

Exekutive Entscheidungen und Partizipation: Verbesserung der Steuerungsfähigkeit des Staates und der Legitimität staatlichen Handelns?

Jan Ziekow

A. Grundlagen

Wenn es um die Frage geht, ob die Partizipation an exekutiven Entscheidungen die Steuerungsfähigkeit des Staates und die Legitimität staatlichen Handelns verbessern kann, sind mit den drei Begriffen „Legitimität“, „Steuerungsfähigkeit“ und „Partizipation“ drei Grundkategorien der Staatslehre angesprochen, die sich in verschiedener Weise konfigurieren lassen: Kategorial lassen sie sich als Bedingungen von Herrschaft verstehen: Verschafft nach *Max Weber* Legitimität Herrschaft Geltung,¹ so lässt sich das Paradigma der Steuerungsfähigkeit als Effektivitätsbedingung und Partizipation als Modus von Herrschaft begreifen. Ein anderes Verständnis wäre ein Kausalmodell: Partizipation erhöht die Steuerungsfähigkeit, die ihrerseits Effektivitätsbedingung von Herrschaft ist. Die Zusammenhänge könnten allerdings auch alternierend gewertet werden im Sinne einer katechontischen Funktion von Partizipation gegenüber dem Effizienz- und Effektivitätspostulat des Steuerungsparadigmas, gleichsam in einem Wettbewerb als Faktoren von Legitimität.

Erschwerend tritt hinzu, dass alle drei Begriffe einen hohen Verdichtungsgrad aufweisen, sich hinter ihnen gleichsam Welten verbergen:

I. Legitimität

Die Uferlosigkeit der Diskussion um die Kategorie der Legitimität im vorliegenden Beitrag bändigen zu wollen, ist von vornherein aussichtslos. Ganz darauf verzichten lässt sich gleichwohl nicht, selbst wenn man sich mit dem auf einer Meta-Ebene angesiedelten Minimalkonsens beruhigt,

1 Vgl. *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, S. 16.

dass Legitimität das Gerechtfertigtsein von Herrschaft bezeichnet. Zu unterscheiden sind zunächst empirische von normativen Zugängen.

Fokussiert man auf einen empirischen Zugang, also die Frage der sozialen Anerkennung, der Unangefochtenheit von Herrschaft,² so stellt sich das Folgeproblem der Gründe der Unangefochtenheit: Akzeptanz im Sinne von Zustimmung oder Unterwerfung im Sinne von Fügsamkeit?

Ein normativer Zugang formuliert Legitimität als Anspruch an eine politische Ordnung, in der juristischen Spielart in der Regel auf der Basis allgemeinverbindlicher Prinzipien.³ Beherrschend ist dabei in der deutschen Staatsrechtslehre die Verknüpfung von Legitimität mit der Staatsform der Demokratie.⁴ Kristallisationspunkt ist in diesem Denken das Parlament, dem alle wesentlichen Entscheidungen vorbehalten sind und über das die Legitimation der Ausübung aller Formen von Staatsgewalt vermittelt wird.⁵ Die „ununterbrochene Legitimationskette“ ist nachgerade „Strukturmoment“ dieses Verständnisses.⁶ Das Parlament repräsentiert in diesem Modell nicht nur das Volk und vermittelt die notwendige Legitimation für die Ausübung von Staatsgewalt, sei es in organisatorisch-personeller, sei es in sachlich-inhaltlicher Hinsicht,⁷ sondern ist auch das maßgebliche Fo-

-
- 2 Siehe etwa *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 2. Zusammenfassend dazu *Utz Schliesky*, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, S. 151 ff.
 - 3 Vgl. *Hans-Georg Dederer*, *Korporative Staatsgewalt*, 2004, S. 143; *Hasso Hofmann*, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, S. 11.
 - 4 Vgl. nur *Matthias Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, 1993, S. 204 ff.; *Oliver Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999, S. 25 ff. Anders etwa *Dederer*, Fn. 3, S. 143 ff., der auf die Rechtmäßigkeit der Herleitung der Staatsgewalt und deren Ausübung (formelle Legitimität) sowie deren Beitrag zur Hervorbringung des Gemeinwohls (materielle Legitimität) abstellt.
 - 5 *Michael Brenner*, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 44 Rn. 25 ff.
 - 6 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 16 f.
 - 7 Im Einzelnen *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 16 ff. Zusammenfassend *Dederer*, Fn. 3, S. 126 ff.

rum für den Prozess der öffentlichen Diskussion.⁸ Dass dieses Modell einen hohen Normativitätsanspruch hat, ist offensichtlich. Die eigentlich relevante Frage, weshalb nämlich das repräsentative Modell der Demokratie in monistisch-holistischer⁹ Exklusivität Herrschaftsgewalt legitimieren kann, bleibt dabei offen.

Die damit verbundenen Fragen führen recht schnell u. a. zum sog. *Böckenförde*-Dilemma, dass der freiheitliche Staat nicht in der Lage ist, seine eigenen Voraussetzungen zu gewährleisten.¹⁰ *Böckenförde* verweist dafür auf ein „verbindendes Ethos, eine Art »Gemeinsinn« bei denen, die in diesem Staat leben“.¹¹ Wesentlich ist an dieser Stelle die Einsicht, dass die staatliche Herrschaftsgewalt zu ihrer Legitimation auf einer inhaltlichen Verbindung zu ihren Bürgerinnen und Bürgern beruht. Wenn aber ein grundsätzlicher Konsens der Herrschaftsunterworfenen, der sich inhaltlich auf jede einzelne von den Organen des Staates getroffene Entscheidung weder erstrecken kann noch erstrecken muss, elementare Bedingung der Legitimität ist,¹² dann ist Legitimität jedenfalls auch eine empirische Kategorie. Ob man hierfür den Topos der Akzeptanz einführt¹³ oder nicht, ist zweitrangig. Wichtiger ist das Problem, worauf sich eine solche Akzeptanz beziehen muss. Darauf wird zurückzukommen sein (dazu unten B.II.).

In diesem Verständnis wird Legitimität nicht allein – wenngleich maßgeblich – durch die verfassungsrechtlichen Institutionen vermittelt, sondern ist dynamisch in die Zeit gestellt, muss immer wieder neu errungen und begründet werden. Die Reproduktion von Legitimität ist daher zentral von den Legitimationsmodi abhängig, von denen das Modell der repräsentativen Demokratie nur einer ist. Selbst wenn man einen dieser Modi als dominanten Legitimationsmodus anerkennen will, bedarf es ggf. der Ein-

8 *Brenner*, Fn. 5, Rn. 39 ff.

9 Siehe *Sebastian Unger*, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 56 ff.

10 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 92, 112.

11 „Freiheit ist ansteckend“, *Frankfurter Rundschau* v. 1. November 2010, S. 32 f.

12 *Schliesky*, Fn. 2, S. 172 f. m. w. N. Dies gilt auch dann, wenn man Legitimität an Demokratie knüpft und letzterer die Notwendigkeit eines „bestimmten Grundvertrauens“ unterlegt, vgl. *Franz C. Mayer*, *Vom Demokratiediskurs zum Identitätsdiskurs – gefühlte Demokratie und die Folgen*, in: Hans M. Heinig/Jörg P. Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, S. 19, 23.

13 So *Schliesky*, Fn. 2, S. 173 ff. m. w. N.; ablehnend *Dederer*, Fn. 3, S. 167 ff.

beziehung anderer Legitimationsmodi zur Stabilisierung des Repräsentativsystems in Form der Korrektur und des Ausgleichs von Defiziten.¹⁴

Es wäre daher vom Ansatz her verfehlt, ein deliberatives Demokratieverständnis, das im Kern auf der Vermittlung demokratischer Legitimation durch die Versammlung der freien und gleichen Bürger zu gemeinsamem argumentbasiertem Diskurs und Formulierung kollektiver Präferenzen basiert,¹⁵ als antipodisches Gegenmodell zur repräsentativen Demokratie zu interpretieren. Dass das positive Verfassungsrecht einer Harmonisierung Grenzen setzt, ist selbstverständlich. Innerhalb dieser Grenzen aber wird hiermit zulässigerweise auf die Aufgabe hingewiesen, die verschiedenen demokratietheoretischen Ansätze auf ihre jeweiligen Stärken und Schwächen hin zu befragen und durch Zusammenfügung von kompatiblen Elementen Schwächen zu minimieren.¹⁶

Lässt man die allgemeine Debatte um eine (vorhandene oder vermeintliche) Legitimationskrise der parlamentarisch-repräsentativen Demokratie außer Betracht, so dürfte weitgehend unbestritten sein, dass das Repräsentativsystem charakteristische Abbildungsprobleme aufweist. Gerade weil das Repräsentativsystem auf der Annahme der Notwendigkeit einer Transformation der im Souverän vorhandenen Werte und Interessen über den Wahlakt in ein Repräsentativorgan beruht, wird die Identifizierung der Repräsentanten mit der Breite der tatsächlich auffindbaren Werte und Interessen zur Fiktion.¹⁷ Die Leistungsfähigkeit der repräsentativen Demokratie als solche stellt dies nicht in Frage. Doch stehen für die Lösung von Interessen- und Wertkonflikten nur beschränkt Lösungsinstrumente zur Verfügung.¹⁸

14 Vgl. *Böckenförde*, Fn. 6, Rn. 24 ff.

15 Siehe etwa *Lars Chr. Blichner*, The anonymous hand of public reason, in: Erik Odvar Eriksen/John Erik Fossum (Hrsg.), *Democracy in the European Union*, 2000, 141, 148 f.; *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1998, S. 166.

16 *Claudia Ritz/Gary S. Schaal*, Legitimitätsgenerierung im deliberativen und repräsentativen Paradigma: Komplementär oder kompetitiv?, in: *Claudia Landwehr/Rainer Schmalz-Bruns* (Hrsg.), *Deliberative Demokratie in der Diskussion*, 2014, S. 239 ff.

17 Vgl. nur *Ortwin Renn*, Bürgerbeteiligung – Aktueller Forschungsstand und Folgerungen für die praktische Umsetzung, in: *Bürgerbeteiligung und Akzeptanz öffentlicher Großprojekte*, 2011, S. 11, 18.

18 *Jan Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Dt. Juristentag, 2012, S. D 73. Optimistischer etwa *Steffen Augsberg*, Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie

II. Steuerungsfähigkeit des Staates

Ebenfalls durchaus voraussetzungsreich ist der Begriff der Steuerungsfähigkeit des Staates. Im Kontext der Proklamation einer – im historischen Maßstab begrifflich durchaus problematischen – „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“¹⁹ ist in Deutschland eine – weitgehend fruchtlose – Diskussion um den Charakter der Verwaltungsrechts- als Steuerungswissenschaft entbrannt.²⁰ Im Kern geht es um die nicht neue und für die Verwaltungswissenschaften seit langem etablierte Erkenntnis, dass das Recht auch in einem Rechtsstaat bzw. einer stark legalistisch geprägten Verwaltungskultur wie der deutschen nur ein Instrument unter mehreren ist, die durch den Staat zur Erzielung bestimmter Wirkungen eingesetzt werden können. Der sog. „steuerungswissenschaftliche Ansatz“ sieht das Recht daher im Portfolio verschiedener Bewirkungsinstrumente, fragt nach deren Wirkungen, Folgen sowie Wechselwirkungen und bemüht sich um eine Instrumentenoptimierung.²¹

Wenn man die Frage nach einer „Verbesserung der Steuerungsfähigkeit des Staates“ stellt, so sollte beachtet werden, dass diese Frage in unterschiedlichen Kontexten konnotiert werden kann: Geht es darum, dass Partizipation ein Instrument hierarchischer Steuerung ist, das die Exekutive dann einsetzt, wenn andere Steuerungsinstrumente allein nicht den gewünschten Erfolg versprechen? Oder geht es um das, was *Osborne* und *Gaebler* in ihrem berühmt gewordenen „Reinventing Government“²² als „steering, not rowing“ bezeichnet haben, also den Rückzug des Staates

unter Bedingungen komplexer Gesellschaften, in: Hans M. Heinig/Jörg P. Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, S. 27, 45 ff.

- 19 *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1.
- 20 Dazu nur *Ivo Appel*, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 ff.; *Martin Eifert*, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 ff.
- 21 *Claudio Franzius*, *Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 67 ff.
- 22 *David Osborne/Ted Gaebler*, *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, 1992.

von der unmittelbaren Aufgabenerfüllung auf die regulatorische Rahmensetzung? Oder ist die Frage nach der „Steuerungsfähigkeit des Staates“ nicht vielmehr die Frage nach der Rolle des Staates in komplexen Governance-Arrangements? Das letztere Verständnis wird den folgenden Überlegungen zugrunde gelegt.

III. Partizipation bei exekutiven Entscheidungen

Partizipatorische Diskursarenen sind typischerweise durch eine Vielzahl unterschiedlicher Akteure mit unterschiedlichen Rollen und Interessen gekennzeichnet. So sehr Governance die Aufgabe formuliert, ein alle Akteure einbeziehendes Steuerungskonzept zu entwickeln, so wenig wird dies gelingen, wenn nicht klar zwischen den verschiedenen Akteuren, ihren Zielen und Rationalitäten sowie der konkreten Funktion von partizipatorischen Arrangements differenziert wird.

Geht es vorliegend nur um die *Mitwirkung* der Bürgerinnen und Bürger bei der Vorbereitung von exekutiven Entscheidungen, so umschließt dies zum einen nicht die Mitentscheidung. Zum anderen geht es nicht um solche Formen der Partizipation, die nur einem exklusiven Kreis zu Beteiligender offen stehen, insbesondere solcher, die in eigenen Rechten betroffen sein können. Der Fokus wird vielmehr auf allgemein zugängliche, im Rechtssinne also öffentliche Partizipationsprozesse gerichtet.²³

Exekutive Entscheidungen im Sinne dieses Beitrags sind dabei sowohl Einzelfallentscheidungen der Verwaltung, insbesondere in Form der Entscheidung über die Genehmigung von Infrastruktur- und Investitionsvorhaben, als auch Rechtssetzungsakte. Unter von Exekutivorganen erlassenen Rechtsnormen mit Außenwirkung sind in erster Linie Rechtsverordnungen und Satzungen zu fassen. Dabei sind Satzungen zwar im Selbstverwaltungsbereich durch juristische Personen des öffentlichen Rechts, also durch Verwaltungsstellen, gesetztes Recht, jedoch erfolgt der Beschluss über den Inhalt der Satzung in aller Regel durch das jeweilige Vertretungs-

23 Zur Unterscheidung von Betroffenenbeteiligung und allgemeiner Öffentlichkeitsbeteiligung s. etwa *Annette Guckelberger*, Formen von Öffentlichkeit und Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltverwaltungsrecht, *VerwArch* 2012, S. 31, 35 ff.; *Bilun Müller*, Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Recht der Europäischen Union und ihre Einwirkungen auf das deutsche Verwaltungsrecht am Beispiel des Immissionsschutzrechts, 2010, S. 24 ff.

organ der juristischen Person, also gleichsam deren „Legislative“.²⁴ Die Rationalität der Entscheidungsfindung ähnelt insofern eher der des parlamentarischen Gesetzgebers als der einer administrativen Entscheidung. Die Vergleichbarkeit zwischen administrativer Einzelentscheidung und Erlass einer Rechtsverordnung beruht demgegenüber auf der in beiden Fällen erfolgenden Vorprägung des Inhalts durch ein Parlamentsgesetz.

Das Thema dieses Beitrags zeitigt die Konsequenz, dass die Funktionen von Partizipation nur unter dem Blickwinkel der Verbesserung von Legitimität und Steuerungsfähigkeit betrachtet werden. Im Allgemeinen werden mit der Mitwirkung der Öffentlichkeit bei der Vorbereitung exekutiver Entscheidungen unterschiedliche Funktionen verbunden, die hier nur kurz zusammengefasst seien:

Rechtsschutz: Aus rechtsstaatlicher Perspektive eine zentrale Funktion von Öffentlichkeitsbeteiligung, jedenfalls soweit es sich um eine Partizipation bei Einzelentscheidungen handelt, ist die Gewährung vorgelagerten Rechtsschutzes.²⁵ Den Beteiligungsbefugten wird es ermöglicht, zur Wahrung ihrer Rechte auf das Verfahren und dessen Ergebnis substantiell Einfluss zu nehmen.²⁶ Die Rechtsschutzfunktion reicht allerdings nur soweit wie die Bürgerbeteiligung in Wahrnehmung subjektiver Rechte erfolgt.²⁷

Gewährleistung eines fairen Verfahrens und Herstellung von Waffengleichheit: Ebenfalls grundrechtlich und rechtsstaatlich verankert sind die Rechte auf ein faires Verfahren und auf Waffengleichheit. Regelungen zur Beteiligung dienen auch der Konkretisierung dieser Grundsätze, allerdings nur für Verfahrensbeteiligte.²⁸ Zu Recht wird der Grundsatz der Waffengleichheit mit Blick auf die Durchführung einer Öffentlichkeitsbeteiligung jedoch in einem weitergehenden Sinne verstanden: Auch dann, wenn noch kein konkretes Verwaltungsverfahren durchgeführt wird, entspricht es diesem Grundsatz, den Bürgerinnen und Bürgern das Verdeutlichen potentieller Wert- und Interessenkonflikte überhaupt erst zu ermöglichen. Für die

24 Markus Möstl, Normative Handlungsformen. Besonderer Teil, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 20 Rn. 14.

25 Vgl. nur Alfred Debus, Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung am Beispiel des Erörterungstermins, in: Gesellschaft für Umweltrecht, Dokumentation zur 32. wissenschaftlichen Fachtagung, 2009, S. 185, 193 f.

26 BVerwGE 75, 214, 226 f.

27 Vgl. Heribert Schmitz, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 9 Rn. 63.

28 Schmitz, Fn. 27, § 9 Rn. 59 f.

vorliegend untersuchten Fragestellungen von Legitimität und Steuerungsfähigkeit kann die Funktion der Gewährleistung eines fairen Verfahrens ausgeblendet bleiben, zumal die mit ihr mit Blick auf die genannten Fragestellungen verbundenen Effekte durch andere Funktionen, insbesondere die der Akzeptanzschaffung, aufgenommen werden.

Effektivität der Verwirklichung des Rechts: Im Kontext der Diskussion um die projektbezogene Beteiligung wird angenommen, dass die Beteiligung durch eine Verbreiterung der Informationsgrundlage sowie die Verbesserung der Qualität und Akzeptanz der Entscheidung zu einer Effektivitätssteigerung beitrage.²⁹ Entsprechend ließe sich auch eine Effektivitätssteigerung durch Beteiligung im Kontext des Erlasses von Rechtsverordnungen formulieren, indem die späteren Durchsetzungschancen des durch die Verordnung gesetzten Rechts verbessert würden. Allerdings handelt es sich dabei nur um eine Aggregation von verschiedenen Funktionen von Bürgerbeteiligung. Eigenständigen Gehalt hat die Funktion der Effektivität der Rechtsverwirklichung hingegen vor der Folie des europäischen Ansatzes, den Bürger für die Durchsetzung europarechtlich gewünschter Effekte zu instrumentalisieren.³⁰

Information: In ihrer informatorischen Funktion dient Beteiligung der Verbreiterung der Informationsgrundlage der Behörde für die Vorbereitung ihrer Entscheidung.³¹

Transparenz und Kontrolle des Verwaltungshandelns: Die Information durch Beteiligung ist Voraussetzung dafür, dass Öffentlichkeitsbeteiligung ihren weiteren Funktionen gerecht werden kann, zu Transparenz und Kontrolle des Verwaltungshandelns beizutragen.³²

Akzeptanzschaffung: Dass die Bürger auch dann nicht jede Entscheidung unangefochten lassen werden, wenn diese unter intensiver Bürgerbeteiligung vorbereitet worden ist, spricht nicht dagegen, Bürgerbeteiligung auch eine Akzeptanz bildende Funktion zuzumessen. Ganz im Gegenteil

29 Siehe dazu und zu den Gegenargumenten Müller, Fn. 23, S. 212.

30 Grundlegend Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

31 Vgl. nur Debus, Fn. 25, S. 188 f.

32 Dazu nur Alexander Kurz, Juristische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung und Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben, 3. Aufl. 1994, S. 39 f.; Arno Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 326 ff.

wird die Stärkung der Akzeptanz nicht selten als die zentrale Funktion von Bürgerbeteiligung angesehen.³³

Kompensation von Defiziten der repräsentativen Demokratie: Eine Meta-Funktion von Bürgerbeteiligung ist deren legitimatorischer Bezug. Dass Bürgerbeteiligung die Funktion zugewiesen wird, im Rahmen eines holistischen Legitimationskonzepts einen ergänzenden Legitimationsfaktor darstellen zu können, wird seit langem hervorgehoben (dazu auch schon oben A.I.).³⁴

Wenn danach gefragt wird, ob und inwieweit die Partizipation bei exekutiven Entscheidungen zur Verbesserung der Steuerungsfähigkeit des Staates und der Legitimität staatlichen Handelns beitragen kann, wird das Bestehen von Wirkungsbeziehungen thematisiert. Was Partizipation zu Steuerungsfähigkeit und Legitimität beitragen kann, hängt nicht zum Wenigsten von der konkreten Ausgestaltung der Partizipation ab. Dabei ist der Begriff „Beitrag“ neutral, also nicht ausschließlich verstärkend zu verstehen. Der Beitrag von Partizipation kann auch ein negatives Vorzeichen haben, d. h. dazu führen, dass Steuerungsfähigkeit und Legitimität gemindert werden.

Auf dieser Grundlage lässt sich folgender Analyserahmen für die Beantwortung der Frage nach dem Beitrag von Partizipation für Steuerungsfähigkeit und Legitimität skizzieren:

Welches ist das für den jeweiligen Zusammenhang konstituierte Normenregime, in welchem sich die Wirkungen von Partizipation von vornherein bewegen müssen? Dazu gehören rechtliche statuierte Verantwortungszuweisungen ebenso wie die Regelungen für das Verfahren und die Entscheidungsstruktur des jeweiligen Administrativakts.

Welche Wirkungen können innerhalb dieses Rahmens durch Partizipation erzielt werden und welche nicht?

33 Vgl. nur *Alexander Schink*, Öffentlichkeitsbeteiligung – Beschleunigung – Akzeptanz, DVBl. 2011, S. 1377, 1378.

34 Siehe nur *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9, 48; *Müller*, Fn. 23, S. 164; *Jan Ziekow*, Bürgerbeteiligung und Bürgerengagement in der verfassten Demokratie, in: Kurt Beck/Jan Ziekow (Hrsg.), Mehr Bürgerbeteiligung wagen, 2011, S. 33, 38 f.

Welche Zusammenhänge bestehen zwischen diesen Wirkungen und Steuerungsfähigkeit und Legitimität?

Sind diese Zusammenhänge verstärkender oder relativierender Art?

B. Administrative Einzelentscheidungen

I. Rechtlicher Rahmen

Die rechtlichen Vorgaben für administrative Einzelentscheidungen, im vorliegenden Zusammenhang in erster Linie Genehmigungen, sind in Abhängigkeit vom jeweiligen Vorhaben durchaus unterschiedlich und betreffen u. a. die für das Vorhaben zu durchlaufenden Verfahrensstufen und die Ausgestaltung als gebundene Genehmigung oder als Entscheidung mit Abwägungsspielräumen.³⁵

Nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich ist die Verantwortung für das Vorhaben geteilt.³⁶ Die Verantwortung für die Durchführung der genannten Verfahren bis hin zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung liegt bei den staatlichen (oder kommunalen) Behörden. Sie sind demokratisch legitimiert, in den Grenzen der gesetzlichen Regelungen eine Entscheidung zu treffen und zu verantworten. Die Verantwortung für das Vorhaben, seine Ausgestaltung und seinen späteren Betrieb liegt hingegen beim Vorhabenträger. Dementsprechend verteilt das Gesetz auch die Verantwortung für die Durchführung partizipativer Prozesse und sieht sowohl die Behörde als auch – im Vorfeld des Genehmigungsverfahrens – nach § 25 Abs. 3 VwVfG den Vorhabenträger in der Pflicht, eine Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen.³⁷

35 Im Einzelnen Ziekow, Fn. 18, S. D 26 ff.

36 Dazu Volker Brennecke, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung zwischen Rechtsvorschrift und Selbstregulierung, VerwArch 2015, S. 34 ff.

37 Zu § 25 Abs. 3 VwVfG Jan Ziekow, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung – Der Beginn einer neuen Verwaltungskultur, NVwZ 2013, S. 754 ff.; Anja Seibert-Fohr, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes, VerwArch 2013, S. 311 ff.

II. Durch Partizipation erzielbare Wirkungen

Innerhalb des gesetzlich definierten Rahmens hängen die durch Partizipation erzielbaren Wirkungen stark vom jeweiligen Verwaltungsverfahren, der Ausgestaltung des Partizipationsverfahrens und dem Verhalten der Akteure im Einzelfall ab.

Im Mittelpunkt der auf partizipative Prozesse gerichteten Hoffnungen steht meist der Begriff der Akzeptanz, und zwar in der Form der sog. Ergebnisakzeptanz. So formuliert die Begründung des Entwurfs des Planungsvereinheitlichungsgesetzes, durch das der die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung betreffende § 25 Abs. 3 in das Verwaltungsverfahrensgesetz eingefügt wurde, das Ziel, „die Akzeptanz von Genehmigungs- und Planfeststellungsentscheidungen zu fördern“.³⁸ Wie die Beteiligungsforschung gezeigt hat, sind dererlei Hoffnungen auf Ergebnisakzeptanz überwiegend illusionär. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung wird aus einem Flughafengegner in aller Regel keinen Flughafenbefürworter machen.

Wenn es daher um Akzeptanz durch Partizipation geht, dann sollte die Verfahrensakzeptanz im Zentrum stehen. Verfahrensakzeptanz bedeutet, dass alle sich mit dem Vorhaben befassenden Personen und Institutionen die ihnen wichtigen Gesichtspunkte einbringen können, eine offene und eingehende Erörterung erfolgt und deshalb das Zulassungsverfahren in seiner Gesamtheit als fair empfunden wird, auch wenn es nicht das individuell präferierte Ergebnis zeitigen sollte.³⁹

Eine zweite empirisch belegbare Wirkung von Partizipation besteht in der Erhöhung der Problemlösekapazität des Entscheidungsprozesses. Aspekte, die im rechtlich geregelten Entscheidungsverfahren ansonsten keinen Ausdruck gefunden hätten, erhalten ein Forum.⁴⁰ Ansonsten besteht die Gefahr der sog. maskierten Konflikte, indem soziale oder politische Konflikte in ein – häufig nicht passendes – Gewand rechtlicher Argumentation gekleidet werden. Wichtigste Felder dieser zusätzlich aufgreifbaren Gesichtspunkte sind politische oder soziale Konflikte, die auch unabhän-

38 BT-Drucks. 17/9666 S. 15.

39 Jan Ziekow, Bürgerbeteiligung als systemstabilisierendes Element der parlamentarischen Demokratie, in: ders./Jong Hyun Seok (Hrsg.), Systemkrisen und Systemvertrauen, 2015, S. 223, 230.

40 Christoph Ewen/Oscar Gabriel/Jan Ziekow, Bürgerdialog bei der Infrastrukturplanung: Erwartungen und Wirklichkeit, 2013, S. 56.

gig von dem konkreten Vorhaben bestanden haben und weiter bestehen werden, sowie Wertkonflikte.⁴¹

Hiermit im Zusammenhang, ohne identisch zu sein, steht die Wirkung von Partizipationsprozessen, Konflikte zu verändern. Destruktive Haltungen können aufgebrochen und zugunsten von weniger konfrontativen Kommunikationen gewandelt werden.⁴² Konflikten kann ihre Spitze genommen werden, sie werden idealerweise „von der Straße in ein Besprechungszimmer“ und ggf. in den Gerichtssaal geholt – Gerichtsverfahren überflüssig zu machen, ist nicht primäres Ziel partizipativer Verfahren im Rechtsstaat.

Schließlich ist eine immer wieder dokumentierte Wirkung von Partizipation die Optimierung der Entscheidungsgrundlage und damit der Entscheidung selbst. Durch die Einbeziehung verschiedener Zugänge und Kenntnisse steht der Behörde ein Mehr an Wissen für ihre Entscheidung zur Verfügung.⁴³

Zu nennen bleibt noch die Wirkung der Herstellung von Transparenz. Während behördliche Verfahren, selbst wenn sie rechtlich geregelte Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung kennen, von den Bürgern häufig als Blackbox erscheinen, in der Vorhabenträger und Behörde in einem undurchschaubaren Amalgam zu Lasten Außenstehender an einem Strang zu ziehen scheinen, kann Partizipation die unterschiedlichen Akteure, ihre Rollen und Motivlagen erkennbar machen.⁴⁴

III. Zusammenhänge zwischen den Wirkungen und Steuerungsfähigkeit sowie Legitimität

1. Steuerungsfähigkeit

Versteht man unter „Steuerungsfähigkeit“ die Erzielung von intendierten Wirkungen durch institutionelle Arrangements, deren Governance durch den Staat zu administrieren ist (dazu oben A.II.), so bestehen diese inten-

41 Jan Ziekow/Regine Barth/Silvia Schütte/Christoph Ewen, *Konfliktdialog bei der Zulassung von Vorhaben der Energiewende. Grundsätze informeller Konfliktdialoge*, 2014, S. 26.

42 Ewen/Gabriel/Ziekow, Fn. 40, S. 44 ff.

43 Vgl. nur Debus, Fn. 25, S. 188 f.

44 Ziekow, Fn. 18, S. D 17.

dierten Wirkungen hinsichtlich administrativer Einzelentscheidungen in erster Linie in der Findung einer Entscheidung, die nicht nur die für die Entscheidung relevanten empirischen Grundlagen ausschöpft, um eine inhaltlich optimierte Entscheidung zu treffen, sondern die die Verwirklichungschancen der getroffenen Entscheidung – zumindest in der zeitlichen Dimension – durch Kontextualisierung erhöht.

Dass Partizipationsprozesse auf die in dieser Weise verstandene Steuerungsfähigkeit einwirken, ist offensichtlich:

Die Wirkdimension der Optimierung der Entscheidungsgrundlage beeinflusst die Steuerungsfähigkeit unmittelbar. Je nachdem, ob es in einem partizipativen Prozess gelingt, von der Behörde bislang nicht erkannte Sachverhaltselemente zu ermitteln oder ob die Partizipation umgekehrt dazu führt, dass durch die Dominanz des Konflikts empirische Aspekte gerade verschüttet werden, kann dieser Einfluss positiv oder negativ sein.

Sowohl die Wirkdimension der Verfahrensakzeptanz als auch die der Konfliktveränderung beeinflussen den Prozess der Findung der Entscheidung wie deren Verwirklichung. Wird ein Verwaltungsverfahren als fair angesehen und gelingt durch Partizipation zumindest eine Konfliktminderung, dann kann das Verfahren weitgehend störungsfrei durchgeführt und die Entscheidung unbeeinflusst von außerrechtlichen Interventionen durchgeführt werden. Natürlich können sich die Vorzeichen auch hier umkehren und die Ausgestaltung des Partizipationsprozesses zu einer Verschärfung des Konflikts und zur Potenzierung von Störeinflüssen führen.

2. Legitimität

Hinsichtlich der Zusammenhänge zwischen den Wirkungen von Partizipation und der Legitimität staatlichen Handelns verhält es sich ähnlich. Wie eingangs entwickelt (oben A.I.) wird die Kategorie der Legitimität auf einen grundsätzlichen Konsens der Herrschaftsunterworfenen bezogen. Allerdings geht es im vorliegenden Kontext nicht um die Legitimität des Staates, sondern um die Legitimität staatlichen *Handelns*. Diese setzt gerade nicht voraus, dass jede einzelne von den Organen des Staates getroffene Entscheidung inhaltlich konsentiert wird. Die notwendige „Konsensbrücke“ wird vielmehr durch den Konsens hergestellt, dass die Produktion der Entscheidung unter Bedingungen erfolgt ist, die von den Herrschaftsunterworfenen akzeptiert werden kann.

Dies macht bereits deutlich, dass die Wirkdimension der Verfahrensakzeptanz einen zentralen Einfluss auf die Legitimität staatlichen Handelns hat. Im positiven Fall vermag sie es, die genannte „Konsensbrücke“ zu vermitteln. Im negativen Fall kann die mangelnde Akzeptanz des Verfahrens zur Ablehnung des gesamten staatlichen Handlungszusammenhangs führen.

Ähnliches gilt für die Wirkdimensionen der Konfliktveränderung und der Herstellung von Transparenz. Gelingt es, über partizipative Prozesse einen hinsichtlich des zur Genehmigung beantragten Vorhabens zutage getretenen Konflikt zu mindern und die unterschiedlichen Akteure, ihre Rollen und Motivlagen erkennbar zu machen, so werden der gesamte Handlungszusammenhang und damit auch behördliches Verfahren und behördliche Entscheidung an Legitimität gewinnen. Im umgekehrten Fall würde z. B. eine durch eine gescheiterte Partizipation herbeigeführte Verschärfung des Konflikts möglicherweise zu einer negativen Beeinflussung des Grundkonsenses, dass die demokratisch legitimierten staatlichen Organe den durch Institutionen gesicherten Frieden wahren können, führen.

Die mit Partizipation im positiven Fall verbundene Optimierung der Entscheidungsgrundlage und damit der Entscheidung vermag das Vertrauen in eine gerecht entscheidende und Sachverhaltselemente nicht nur fragmentiert berücksichtigende Verwaltung zu stärken.⁴⁵ Gelingt dies nicht, so kann umgekehrt bestehendes Vertrauen gefährdet werden.

Die Dimension der Erhöhung der Problemlösekapazität des Entscheidungsprozesses wirkt in eine vergleichbare Richtung. Gelingt es, Aspekten wie z. B. Werthaltungen, die im rechtlich geregelten Entscheidungsverfahren ansonsten keinen Ausdruck gefunden hätten, durch Partizipation ein Forum zu eröffnen, so kann dies zu einer Teilkompensation der defizitären Verarbeitungskapazität des repräsentativ-demokratischen Systems und seiner Regulierungsmechanismen für Wertkonflikte beitragen. Ein negatives Vorzeichen kann der Wirkungszusammenhang hingegen erhalten, wenn in der Ausgestaltung der Partizipation etwa verkannt wird, dass der bezüglich eines Vorhabens zu Tage getretene Konflikt im Kern ein Wertkonflikt ist.

Während diese Zusammenhänge zwischen den Wirkungen von Partizipation und der Legitimität staatlichen Handelns von der Ebene des einzel-

45 Zuordnung zur sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation bei *Thomas Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 544, 564 ff.

nen Partizipationsprozesses ausgehen und sich Verbesserungen (oder Verschlechterungen) der Legitimität staatlichen Handelns in seiner Gesamtheit durch eine Gesamtschau der Einzeleffekte und ggf. deren strategische Verdichtung ergeben, bedarf es auf einer systembezogenen Ebene einer Betrachtung des Verhältnisses verschiedener Legitimationsmodi. Insoweit sieht sich die Ergänzung der repräsentativen Demokratie unter dem Stichwort einer partizipatorischen Governance Befürchtungen ausgesetzt, dass der Staat selbst gleichsam eine Parallelwelt zu den Institutionen der repräsentativen Demokratie schafft:⁴⁶

1. Befürchtung: Legitimation

Nicht-repräsentative Beteiligungsformen könnten zu Legitimationsdefiziten führen. Bürgerbeteiligung könnte faktisch einen zweiten Legitimationsstrang eröffnen, der den durch die Verfassung vorgesehenen aushöhlen könnte.

2. Befürchtung: Verantwortung

Diese Befürchtung richtet sich auf eine Beeinträchtigung der Verantwortung der gewählten Regierung durch Bürgerbeteiligung, indem das Handeln der Regierung an eigener Gestaltungskraft und Zeitgerechtigkeit verliere, wenn es durch andere Handlungszusammenhänge konterkariert werde.

3. Befürchtung: Indienstnahme des Staates

Es bestünde die vielfach beschriebene Gefahr, dass der Staat von selbst ernannten Eliten für ihre Betrachtungsweise, was das Gemeinwohl zu sein hat und wie es zu verwirklichen ist, gleichsam gefangen genommen werde.

4. Befürchtung: Repräsentationsdefizit

Aufgrund des unterschiedlichen Zugangs zu den Ressourcen Wissen, Zeit und Geld ergäben sich extreme Ungleichheiten hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Beteiligung. Eine solche selektive Beteiligung solle durch das Repräsentativsystem gerade verhindert werden.⁴⁷

46 Zusammenfassend *Jocelyne Bourgon*, Why should governments engage citizens in service delivery and policy making?, presentation to the OECD Public Governance Committee Symposium on “Open and inclusive policy making” held on 16 October 2007 at the OECD, Paris.

47 Vgl. nur *Heike Walk*, Partizipationsformen und neue Beteiligungsprojekte im Rahmen des Governancebegriffs, in: Kurt Beck/Jan Ziekow (Hrsg.), *Mehr Bürgerbeteiligung wagen*, 2011, S. 63, 67.

Dass diese Friktionen entstehen können, wird sich schlechterdings nicht bestreiten lassen, führt jedoch nicht dazu, dass Anreicherungen des repräsentativen Systems mit partizipatorischen Elementen von vornherein zu unterbleiben hätten. In der Konsequenz wird es vielmehr darum gehen, die beschriebenen Gefahren als einen der wesentlichen Parameter für die Beantwortung der Frage, welchen Anforderungen die Ausgestaltung von Beteiligungsverfahren genügen muss, zu berücksichtigen.

Partizipation kann also die Steuerungsfähigkeit des Staates und die Legitimität staatlichen Handelns verbessern, aber auch verschlechtern. Wie die Beteiligungsforschung gezeigt hat, gibt es eine Reihe von Erfolgsbedingungen, die bei der Ausgestaltung partizipativer Verfahren zu beachten sind. Ohne eine Beachtung dieser Voraussetzungen ist die Gefahr der Erzielung negativer Wirkungen beträchtlich, während ein optimiertes Partizipationsarrangement positive Effekte sehr wahrscheinlich macht. Als wesentlichste dieser Kriterien lassen sich nennen:

Zielklarheit und Formatadäquanz: Vor Beginn eines partizipativen Kongresses muss für alle Akteure unmissverständlich klar sein, welches Ziel die Partizipation verfolgt.⁴⁸ Dissimulierte Dissense in diesem Punkt führen zu Frustrationen und zur Entstehung bzw. Verschärfung von Konflikten. Das Format des partizipativen Verfahrens muss diesen Zielen entsprechen.

Konfliktanalyse: Wesentlich für ein erfolgreiches Beteiligungsverfahren ist, dass der (potentielle) Konflikt abgebildet wird. Es bedarf daher einer frühzeitigen Analyse des mit dem Projekt möglicherweise vorhandenen Konfliktpotentials, der eventuellen Konfliktbeteiligten und der in einem Konflikt voraussichtlich vertretenen Positionen.⁴⁹ In personeller Hinsicht besteht das aus der Beteiligungsforschung bekannte Repräsentanzproblem, das seinerseits zwei Dimensionen aufweist: Zum einen sind in Beteiligungsverfahren Bevölkerungsgruppen deutlich überrepräsentiert, die über ein hohes Maß an Wissen, Kommunikations- und Organisationsfähigkeit verfügen.⁵⁰ Zum anderen erfolgt eine Inanspruchnahme von Beteiligungsangeboten nahezu ausschließlich durch Personen, die dem betreffenden Projekt gegenüber eher kritisch, allenfalls neutral eingestellt sind, während

48 Ziekow, Fn. 18, S. D 76 f.

49 Ziekow/Barth/Schütte/Ewen, Fn. 41, S. 17 ff.

50 Oscar W. Gabriel, Erfolgsbedingungen der Bürgerbeteiligung an der Planung von Infrastrukturprojekten, in: Verhandlungen des 69. Dt. Juristentages, Bd. II/1, 2013, S. M 9, 14.

explizite Befürworter des Projekts äußerst selten in Beteiligungsverfahren auftreten. Es ist ein wesentlicher Bestandteil der staatlichen Verantwortung für eine partizipatorische Governance, dem Repräsentationsdefizit entgegenzuwirken.⁵¹

Zeitgerechtigkeit: Ein in der neueren Diskussion als essentiell für die Ausgestaltung von Beteiligungsverfahren angesehenes Element ist der Beginn der Beteiligung zu einem Zeitpunkt, zu dem die wesentlichen Entscheidungen, insbesondere solche über die Auswahl zwischen mehreren Verwirklichungsvarianten, noch nicht getroffen worden sind.⁵²

Grundsätze der Informiertheit, Fairness und Transparenz: Der Grundsatz der Informiertheit gebietet, dass alle in das Beteiligungsverfahren Eingebundenen über das betreffende Projekt sowie die mit ihm verbundenen Fragen und deren Bewertung durch die Behörden informiert werden, und zwar in einer allgemeinverständlichen Darstellungsweise. Die Grundsätze der Fairness und Transparenz fordern eine Verfahrensgestaltung, die alle Akteure des Beteiligungsverfahrens auf „Augenhöhe“ behandelt und bestehende Informations-, Kommunikations- und Durchsetzungsdefizite nicht zu Lasten einzelner Akteure oder Akteursgruppen wirksam werden lässt, sondern sie soweit kompensiert, wie es zu einer zielangemessenen Durchführung des Beteiligungsverfahrens erforderlich ist.

Responsivität: Responsivität fordert die Einbringung der Ergebnisse der Beteiligung in das weitere Verfahren, die Offenlegung, in welcher Weise dies geschieht und wie mit den Beteiligungsbeiträgen umgegangen wird, sowie die Verdeutlichung, in welcher Weise die Beteiligungsbeiträge das weitere Verfahren und die abschließende Entscheidung beeinflusst haben.⁵³ Zwingende Voraussetzung ist, dass die Ergebnisse des Beteiligungsverfahrens in einer die Anschlussfähigkeit an das Verfahren der Eröffnungskontrolle sicherstellenden Weise dokumentiert werden.⁵⁴

51 Vgl. Schlussbericht der Enquete-Kommission 16/2 „Bürgerbeteiligung“ des Landtags Rheinland-Pfalz, LT-Drucks. 16/4444, S. 88.

52 Siehe für viele *Schink*, Fn. 33, S. 1383; *Reinhard Wulforst*, Konsequenzen aus „Stuttgart 21“: Vorschläge zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung, DÖV 2011, S. 581, 588; Schlussbericht der Enquete-Kommission 16/2 „Bürgerbeteiligung“ des Landtags Rheinland-Pfalz, LT-Drucks. 16/4444, S. 76.

53 Vgl. *Steffen Albrecht/Niels Kohlrausch/Herbert Kubicek et al.*, E-Partizipation – Elektronische Beteiligung von Bevölkerung und Wirtschaft am E-Government, 2008, S. 142.

54 *Ewen/Gabriel/Ziekow*, Fn. 40, S. 208.

C. Rechtsverordnungen

I. Rechtlicher Rahmen

Das für den Erlass von Rechtsverordnungen maßgebliche Normenregime wird bundesverfassungsrechtlich durch Art. 80 Abs. 1 GG konstituiert. Danach können die in Satz 1 genannten Ermächtigungsadressaten durch Parlamentsgesetz zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden, wobei Inhalt Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz selbst bestimmt werden müssen.

Dieses Zusammenspiel von parlamentarischer und exekutiver Rechtsetzung wird als kooperative Rechtsetzungszuständigkeit begriffen, die die Beiträge verschiedener Kompetenzträger in einer einheitlichen Rechtsetzungsfunktion zusammenführt.⁵⁵ Während das Parlament als unmittelbar demokratisch legitimiertes Verfassungsorgan die grundlegenden Entscheidungen selbst treffen und die dem Ordnungsgeber offenstehenden Regelungsspielräume entsprechend der Trias des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG begrenzen muss, ist die sachnahe, zeitnahe und flexible Ausdifferenzierung der gesetzgeberischen Vorgaben Aufgabe der Ordnungssetzung.⁵⁶ Die Ordnungsgebung ist mithin sowohl Rechtsetzung als auch Rechtsanwendung in Form der Gesetzeskonkretisierung.⁵⁷ Allerdings führt diese Kooperation nicht zu einer Verwischung von Verantwortlichkeiten. Die Verantwortung für das Verfahren des Erlasses einer Rechtsverordnung und deren Inhalt liegt – in den Grenzen des gesetzlich Bestimmten – allein beim Ordnungsgeber.⁵⁸ Aus diesem Grund erfolgt die demokratische Legitimation der Ordnungsgebung nicht allein durch die inhaltliche Rückführbarkeit der administrativen Normsetzung auf Entscheidungen des Parlaments, sondern maßgeblich auch durch die personelle demokratische Legitimation der exekutiven Entscheidungsträger.⁵⁹

55 *Thomas von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers, 1989, S. 48 f.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: Paul Kirchhof u.a. (Hrsg.), Staaten und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S. 477 ff.; *Gunnar Folke Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 186 f.

56 Vgl. *Johannes Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2005, S. 82 ff.

57 *von Danwitz*, Fn. 55, S. 54 f.

58 *von Danwitz*, Fn. 55, S. 63.

59 *Hermann Pünder*, Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995, S. 246.

Im Unterschied zum parlamentarischen Gesetzgeber verfügt der Verordnungsgeber über ein umfangreicheres Instrumentarium der Aktivierung und Vertiefung von Wissen und der Möglichkeiten der Reaktion auf sich verändernde Kontextbedingungen.⁶⁰ Anders als das Parlament ist er auch nicht in die spezifische Rationalität des politischen Prozesses mit der Notwendigkeit der politischen Mehrheitsfindung eingebunden. Dementsprechend ist der Prozess der Erarbeitung von Verordnungsentwürfen von jeher dazu genutzt worden, in unterschiedlicher Weise und in unterschiedlichem Umfang sachverständige Expertisen zu zu regelnden Fragen sowie Stellungnahmen potentieller Normbetroffener einzuholen, um die Qualität der Normsetzung zu verbessern.⁶¹

II. Partizipation und durch sie erzielbare Wirkungen

Eine systematische Einbeziehung der allgemeinen Öffentlichkeit bei der Vorbereitung des Erlasses von Rechtsverordnungen erfolgt in Deutschland bislang nicht. Eine Beteiligung der Öffentlichkeit bei der untergesetzlichen Normsetzung auf staatlicher Ebene ist lediglich in Einzelvorschriften wie § 6 der Verordnung über das Verfahren zur Aufstellung des Frequenznutzungsplanes etabliert.

In anderen Staaten ist hingegen die Einbeziehung der allgemeinen Öffentlichkeit beim Erlass von Rechtsverordnungen fest etabliert. So sind gemäß § 41 Abs. 1 des koreanischen Verwaltungsverfahrensgesetzes Gesetz- und Verordnungsentwürfe von der zuständigen Behörde öffentlich bekanntzumachen. Zu den Entwürfen kann jedermann der zuständigen Behörde seine Meinung vorlegen, erforderlichenfalls findet eine öffentliche Anhörung statt (§ 44 Abs. 1, § 45 koreanisches Verwaltungsverfahrensgesetz).⁶² Ähnliche Regelungen gelten in den USA.⁶³

60 Arnd Uhle, Die Rechtsverordnung, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 24 Rn. 7 f.

61 Saurer, Fn. 56, S. 365 ff.; Uhle, Fn. 60, Rn. 94.

62 Sung Soo Kim, Wirtschafts- und Finanzkrisen als juristisches Problem – Krisenstaat und seine rechtsstaatliche Kontrolle, in: Ziekow/Seok (Hrsg.), Systemkrisen und Systemvertrauen, 2015, S. 33, 42 f.

63 Pünder, Fn. 59, S. 118 ff.

In Europa ist als bekanntes Beispiel das Vernehmlassungsverfahren in der Schweiz zu nennen.⁶⁴ Für die Ebene des Bundes gilt das Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005. Das Vernehmlassungsverfahren wird für Gesetzentwürfe sowohl des Bundesrates als auch solche, die von parlamentarischen Kommissionen, also aus der Mitte des Parlaments, ausgearbeitet worden sind (Art. 1 Vernehmlassungsgesetz). Der Kern des Verfahrens besteht darin, dass die sog. Vernehmlassungsunterlagen, worunter u. a. die Gesetzesvorlage und ein erläuternder Bericht verstanden werden (Art. 7 S. 2 der Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren vom 17. August 2005), auch der Öffentlichkeit zur Stellungnahme zugänglich gemacht werden (Art. 9 Vernehmlassungsgesetz), und zwar in elektronischer Form öffentlich (Art. 14 S. 1 Vernehmlassungsverordnung). Innerhalb der Vernehmlassungsfrist von in der Regel drei Monaten (Art. 7 S. 2 Vernehmlassungsgesetz) hat jedermann (Art. 4 S. 1 Vernehmlassungsgesetz) die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme in schriftlicher oder elektronischer Form (Art. 15 Vernehmlassungsverordnung). Die Stellungnahmen werden veröffentlicht (Art. 16 Vernehmlassungsverordnung).

Zwar gilt das Vernehmlassungsverfahren nur für Verfassungsänderungen, bestimmte Gesetze und völkerrechtliche Verträge (Art. 3 S. 1 Vernehmlassungsgesetz).⁶⁵ Allerdings ist für sog. Vorhaben von untergeordneter Bedeutung vorgesehen, dass ein Anhörungsverfahren durchgeführt werden kann (Art. 10 Vernehmlassungsgesetz). Für diese Anhörungen gelten gemäß Art. 2 Vernehmlassungsverordnung die öffentliche Zugänglichmachung des Entwurfs samt Begründung in elektronischer Form und die Möglichkeit zur Stellungnahme ebenfalls. Eine Durchsicht der Vernehmlassungsliste auf dem Stand 6. Juni 2014 zeigt, dass von 23 aufgelisteten Vernehmlassungs- und Anhörungsverfahren zehn Anhörungen zu Verordnungsentwürfen waren.

Der Zweck des Verfahrens besteht ausweislich des Art. 2 Vernehmlassungsgesetz in der Beteiligung der Kantone, der politischen Parteien und der interessierten Kreise an der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung des Bundes, um Aufschluss über die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens zu geben. Hinsicht-

64 Zur Geschichte des Vernehmlassungsverfahrens vgl. *Jeremias Blaser*, Das Vernehmlassungsverfahren in der Schweiz, 2003, S. 83 ff.

65 Zur Einbeziehung wichtiger Verordnungen über Art. 3 Abs. 2 Vernehmlassungsgesetz vgl. *Thomas Sägger*, Vernehmlassungsgesetz, 2006, Art. 3 Rn. 40, 42.

lich der Frage einer Übertragbarkeit dieses aufwendigen Verfahrens auf die Verhältnisse in Deutschland muss zunächst in Rechnung gestellt werden, dass dem Vernehmlassungsverfahren eine spezifische Funktion im System der direktdemokratischen Entscheidungsmöglichkeiten der Schweiz zukommt. Da Bundesgesetze gemäß Art. 141 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 dem fakultativen Referendum unterliegen, besteht die Funktion des Vernehmlassungsverfahrens darin, die „Referendumstauglichkeit“ der Gesetzesvorlage zu überprüfen und im Modell der schweizerischen Konkordanzdemokratie eine möglichst breite Unterstützung für diese Vorlage zu gewinnen.⁶⁶ Allerdings unterliegen Verordnungen nicht dem fakultativen Referendum, so dass für die Anhörung diese spezifische Funktion des Vernehmlassungsverfahrens nicht greift.

Die Anhörung der Öffentlichkeit zu Verordnungsentwürfen in der Schweiz ist daher primär den Zielen verpflichtet, die dem Regulierungsentwurf zugrunde gelegten empirischen Annahmen, die Funktionsfähigkeit des Regulierungsmodells in der Praxis sowie mit dem Regelungsvorhaben ggf. verbundene unerwünschte Nebenwirkungen zu überprüfen, den Entwurf ggf. entsprechend zu optimieren, Transparenz zu schaffen und die Implementationsfähigkeit der Verordnung zu gewährleisten.⁶⁷ Empirische Analysen lassen – allerdings nur auf zurückhaltender Linie – durchaus den Schluss zu, „dass die Vernehmlassung diskursiv hochstehende Interaktion honoriert“.⁶⁸

66 Vgl. *Hanna Muralt Müller*, Vernehmlassungsverfahren – helvetisches Ritual oder modernes partizipatorisches Instrument der Konkordanzdemokratie?, *Leges* 1997, S. 17, 24 f.; *Thomas Sägger*, Das Vernehmlassungsverfahren im Schweizerischen Bundesstaat, *ZG* 2004, S. 364, 365.

67 Vgl. zu diesen weiteren Funktionen des Vernehmlassungsverfahrens *Kurt Nuspliger/Stephan Brunner*, Das Vernehmlassungsverfahren in den Deutschschweizer Kantonen, *Leges* 2011, S. 239, 240.

68 *Marcel Kägi*, Die Rolle von Argumenten im Vernehmlassungsverfahren, *Leges* 2011, S. 161, 180.

III. Zusammenhänge zwischen Wirkungen und Steuerungsfähigkeit sowie Legitimität

1. Legitimität

Nach deutschem Verfassungsrecht liegt die Verantwortung für den Norminhalt – in den durch den Gesetzgeber gesetzten Grenzen – beim Verordnungsgeber. Partizipative Modi sind daher nur zulässig, soweit sie nicht die Grenze der Mitentscheidung überschreiten.⁶⁹ Zwar führt eine Partizipation der Bürgerinnen und Bürger bei der Vorbereitung von Rechtsverordnungen nicht zu einer kooperativen Normproduktion, bleibt doch der partizipative Beitrag zum Normsetzungsverfahren unterhalb der Ebene einer Kooperation bei der Rekonstruktion von Norminhalten. Jedoch kann aus der Diskussion um kooperative Normsetzungen der Schluss gezogen werden, dass die Einbeziehung Privater in die Generierung des Wissens, das für den Erlass von untergesetzlichen Rechtsnormen notwendig ist, verfassungsrechtlich zulässig ist.⁷⁰

Auch wenn nach Art. 80 Abs. 1 GG der Gesetzgeber Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Verordnungsermächtigung vorgeben muss, besitzt die Rechtsverordnung nicht lediglich eine abgeleitete, sich aus der Legitimität des vom demokratisch gewählten Gesetzgebers erlassenen Gesetzes ergebende Legitimität. Vielmehr stehen Gesetz und Verordnung in einer arbeitsteiligen Beziehung, die Regelungsformen innerhalb eines ganzheitlichen Regelungssystems funktionsadäquat zuzuordnen sucht.⁷¹ Innerhalb dieses Regelungssystems liegt die spezifische Legitimität staatlichen Handelns durch Rechtsverordnung darin, dass die durch das Gesetz erfolgte Vorstrukturierung eines Regelungsbereichs durch die Rechtsverordnung

69 Uhle, Fn. 60, Rn. 95.

70 Hermann Hill/Mario Martini, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 34 Rn. 16; Florian Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 91 ff. Siehe auch Irene Lamb, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 71 ff. Aus der Diskussion in der Schweiz Christoph Erras, Kooperative Rechtssetzung, 2010.

71 Hill/Martini, Fn. 70, Rn. 25 f.; Franz Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 70.

unter Nutzung ihrer Vorteile der Sachnähe und Flexibilität ausgestaltet wird.

Mit einem solchen Verständnis der Legitimität des Handelns durch Rechtsverordnung konfligiert der – zutreffende – Befund einer weitgehenden Intransparenz und fehlenden Öffentlichkeit des Entstehungsprozesses von Rechtsverordnungen.⁷² Wenn aber Gesetz und Verordnung nicht in einem bloßen Vollzugsverhältnis stehen, sondern in einem arbeitsteiligen Gesamtsystem korrelieren, so muss die Legitimität dieses Systems unter einer defizitären Öffentlichkeit leiden, die nicht immer vollständig vom politisch-öffentlichen Gesetzgebungs- auf den Erlassprozess der Rechtsverordnung ausstrahlt. Soweit der Verordnungsinhalt nicht gesetzesdeterminiert ist – wie es in weiten Bereichen des Umwelt- und Technikrechts der Fall ist –, wirkt die „parlamentarisch-demokratische Legitimationsleistung des Gesetzes“ nicht fort.⁷³

Anders als die Satzung als weitere Form administrativer Rechtsetzung verfügt das Erlassverfahren der Rechtsverordnung über keine legitimierende Absicherung durch die Entscheidung von Repräsentanten in dem jeweiligen Selbstverwaltungsorgan. Zu Recht wird deshalb darauf hingewiesen, dass der Erlass von Rechtsverordnungen mit Blick auf die Ermittlung der einzustellenden Sachverhaltselemente und Betroffenheiten sowie deren regelungszieladäquates Arrangement eine flankierende Legitimation durch Verfahren nahelegt.⁷⁴

Dies bedeutet nicht, dass es ein grundrechtsunterfüttertes verfassungsrechtliches Gebot zur Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Verordnungssetzung gäbe.⁷⁵ Es geht auch nicht darum, dass Art. 80 Abs. 1 GG ein verfassungsrechtlich relevantes Legitimationsdefizit hinterlassen würde, das einer Kompensation auf der Ebene des Verordnungserlasses durch Öffentlichkeitsbeteiligung bedürfte.⁷⁶ Es geht vielmehr um die Frage, ob die Legitimität der Rechtsverordnung als Handlungsform durch eine Öffentlichkeitsbeteiligung gesteigert werden kann.

72 Hill/Martini, Fn. 70, Rn. 19.

73 Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl. 2013, Rn. 723. Von einem daraus folgenden „Kompensierungsbedürfnis“ spricht Pünder, Fn. 59, S. 254.

74 Hufen/Siegel, Fn. 73, Rn. 722 f.

75 So aber Erhard Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, S. 174.

76 Dazu Saurer, Fn. 56, S. 385 ff.

Soweit diese Frage verneint wird, bezieht sich diese Ablehnung auf die Verankerung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Verfahren des Verordnungserlasses.⁷⁷ Insoweit gilt auch für eine Partizipation bei der Verordnungsgebung nichts anderes als für die Öffentlichkeitsbeteiligung beim Erlass administrativer Einzelakte: Die Erzielbarkeit legitimitätssteigernder Wirkungen hängt nicht zum Wenigsten von der Ausgestaltung des Partizipationsarrangements ab.

Ist – wie entwickelt (oben A.I.) – die Legitimität staatlichen Handelns auch in der Form von Rechtsverordnungen an den grundsätzlichen Konsens der Herrschaftsunterworfenen, dass die Produktion der Entscheidung unter Bedingungen erfolgt ist, die von den Herrschaftsunterworfenen akzeptiert werden kann, rückgebunden, so ist die Beantwortung der Frage, ob die Legitimität durch Formen der Partizipation verbessert werden kann, zunächst vom Legitimitätsstatus des arbeitsteiligen Gesamtsystems „ermächtigendes Gesetz–Rechtsverordnung“ abhängig: Je kleiner die eigenständigen Entscheidungsspielräume sind, die das ermächtigende Gesetz dem Verordnungsgeber belässt, desto mehr strahlt die Legitimität des im politisch-öffentlichen Diskurs zustande gekommenen Parlamentsgesetzes auf den Verordnungserlass aus. Umgekehrt bedeutet dies, dass diese Ausstrahlung um so geringer ist, je niedriger die Programmierdichte des Gesetzes für den Inhalt der Verordnung ist.

Dass eine Öffentlichkeitsbeteiligung generell a priori geeignet ist, die Legitimität des Erlasses von Rechtsverordnungen zu erhöhen, wird sich mithin nicht annehmen lassen. Da es sich bei den Fällen geringer legislativer Vorstrukturierung in der Regel gerade um solche handelt, die eine hohe gesellschaftliche, ökonomische und/oder wissenschaftlich-technologische Dynamik mit einer entsprechenden Komplexität des Regulierungsrahmens und Ungewissheit der Entscheidungsgrundlagen⁷⁸ aufweisen, ist allerdings in diesen Konstellationen Partizipation um so mehr zur Verbesserung der Legitimität des Verordnungserlasses geeignet.⁷⁹ Der Zusammenhang zwischen Partizipation und Legitimitätsverbesserung wird über die im Wesentlichen auch dem Anhörungsverfahren in der Schweiz (oben C.II.) zugrunde liegenden Funktionen der Vervollständigung der in die Verordnungsgebung einbezogenen Sachverhaltselemente, Interessen und Werte, die Entwicklung bzw. Optimierung eines regulierungszielad-

77 Siehe etwa *Saurer*, Fn. 56, S. 394.

78 Vgl. *Hill/Martini*, Fn. 70, Rn. 16.

79 Vgl. *Pünder*, Fn. 59, S. 264.

äquaten Regelungskonzepts ohne unerwünschte Nebenwirkungen sowie die Schaffung von Transparenz, um die beim Verordnungserlass durch administrative Einheiten in höherem Maße als bei der Gesetzgebung bestehenden Gefahr eines *agency capture* zu minimieren, vermittelt.⁸⁰

Im Vergleich mit den methodischen Optionen der Partizipation bei administrativen Einzelentscheidungen sind die Möglichkeiten, eine Öffentlichkeitsbeteiligung beim Erlass von Rechtsverordnungen durchzuführen, von vornherein begrenzter. Das Schweizer Modell eines öffentlich zugänglichen elektronischen Registers, auf das jedermann zugreifen kann, mit Möglichkeit zur Stellungnahme in schriftlicher oder elektronischer Form innerhalb bestimmter Frist und Veröffentlichung der eingegangenen Stellungnahmen ist so sinnvoll wie ausreichend. Anders als hinsichtlich der Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung beim Erlass von administrativen Einzelakten ist die Gefahr einer Deligitimation durch Wahl eines inadäquaten Partizipationsformats bei der Verordnungsgebung deutlich geringer.

2. Steuerungsfähigkeit

Für die Untersuchung der Möglichkeiten einer Verbesserung der Steuerungsfähigkeit der Verordnungsgebung durch Partizipation ist zunächst daran zu erinnern, dass unter Steuerungsfähigkeit im vorliegenden Zusammenhang die Erzielung von intendierten Wirkungen durch staatlicherseits administrierte institutionelle Arrangements verstanden wird. Soweit es um den Erlass von Rechtsverordnungen geht, bestehen diese intendierten Wirkungen in erster Linie darin, die der Rechtsverordnung im arbeitsteiligen Gesamtsystem durch das ermächtigende Gesetz zugewiesenen Regelungsaufgaben durch Nutzung der spezifischen Funktionsvorteile der Rechtsverordnung wie Sachnähe – mit den Unterkategorien einer vertieften Durchdringung der tatsächlichen Grundlagen und der Optimierung der Implementationsfähigkeit – und Flexibilität optimal zu erfüllen.⁸¹

Dass eine Einbeziehung der Öffentlichkeit in das Verfahren zum Erlass einer Rechtsverordnung Beiträge erbringen kann, die eine in diesem Sinne funktionsadäquate Verordnungsgebung und damit die Steuerungsfähigkeit

80 Hill/Martini, Fn. 70, Rn. 16. Siehe auch Pünder, Fn. 59, S. 262.

81 Vgl. zum Steuerungsmodus der Rechtsverordnung auch Saurer, Fn. 56, S. 235 ff.

der Handlungsform Rechtsverordnung unterstützen, ergibt sich bereits aus dem zur Frage der Verbesserung der Legitimität Ausgeführten.

Die wesentliche Aufgabe dürfte vor allem darin liegen, die Fälle des Verordnungserlasses, in denen Partizipation die angesprochenen positiven Effekte zeitigen kann, von denen zu unterscheiden, in denen dies wegen der Steuerungsdichte des ermächtigenden Gesetzes nicht der Fall ist. Es wird aber unschwerlich möglich sein, parallel zum Instrument der Konfliktanalyse vor dem Einsatz partizipatorischer Verfahren bei administrativen Einzelakten (dazu oben B.III.2.) Indikatoren zu entwickeln und zu operationalisieren, die eine solche Abgrenzung leisten können.

D. Schlussbetrachtung

Die im Titel dieses Beitrags angelegte Frage, ob sich durch Partizipation die Steuerungsfähigkeit des Staates und die Legitimität staatlichen Handelns verbessern lassen, kann in typisch juristischer Weise beantwortet werden: Es kommt darauf an. Akzeptiert man, dass Legitimität und Steuerungsfähigkeit zumindest auch empirisch rückgebundene Kategorien sind, so kann die Beteiligung der Öffentlichkeit sowohl beim Erlass von administrativen Einzelakten, beispielsweise Vorhabengenehmigungen, als auch bei der Verordnungsgebung zu solchen Verbesserungen beitragen.

Allerdings ist der Wirkungszusammenhang zwischen Partizipation und Verbesserung von Legitimität bzw. Steuerungsfähigkeit nicht zwingend. Partizipation führt nicht zwangsläufig zu Verbesserungen. Vielmehr hängt es im Bereich der Partizipation bei der Vorbereitung administrativer Einzelakte maßgeblich von der Beachtung der Erfolgsbedingungen für die Durchführung partizipativer Verfahren ab, ob positive oder negative Effekte eintreten. Beim Erlass von Rechtsverordnungen ist die Erzielbarkeit von Verbesserungen durch Öffentlichkeitsbeteiligung zentral davon abhängig, wie sich der Regelungszusammenhang zwischen ermächtigendem Parlamentsgesetz und Rechtsverordnung mit Blick auf die Steuerungsdichte des Gesetzes darstellt. Ohne eine exakte Analyse der im konkreten Einzelfall relevanten Faktoren lassen sich daher Verbesserungen durch Partizipation nicht erreichen.