Aufgabe der Präzisierung und der Produktion ergänzender Argumente zum Zwecke der umfassenden Klärung des Sachverhalts, der Vorbereitung einer materiell richtigen Entscheidung und der Gewährung rechtlichen Gehörs zu.<sup>38</sup>

(2) *Information der Bürger:* Am Erörterungstermin nahmen wegen § 18 III GenTG, 10 VI BImSchG, 5 und 6 GenTAnhV (a. F.) außer den beteiligten Behörden und Antragstellern ausschließlich Personen teil, die Einwendungen erhoben haben, sowie gegebenenfalls von diesen benannte Sachbeistände. Auf diese Personen und ihren Informationsstand zu Beginn des Erörterungstermins kann sich die Informationsfunktion hier nur beziehen. Deshalb fragt sich, wie deren Informationsstand im günstigsten Falle beschaffen sein kann. Im Falle der »Aktivisten« und der Sachverständigen bezieht er sich auf die um Betriebsgeheimnisse gekürzten Antragsunterlagen sowie die Kurzfassung. Sonstige Einwender kennen das Vorhaben oft nur aus der Presse oder aus Informationsveranstaltungen des Antragstellers oder organisierter Umweltgruppen. Hier ergeben sich für den mündlichen Termin je spezielle Informationsaufgaben.

(a) Experten auf der Einwenderseite: für sie sind vor allem Gesichtspunkte fachwissenschaftlicher Natur relevant. Auf der Basis der ausgelegten Unterlagen haben sie oft hochspezifische wissenschaftliche Einwendungen formuliert, auf die die Verwaltung und gegebenenfalls der Antragsteller nun reagieren können (umgekehrter Fall der Präzisierung). Dies dient weniger der Vorbereitung eines neuen Schlagabtauschs als vielmehr – im Sinne der Befriedigungsfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung – einer sachadäquaten Erledigung einzelner Einwendungen.

<sup>37</sup> Hirsch/Schmidt-Didezuhn GenTG, Rn. 57 zu § 18; BVerwGE 60, 309 f.; Obermayer VwVfG, Rn. 178 zu § 73.

<sup>38</sup> So nicht nur die ursprünglich von Blümel 1977 (Fn. 35), Bender 1977 (Fn. 23) u. a. vertretene Auffassung, sondern im Ergebnis wohl auch die Meinung der neueren Kommentierungen: Hirsch/Schmidt-Didezuhn GenTG, Rn. 60 zu § 18 (umfassende Klarung des Sachverhalts, Vorbereitung der sachlichen Entscheidungsgrundlage unter gleichzeitiger Gewährung rechtlichen Gehörs); Jarass BImSchG, Rn. 60 zu § 10 (weitere Ergebnisse, verbreiterte Entscheidungsgrundlage), Rn. 68 zu § 10 (bessere Sachaufklärung); Storost in Ule/Laubinger BImSchG, 74/1994, § 10 G1 (Erweiterung der behördlichen Entscheidungsgrundlage); Kopp VwVfG, Rn. 55 zu § 73 (Klarung von Fragen, die durch Einwendungen aufgeworfen wurden).

(b) Sonstige Einwender: sofern hierunter insbesondere Personen mit anfänglich eher geringem Wissen über technisch-wissenschaftliche Details verstanden werden, sind nahezu alle Informationen des Erörterungstermins für sie neu. Um so bedeutsamer ist die Informationsdimension für diese Beteiligten, und zwar sowohl in sachlicher als auch in sozialer Hinsicht. Denn durch Sachaufklärung wird ihnen vor allen Dingen auch der Entscheidungsprozeß des Verwaltungsverfahrens nähergebracht. Sie erfahren unmittelbar, daß und wie man sich mit ihren Argumenten auseinandersetzt. Sachentscheidungen werden als solche dargestellt und von rein politischen Präferenzen unterscheidbar. Diese auf demokratische Lernprozesse zielende Dimension des Erörterungstermins ist ersichtlich von zentraler Bedeutung für die Herstellung von Transparenz und damit für die Kontroll-, Rechtsschutz- und Legitimationsfunktion diesem speziellen Personenkreis gegenüber.

Beide Gruppen (ebenso wie die gegebenenfalls zugelassene Presse) tragen die erhaltene Information in die Öffentlichkeit weiter, so daß sich von daher Sekundäreffekte des Erörterungstermins einstellen dürften. Im Ergebnis ist davon auszugehen, daß die Information der anwesenden Bürger ein wesentlicher Zweck von Erörterungsterminen ist.<sup>39</sup> Sie erstreckt sich sowohl auf wissenschaftlich-technische Fragen, wie auch auf die Darstellung des Entscheidungsprozesses.

(3) *Kontrolle* der Verwaltung: Die Kontrollfunktion wird sicherlich von allen Einzelschritten des Beteiligungsverfahrens und darüberhinaus auch durch Presseberichterstattung erfüllt. Allerdings kann der mündliche Termin durch die wechselseitige Information, durch den unmittelbaren Austausch von Argumenten, die Publizität und Transparenz des Verwaltungshandelns gegenüber den schriftlichen Verfahrensabschnitten entscheidend verstärken. Die Möglichkeit direkter Nachfrage und Intervention verschafft zusätzlich auch einen unmittelbaren Einfluß – nicht auf das Resultat, wohl aber: auf den Ablauf des Verfahrens.<sup>40</sup> Verfahrenskontrolle steht somit für »Mitwirkung« oder »substantielle Einflußnahme« im oben angesprochenen Sinne. Sie ergibt sich aus der Unmittelbarkeit des Erörterungstermins, ist stärker als im rein schriftlichen Verfahren und erstreckt sich prinzipiell auf die gesamte Dauer der mündlichen Verhandlungen.

(4) *Rechtsschutz*: Die Rechtsschutzfunktion wird zuerst und in der Hauptsache durch die Möglichkeit schriftlicher Einwendungen erfüllt. Damit ist den Bürgern in einer frühen Phase des Verfahrens die Gelegenheit gegeben, ihre rechtlich geschützten Interessen vorzubringen und damit den Gang des Verfahrens noch zu beeinflussen. Aus diesem Grund ist es auch rechtlich möglich, auf den mündlichen Termin ganz oder teilweise zu verzichten, wie es etwa mit der Novellierung des GenTG geschehen ist.<sup>41</sup>

Man wird deshalb einschränken müssen: die Rechtsschutzfunktion erfüllt ein Erörterungstermin in indirekter oder abgeleiteter Form, nämlich durch die beiden Aspekte der Information und der Einflußnahme auf den Verfahrensablauf. Unterrichtung der Bürger über wesentliche Aspekte des Vorhabens ermöglicht ihnen umfassende Argumentation und gewährt damit auch vollständigen (vorgezogenen)

<sup>39</sup> Hirsch/Schmidt-Didczuhn GenTG, Rn. 66 zu § 18; Jarass BImSchG Rn. 68 zu § 10; Kopp KwVfG Rn. 55 zu § 73; die frühe Debatte zur Öffentlichkeitsbeteiligung hat diesen Punkt ebenfalls betont, vgl. Bender 1977 (Fn. 35), 250; Ule/Laubinger 1978 (Fn. 27), 40 m. w. N.

<sup>40</sup> Die Forschungen zur Verfahrensgerechtigkeit (procedural justice) deuten darauf hin, daß Verfahrenskontrolle für die Legitimation/Akzeptanz, also auch für die Befriedung der Konfliktparteien von ausschlaggebender Bedeutung ist; vgl. dazu auch Rohl, Klaus F.: Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick. ZfRSoz (14) 1993, 1–34.

<sup>41</sup> Man verzichtet dabei zugleich auf die oben erörterten Aspekte der Offenheit bzw. Generierung neuer Gesichtspunkte und auf die Möglichkeit »substantieller Einflußnahme« im Erörterungstermin. Ob die empirische Erfahrung dies rechtfertigt, ist durchaus noch offen.

Rechtsschutz. Dieser realisiert sich wiederum in den Informationen, welche die Verwaltung zur Kenntnis nimmt und dann entsprechend verarbeiten kann, also in der Gewährung rechtlichen Gehörs im Termin.<sup>42</sup>

(5) *Interessenvertretung*: Hier liegt die weitestgehende Einschränkung der Zweckbestimmung des Erörterungstermins gegenüber der allgemeinen Öffentlichkeitsbeteiligung. Die Repräsentation von Standpunkten, Interessen und Befürchtungen bezüglich des beantragten Vorhabens vollzieht sich im ersten und entscheidenden Schritt durch das Erheben von Einwendungen. Die schriftlich formulierten Bedenken repräsentieren das Spektrum kritischer Meinungen in der Bevölkerung. Demgegenüber gewinnt der mündliche Termin keine weitere Funktion.<sup>43</sup>

(6) *Legitimation/Akzeptanz*: Die Bereitschaft der Öffentlichkeit zur Annahme der Entscheidung wird nicht nur mit formalen Mitteln erzeugt, also nicht allein schon dadurch, daß jede Person schriftlich »protestieren« kann – ja nicht einmal allein dadurch, daß »Stellvertreter« der Öffentlichkeit überhaupt am Erörterungstermin teilnehmen. Sondern sie beruht schlußendlich darauf, daß der konkrete Ablauf des Verfahrens, und damit auch des mündlichen Termins, zur Abnahmebereitschaft motiviert. Dies wird in der Face-to-face-Interaktion unter den Anwesenden verhandelt und erst dann an eine breitere Öffentlichkeit weitergegeben. Dies macht den Stellenwert des Erörterungstermins im System der Beteiligungsformen noch einmal deutlich: Fokussierung und Verstärkung einzelner Verfahrensleistungen durch Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. Diese fokussierende Aufgabe von Erörterungsterminen ergibt sich nicht zuletzt daraus, daß alle Einwendungen hier vollständig abzuhandeln sind. Der Erörterungstermin liefert somit ein aktuelles und vollständiges Bild des Sachstandes.

Akzeptanz unter den Teilnehmern kann ein Erörterungstermin deshalb vor allem dadurch herstellen, daß er die bereits angesprochenen Leistungen (Information Behörde/Bürger, dadurch Transparenz und Möglichkeit der Verfahrenskontrolle) erbringt. Daß diese sich funktional auf das übergeordnete Ziel des Interessenausgleichs und damit auch der Annahmebereitschaft beziehen, wurde bereits erwähnt. So gilt es in Rechtsprechung und Literatur weithin als unbestritten, daß speziell dem mündlichen Erörterungstermin die Aufgabe zufällt, die widerstreitenden Standpunkte umfassend darzustellen und zu diskutieren,<sup>44</sup> dadurch für die Bereitschaft zur Abnahme der Entscheidung und damit letztlich auch für eine Befriedung der Konfliktparteien zu sorgen.<sup>45</sup>

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Es gibt eine Reihe normativer Gründe für die Einrichtung mündlicher Erörterungstermine in Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung. Dem mündlichen Termin können rechtliche Funktionen zugewiesen werden, die durch die übrigen Verfahrenselemente nicht vollständig abgedeckt sind. Die Praxis hat allerdings erhebliche Ernüchterung gegenüber diesen rechtlichen Funktionen aufkommen lassen, wie im folgenden dargestellt wird.

<sup>42</sup> Hirsch/Schmidt-Didczuhn GenTG, Rn. 60 zu § 18.

<sup>43</sup> Hoffmann-Riem/Rubbert 1984 (Fn. 30), 21 f., die sich hier auf das Sondervotum von Simon/Heußner zu BVerwGE 53, 30 (77) berufen, ziehen insofern einen übergeneralisierenden Schluß von der Öffentlichkeitsbeteiligung insgesamt auf den Erörterungstermin.

<sup>44</sup> Ein direkter Interessenausgleich im und durch den Erörterungstermin kommt im Gegensatz zum Planungsrecht bei den gebundenen Entscheidungen des technischen Sicherheitsrechts (§§ 6 BImSchG, 16 GenTG) nicht in Betracht. Hierin liegt eines der systematischen Probleme der Öffentlichkeitsbeteiligung.

<sup>45</sup> BVerwGE 57, 297; 60, 306; weitere Nachweise: Kopp VwVfG, Rn. 56 zu § 73; ebenso Kurz 1991 (Fn. 32), 22; Ule/Laubinger (Fn. 27).

Die Realität vieler Erörterungstermine ist im Vergleich zu den recht hochgesteckten Erwartungen eher deprimierend. Wenn man die Berichte aus der Praxis und die empirischen Untersuchungen zur Bürgerbeteiligung im Verwaltungsverfahren bei umweltrelevanten Großvorhaben betrachtet, kommt man zu der Vermutung, daß kaum eine der genannten Funktionen erfüllt wird. Erörterungstermine scheinen vor allem den Effekt zu haben, ohnchin vorhandene Frustrationen zu verstärken und die jeweiligen Vorurteile zu festigen. So meinen Gerhardt und Jacob, die Trennung zwischen der »Innenwelt« der Hersteller, Betreiber, Gutachter und Behörden und der »Außenwelt« der Dritten werde »durch die fachliche Unergiebigkeit von Erörterungsterminen verstärkt, sofern die immer gleichen Argumente öde wiederholt werden. Öffentlichkeitsbeteiligung wird dann zur lästigen Pflichtübung: der Circulus vitiosus von fehlender Akzeptanz und Verstärkung des Vorurteils setzt ein.«<sup>46</sup> Der Erörterungstermin in seiner bisherigen Form wird von Verwaltungen als zeit- und kostenträchtiges Hindernis empfunden. Ebenso sind aber auch Frustrationen auf Seiten der interessierten Bürger unverkennbar, jedenfalls solange sie starke Hoffnungen auf die Möglichkeit richten, im Termin die Technik als solche verhindern zu können.<sup>47</sup> Meistens gelingt ja noch viel weniger. Petermann kommt – am Beispiel einer Fernstraßenplanung – zu dem Schluß, der Hauptmangel der derzeitigen Konstruktion liege in dem Umstand begründet, daß Partizipation sachlich und zeitlich nachrangig sei. Es gebe de facto meist nichts mehr zu entscheiden.<sup>48</sup> Solche Verfahren werden folglich als »Farce« und »abgekartetes Spiel« kritisiert, mit dem nur noch die einmal getroffenen Entscheidungen der Öffentlichkeit schmackhaft gemacht werden sollen.<sup>49</sup> Deswegen scheint es in vielen Fällen nicht so sehr um die inhaltliche Diskussion als vielmehr um die Herstellung von Waffengleichheit zu gehen.<sup>50</sup> Ein weiteres Moment tritt hinzu, sobald organisierte Gruppen aus der Umweltbewegung am Verfahren teilnehmen. Für sie scheint der Erörterungstermin vor allem eine strategische Bedeutung zu haben.<sup>51</sup> Er kann dazu dienen, die Vertrauenswürdigkeit von Antragstellern und Behördenvertretern zu erschüttern und dadurch Anhängerschaft zu gewinnen. Dies kann etwa durch möglichst extensive Thematisierung erreicht werden, wobei gleichzeitig sichtbar wird, daß die Bedenken, die die Einweder ha-

<sup>46</sup> Gerhardt/Jacob 1986 (Fn. 5), 271; ähnlich Bechmann Speyerer Forschungsberichte 70/2 (Fn. 11), 41 ff. (64); als zumindest ambivalent bezeichnen auch Zilleßen und Barbian die bisherigen Erfahrungen mit Bürgerbeteiligung: Zilleßen, Horst/Barbian, Thomas W.J.: Neue Formen der Konfliktregelung in der Umweltpolitik. Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 39–40/1992, 14–23.

<sup>47</sup> Daß diese Hoffnung die Kommunikationen des Erörterungstermins zu einem beträchtlichen Teil bestimmt, zeigen teilnehmende Beobachtungen des Verfassers in den Verfahren zu Freisetzungsanträgen in Northeim und Germinger 1993. Das Material ist noch nicht systematisch ausgewertet, läßt aber vorsichtige einzelfallbezogene Aussagen zu.

<sup>48</sup> Petermann, Thomas: Von Bordeaux nach Istanbul – Öffentlichkeitsbeteiligung beim Bau eines Teilstucks der Autobahn A 98/A 861. Teilstudie im Rahmen des Projekts »Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten Großvorhaben«. Speyer 1991, Vf.

<sup>49</sup> Schmitt, Wolfram: Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Genehmigungsverfahren für GKN II – Akteure, Kommunikations- und Interaktionsstrukturen, administrative Abwägung. In: Speyerer Forschungsberichte 70/1 (Fn. 11), 159–260 (223).

<sup>50</sup> Ebenda; Petermann 1991 (Fn. 48), 123 ff.; vgl. auch Bora, Alfons/Dobert, Rainer: Konkurrierende Rationalitäten – Politischer und technisch-wissenschaftlicher Diskurs im Rahmen einer Technikfolgenabschätzung von gentechnisch erzeugter Herbizidresistenz in Kulturpflanzen. Soziale Welt (44) 1993, 1, 75–97; Bora, Alfons: Gesellschaftliche Integration durch Verfahren – Zur Funktion von Verfahrensgerichtigkeit in der Technikfolgenabschätzung und -bewertung. ZfRSoz (14) 1993, 1, 55–79; dort ließ sich beim »politischen Diskurs« dasselbe Phänomen beobachten.

<sup>51</sup> Darauf deuten Äußerungen von Personen aus den Umweltbewegungen anlässlich des Erörterungstermins nach § 18 GenTG in Northeim 1993 hin. Vgl. auch Rucht, Dieter: Gegenöffentlichkeit und Experten. Zur Institutionalisierung des Widerspruchs in Politik und Recht. ZfRSoz (9) 1988, 2, 290–305.

ben, in einem solchen Anhörungsverfahren auf Grund der rechtlichen Vorgaben zum Teil nicht untergebracht werden können – jedenfalls dann nicht, wenn sie über das Konkretistische des Antrags/Verfahrens hinausgehen, sich aufs Grundsätzliche beziehen und vorwiegend ethisch-moralischer oder politischer Natur sind. Oder man kann versuchen, eine Verschleppungstaktik einzusetzen: so sollen beispielsweise die Betreiber gentechnischer Vorhaben an einer wunden Stelle getroffen werden, indem man versucht, durch die Ausdehnung des Erörterungstermins die Freisetzung im laufenden Jahr zu verhindern. Diese und ähnliche Beobachtungen nähren den Verdacht, die oben genannten rechtlichen Funktionen des Erörterungstermins würden praktisch nicht erfüllt.

Mit Blick auf das Gentechnikrecht läßt sich diese Vermutung durch folgende empirische Beobachtungen weiter untermauern. Sie haben vorläufigen Charakter. Wenn sie sich systematisch erhärten lassen, zwingen sie gegenüber einzelnen rechtlich intendierten Funktionen zu gewissen Relativierungen:

ad 1. Informationsfunktion (Behörde): Es ist nur selten festzustellen, daß die betreffenden Fachbehörden neue entscheidungsrelevante Sachgesichtspunkte aus dem Erörterungstermin mitnehmen – auch dann, wenn auf der Einwenderseite Experten vertreten sind. Die Sachverhaltsermittlung beruht zum großen Teil auf gründlichen weltweiten Literaturrecherchen sowie auf Forschungserfahrungen der beteiligten Fachbehörden oder von Mitgliedern der ZKBS. Anders als beispielsweise im Bauplanungsrecht gibt es hier auch so gut wie kein standortbezogenes oder alltagsweltliches entscheidungsrelevantes Wissen, mit dem die Bürger die Verwaltung beeinflussen könnten.<sup>52</sup>

ad 2. Informationsfunktion (Bürger): Dieser Zweck wird sicherlich zu einem guten Teil erreicht – wenngleich mit oftmals erheblichem Aufwand, der sich vielleicht verringern ließe. Trotzdem sind Zweifel angebracht. Zwar läßt sich nicht bestreiten, daß im Erörterungstermin für viele Einwender die Möglichkeit besteht, Fragen zu stellen und sich detailliert unterrichten zu lassen. Sachkundige werden vor dem Hintergrund der ausgelegten Antragsunterlagen kritische Fragen stellen und vielleicht neue Aspekte erfahren können. Ob dies auch für diejenigen zutrifft, die weniger oder gar nicht mit der Materie vertraut sind, darf jedenfalls insoweit bezweifelt werden, wie es um die Risiken der Technik geht, für deren Einschätzung Expertenwissen – vielleicht nicht hinreichend, aber doch zumindest – unabdingbar ist.<sup>53</sup> Genauere Untersuchungen dazu liegen noch nicht vor.<sup>54</sup>

ad 3. Kontrollfunktion: Kontrolle benötigt Sachverstand. Auf dem vergleichsweise komplexen Gebiet der Biotechnologie wird nur derjenige mit den Fachbehörden mithalten, der sich Expertenwissen angeeignet hat, und zwar gerade auch im Bereich von unsicherem Wissen und Bewertungsspielräumen.<sup>55</sup> Vergleichbares gilt übrigens

<sup>52</sup> Dies legen erste Gespräche mit »Schlüsselpersonen« aus der Verwaltung nach den gentechnikrechtlichen Genehmigungsverfahren in Northeim und Germering nahe. Sie stellen freilich keinen empirischen Nachweis dar. Dieser kann nur durch eine genauere Analyse der Verhandlungen geführt werden.

<sup>53</sup> Auf dem Erörterungstermin in Northeim wollte ein – im übrigen keineswegs schlecht informierter – Einwender wissen, weshalb in einem Nichtbefallsgebiet virusresistente Rüben freigesetzt werden. Es gelang keinem der anwesenden Experten, ihm das zugrundeliegende Kontrollgruppen-Design begreiflich zu machen und ihm dadurch seine Befürchtung zu nehmen, durch die Freisetzung wurden Viren (!) eingeschleppt. Sicherlich lag das auch am mangelndem padagogischen Einfühlungsvermögen. Trotzdem weist der Vorfall auf ein ernstzunehmendes Problem hin.

<sup>54</sup> Immerhin gibt die im Rahmen der Speyerer/Karlsruher Studie durchgeführte Bevölkerungsumfrage einen Hinweis: verständlichere und zahlreichere Informationen stehen an erster bzw. dritter Stelle einer von den Befragten erstellten Wunschliste bezüglich Veränderungen im Genehmigungsverfahren. Speyerer Forschungsberichte 70/1 (Fn. 11), 361.

<sup>55</sup> Van den Daele, Wolfgang: Scientific Evidence and the Regulation of Technical Risks: Twenty Years of Demystifying the Experts. In: Stehr, Nico/Ericson, Richard V. (eds.): The Culture and Power of Knowledge. Inquiries into Contemporary Societies. Berlin, New York 1992, 323–340.

auch hinsichtlich der Rechtskenntnis, die nötig ist, um sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht mit Erfolg zu behaupten.<sup>56</sup> Beide Voraussetzungen sind in der Praxis wohl nur zum Teil erfüllt. Die Ausgestaltung von Erörterungsterminen müßte dies berücksichtigen.

ad 6. Legitimations- bzw. Akzeptanzfunktion: Hier ergeben sich Bedenken in zweierlei Hinsicht. Zum einen wird die Legitimationswirkung des Erörterungstermins stets von der Erfüllung der ersten drei Funktionen mit abhängen. Wenn sich dort bereits Hindernisse auftürmen, erscheint es zunehmend unwahrscheinlich, daß über die Öffentlichkeitsbeteiligung Vertrauen und Konsens erzeugt werden. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß die Auseinandersetzungen über neue Techniken mit grundsätzlichen Dissensen aufgeladen sind. Die daraus resultierende Tendenz zu Grundsatzdebatten und zur Präsentation fundamentaler Gegensätzlichkeiten wirkt sich regelmäßig konfliktverschärfend aus.<sup>57</sup> Aus mangelnder Information erwachsende überzogene Erwartungen an das Verfahren, gepaart mit der Erkenntnis, daß die entscheidenden Weichenstellungen schon im Vorfeld stattgefunden haben, tun ein übriges, um Frustration statt Akzeptanz zu erzeugen.

Dies bestätigen zahlreiche Kritiken, die bei der teilnehmenden Beobachtung dreier Erörterungstermine über Freisetzungsvorhaben im Jahre 1993 notiert wurden.<sup>58</sup> So war zum einen eine de-legitimierende Wirkung des Verfahrens zu erkennen, wenn – etwa konservativen Verrechtlichungs-Kritiken vergleichbar – die Kompliziertheit und Umständlichkeit staatlicher Entscheidungsprozesse angegriffen wurde. Zum anderen war auf Seiten mancher Einwender deutlich sichtbar die Enttäuschung und Wut über die Vernachlässigung ethischer und politischer Aspekte, über das »Zerreden« von Betroffenheit, über »bürokratische Winkelzüge«. Die de-legitimierende Wirkung des Verfahrens kam hier in komplementärer Form zur Geltung: ähnlich wie in gesellschaftskritisch motivierter Mißbilligung von Verrechtlungstrends wurde implizit behauptet, bürokratische Handlungsformen wirkten restriktiv gegenüber den freiheitsverbürgenden Grundrechtspositionen. Recht sei das Medium, mit dem Herrschaft gesichert werde.<sup>59</sup>

Insgesamt wird man also nicht flegen, wenn man dem Erörterungstermin eine grundlegende empirische »Funktionschwäche« attestiert. Denn nach allem, was man heute weiß, werden die rechtlich vorausgesetzten empirischen Wirkungen einer breiten Öffentlichkeitsbeteiligung nur sehr schlecht oder gar nicht erreicht.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Zahlreiche, zum Teil sehr emotional geführte Auseinandersetzungen über Verfahrensfragen scheinen weitgehend durch die Unkenntnis verfahrensrechtlicher Grundvoraussetzungen mitbestimmt zu sein. Zum Beispiel dürfte die Ansicht weit verbreitet sein, daß grundsätzlich alle Verfahrensfehler entscheidungserheblich und gerichtlich überprüfbar seien.

<sup>57</sup> Hoffmann-Riem/Rubbert 1984 (Fn. 30), 29 ff.; Gloede in Speyerer Forschungsberichte 70/2 (Fn. 11), 80; Bora/Dobert 1993 (Fn. 50).

<sup>58</sup> Vgl. Fn. 47.

<sup>59</sup> Dies ist bekanntlich auch die Grundthese bei Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns. Frankfurt/M. 1981, Band II, Kap. VIII, S. 522 ff.

<sup>60</sup> Daneben zeichnen sich latente Funktionen ab: der Erörterungstermin als »mediales« Forum der Selbstinszenierung und der Mobilisierung politischer Anhängerschaft.

Empirische Funktionsdefizite bleiben, wie die rasche Novellierung des GenTG beweist, nicht folgenlos. Die vorangegangenen Überlegungen haben überdies gezeigt, daß mit den rechtstatsächlichen Aspekten auch die dogmatische Begründung für eine breit angelegte Öffentlichkeitsbeteiligung im Erörterungstermin steht und fällt. Schließlich sollte nicht übersehen werden, daß auch die geschilderte »Temporalisierung« des materiellen Rechts ins Kreuzfeuer verfassungsrechtlicher Kritik geraten könnte, falls sich erweisen sollte, daß die in der Forderung nach dynamischen Rechtsschutz enthaltene »prozedurale Absicherung« ohne empirisches Korrelat bleibt. Dagegen läßt sich kaum einwenden, die Öffentlichkeitsbeteiligung sei zwar dysfunktional, was ihre manifesten rechtlichen Funktionen betreffe, sie sei aber ein nützliches Instrument politischen Handelns, erfülle also *andere* wichtige Funktionen. Das Rechtssystem wird dort kaum noch genügend legitimierte Entscheidungen produzieren und der Gesellschaft Konfliktregelungen abnehmen können, wo qua Öffentlichkeitsbeteiligung Legitimationsdefizite und Konfliktverschärfung entstehen. Es wird kaum zur gesellschaftlichen Integration beitragen, wo seine Mechanismen allem Anschein nach an den Differenzen zwischen unterschiedlichen Ansprüchen vorbei operieren. Es besteht also durchaus Anlaß, die vermuteten Funktionsdefizite ernstzunehmen.

Ob sich allerdings genau diejenigen rechtspolitischen Konsequenzen aus diesen Beobachtungen ableiten lassen, die der Gesetzgeber letztlich mit der Novellierung des GenTG gezogen hat, scheint mir durchaus fraglich zu sein. Denn in diesem Punkt herrscht m. E. zunächst noch erheblicher theoretischer und empirischer Aufklärungsbedarf. Schließlich kann man die skizzierten Befunde – falls sie sich empirisch verdichten lassen – auf zweierlei Art und Weise interpretieren, und zwar mit jeweils entgegengesetzten rechtspolitischen Konsequenzen.

So kann man die geschilderten Schwierigkeiten mit der Öffentlichkeitsbeteiligung damit erklären, daß die Annahmen über deren manifeste Funktionen zwar in abstracto zutreffen, aber durch mangelhafte Implementationsbedingungen in concreto unterlaufen werden, daß also in der Praxis die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht »richtig« realisiert wurde. In diesem Fall wäre an dem bisherigen gesetzlichen Modell im Prinzip festzuhalten gewesen. Es wäre dann über eine Verbesserung einzelner Elemente nachzudenken. Dieser Interpretation scheinen in einem vergleichbaren Kontext die Autoren der mehrfach zitierten Studie »Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten Großvorhaben« zuzuneigen.<sup>61</sup> Sie fordern im wesentlichen erweiterte Partizipationsmöglichkeiten innerhalb des etablierten Systems. Allerdings läßt sich einwenden, daß das gesamte Argument auf einer *petitio principii* aufbaut: auf der Annahme, daß Partizipation in der bisherigen Form (also etwa in der Form des § 18 GenTG a. F.) *per se* förderungswürdig sei. Diese Annahme kann aus dem dort erhobenen empirischen Material nicht wirklich erhärtet werden.

Zwar wird völlig zu Recht betont, daß der Erörterungstermin in erster Linie ein Kampf um die Festlegung der Kommunikationsstruktur sei.<sup>62</sup> Gruppen, die sich vornehmlich an »Einwegkommunikation« oder »positioneller Kommunikation« orientierten, so wird gesagt, stellten in erster Linie auf die bürokratische Rationalität des Verfahrens ab, das auf die Entscheidung zugeschnitten ist und nicht so sehr auf

<sup>61</sup> Vor allem: Speyerer Forschungsberichte Band 70, Gloede/Bechmann (Fn. 11); zum Erörterungstermin nach GenTG liegt keine vergleichbare empirische Literatur vor.

<sup>62</sup> Bechmann ebenda, 19 ff.

Werbung, Akzeptanzbeschaffung, Beteiligung der Bürger oder Legitimation. Die Rationalität moderner Verwaltung stütze sich gemäß dieser Sichtweise, so heißt es zutreffend, auf die funktionale Differenzierung der Gesellschaft, in der Entscheidung und Konsensbeschaffung regelmäßig auf unterschiedliche Subsysteme, nämlich auf Recht und Verwaltung im einen und Politik im anderen Fall verteilt sind. Nun wird aber gleichzeitig die Beobachtung von Schwierigkeiten im Erörterungstermin dazu benutzt, diese theoretische Beschreibung funktionaler Differenzierung und das zugrundeliegende theoretische Konzept anzugreifen. Alle im Gefolge von Öffentlichkeitsbeteiligung auftretenden Schwierigkeiten werden nicht als Folgeprobleme dieser »partizipatorischen Öffnung« des Rechts und damit einer *Entdifferenzierung* zwischen den gesellschaftlichen Teilsystemen, sondern als Ausdruck mangelnder Beteiligungschancen, also gewissermaßen als »Reste bürokratischer Strukturen« und damit als Auswirkung gesellschaftlicher *Differenzierung* interpretiert. Theoretisch ist dies allerdings nicht zwingend. Eventuelle Reibungsverluste infolge der Jeder-mann-Beteiligung lassen sich ebenso gut als Konsequenzen eines Entdifferenzierungsprozesses zwischen rechtlicher und politischer Rationalität beschreiben.<sup>63</sup> Dieses Argument kann zum einen aus demokratietheoretischer Perspektive untermauert werden. Demokratietheoretische Postulate einer »Öffnung« von Verwaltungsverfahren sind keineswegs neu. Man wird aus diesem Grunde nicht umhin können, zuerst einmal zu prüfen, ob nicht vieles von dem, was beispielsweise Scharpf vor beinahe einem Viertel Jahrhundert völlig zu Recht eingefordert hat,<sup>64</sup> mittlerweile schon in die Praxis umgesetzt ist. Und darüber hinaus: ob nicht falsch plazierte Partizipationsforderungen auf Errungenschaften moderner Gesellschaften zurück-schlagen, funktional ausdifferenzierte Teilsysteme über deren Tragfähigkeit hinaus belasten und damit letztendlich gesamtgesellschaftlich desintegrieren. Man könnte also versucht sein zu fragen: welches sind »die rechtlichen Kosten der Politik«? Deshalb erscheint es angebracht, die Frage nach den Modernisierungschancen moderner Gesellschaften in einem radikaleren Sinne zu stellen als die erwähnte Karlsruher/Speyerer Studie, nämlich ohne sich bereits mit der Problemstellung auf Rationalitäts- und Legitimitätsunterstellungen einzulassen, deren Anteil an empirisch zu beobachtenden Problemlagen man doch gerade untersuchen will.<sup>65</sup> Zum anderen sprechen auch folgende Gesichtspunkte für eine differenziertere Beurteilung der empirischen Funktionen von Erörterungsterminen: Wenn wir vorläufig einmal mit Gerhards und Neidhardt von der Annahme ausgehen, Öffentlichkeit sei als intermediäres soziales System zu begreifen, dessen Funktion in der Vermittlung zwischen Politik und anderen Teilsystemen der Gesellschaft besteht,<sup>66</sup> so wird leicht

<sup>63</sup> Vgl. etwa Luhmann, Niklas: *Partizipation und Legitimation: Die Ideen und die Erfahrungen*. In: ders.: *Soziologische Aufklärung* 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft. Opladen 1987, 152–160.

<sup>64</sup> Scharpf hatte 1970 in »Die politischen Kosten des Rechtsstaats« für eine Übernahme einiger Aspekte des US-amerikanischen Verwaltungsverfahrens pladiert. Scharpf, Fritz: *Die politischen Kosten des Rechtsstaats. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*. Tübingen 1970.

<sup>65</sup> Davon geht auch Offe aus, der in manchen Details zu ähnlichen Annahmen gelangt wie die hier vorgestellten Überlegungen: Offe, Claus: *Die Utopie der Null-Option. Modernität und Modernisierung als politische Gütekriterien*. In: Berger, Johannes: *Die Moderne – Kontinuitäten und Zasuren*. Göttingen 1986, 97–119. Ganz anders dagegen Habermas (Habermas, Jürgen: *Fakultät und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt/M. 1992, 527), der im Zusammenhang mit administrativer Normbildung meint: »Die Anzeichen einer Erosion des Rechtsstaates signalisieren gewiß Krisentendenzen; was sich darin manifestiert, ist jedoch eher die unzureichende Institutionalisierung rechtsstaatlicher Prinzipien als eine ausweglose Überforderung der komplexer gewordenen Staatstätigkeit durch diese Prinzipien« – eine vielleicht doch etwas vorschnelle Behauptung angesichts kontrovers diskutierter empirischer Fragen.

<sup>66</sup> Gerhards, Jürgen/Neidhart, Friedhelm: *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit. Fragestel-*

ersichtlich, daß diese Funktion im Verhältnis zum Rechtssystem möglicherweise auf ganz unterschiedlichen Wegen erfüllt werden kann. Deswegen ist es mit Forderungen nach der Beibehaltung der alten Form oder nach einer Ausdehnung der Öffentlichkeitsbeteiligung ebensowenig getan wie mit der ersatzlosen Streichung des Erörterungstermins. Man muß zunächst einmal auf abstraktem Niveau sehen, daß es hier verschiedene, funktional äquivalente Lösungen geben könnte: man kann auf Information bzw. Transparenz setzen, auf Partizipation im Sinn von echter Mitbestimmung, auf indirekte Kontrolle über die öffentliche Meinung (Massenmedien), auf direkte politische Steuerung (ministerielle Erlasse in der einen und Informationspflichten in der anderen Richtung) usw. Diese funktionalen Äquivalente unterscheiden sich ihrerseits in mehreren Ebenen: sie tendieren entweder zu Differenzierung zwischen der Politik und anderen Systemen oder zu Entdifferenzierung, zu Flexibilität des Vermittlungsprozesses oder zu Rigidität usw. Das heißt, sie werden jeweils in mehr oder minder weitem Umfange geeignet sein, das Rechtssystem bei der Entscheidung über neue Technologien zu unterstützen.

Es ist also auch eine von der oben erwähnten Position abweichende Interpretation denkbar: nämlich daß die Funktionsbeschreibungen des Erörterungstermins grundlegend korrekturbedürftig seien. Wenn dies der Fall sein sollte, wird weiter zu prüfen sein, ob die Abschaffung der Öffentlichkeitsbeteiligung in rechtlichen Verfahren dieser Art der einzige gangbare Weg war oder ob es Möglichkeiten gibt, den verfassungsrechtlich und demokratietheoretisch begründeten Partizipationsgedanken in geeigneteren Formen und Foren zu realisieren.<sup>67</sup>

Das Problem scheint speziell im Falle der Gentechnik darin zu bestehen, daß der prinzipielle Dissens um technikpolitische Optionen nicht durch rechtlich-administrative Verfahren allein zu integrieren ist. Die gravierende Frage ist dann, wie denn der fundamentale Widerspruch, der »Wertkonflikt« abgearbeitet werden kann. Ins Verwaltungsverfahren passe er nicht, so wird verschiedentlich vermutet.<sup>68</sup> Das Gleiche gilt aber auch für manche »alternative Konfliktlösungsverfahren« wie etwa die Mediation: eine der wesentlichen Voraussetzungen für ihre Anwendung ist nach allgemeiner Ansicht das Vorliegen eines Interessenkonflikts, der Spielraum für Verhandlungslösungen läßt und nicht durch fundamentale Gegensätze blockiert wird.<sup>69</sup> Wenn sich tatsächlich diese beiden Wege als Sackgassen erweisen sollten, müßte dann die Gesellschaft an diesem Punkt auf Integrationsleistungen verzichten? Oder sollten alternative Formen der Bürgerbeteiligung wie beispielsweise Politikdialoge, partizipatorische Technikfolgenabschätzungen oder »Runde Tische« in Erwägung gezogen werden? Wie ließen sich solche Formen von einem »prozeduralen« Recht nutzen? Hier sind, wie mir scheint, die zentralen Fragen noch ungeklärt.

»Partizipation innerhalb des Verwaltungsverfahrens in der früheren Form oder andere bzw. ergänzende Formen der Jedermann-Beteiligung?«, das ist die strittige Konsequenz der empirischen Funktionsprobleme, wenn man aus den dargelegten normativen Gründen die direkte, mündliche Öffentlichkeitsbeteiligung nicht voll-

lungen und Ansätze. In: Müller-Dohm, Stefan/Neumann-Braun, Klaus, Hrsg.): Öffentlichkeit, Kultur, Massenkommunikation. Oldenburg 1991, 31–89.

67 Erste Überlegungen zur integrativen Funktion von Technikfolgenabschätzungen: Bora 1993 (Fn. 50).

68 Ganz im Gegensatz zu Vilhelm Auberts vielzitiertem Aufsatz »Competition And Dissensus«, der noch davon ausgegangen war, Wertkonflikte seien typischerweise ein Fall für das Recht: Aubert, Vilhelm: Competition and dissensus: two types of conflict and of conflict resolution. Journal of Conflict Resolution (7) 1963, 1, 26–42 (30 ff.).

69 Zilleßen/Barbian 1992 (Fn. 46), 17; Susskind, Lawrence E./MacMahon, Gerard: Theorie und Praxis ausgetauschter Normsetzung in den USA. In: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.): Konfliktbewältigung durch Verhandlungen. Band 1. Baden-Baden 1990, 67–95 (83 ff.). Vgl. auch Goldberg, Stephen/Green, Eric D./Sander, Frank E. A.: Dispute Resolution. Boston/Toronto 1985, Kap. II.

ständig zu den Akten legen will. Um das Non-Liquet zwischen den beiden diskutierten Interpretationsweisen aufzulösen, ist zunächst eine rechtssoziologische Untersuchung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Anhörungsverfahren und speziell im Erörterungstermin angebracht.<sup>70</sup> Es sollte geklärt werden, welche sozialen Strukturen sich dort de facto entwickeln, die möglicherweise für das Recht latent bleiben und sich in nicht intendierten und kontraproduktiven Effekten niederschlagen. In einem zweiten Schritt könnte dann untersucht werden, welche rechtlichen und sozialen Formen sich denken lassen, in denen die bewahrenswerten Elemente einer direkten, mündlichen Partizipation realisiert werden könnten, ohne daß man zwangsläufig alte Fehler wiederholen müßte.

<sup>70</sup> Der Verfasser führt am Wissenschaftszentrum Berlin in Kooperation mit der Freien Universität Berlin und mit finanzieller Förderung durch die VW-Stiftung ein erstes Projekt zur Untersuchung der Erörterungstermine in drei gentechnikrechtlichen Genehmigungsverfahren durch. Dabei werden insbesondere auch mögliche »Schnittstellen« zu Verfahren der Technikfolgenabschätzung überprüft.