

Fehlercode im System der Normkonkretisierung? Demokratische Verantwortlichkeit als Korrektiv der Legitimationsdefizite privater Normkonkretisierungen

*Benedikt Huggins**

Inhaltsübersicht

I.	Problemaufriss	316
II.	Theoretische Vorüberlegungen	317
1.	Aktueller Diskurs	317
2.	Normkonkretisierung	318
III.	Grundsätze der Normungsarbeit	319
1.	Zweck und Eigenschaften von Normungen	319
2.	Normungsarbeit	320
a)	Zusammensetzung der Normausschüsse	320
b)	Beschränkte Zugriffsmöglichkeiten auf Normungen	321
IV.	Einfluss der Normungsarbeit am Beispiel der Straßenbeleuchtung	321
1.	Skizze des Rechts der Straßenbeleuchtung	322
2.	Würdigung am Beispiel der Straßenbeleuchtung	323
V.	Rechtlich vermittelte Bindungswirkung	324
1.	Regelvermutungen	324
2.	Gerichtliche Überprüfung	325
3.	Verstetigungs- und Dynamisierungseffekte	326
VI.	Verfassungsrechtliche Würdigung	326
1.	Problemstellung	326
2.	Rechtfertigung	328
3.	Kritik	329

* Der Autor dankt Antonia Paulus, Johannes Gallon, Isabel Lischewski und Odile Ammann für wertvolle Anregungen und Hinweise.

VII. Lösungsvorschläge	331
1. Öffentlichkeit der Normungen	332
2. Sichtbarkeit normativer Regelungen	333
VIII. Synthese	334
1. Herstellung von Verantwortungszusammenhängen	334
2. Rechtliche Umsetzung	336
3. Fazit	336

I. Problemaufriss

Gesetzliche Vorschriften sind notwendigerweise unbestimmt. Um die Anwendung im Einzelfall zu erleichtern, werden Normkonkretisierungshilfen erarbeitet. Letztere werden oftmals nicht von demokratisch legitimierten Organen geschaffen, wodurch sich die Tür öffnet, Partikularinteressen im Wege der Normkonkretisierung ins Recht zu kodieren. Exemplarisch zeigt sich das an den technischen Regelwerken (i. F. Normungen)¹ privater Normungsorganisationen wie das Deutsche Institut für Normung e. V. (i. F. DIN). Der Beitrag beschreibt die Mechanismen, mithilfe derer private Interessen ins Recht kodiert werden können. Diese rechtlichen Mechanismen verursachen ein Problem demokratischer Legitimation und lassen sich bildhaft als „Fehlercode“ beschreiben. Als Antwort hierauf werden die Öffentlichkeit und die Sichtbarkeit normativer Regelungen untersucht. Eine aktuelle Debatte aufgreifend werden die Vorschläge aus einem deliberativen Demokratieverständnis heraus entwickelt. Dabei soll nicht das Wort gegen außerjuridischen Sachverstand bei der Normkonkretisierung erhoben werden. Die Lösungsvorschläge zielen vielmehr auf die Stärkung demokratischer Verantwortlichkeit ab.

1 Zuweilen wird der Begriff „Standard“ oder, ohne Differenzierung, „Norm“ gebraucht, dazu *Masubr*, *Europarechtliche Grenzen der Tätigkeit von Normungsorganisationen*, 2019, S. 35 – 40; vgl. auch Art. 2 Nr. 1 VO (EU) Nr. 1025/2012, wobei in der englischen Sprachfassung wiederum „Standard“ verwendet wird; zu den jeweiligen Normungstypen *Fellner*, *Normung für alle*, 2021, S. 69 – 73.

II. Theoretische Vorüberlegungen

1. Aktueller Diskurs

Über Defizite demokratischer Verantwortlichkeit wird, besonders in der Politikwissenschaft,² lebhaft diskutiert.³ Hervor sticht die Untersuchung von Schäfer und Zürn,⁴ die eine demokratische Regression in Form mangelnder Responsivität der Parlamente und der Verschiebung von Entscheidungskompetenzen auf nicht-majoritäre Institutionen feststellen.⁵ Nicht-majoritäre Institutionen sind beispielsweise Zentralbanken, Gerichte, aber auch private Normungsorganisationen, die nicht demokratischen Auswahl- und Entscheidungsprozessen unterliegen. Ein weiterer, zum Teil überschneidender,⁶ Diskursstrang befasst sich mit den Einflüssen wirtschaftlicher Akteure. Aus der Perspektive der Rechtswissenschaften beschreibt Pistor, wie Anwält:innen das Recht kodieren, um Kapitalinteressen Privater durchzusetzen.⁷

Legt man diese Diagnosen zugrunde, drängt sich die Frage auf, ob und welche Mechanismen im Öffentlichen Recht privaten Wirtschaftsinteressen zu Lasten demokratischer Verantwortlichkeit zur Durchsetzung verhelfen. Die Problembeschreibungen der demokratischen Regression und der Kodierung von Kapitalinteressen ins Recht überschneiden sich dort, wo Rechtserzeugung mit mangelnder demokratischer Legitimation

2 Przeworski, *Krisen der Demokratie*, 2020, S. 102 – 106; Heitmeyer, *Autoritäre Versuche*, 2018, S. 177 – 203; ambivalent Manow, *(Ent-)Demokratisierung der Demokratie*, 2020, S. 58 – 70, 121 – 132; Levitsky/Ziblatt, *How Democracies Die*, 2018.

3 Der juristische Diskurs konzentriert sich auf die europäische Rechtsstaatlichkeitskrise, dazu Bogdandy, in: Kadelbach (Hrsg.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, 2018, S. 23 – 35; zuvor Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 43 – 48; zu parlamentarischen Erosionstendenzen Huber, in: Botha/Schaks/Steiger (Hrsg.), *Das Ende des repräsentativen Staates?*, 2016, S. 293 (302 f.); umfassender Ginsburg/Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2020.

4 Schäfer/Zürn, *Die demokratische Regression*, 2021.

5 Dies., *Die demokratische Regression*, 2021, S. 89 – 114; ähnlich Grimm, in: Brenner/Huber/Möstle (Hrsg.), *FS Badura*, 2004, S. 156 – 168; zum Begriff der Entparlamentarisierung Ruffert, *DVBl* 2002, 1145; zur Responsivität Unger, *Verfassungsprinzip* (Fn. 3), S. 80 – 84; gegen die Responsivität Hilbert, *Die Informationsfunktion von Parlamenten*, 2022, S. 257 – 261 (im Erscheinen).

6 Schäfer/Zürn, *Regression* (Fn. 4), S. 138 – 147.

7 Pistor, *The Code of Capital*, 2019, insb. S. 158 – 182.

auf wirtschaftlich geprägte und strukturell ungleiche Interessenskonflikte trifft.⁸

2. Normkonkretisierung

Normkonkretisierungen sind typischerweise ein Rechtsanwendungsproblem. Hier soll nicht die notwendige Unschärfe von Rechtsbegriffen,⁹ die Kluft von Normbegriff und Anwendung betrachtet werden.¹⁰ Vielmehr richtet sich der Blick auf die gesetzliche Regelungsdichte.¹¹ Eine geringe Regelungsdichte zeigt sich beispielhaft im Immissionsschutzrecht, wo die anlagenbezogenen Pflichten von „schädlichen Umwelteinwirkungen“ gem. §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 S. 1 und § 3 Abs. 1 BImSchG tatbestandlich abhängig sind und sich der Umfang der Pflichten für genehmigungsfreie Anlagen weitgehend nach dem „Stand der Technik“ bestimmt.¹²

Diese gesetzliche Ausgestaltung im Immissionsschutzrecht ist gewollt.¹³ Der Normtext ist insoweit undefiniert, dass er eine Lücke, eine Leerstelle, enthält,¹⁴ die sich nicht anhand juristischer Methodik, sondern nur durch

-
- 8 Zumeist wird das Problem verfassungsrechtlich im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie behandelt, wodurch aber die strukturell ungleichen Interessenkonflikte aus dem Blick geraten, vgl. *Schröder*, in: Schulte (Hrsg.), *Handbuch des Technikrechts*, 2. Aufl., 2011, S. 237 (240 – 243); kritischer *Lübbe-Wolff*, ZG 1991, 219 (232 – 237), die eine „subkonstitutionelle oder parakonstitutionelle Aushöhlung“ (S. 233) thematisiert.
 - 9 Ausführlich *Poscher*, FS Wahl, 2011, S. 527 (528 m. w. N.).
 - 10 *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2016, § 11 Rn. 23.
 - 11 Vgl. zu verfassungsrechtlichen Anforderungen im europäischen Verfassungsvergleich *Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, S. 175 – 177; die Besonderheit hier mag hierin liegen, dass das Ideal der gesetzlichen Regelungsdichte mangels exekutiver und somit demokratisierter Befassung nicht greift; vgl. dazu auch *Möllers*, *Die drei Gewalten*, 2008, S. 124.
 - 12 Dazu *Lamb*, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, 1995, S. 43 – 46.
 - 13 *Koch/Hofmann*, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), *Handbuch Umweltrecht*, 5. Aufl., 2018, § 4 Rn. 97; vgl. zur Diskussion bei der Einführung des BImSchG *Ebinger*, *Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik*, 1993, S. 100 – 110.
 - 14 *Marburger* spricht von Strukturbedingungen, *Marburger*, *Regeln der Technik*, 1979, S. 32 – 39; ähnlich *Haltern*, *Europarecht und das Politische*, 2005, S. 92 – 96, der Recht als Speichermedium versteht; zur Unterscheidung von Output (Normanwendung), Impact (Wirkung einer Maßnahme) und Outcome (län-

Rückgriff auf außerjuridische Maßstäbe schließen lässt.¹⁵ Der einbezogene Sachverstand beschränkt sich nicht auf die Einspeisung von Wissensbeständen, sondern integriert auch politisch wertende Elemente.¹⁶ Diese außerjuridischen Erwägungen modifizieren, rechtlich vermittelt (vgl. V.), die abstrakt-generelle Bindungswirkung der fraglichen Norm, indem bestimmt wird, wie der Begriffsinhalt und der Begriffsumfang zu verstehen sind. Die Normkonkretisierung ist, auch wenn sie durch Private wie das DIN geschaffen wird, daher mittelbar *rechtserzeugend*.¹⁷

III. Grundsätze der Normungsarbeit

1. Zweck und Eigenschaften von Normungen

Grundsätzlich intendieren private Normungsorganisationen die allgemeine Anwendung von Normungen.¹⁸ Ziel ist nicht oder nicht allein, im Sinne einer Selbstregulierung etwa die Vergleichbarkeit der Produkte zu sichern. Normungen sollen primär eine Entlastungsfunktion erfüllen, also normative Vorgaben entwickeln, die dann von staatlichen Organen nicht mehr erzeugt werden müssen.¹⁹ Das DIN bezeichnet die Funktion von Normungen explizit als Deregulierung.²⁰ Dabei ähneln Normungen Normtexten auch strukturell, insbesondere werden an den Wortlaut der Normungen unterschiedliche Bindungserwartungen geknüpft, die sich in

gerfristige Wirkungen) *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 2016, 1 (5); zur Lückenhaftigkeit außerjuridischen Wissens ebd., S. 10 f.

15 Prägnant *Hoffmann-Riem* (Fn. 14), 7; zur Wertungsabhängigkeit ebd., S. 18.

16 *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 167.

17 Dagegen *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 48 – 50, der diese für einen bloßen „Unterfall der Sachverständigenberatung der Verwaltung“ hält.

18 DIN (Hrsg.), Deutsche Normungsstrategie, 2017, S. 10; Nr. 8.1 DIN 820–1:2014–06.

19 *Schulte*, in: Rengeling (Hrsg.), Umweltnormung, 1998, S. 165, 166 f.; ferner *Stein*, in: Huggins/Herrlein et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021, S. 349 (362).

20 Vgl. <https://www.din.de/de/ueber-normen-und-standards/nutzen-fuer-die-oeffentliche-hand/deregulierung> (letzter Aufruf am 31.3.2022); ebenso zur Abwendung staatlicher Aufsicht oder Regelung in historischer Betrachtung *Marburger*, Technik (Fn. 14), S. 151 f.; für das Regulierungsrecht *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1 (12 f.); a. A. *Ebinger*, Rechtsbegriff (Fn. 13), S. 202 – 204.

„müssen“, „sollen“, „dürfen“ oder „können“ ausdrücken.²¹ Normungstexte sind dadurch der juristischen Methodik zugänglich, ohne dass Normungen eo ipso rechtliche Bindungswirkungen erzeugen.

2. Normungsarbeit

a) Zusammensetzung der Normausschüsse

Normungen werden in sog. Normausschüssen erarbeitet. Nach den Zielen des DIN stehen die Ausschüsse neben wirtschaftlichen Akteuren, z. B. Herstellervertreter:innen, auch anderen Personenkreisen offen.²² Die offene Konzeption spiegelt sich aber in der Realität nicht wider. Das DIN hat für 62 der 69 Ausschüsse die Zusammensetzung der Gremien nach Zugehörigkeitsgruppen veröffentlicht (s. Tabelle).²³

Zugehörigkeit der Mitglieder	Anteil der Sitze (Median) ²⁴
Wirtschaft	75,5 %
Wissenschaft und Forschung	6,5 %
Anwender	6 %
Öffentliche Hand	4,5 %
Arbeitsschutz	1 %
Verbraucherschutz	0 %
Gewerkschaft	0 %
Nichtregierungsorganisationen	0 %
Umweltschutz	0 %

Tabelle 1: Besetzung der Normausschüsse nach Zugehörigkeit der Mitglieder

Dabei zeigt sich eine frappierende Dominanz wirtschaftlicher Akteure. Dies ist nicht nur mit Blick auf die Mehrheitsbildung und Gegenmachtbildung in den Gremien problematisch.²⁵ Vielmehr sind Einwirkungsmög-

21 Tab. 3 bis 6 DIN 820-2:2020-03.

22 DIN (Hrsg.), Normungsstrategie (Fn. 18), S. 11; Art. 5 VO (EU) Nr. 1025/2012; vgl. zudem *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 1997, 160 (205 f.).

23 Abrufbar unter <https://www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse> (letzter Aufruf am 31.3.2022).

24 Die größte Abweichung zwischen der Berechnung des Durchschnitts vom Median beträgt 1,9 %.

25 Gleiches gilt für die öffentliche Hand, die nur wenige Vertreter:innen entsendet, BT-Drs. 19/21252, S. 9 f.

lichkeiten von Gruppen, die Allgemeininteressen vertreten, insbesondere den hier interessierenden Umweltschutz, faktisch nicht existent. Dieser Befund widerspricht deutlich der öffentlichen Kommunikation und der Strategie des DIN, eine „breite Beteiligung aller Stakeholder“ sicherzustellen.²⁶

b) Beschränkte Zugriffsmöglichkeiten auf Normungen

Problematisch ist ferner, dass Normungen öffentlich kaum zugänglich sind. Sie unterliegen dem urheberrechtlichen Schutz, den die DIN auch ernst verfolgt.²⁷ Eine Normung besteht aus mehreren Teilen, die jeweils ca. 50 – 300 € kosten. Dadurch werden den Bürger:innen, im Ansatz gebilligt von der Rechtsprechung,²⁸ erhebliche Kosten auferlegt, um Normungen überhaupt erst lesen zu können.²⁹ Zwar besteht die Möglichkeit, an sog. Normen-Infopoints Einsicht in die Regelwerke zu nehmen. Ausdrucke und Kopien sind aber mit Verweis auf das Urheberrecht nicht erlaubt, Notizen i. d. R. nur handschriftlich.³⁰ Dadurch werden erhebliche Zugangshürden installiert, die Interessierte eine vertiefte Befassung mit den Normungsinhalten faktisch unmöglich macht.³¹

IV. Einfluss der Normungsarbeit am Beispiel der Straßenbeleuchtung

Die zuvor beschriebenen Probleme wirken sich auch auf die jeweiligen Normkonkretisierungshilfen, d. h. auf die Ergebnisse der Normungsarbeit, aus. Inwieweit Normungen die Anwendung des Rechts modifizieren, wird

26 DIN (Hrsg.), Normungsstrategie (Fn. 18), S. 11; vgl. dazu auch die nicht durchsetzbare Selbstverpflichtung in 5.4 DIN 820-1:2014:06.

27 Dazu *Waechter*, NVwZ 2013, 1251 (1252 – 1256).

28 Im Falle des gesetzlichen Verweises OVG Schleswig, Urt. v. 11.8.2011 – 2 LB 2/11, juris, Rn. 50 – 62; ebenfalls kritisch *Waechter* (Fn. 27), 1256; zum Kostenmodell EuG, Urt. v. 14.7.2021 – T-185/19, juris, Rn. 65.

29 Die Transparenzverpflichtungen gem. Art. 4 VO (EU) Nr. 1025/2012 berechtigen Einzelne nicht.

30 *Meurers/Beye*, DÖV 2018, 59 (60); *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: *Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg* (Hrsg.), UrhG, § 5 Rn. 30, wonach die rein körperliche Zurverfügungstellung von Normungen nicht mehr zeitgemäß ist.

31 Anders BVerwG, Urt. v. 27.6.2013 – 3 C 21/12, NJOZ 2013, 1754 (Rn. 24 f.), mit dem Argument, dass auch Gesetze und Verordnungen nicht kostenfrei zugänglich seien. Dies trifft nicht (mehr) zu; vgl. bereits *Guckelberger*, DVBl 2007, 985; *Strohmeier/Garmisch*, DÖV 2019, 478 (481 – 483).

nachfolgend am Beispiel der Straßenbeleuchtung untersucht. Straßenbeleuchtungen sind als etwas Alltägliches praxisrelevant, wirtschaftlich bedeutsam, jedoch gleichzeitig gesetzlich kaum geregelt.³² Das Beispiel interessiert, weil technische Fragen (wie gelingt z. B. Hinderniswahrnehmung und Energieeffizienz) und politische Fragen (wie sollen Ortsteile bei Nacht aussehen) zusammenfallen. Letztere werfen auch Zielkonflikte auf, wenn beispielsweise soziale Sicherheitsbedürfnisse und der Schutz von Fledermäusen austariert werden müssen. Das Beispiel betrifft den zuvor genannten Kulminationspunkt (s. II. 1.), wonach die Probleme dort entstehen dürften, wo Rechtserzeugung mit mangelnder demokratischer Legitimation auf wirtschaftlich geprägte und strukturell ungleiche Interessenskonflikte trifft.

1. Skizze des Rechts der Straßenbeleuchtung

Die gesetzlichen Anforderungen sollen hier nur kurz umrissen werden. Einzelnen steht kein Rechtsanspruch auf die Beleuchtung zu. Zwar gilt in einigen Bundesländern eine straßenrechtliche, innerörtliche Beleuchtungspflicht,³³ die zumeist als kommunale Aufgabe der Daseinsvorsorge ausgestaltet ist.³⁴ Die Pflicht steht aber unter dem Vorbehalt der finanziellen Zumutbarkeit und wirkt nur im Verhältnis zwischen Kommune und Aufsichtsbehörde; sie stellt kein subjektiv öffentliches Recht dar.

Hingegen ist eine von störendem Licht Betroffene geschützt. §§ 1004 Abs. 1, 906 Abs. 1 S. 2 BGB greifen innerhalb der Verbundfunktion von öffentlichem und privaten Recht auf die immissionsschutzrechtlichen Vermeidungs- und Minimierungspflichten des § 22 Abs. 1, § 3 Abs. 1, 6 BImSchG zurück.³⁵ Daneben werden zudem haftungsrechtlich die Verlet-

32 Zur (unbedeutenden) Ausnahme des § 23 Abs. 4 BNatSchG Huggins/Zimmermann, DVBl 2022, 20 (24 f.); zu innerörtlichen Beleuchtungspflichten (vgl. IV. 1.) zur wirtschaftlichen Bedeutung *Deutscher Städte- und Gemeindebund* (DStGB), Kommunale Beleuchtung 2017, S. 3.

33 Vgl. § 41 Abs. 1 S. 1 StrG BW, Art. 51 Abs. 1 S. 1 BayStrWG, § 51 Abs. 1 SächsStrG; als Teil der Straße vgl. § 7 Abs. 5 BerlStrG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 BremLStrG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 HambWG.

34 Axer, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 6 Rn. 79; Huggins/Schlacke, Schutz von Arten vor Glas und Licht, 2019, S. 162 f.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 15.9.1989 – 8 C 4/88, NVwZ 1990, 374 (376).

35 Schlacke, VVDStRL 2020, 169 (185 – 207, insb. 193); ferner Brückner, MüKo BGB, 8. Aufl., 2020, § 906 Rn. 20 f.

zung von Verkehrssicherungspflichten im Rahmen der §§ 823 Abs. 1 und 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG diskutiert, wenn haftungsbegründend eine nicht ausreichende Beleuchtung geltend gemacht wird.³⁶ Eine Pflichtverletzung liegt nur im Ausnahmefall vor, da die Dunkelheit ein allgemeines Lebensrisiko ist, auf das sich Nutzer:innen einstellen müssen.³⁷ Schließlich verpflichten insbesondere Regelungen des Naturschutzrechts zur Begrenzung der Beleuchtung, etwa um Zugvögel, vom Alpenstrandläufer bis zum Zwergsäger, vor tödlichen Anlockwirkungen des Lichts zu schützen.³⁸

2. Würdigung am Beispiel der Straßenbeleuchtung

Für Straßenbeleuchtungen ist in Deutschland die partiell europäisch harmonisierte Normung, die DIN EN 13201,³⁹ für Österreich die CEN/TR 13201-1 und für die Schweiz die SNR 13291 maßgeblich. Dabei regeln die Normungen weniger die Standsicherheit der Lichtmasten. Vielmehr werden Beleuchtungsparameter je nach Verkehrsweg, Nutzungsart und Verkehrssituation formuliert. Kern der Vorgaben sind Mindesthelligkeitswerte. Diese sind deutlich höher als die durchschnittlichen Werte bestehender Altanlagen.⁴⁰ Die Vorgaben sind maßgeblich aus der Perspektive der Kraftfahrzeugfahrenden gedacht und weniger technisch als gestalterisch. Die Vermeidung nachteiliger Wirkungen wird zwar berücksichtigt, jedoch sind entsprechende Maßnahmen – nach der Konzeption der Normung – unverbindlich und dürfen die Mindesthelligkeitswerte nicht unterschreiten.

Die gesetzlich verbindlichen Schutz- und Vermeidungspflichten des Immissions- und Naturschutzrechts und des daran anknüpfenden privaten Umweltrechts werden in der Normung als unverbindlich dargestellt. Demgegenüber deklariert die Normung Mindesthelligkeitswerte für verbindlich, obwohl der Kommune ein weiter Entscheidungsspielraum zusteht oder die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten den Ausnahmefall darstellt. Stellt man die gesetzlichen Anforderungen denen der Normung

36 Sauthoff, *Öffentliche Straßen*, 3. Aufl., 2020, Rn. 726.

37 Huggins/Schlacke, *Schutz* (Fn. 34), S. 195.

38 Dies., *Schutz* (Fn. 34), S. 84 – 111.

39 Für Fußgängerüberwege findet DIN 67523 Anwendung; nicht unmittelbar anwendbar ist dagegen die LAI-Licht-Richtlinie der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (Hrsg.), *Hinweise zur Messung, Beurteilung und Minderung von Lichtimmissionen*, 2014.

40 Vgl. Kyba/Kuester/Kuechly, *IJSL* 2017, DOI: 10.26607/ijsl.v19i2.79.

gegenüber, ist ein Gegensatz zu konstatieren, der fast schon eine Umdeutung der rechtlichen Vorgaben erkennen lässt.

V. Rechtlich vermittelte Bindungswirkung

Grundsätzlich steht es dem DIN frei, Norminterpretationsangebote kostenpflichtig anzubieten. Da Normungen über drei Mechanismen rechtlich kodiert werden und so Bindungswirkungen entfalten, werden ihnen eine überragende Bedeutung attestiert,⁴¹ die dem rein privatrechtlichen Charakter entgegensteht.⁴²

1. Regelvermutungen

Erstens wird eine Bindungswirkung erzeugt, indem das Recht durch Technik- und Rezeptionsbegriffe eine Vermutungsregel aufstellt, wonach derjenige, der die Anforderungen der Normung erfüllt, sich auch rechtskonform verhält.⁴³ Prototypisch ist die Bezugnahme auf den „Stand der Technik“;⁴⁴ der in § 3 Abs. 6 BImSchG als Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen zur Vermeidung oder Ver-

41 Schmidt-Preuß, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2021, § 26 Rn. 56.

42 Vgl. bereits BVerwG, Urt. v. 29.8.1961 – I C 14/61, NJW 1962, 506 (507), indem technischen Regeln zwar keine Rechtsnormqualität aber faktische Bindungswirkungen zugeschrieben werden.

43 BVerwG, Beschl. v. 30.9.1996 – 4 B 175/96, juris, Rn. 5, wonach für die DIN-Normen eine „tatsächliche Vermutung“ gilt, dass sie „einer objektiven Kontrolle standhalten“; noch deutlicher OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.5.2012 – 23 U 80/11, juris, Rn. 7, wonach DIN-Normen anerkannte Regeln der Technik darstellten, was auf einer wörtlichen Übernahme der Normungsintention (vgl. III. 1.) gem. Nr. 8.1 DIN 820-1:2014-06 beruhen dürfte; Lübke-Wolff, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 2, 1990, S. 87 (93 – 96); in Bezug auf die Regelvermutung kritisch Seibel, NJW 2013, 3000 (3002); ferner Giesberts/Gayger, NVwZ 2019, 1491 (1492).

44 Zur sog. Drei-Stufen-Lehre von „allgemein anerkannte Regeln der Technik“, „Stand der Technik“ und „Stand von Wissenschaft und Technik“ BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (135 f.); zum Gleichlauf des Begriffs „Stand der Technik“ mit dem unionsrechtlichen „Best Available Techniques“ (BVT) Feldhaus, NVwZ 2001, 1 (5); zum Unionsrecht Ebricke, EuZW 2002, 746 (749 f.); Kapoor/Klindt, EuZW 2008, 649 (650).

minderung von Umweltauswirkungen und zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus definiert ist. Solche Regelungen finden sich an vielen Stellen des Vergabe-, Umwelt- und Zivilrechts. Die unbestimmten Rechtsbegriffe fungieren insoweit als Leerstelle, welche die Inhalte der Normung rezipieren und so rechtlich kodieren.⁴⁵

2. Gerichtliche Überprüfung

Zweitens werden Normungen bei der Rechtsanwendung herangezogen, etwa um zu bestimmen, wann eine schädliche Umwelteinwirkung i. S. d. § 3 Abs. 1 BImSchG vorliegt. Zwar sind die Rechtsbegriffe vollständig gerichtlich überprüfbar. Ebenso dürfen Normungen nicht unkritisch übernommen werden.⁴⁶ Allerdings trifft die Überprüfung auf faktische Grenzen, weil Normungen nicht verfügbar sind oder im Rahmen eines einzelnen Gerichtsverfahrens nicht vollständig rationalisiert und einer fachlich-kritischen Überprüfung unterzogen werden können.⁴⁷ Die Wirkung entspricht den sog. Funktionsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit,⁴⁸ die ein Dilemma erzeugen: Mangels Überprüfbarkeit und Alternativen werden Normkonkretisierungen privater Organisationen akzeptiert und der Norminterpretation zugrunde gelegt.⁴⁹ Konkretisierungshilfen erlangen dadurch mittelbare Bindungswirkungen, insbesondere wenn Berufungs- und Revisionsinstanzen auf sie rekurren.

45 Zur Inkorporationstheorie *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 85 m. w. N.

46 Deutlich BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 33-35/83, NJW 1987, 2886 (2888), allerdings wurden die Erwägungen nur geringfügig aufgegriffen.

47 In Bezug auf Verwaltungsbehörden *Vofßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (295); vgl. ferner *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 2010, 211 (241 f.).

48 *Ludwigs*, DÖV 2020, 405 (411).

49 Als faktische Alternativlosigkeit bezeichnend *Ludwig*, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, 1998, S. 276 f.; *Lübbe-Wolff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 2, 1990, S. 87 (94).

3. Verstetigungs- und Dynamisierungseffekte

Versteht man Recht als Erwartungsstabilisierung,⁵⁰ erlauben Normungen drittens, die Zeitorientierung zu beeinflussen. Private können durch Überarbeitung der Normungen den Inhalt der Leerstellen modifizieren und damit einen Dynamisierungseffekt erreichen. Dies ermöglicht es dem DIN, den Inhalt der Rechtsnormen zu steuern, ohne die zuständigen Organe zur Rechtssetzung motivieren zu müssen.⁵¹ Aus juristischer Perspektive erfolgt dies prima facie auch ohne sichtbare Rechtsänderung.

Die Dynamisierung mag ein Ziel des Technikrechts sein.⁵² Interessant ist jedoch, dass der Mechanismus es gleichzeitig erlaubt, an Verstetigungseffekten zu partizipieren. Diese treten ein, wenn öffentlich-rechtliche Zulassungsentscheidungen in Bestandskraft erwachsen und Adressat:innen vor Rechtsänderungen schützen. Auf diesem Wege können Unternehmen, die Beleuchtungen unterhalten, einer veränderten Rechtslage die Zulassungsentscheidung entgegenhalten.⁵³ Zudem sind Normungen weniger instabil als Rechtsverordnungen, da Gerichte über die Einzelfallanwendung, nicht aber über die Verwerfung von Normungen entscheiden. Die Zusammenschau dieser Effekte zeigen die Gestaltungsoptionen, die es Privaten ermöglicht, einschlägige Vorschriften zu „mastern“.⁵⁴

VI. Verfassungsrechtliche Würdigung

1. Problemstellung

Grundsätzlich stellt sich ein demokratisches Legitimationsproblem. Denn die Normkonkretisierung verläuft nicht entlang der demokratischen Legitimationskette,⁵⁵ ausgehend von den in Art. 20 Abs. 2 GG vorgesehenen Wahlen. In diesem Sinne erfolgt sie nicht stufenweise ausgehend vom Gesetz über Rechtsverordnungen usw. – bildlich gesprochen: von oben –,

50 So *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995 [Nachdr.], S. 125 – 131.

51 *Hoffmann-Riem* (Fn. 14), 18.

52 *Battis/Gusy*, Technische Normen im Baurecht, 1988, S. 101 – 104.

53 Zu Nach- oder Umrüstungspflichten für Straßenbeleuchtungen § 41a Abs. 1 S. 3 BNatSchG n. F., dazu *Huggins/Zimmermann* (Fn. 32), 26 f.

54 In Anlehnung an „Masters of the code“, *Pistor*, Code (Fn. 7), S. 158 – 167.

55 BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (182); *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl., 2004, § 24 Rn. 11 f.

sondern durch Bezugnahme nicht demokratisch legitimierter Institutionen – um im Bild zu bleiben: von unten –, wodurch sich die Möglichkeit ergibt, private Interessen an majoritären Institutionen und deren Kontrollmechanismen vorbei ins Recht zu kodieren.⁵⁶ Normkonkretisierungen durch private Normungsorganisationen sind auch nicht – hierin liegt der Unterschied zu Instrumenten der Verwaltung – in der verfassungsrechtlichen Konzeption der Normerzeugungsdelegation des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG enthalten. Eine Subdelegation, wie Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG gestattet, liegt hier nicht vor, sodass eine demokratische Legitimation von Normungen insoweit ausscheidet. Die gesetzlichen Rezeptionsbegriffe vermögen ebenfalls keine Legitimation zu stiften. Nach der Delegationstheorie ist der Verantwortlichkeitszusammenhang zwischen Legitimationsobjekt und -subjekt nur so stark wie die Verantwortlichkeitsverhältnisse in den einzelnen Delegationsbeziehungen, die den Verantwortlichkeitszusammenhang vermitteln.⁵⁷ Das Demokratieprinzip ist dementsprechend als Prozess kontinuierlicher Rückkoppelung zu verstehen.⁵⁸ Da die Rezeptionsbegriffe keinen Adressaten kennen, ist die Rückkoppelung und der Verantwortlichkeitszusammenhang durchbrochen.

Die Entscheidungen der privaten Normungsorganisationen sind auch legitimationsbedürftig.⁵⁹ Demokratie ist als Herrschaftsform Freier und Gleicher konzipiert.⁶⁰ Damit einher geht, dass die Demokratie als Laienherrschaft⁶¹ keine besondere Sachkenntnis als Voraussetzung zur Mitentscheidung verlangt.⁶² Entscheidungen, die Expertengremien überantwortet

56 Neben der privatverbandlichen Standardsetzung ist auch eine halbstaatliche oder exekutivische Standardsetzung möglich, dazu *Kloepfer*, in: Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 151 (182 – 186); vgl. zur stufenweisen Konkretisierung *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 112.

57 *Ström*, European Journal of Political Research 2000, 261 (276).

58 BVerfG, Urt. v. 2.3.1977 – 2 BvE 1/76, BVerfGE 44, 125 (139 f.); *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2006, § 6 Rn. 19.

59 BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 33-35/83, NJW 1987, 2886 (2888); zu einem theoretischen Bagatellvorbehalt *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 174 – 177; für eine verminderte demokratische Legitimation bei Aufgaben mit geringem Entscheidungsgehalt BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (74).

60 *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2015, Art. 20 Rn. 61; ausführlich zu den Komponenten demokratischer Legitimation *Jestaedt*, Kondominalverwaltung (Fn. 17), S. 267 – 285.

61 *Münkler*, Expertokratie, 2020, S. 285.

62 *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 81 m. w. N.

werden, stehen somit zum Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis. Nicht verschwiegen werden soll, dass hierin auch ein Gleichheitsproblem in Form privilegierten Zugangs zum Ausdruck kommt,⁶³ welches hier nur aus demokratischer Perspektive als Defizit der Selbstherrschaft freier und gleicher Bürger berücksichtigt werden soll.⁶⁴

2. Rechtfertigung

Zur Rechtfertigung des Legitimationsdefizits werden im Kern zwei Argumente ins Feld geführt. Das erste Argument basiert auf der Privatautonomie und der über Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Vereinigungsfreiheit.⁶⁵ Demnach genießen private Organisationen wie das DIN die Freiheit, Selbstregulierungen vorzunehmen. Eine Beschränkung ließe sich nicht rechtfertigen, da die rechtssetzenden Organe, wenn sie mit den freiwilligen Normungen nicht einverstanden sind, entsprechende Rechtsakte erlassen können.⁶⁶

Das zweite Argument zielt darauf ab, dass die Entlastung staatlicher Rechtssetzungsorgane eine Beteiligung gesellschaftlicher Akteure erfordere.⁶⁷ Mitunter wird mit Verweis auf die scheinbar objektive Entscheidungsqualität oder sachgerechte Aufgabenwahrnehmung eine Abschwächung des Demokratieprinzips für zulässig gehalten.⁶⁸ Entsprechend sei eine Demokratisierung gesellschaftlicher Macht, ausdrücklich auch die Normset-

63 Münkler, Expertokratie (Fn. 61), S. 311 – 313; zur Bedeutung des sonst wenig beachteten Republikprinzips Wallerath, DÖV 2021, 905.

64 Möllers, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 52 f.; Böckenförde, Handbuch (Fn. 55), § 24 Rn. 35 – 48; dagegen Trute, Grundlagen (Fn. 58), § 6 Rn. 25.

65 Götz/Lukes, Zur Rechtsstruktur der Technischen Überwachungs-Vereine, 2. Aufl., 1980, S. 42 – 44; Battis/Gusy, Baurecht (Fn. 52), S. 220 – 222; Schmidt-Preuß, Handbuch (Fn. 41), § 26 Rn. 55, der die Freiheitsausübung für legitimen Eigennutz bei gleichzeitiger Gemeinwohlförderung hält; ders. (Fn. 22), 203 f.

66 Kloepfer, Handbuch (Fn. 56), S. 186 f.

67 Zur Öffnung des Demokratieprinzips gegenüber dem „organisierten Sachverstand“ bzw. Expertiseaspekten Münkler, Expertokratie (Fn. 61), S. 289; zur Ko- und Selbstregulierung Spindler/Thorun (Fn. 20), 11 f.; Di Fabio, VVDStRL 1997, 235 (238 –241); begründend Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 249, der von einer „Osmose“ von Staat und Gesellschaft“ spricht.

68 BVerfG, Urt. v. 28.1.2014 – 2 BvR 1561-4/12, BVerfGE 135, 155 (Rn. 158); BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5, 6/98, BVerfGE 107, 59 (91).

zungsakte privater Normungsverbände,⁶⁹ nicht verfassungsrechtlich gefordert.⁷⁰

3. Kritik

Die genannten Rechtfertigungsargumente sind nicht überzeugend. Hinsichtlich der Vereinigungsfreiheit handelt es sich bei Normungen nicht um Selbstregulierung. Selbstregulierung ist ein regulatorischer Prozess auf Industrieebene, in welchem Regeln und Standards für ebenjene Industrie gesetzt werden.⁷¹ Wie das Beispiel der Straßenbeleuchtung zeigt, bestimmen Normungen über die Reichweite der immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten des § 22 Abs. 1 S. 1 BImSchG, da die Anlagenbetreiberin zuvörderst zur Einhaltung des „Stand[s] der Technik“ verpflichtet ist.⁷² Die Intention der Normung, die allgemeine Anwendung, sowie die rechtlich vermittelte Bindungswirkung führen zu Fremdregulierung,⁷³ konkret zur rechtlichen Inkorporation privater Regelsetzung.⁷⁴ Diese reicht über eine Selbstbindung der Industrie hinaus, sodass eine Verletzung von Art. 9 Abs. 1 GG nicht in Betracht kommt.⁷⁵

Hinsichtlich des zweiten Arguments überzeugt die allegorische Bezugnahme auf „die Gesellschaft“ und die beschränkte demokratische Konzeption über die parlamentarische Legitimationskette⁷⁶ nicht. Sie ignoriert, wie selektiv die Beteiligung an der privaten Normungsarbeit ausgestaltet ist (vgl. III.). Zudem wird das Vorfeld staatlicher Entscheidungsfindung durch fachliche Foren ausgeblendet, deren Pfadabhängigkeiten und Impli-

69 Ausdrücklich *Schmidt-Aßmann*, AÖR 1991, 329 (342).

70 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 69), 339; *Pistor* weist indes darauf hin, dass Private, obwohl sie auf die Durchsetzung ihrer Regeln durch den Staat vertrauen können, geringeren Anforderungen unterliegen, *Pistor*, Code (Fn. 7), S. 222.

71 *Gunningham/Rees*, Law and Policy 2002, 363 (364 f.).

72 *Jarass*, in: ders. (Hrsg.), BImSchG, 13. Aufl., 2020, § 22 Rn. 43 f.; *Huggins*, I + E 2020, 10 (15).

73 Zudem laufen Sanktionsandrohung bei Nichteinhaltung der Selbstregulierungsverpflichtungen bei Normen ins Leere, da letztere von Dritten angewendet werden, vgl. dazu *Gunningham/Rees* (Fn. 71), 400 f.

74 Vgl. *Huyse/Parmentier*, Journal of Consumer Policy 1990, 253 (260).

75 Zur externen Vereinigungstätigkeit *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2015, Art. 9 Rn. 45.

76 Die Kette amtlicher Bestellsaktes angesichts des geringen demokratischen Nutzens als entbehrlich ansehend *Britz*, VerwArch 2000, 418 (423).

kationen nicht erfasst werden.⁷⁷ Es ist daher vorzugswürdiger, dem ein breiter konzipiertes Demokratieverständnis entgegenzustellen.⁷⁸

Dies trägt auch das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG, das einen ausreichenden Verantwortungszusammenhang zwischen staatlichem Handeln und dem Willen der Bürger:innen verlangt.⁷⁹ Entscheidend ist die Sicherstellung eines „effektiven Einfluß[es] auf die Ausübung von Staatsgewalt“⁸⁰ und die Verhinderung einer „Verantwortungsverdünnung“⁸¹. Dabei entnimmt auch das Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz kein monistisches Demokratieverständnis,⁸² wonach das Parlament den Sammelpunkt der demokratischen Legitimation bildet. Vielmehr ermöglicht es der Prinzipiencharakter der Demokratie, auf verschiedene und auch neue Legitimationsmodi zurückzugreifen,⁸³ wie auf „Akzeptanz, Partizipation, Garantie von Entscheidungsrichtigkeit, Öffentlichkeit [und] Effizienz“.⁸⁴ Insbesondere außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung ist das Demokratieprinzip offen für andere Formen demokratischer Legitimation.⁸⁵

77 Münkler, Expertokratie (Fn. 61), S. 297; ähnlich Zeccola/Pfleiderer, DÖV 2021, 59 (65 f.); zur Übernahme von Normungen in Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen Lübke-Wolff (Fn. 8), 227; zur mangelnden Überwachungsfunktion des Staates Lamb, Gesetzeskonkretisierung (Fn. 12), S. 186 – 188, 253 f.

78 Vgl. zur Diskussion um das individualistische-pluralistische Demokratieverständnis Unger, Verfassungsprinzip (Fn. 43), S. 75 – 82.

79 Böckenförde, in: Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber (Hrsg.), FS Eichenberger, 1982, S. 314 f.; Möllers, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 49; Jestaedt, Kondominialverwaltung (Fn. 17), S. 46, der – anders als hier vertreten – nur auf den Endpunkt des Entscheidungsprozesses abstellt.

80 BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (2. Ls.).

81 Wallerath (Fn. 63), 912; Voßkuhle (Fn. 47), 298.

82 BVerfG, Urt. v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15 – 2/15, BVerfGE 150, 1 (99); BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., juris, Rn. 260.

83 BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 u. a., BVerfGE 89, 155 (182), mit dem Hinweis, dass die Verantwortungsbeziehung auf verschiedene Weise hergestellt werden kann; Münkler, Expertokratie (Fn. 61), S. 290 f.; zum Legitimationsniveau BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (72).

84 Dreier, GG (Fn. 60), Art. 20 (Demokratie) Rn. 114; ähnlich Trute, Grundlagen (Fn. 58), § 6 Rn. 13, 45, 53 f., 66; allerdings dürfte die Aufzählung ebenso Elemente der Legitimität enthalten.

85 BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5, 6/98, BVerfGE 107, 59 (91); Münkler, Expertokratie (Fn. 61), S. 291.

VII. Lösungsvorschläge

Derzeit wird als Antwort auf die erwähnten Defizite unter anderem die Stärkung demokratischer Öffentlichkeiten diskutiert. Insbesondere wird empfohlen, Mini-Öffentlichkeiten zu schaffen – wobei sich die Begründungen dafür unterscheiden – und die öffentliche Kontrolle von nicht-majoritären Institutionen zu verbessern.⁸⁶ Nachfolgend wird eine Antwort aus der Perspektive eines deliberativen Demokratieverständnisses entwickelt,⁸⁷ wie es unter anderem *Lafont* vertritt,⁸⁸ wonach es der Abkürzung über Expertenforen nicht bedarf.⁸⁹ Diese Betrachtung unterscheidet sich von anderen dadurch, dass nicht nach staatlicher Einflussnahme, sondern nach demokratischer Beteiligung an der Normungsarbeit gefragt wird.

Eine Begründung wäre auch ohne Bezugnahme auf ein deliberatives Demokratieverständnis möglich.⁹⁰ Der Vorteil dieses Ansatzes besteht aber darin, dass sich die juristische Normkonkretisierung so demokratisch betrachten lässt. Deliberation basiert auf dem „zwanglosen Zwang des besseren Arguments“.⁹¹ Dem folgt auch die Normkonkretisierung, die gemäß der juristischen Methodik Rationalisierungsprozessen und -regeln unterworfen ist. Beispielhaft dafür ist die Entkräftung der Regelvermutung von Technikbegriffen durch gute Gründe. Sie fragt nach der inhaltlichen Rechtfertigung der vorgefundenen Konkretisierung einer Norm. Aus dieser Perspektive sind eine Reihe von rechtsstaatlichen und demokratischen verfassungsrechtlichen Erwägungen denkbar. Die Untersuchung konzentriert sich auf zwei Aspekte, nämlich auf die *Öffentlichkeit* der Normungen und die *Sichtbarkeit* normativer Regelungen.

86 *Schäfer/Zürn*, Regression (Fn. 4), S. 210 – 214.

87 Dazu *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 60 – 62 m. w. N.; zur ergänzenden Funktion der Partizipation, BverfG, Ur. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 (u. a.), BverfGE 123, 267 (369); zur Legitimation von expertokratischen Öffentlichkeiten wie der Kohlekommission *Zeccola/Pfleiderer* (Fn. 77), 64 – 68.

88 *Lafont*, Unverkürzte Demokratie, 2021.

89 Aufgrund des losen Verantwortungszusammenhangs bei staatlicher Einflussnahme auf Normungsorganisationen erscheint eine Stärkung des exekutiven Einflusses nicht hilfreich, so aber *Marburger*, Technik (Fn. 14), 1979, S. 605; *Battis/Gusy*, Baurecht (Fn. 52), S. 19 u. 34 – 42.

90 Beispielhaft mit rechtsstaatlicher Begründung *Meurers/Beye* (Fn. 30).

91 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1998 [Nachdr.], S. 370.

1. Öffentlichkeit der Normungen

Der Zwang des besseren Arguments setzt dessen Kenntnis und Nachvollziehbarkeit voraus. Gesetze sowie deren Materialien, einschließlich der Sachverständigengutachten, sind online zugänglich.⁹² Ebenso wird von staatlichen Beratungen, Leitfäden und Fachkonventionen erwartet, dass diese ihre Ergebnisse begründen und so überprüfbar machen. Normungen sind hingegen weder öffentlich frei zugänglich, noch begründet. Bevor aber Begründungspflichten diskutiert werden können, bedarf es der Öffentlichkeit der Normungen. Mit Blick auf den urheberrechtlichen Schutz ist diese Frage umstritten.⁹³ Derzeit ist vor dem EuGH ein Verfahren anhängig, in dem für die Öffentlichkeit mit den Argumenten gestritten wird, dass harmonisierte Normungen als Teil des Unionsrechts⁹⁴ keinem urheberrechtlichen Schutz unterlägen und der „freie Zugang zum Gesetz“ gem. Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1049/2001 Vorrang haben müsse.⁹⁵

Dem zugrunde liegen dürfte indes die Frage, ob der Regelungsinhalt in verfassungswidriger Weise der demokratischen Öffentlichkeit entzogen wird.⁹⁶ Die installierten Zugangshürden, von Normungen überhaupt Kenntnis zu nehmen, führen zu einer Entkoppelung von der demokra-

92 Oldenburg, Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen 2009, S. 93 – 98, 205 – 208; noch ablehnend, aber de lege ferenda befürwortend Stöhr, NJW 1999, 1440; zur Debatte um die Verständlichkeit in der Corona-Pandemie Herbert, VerBlog v. 4.3.2021; ferner BverfG, Beschl. v. 22.11.1983 – 2 BvL 25/81, BverfGE 65, 283 (291), wonach die Kenntnismöglichkeit des Bürgers „nicht in unzumutbarer Weise erschwert sein“ darf.

93 Am Beispiel des Baurechts Waechter (Fn. 27), 1251; zur wörtlichen Aufnahme einer Normung in einen Bebauungsplan BverfG, Kammerbeschl. V. 29.7.1998 – 1 BvR 1143/90, juris, Rn. 32 – 34.

94 Harmonisierte Normungen werden, anders als nationale Normungen, im Amtsblatt (der EU) veröffentlicht; als solche sind sie Teil des Unionsrecht, dazu EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-613/14, juris, Rn. 40.

95 EuGH, Gerichtsinformationen v. 23.9.2021 – C-588/21, juris; zuvor ablehnend EuG, Urt. v. 14.7.2021 – T-185/19, juris, Rn. 93 – 104: Das Gericht erkennt den Zugang zu Normungen nicht als öffentliche Interessen i. S. d. Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1049/2001 an. Allerdings kann bei Straßenbeleuchtung ein öffentliches Interesse bereits wegen „Informationen zu Emissionen in die Umwelt“ i. S. d. Art. 6 Abs. 1 S. 2 VO (EG) Nr. 1367/2006 betroffen sein.

96 In Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip Meurers/Beye (Fn. 30), 62 f.; Strohmeier/Garmisch (Fn. 31), 481; zur grundlegenden Bedeutung der freien Willensbildung BverfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BverfGE 7, 198 (208); Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als legitimationsbezogenes Zuordnungsprinzip Möllers, Gewaltengliederung (Fn. 56), S. 399.

tischen Öffentlichkeit und zu einer Verkürzung demokratischer Willensbildung,⁹⁷ da die kleinteiligen Regelungen vom Gesetzgeber auf das expertokratische, für private Interessen aber anfällige Forum der privaten Normungsorganisation verschoben wird. Normungen und ihre Entwürfe müssen daher, wie andere öffentliche Normen auch, kostenfrei zur Verfügung stehen.⁹⁸ Die Konzeption der Normen-Infopoints, wo Normungen eingesehen werden können, erlaubt eine solche Befassung nicht und entspricht nicht mehr den Anforderungen der Informationsgesellschaft des 21. Jahrhunderts.⁹⁹

Dies dürfte auch die Untersuchungsgegenstände der Rechtswissenschaften beeinträchtigen. Es steht zu vermuten, dass die Zugangshürden den Grund bilden, weshalb sich Rechtswissenschaftler:innen kaum *in concreto* mit Normungen beschäftigen. Es verwundert daher nicht, dass Leitfäden, Fachkonventionen usw., die zumeist frei verfügbar sind, inhaltlich rezipiert werden, DIN-Normungen hingegen nicht.

2. Sichtbarkeit normativer Regelungen

Die Möglichkeit, Normungsinhalte hinterfragen zu können, setzt neben der Verfügbarkeit voraus, dass die rechtliche Bedeutung der Normung ersichtlich ist. Wie das Beispiel der Straßenbeleuchtung zeigt, steht zu vermuten, dass Rezipienten der fraglichen DIN-Normung nicht erwarten, dass die Normung von den gesetzgeberischen Entscheidungen erheblich abweicht. Schließlich ist die Divergenz, selbst wenn der Text der Normung zur Verfügung steht, nicht ersichtlich, da die rechtlichen Bezugspunkte unklar bleiben. Die Nomenklatur des DIN von „müssen“ oder „dürfen“ können sogar die tatsächlichen rechtlichen Bindungswirkungen verschleiern.

97 Vgl. bzgl. Informationszugangsrechten *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., 2013, § 50 Rn. 162 – 169; ähnlich *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 12. Aufl., 2021, § 4 Rn. 179, die die Verfügungsmöglichkeit über Informationen als Machtfrage charakterisieren; eine Kenntnismöglichkeit für ausreichend erachtend BVerwG, Beschl. v. 29.7.2010 – 4 BN 21/10, NVwZ 2010, 1567 (Rn. 13); zur Publizitätsanreizen *Wolff*, Anreize im Recht 2021, S. 135 – 138.

98 Ausführlich *Meurers/Beye* (Fn. 30).

99 Ähnlich *Ablberg/Lauber-Rönsberg*, UrhG (Fn. 30), § 5 Rn. 30; dazu *Gröschner*, VVDStRL 2004, 344 (358, m. w. N.).

Es mangelt daher an der *Sichtbarkeit* normativer Regelungen.¹⁰⁰ Normungen müssen also kenntlich machen, welche rechtlichen Anforderungen konkretisiert werden. Die Sichtbarkeit adressiert dabei eine spezifische Problemstellung, da insbesondere (Rechts-) Anwender:innen und außerjuridische Sachkundige¹⁰¹ Schwierigkeiten haben dürften, zu erkennen, wann Normungen in Widerspruch zu Rechtsvorschriften geraten.

Zudem stellt sich die Kontrollfrage, ob erkennbar ist, welche normativen Steuerungswirkungen von dem jeweiligen Regelwerk ausgehen.¹⁰² Auch diese Sichtbarkeit ist wesentlich. Denn die Normativität der Normkonkretisierung bestimmt darüber, wer Adressat der Deliberation ist (dazu sogleich).

VIII. *Synthese*

Die zuvor genannten Anforderungen an die Öffentlichkeit und Sichtbarkeit bilden grundlegende Voraussetzungen für eine demokratische Öffentlichkeit.¹⁰³ Aus einer deliberativen Perspektive sind damit Vorbedingungen gegeben, um private Normungsorganisationen dem zwanglosen Zwang des besseren Arguments auszusetzen. Dies dürfte umso mehr gelten, wenn Begründungspflichten für die erarbeiteten Normungsergebnisse implementiert werden.

1. *Herstellung von Verantwortungszusammenhängen*

Verantwortungszusammenhänge entstehen – auf diese dürfte es ankommen – durch Rechtfertigungslasten, mit denen private Normungsorganisationen konfrontiert werden. Diese können fachlicher und rechtlicher Natur sein, ohne dass sie sich eindeutig voneinander trennen lassen. Ob

100 *Lafont*, Demokratie (Fn. 88), S. 275 f.; ähnlich *Münkler*, Expertokratie (Fn. 61), S. 296, wonach die Implikationen der Expertise klar sein müssen und die Möglichkeit bestehen muss, diese zu hinterfragen.

101 Zur Rezeption außerjuridischer Wissensbestände im Recht *Hoffmann*, in: Huggins/Herrlein et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht 2021, S. 29 (30 – 33).

102 Zur Problembeschreibung „doppelt-dynamischer“ Verweise OVG Schleswig, Ur. v. 11.8.2011 – 2 LB 2/11, juris, Rn. 47 – 51.

103 Ähnlich *Hilbert*, Informationsfunktion (Fn. 5), S. 263 – 266 (im Erscheinen), der Informationen (des Parlaments) als Voraussetzung des Legitimationseinspeisemechanismus identifiziert.

ein fachliches oder rechtliches Argument vorgebracht wird, ist aber für den jeweiligen Verantwortungszusammenhang von Bedeutung.

Man kann mit guten Gründen der Überzeugung sein, dass Detailfragen, wie die der Straßenbeleuchtung, in (offenen) Expertenforen entschieden werden sollen. Aber die Entscheidung darüber lässt sich erst treffen, wenn die normativen Konsequenzen überblickt werden können. Denn prima facie technische Fragen lassen sich politisieren. Und diese Politisierung ist, worauf Möllers zurecht hinweist, ebenfalls eine politische Entscheidung.¹⁰⁴ Dies zeigt sich in der Corona-Pandemie besonders deutlich. Vor Beginn der Pandemie wurde über die Frage, ob eine Atemschutzmaske (etwa vor giftigen Stäuben) notwendig ist, in sachverständigen Gremien entschieden.¹⁰⁵ Im Verlauf der Pandemie wurde das Tragen einer Maske politisiert und schließlich gesetzlich geregelt.¹⁰⁶ Hierbei wurden fachliche Fragen parallel zu rechtlichen verhandelt, die nicht nur an fachliche Akteure, sondern auch an rechtserzeugende Organe gerichtet waren.¹⁰⁷ Dadurch erweitern sich die Verantwortungszusammenhänge und erlauben die Partizipation an politischen Prozessen.¹⁰⁸

Insgesamt können Verantwortungsbeziehungen zwei wesentliche Effekte verursachen. Erstens stellt die Rechtfertigungslast privater Normungsorganisationen ein Legitimationsmodus für die Normkonkretisierungsleistungen dar. Zweitens werden (verbleibende) Legitimationsdefizite abgefedert, indem Normungen der demokratischen Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und an demokratisch verantwortliche Organe rückgekoppelt werden können.¹⁰⁹

104 Möllers, *Gewalten* (Fn. 11), S. 127.

105 Vgl. für die persönliche Schutzausrüstung von Arbeitnehmer:innen Art. 4 Richtlinie 89/656/EWG und § 4 ArbSchG, zur Konkretisierung durch technische Normungen *Kobte*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 5. Aufl., 2021, § 174 Rn. 17 – 40; vgl. ferner DGVU Regel 112 – 190.

106 Vgl. § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG, dazu *Kießling*, in: dies. (Hrsg.), *IfSG*, 2. Aufl., 2021, § 28a Rn. 34 – 37.

107 Vgl. *Lafont*, *Demokratie* (Fn. 88), S. 290, die als Gegenbild von „blinder Regelbefolgung“ spricht.

108 Eine solche Rückanbindung dürfte manchen Vorschlägen von *Schäfer* und *Zürn* nahekommen, *Schäfer/Zürn*, *Regression* (Fn. 5), S. 204 f., 213 f.

109 Ähnlich für die Verfassungsinterpretation *Häberle*, *JZ* 1975, 297; dieser Zugriff dürfte sich überschneiden mit *Lafont*, *Demokratie* (Fn. 88), S. 380 – 402, die die Verfassungsgerichtsbarkeit als Partizipation an der Verfassungswirklichkeit versteht; zur Normbefolgung ebd. (S. 54 f.); ferner *Funke*, in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019, S. 201 (218 – 220).

2. Rechtliche Umsetzung

Ein gesetzlich ausgestaltetes Verfahrensrecht, wie Normkonkretisierungen von privaten Normungsorganisationen erarbeitet werden, wäre sicherlich wünschenswert. Die beiden genannten Anforderungen lassen sich indes implementieren, indem die Vermutungswirkungen der Rezeptionsbegriffe und die Bezugnahme im Gerichtsverfahren von der Einhaltung dieser Anforderungen abhängig gemacht werden.¹¹⁰ Damit könnte es gelingen, das defizitäre System der Normkonkretisierung, den „Fehlercode“, zu verbessern und der Verantwortungsverdünnung entgegenzuwirken.

3. Fazit

Erstens zeigt das Beispiel der Straßenbeleuchtung, wie die als Leerstellen bezeichneten gelockerten Gesetzbindungen genutzt werden können, um Interessen in das Recht zu kodieren. Wichtiger dürften, zweitens, die Legitimationsdefizite sein, die sich in der rechtlichen Rezeption privatverbandlicher Normungen wie des DIN widerspiegeln. Die Mechanismen der Regelvermutungen, der faktischen Grenzen gerichtlicher Kontrolle sowie die Verstetigungs- und Dynamisierungseffekte können die Legitimationsdefizite nicht lösen; vielmehr leisten sie der Entkoppelung von der demokratischen Öffentlichkeit Vorschub. Drittens kann zur Lösung auf die aktuellen demokratietheoretischen Reformdebatten Bezug genommen werden. Innerhalb der Gestaltungsräume des Art. 20 Abs. 2 GG können aus der Perspektive eines deliberativen Demokratieverständnisses Strategien, wie die hier diskutierte Öffentlichkeit und Sichtbarkeit, Treiber demokratischer Verantwortlichkeit sein. Öffentlichkeit und Sichtbarkeit bilden ein wichtiges Instrument, um Legitimationsdefiziten privater Normkonkretisierungsleistungen zu begegnen, indem private Normungsorganisationen demokratisch verantwortlich gemacht und an demokratisch verantwortliche Organe rückgekoppelt werden können. Gelänge die Umsetzung, könnten Normkonkretisierungen sich zu einem demokratischen Gewinn mausern.

110 Vgl. *Pistor*, Code (Fn. 7), S. 222 – 225, die auf die Notwendigkeit staatlicher Durchsetzung privater Interessen mithilfe der Kodierung hinweist.