



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

Das Demokratieprinzip

The democratic principle

Eberhard Schmidt-Aßmann

Resumo: Este artigo demonstra a precariedade do tratamento do princípio democrático nas obras gerais de direito administrativo alemão da atualidade e propõe uma sistemática para o tratamento do princípio no campo doutrinário.

Palavras-chave: Democracia; princípios; direito administrativo.

Abstract: This essay demonstrates some fragilities regarding the theoretical treatment and insertion of the democratic principle in the general theory of administrative Law in Germany nowadays and proposes a systematic for the treatment of the mentioned principle by the doctrine.

Keywords: Democracy; principles; administrative Law.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n2p01-19>

Artigo submetido em: janeiro de 2017

Aprovado em: julho de 2017

DAS DEMOKRATIEPRINZIP

Eberhard SCHMIDT-ASSMANN*

I. Einleitung: eine kurze Bestandsaufnahme; II. Die Vielfalt der Einzelthemen im Überblick; III. Die Bildung von Themenbereichen; III.1. Fünf Themenbereiche als Basis systematischer Darstellung; III.2. Die gegenseitige Zuordnung der Themenbereiche und ihrer Einzelgarantien; IV. Die Systematik der Behandlungsgegenstände; IV.1. Demokratische Statusrechte; IV.2. Verwaltungslegitimation; IV.3. Die Rolle des Gesetzes.

I. Einleitung: eine kurze Bestandsaufnahme

Wie präsentiert sich das Demokratieprinzip – wie präsentiert sich eines der großen Strukturprinzipien des Grundgesetzes, das seine Forderungen an das Verwaltungsrecht immer wieder auch ganz spontan anzumelden versteht¹ – in den verwaltungsrechtlichen Lehrbüchern? Der erste Eindruck ist ernüchternd: Ausführliche Darstellungen, die die Vielfalt der Ausstrahlungswirkungen im Zusammenhang untersuchen, sind selten.² Häufiger finden sich punktuelle Bezugnahmen, etwa bei der Behandlung des Parlamentsvorbehalts und bei Fragen

* É professor titular aposentado de direito público da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Doutor honoris causa. Autor consagrado de inúmeros artigos e livros, incluindo a obra “Dogmática Jurídico Administrativa”, publicada no Brasil em 2016.

¹ Dazu nur die Beratungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer auf ihrer Tagung in Kiel 2012 „Repräsentative Demokratie in der Krise?“, für den vorliegenden Kontext insbesondere die Referate von K. Waechter und Th. Mann, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL Bd. 72 (2013), S. 499 ff. und 544 ff.

² Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, bes. § 5 Rn. 32 ff. Legitimation, „polykratische Entscheidungsfindung“; restriktiv zu Forderungen nach Partizipation: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 6 Rn. 7 ff. (systematisch), § 7 Rn. 24 ff. (Verwaltungsorganisation und demokratische Legitimation), § 1 Rn. 30 ff. (Partizipation); Faber, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, § 7 II und vor allem § 12 („Demokratisierungspotentiale“ in der unmittelbaren und der mittelbaren Verwaltung); Loeser, System des Verwaltungsrechts, 1994, vor allem Bd. 1, § 7 Rn. 112-115 (Legitimation und Partizipation) und zur Bedeutung für die Verwaltungsorganisation Bd. 2 pass.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, bes. § 18 Rn. 7 ff. (mit einer knappen Auflistung wichtiger Themen: Legitimation, Selbstverwaltung, Kollegialgremien, Gemeinwohl und Partikularinteressen) und aus f. dies., Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 80 Rn. 142 ff.; knapp P. M. Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 79, 83 f.

des Organisationsrechts.³ In manchen Büchern fehlt jeder Hinweis im Text und jeder Nachweis in den Stichwortverzeichnissen.⁴

Nun darf man sich freilich von einem ersten Blick und von einem rein begrifflichen Zugang nicht täuschen lassen. Auch ohne zusammenhängende Behandlung und ohne besondere Bezugnahmen können wichtige Elemente demokratischen Verwaltens im Verwaltungsrecht vermittelt werden. Das geschieht durchaus, vor allem bei der Behandlung der Gesetzesbindung der Verwaltung. Zudem sollte man, bevor man Unzulänglichkeiten der Darstellung des Demokratieprinzips beklagt, berücksichtigen, dass auch das Rechtsstaatsprinzip als das zweite große Strukturprinzip des Art. 20 GG in den verwaltungsrechtlichen Lehrbüchern nur selten systematisch erörtert wird. Wofür haben wir schließlich die Lehrbücher des Staatsrechts? Hier scheint eine Arbeitsteilung durchaus eingespielt und sinnvoll.

Doch können solche Weiterverweise nicht beruhigen. Es gibt eine ganz *eigene Schicht von Kontexten und Problemen*, die sich für das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip im Blick auf das Handeln und die Organisation der Verwaltung stellen und die in der staatsrechtlichen Literatur so weder behandelt werden müssen noch behandelt zu werden pflegen. Es geht um die tagtägliche Präsenz der beiden Prinzipien in der administrativen Rechtsanwendung und ihrer Dogmatik. Das ist verwaltungsrechtliche Substanz, und gerade in diesem Punkte weicht die überkommene Behandlung des demokratischen Prinzips von derjenigen des rechtsstaatlichen Prinzips entscheidend ab. Das Rechtsstaatsprinzip ist auch dort, wo es nicht eigens erwähnt wird, in der verwaltungsrechtlichen Lehrbuchliteratur allgegenwärtig: in der Darstellung der Rechtsformen, in dem, was üblicherweise zum Verwaltungsverfahren mitgeteilt wird, in der Ermessenslehre, im Staatshaftungsrecht, und vor allem in den vielen grundrechtlichen und verwaltungsprozessualen Bezügen. Das sind zentrale Themen jeder Lehrdarstellung, die schnell anschaulich machen, was das *Rechtsstaatsprinzip* als solches in das Verwaltungsrecht hineinragen will: nämlich den Schutz des Individuums, die Rechtsgebundenheit und die Verhältnismäßigkeit der administrativen Interventionen, die Rechtssicherheit, den Vertrauensschutz und die Rationalität.

³ Vgl. nur *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl. 2009 (Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt; Organisation), Rn. 174, 377, 516 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, bes. § 6 Rn. 4 ff. (Begründungen für Gesetzesvorbehalte); *Mayer/Kopp*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1985, § 1 II 3 c, S. 37 (unter Bezugnahme auf BVerfGE 49, 89 zur eigenen demokratischen Legitimation der Verwaltung); *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 54, 935 und 1015 (demokratische Legitimation). Sehr knapp *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1973, S. 551 und 536 (zur kommunalen Selbstverwaltung, die von der Demokratie „unverwechselbar geschieden“ sein soll).

⁴ *Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2002; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012 (vgl. dort aber immerhin die ganz knappen Hinweise Rn. 261 und Rn. 272 ff.); *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2011.

Für das *Demokratieprinzip* können wir demgegenüber von einer solchen kompakten Präsenz und Anschaulichkeit in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik bisher nicht ausgehen. Das ist ein Defizit. Es zu beklagen nützt allerdings wenig. Wir sollten vielmehr fragen, ob den Lehrbüchern des Allgemeinen Verwaltungsrechts hier nicht eine besondere Aufgabe zufällt. In der Darstellung der allgemeinen Lehren müssen die Dinge auf den Punkt gebracht werden. Der Kommentar, die Einzelstudie, die Rechtsprechungsübersicht können das nicht leisten. Es ist das Lehrbuch, in dem ein Fach zu sich selbst findet und seine Grundeinsichten auf wissenschaftliche Weise an die Praxis und an die nächste Generation, an Studenten und akademischen Nachwuchs, weitergibt. Ist das zu „idealistisch“, zu „theoretisch“, zu fern von der Ausbildungsrealität und den Wünschen der Verlage gedacht?⁵ Ich meine das nicht. Aber selbst wenn dem so sein sollte, wäre nicht die Resignation, sondern das „Gegensteuern“ die richtige Reaktion!

II. Die Vielfalt der Einzelthemen im Überblick

An konkreten Einzelthemen, mit denen das Demokratieprinzip in der Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts präsent ist, mangelt es nicht. Die folgende Auflistung dient allein dazu, diesen Befund zu veranschaulichen:⁶

- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Ausdruck parlamentarischer Steuerung.⁷
- Parlamentsvorbehalt und Gesetzesvorbehalt.⁸
- Fragen der Substitution des Gesetzes durch den Haushaltstitel im Subventionsrecht.⁹
- Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als verfassungsrechtliches Steuerungsprogramm.
- Satzung zwischen Gemeinwohl und partikularem Interesse.¹⁰
- Verwaltungsvorschriften als eigene administrative Steuerungsform.
- Das Verhältnis der Demokratie zur kommunalen und funktionalen Selbstverwaltung.

⁵ Kritisch zum Zustand der zeitgenössischen Lehrbuchliteratur *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 41 f., 321 ff.

⁶ Vgl. ausf. *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem /SchmidtAssmann /Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – GVwR – Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6 bes. Rn. 60 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, bes. § 18 Rn. 7 ff.

⁷ Dazu nur *F. Reimer*, Das Gesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: GVwR Bd. 1, § 9 Rn. 1 ff. und 84 ff.

⁸ Systematisch *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts – HStR – Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 41 ff.

⁹ BVerwGE 90, 112 (126); vgl. zum Meinungsstand *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 19 ff.

¹⁰ Als „Klassiker“ BVerfGE 33, 125 (155 ff.), die „Facharzt“-Entscheidung.

- Staatsaufsicht über Selbstverwaltungskörperschaften.¹¹
- Institutioneller Gesetzesvorbehalt, Organisationsgewalt und der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung.¹²
- „Einheit der Verwaltung“ und Legitimität selbständiger Verwaltungseinheiten.¹³
- Die Rolle des ministeriellen Weisungsrechts („ministerialfreie Räume“ und „unabhängige Agenturen“).¹⁴
- Mitbestimmung im öffentlichen Dienst.¹⁵
- Öffentliche und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen und das Problem einer administrativen „Einwirkungspflicht“.¹⁶
- Kollegialgremien in der öffentlichen Verwaltung.¹⁷
- Ausgestaltungen des Rechtsinstituts der Beleihung.¹⁸
- Experten in der öffentlichen Verwaltung.¹⁹
- Technische Normsetzung durch private Verbände.²⁰
- Privatisierung von Hoheitsaufgaben.²¹
- Partizipation in Verwaltungsverfahren.²²
- Speziell: neue Formen der „Öffentlichkeitsbeteiligung“ bei Großvorhaben.²³

¹¹ Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 483 ff., 499; ders., Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: GVWR Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 47 Rn. 63 ff.

¹² Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 81 Rn. 20 ff.

¹³ Krebs, Verwaltungsorganisation, in: HStR Bd. 5, § 108 Rn. 93 ff.; Kahl, Staatsaufsicht (Fn. 11), S. 476 f.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 9, 268 (281 f.).

¹⁵ BVerfGE 93, 37 (65 ff.); Battis/Kersten, Demokratieprinzip und Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, DÖV 1996, 584 ff.

¹⁶ Vgl. dazu nur Gersdorf, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, speziell zur sog. Einwirkungspflicht dort S. 223 ff.

¹⁷ Grundlegend BVerfGE 83, 60 (71 ff.). Gegensätzliche Konzepte dazu einerseits von Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, bes. S. 369 ff. und andererseits von Th. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, bes. S. 163 ff.

¹⁸ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 90 Rn. 40.

¹⁹ Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR Bd. II, 1. Aufl. 1987, § 36 Rn. 41 ff.; Voßkuhle, Sachverständige Beratung des Staates, HStR Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 57 ff.

²⁰ Ruffert, Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, in: GVWR Bd. 1, § 17 Rn. 85 ff.

²¹ BVerfGE 130, 76, 123 ff.

²² Als „Klassiker“ Battis, Partizipation im Städtebaurecht, 1976, bes. S. 158 ff.

²³ Studie der Bertelsmann Stiftung „Mehr Transparenz und Bürgerbeteiligung. Prozessschritte und Empfehlungen am Beispiel von Fernstraßen, Industrieanlagen und Kraftwerken“, 2013.

- Volksentscheide über Infrastrukturprojekte.²⁴
- Informationsfreiheitsrecht und die Frage seiner Verankerung im demokratischen Verfassungsprinzip.²⁵
- Die demokratischen Elemente des Rechtsstatus des Einzelne im Verwaltungsrecht.²⁶

Die Auflistung ließe sich fortsetzen. Dem Eindruck einer recht heterogenen Zusammenstellung ist kaum auszuweichen. Die stichwortartigen Angaben haben unterschiedliche Konkrettheitsgrade. Manche Punkte sind eher Unterpunkte im Rahmen größerer Themen. Andere überlappen sich. Nicht alle lassen sich allein dem Demokratieprinzip zuordnen, sondern gehören auch zum Rechtsstaatsprinzip oder werden traditionellerweise dort behandelt. Wieder andere Punkte wie z. B. die Fragen parlamentarischer Kontrollen gelten als klassische Probleme des Staatsrechts. Manches wird typischerweise im Besonderen Verwaltungsrecht behandelt, wie etwa das Verhältnis des Demokratieprinzips zur Garantie der kommunalen und der berufsständischen Selbstverwaltung.

Unbeschadet solcher Unsicherheiten der Einordnung besitzen die beispielhaft aufgeführten Themen jedoch einen Bestand an Fragestellungen, die einen unbezweifelbaren Bezug zu den *Grundannahmen* des demokratischen Prinzips aufweisen und die es wegen ihrer verwaltungsrechtlichen Implikationen verdienen, (auch) im Allgemeinen Verwaltungsrecht behandelt zu werden. Dass es dabei zu Überlappungen kommt und Doppelzuordnungen möglich sind, hindert das nicht. Gerade das Allgemeine Verwaltungsrecht als „konkretisierendes“ und als „abstrahierendes“ Recht eignet sich dazu, Einwirkungen des Verfassungsrechts auf die einzelnen Gebiete des Fachverwaltungsrechts in einem größeren, mehrere Referenzgebiete einbeziehenden Rahmen zu erörtern.²⁷

III. Die Bildung von Themenbereichen

Um hier voran zu kommen, sollen die aufgelisteten Probleme im Folgenden zu fünf größeren Themenbereichen zusammengefasst werden. Die Themenbereiche verbinden Aspekte des demokratischen Prinzips mit Behandlungsgegenständen der verwaltungsrechtlichen Dogmatik. In ihren *Einzelaussagen* kehren sie in denjenigen Verwaltungsrechtslehrbüchern, die sich intensiver mit der Bedeutung des demokratischen Prinzips beschäftigen, in den Abschnitten über „Rechtsquellen“, „Verwaltungsverfahren“ und vor allem im „Verwaltungsorganisationsrecht“

²⁴ Th. Groß, Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, DÖV 2011, 510 ff.

²⁵ B. Wegener, Der geheime Staat, 2006, S. 424 ff.; Scherzberg, Öffentlichkeitskontrolle, in: GVwR Bd. 3, § 49 Rn. 13 ff.

²⁶ Dazu Masing, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: GVwR Bd. 1, § 7 Rn. 33 ff.

²⁷ Was das Arbeiten mit „Referenzgebieten“ bedeutet, ist dargelegt in: Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Tz. 12 ff. und 3. Kap. Tz. 1 ff.

wieder und sollten dort gegebenenfalls noch stärker als bisher herausgearbeitet werden. Davon unabhängig sind die Themenbereiche im vorliegenden Untersuchungszusammenhang dazu gedacht, vor die Klammer gezogene *Eckpunkte* eines demokratischen Verwaltungsrechts zu bestimmen.²⁸

1. *Fünf Themenbereiche als Basis systematischer Darstellung*

- Themenbereich 1: Die *Rechtsstellung des Einzelnen in der Demokratie*: demokratische Wahlrechtsgrundsätze und andere Mitwirkungsrechte; Einwirkungsmöglichkeiten auf die Verwaltung durch Beteiligung an Volksbegehren und Volksentscheiden, bzw. Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden auf kommunaler Ebene; Partizipation an Verwaltungsentscheidungen; Öffentlichkeit, die Gewährleistung von Transparenz, das Informationsfreiheitsrecht.
- Themenbereich 2: Die *demokratische Legitimation der Verwaltung* im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG: unterschiedliche Legitimationskonzepte, Weisungshierarchien, unabhängige Behörden.
- Themenbereich 3: Die Funktion und Legitimation der *Selbstverwaltungskörperschaften* und anderer *verselbständigter Verwaltungseinheiten*, öffentliche Unternehmen; ihre Eigenständigkeit und ihre Einbindung in den gesamtstaatlichen Gemeinwohlauftrag; Staatsaufsicht.
- Themenbereich 4: Das Verhältnis der Verwaltung zu *gesellschaftlichen Trägern organisierter Interessen*: Formen der Kooperation, z. B. bei der Normsetzung. Privatisierungen und Privatisierungsfolgenrecht; „vorwirkende Legitimationsverantwortung“ bzw. staatliche „Strukturschaffungspflicht“ der Verwaltung.²⁹
- Themenbereich 5: Die Funktionen des *parlamentarischen Gesetzes* als Mittler demokratischer Legitimation. Unterschiedliche Arten gesetzlicher Programmierung (prozedurale und materielle Regelungen); die besondere Bedeutung der Steuerung über das parlamentarisch beschlossene Haushaltsgesetz und das Haushaltsverfahrensrecht. Sodann die klassischen Themen des Allgemeinen Verwaltungsrechts: die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung (Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes); die notwendige Gesetzesbestimmtheit und das komplementäre Verhältnis zwischen parlamentarischem Gesetz und den unterschiedlichen Formen administrativer Rechtssetzung. Das Gesetz als Kontrollmaßstab und die demokratische Funktion der Gerichte.

²⁸ Vgl. aus rechtsvergleichender Sicht *Marcou*, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, in: von Bogdandy/Cassese/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum – IPE – Bd. 5, 2014, § 92.

²⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 370 ff.

In diesen fünf Themenbereichen lassen sich die oben gelisteten Einzelfragen einigermaßen vollständig erfassen und so zueinander in Beziehung setzen, dass etwas von dem deutlich wird, das die Struktur eines demokratischen Verwaltungsrechts ausmachen soll: die unterschiedlichen Modelle demokratischer Legitimation als Binnenperspektive, das Verhältnis der Verwaltung zu den sie umgebenden Interessenträgern als Außenperspektive, die Rolle des parlamentarischen Gesetzes als Scharnier und schließlich die Frage nach dem Ziel demokratischen Verwaltens überhaupt. Die institutionellen Themen überwiegen. Doch sind auch individualrechtliche Aspekte in Rechnung zu stellen (vgl. unter IV.).³⁰ Ein wichtiges Bindeglied zwischen beiden Komponenten ist der Verfahrensgedanke.

2. Die gegenseitige Zuordnung der Themenbereiche und ihrer Einzelgarantien

Die gegenseitige Zuordnung dieser Themenbereiche hat von der Einsicht auszugehen, dass das Grundgesetz zahlreiche wichtige Elemente des demokratischen Prinzips in speziellen Vorschriften konkret ausgeformt hat, dass daneben aber auch das in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verbürgte allgemeine Prinzip eigene normative Substanz besitzt.³¹ Wie für den Rechtsstaat so gilt auch für die Gewährleistung der Demokratie: Das Prinzip umgreift mehr als die Summe seiner Teilgewährleistungen. Neben den ausformulierten Elementen sind folglich auch ungeschriebene Elemente in Rechnung zu stellen. Alle Teilgewährleistungen werden durch das allgemeine Prinzip verklammert. Sie sollen sich gegenseitig ergänzen und stützen, können aber auch miteinander in Widerstreit geraten. Eine Entscheidung ist in diesen Fällen nach den Regeln schonenden Ausgleichs zu treffen. Die für das Rechtsstaatsprinzip getroffene Feststellung gilt auch hier: „Denn die Verfassung ist ein Sinngefüge, bei dem einzelne Gewährleistungen und mithin auch Art. 19 Abs. 4 GG, so auszulegen sind, daß auch anderen Verfassungsnormen und Grundsätzen nicht Abbruch getan wird“.³²

IV. Die Systematik der Behandlungsgegenstände

Nach diesen Vorüberlegungen sollte sich die Zuordnung der genannten fünf Themenbereiche an der zentralen Aufgabe des grundgesetzlichen Demokratieprinzips ausrichten, Selbstbestimmung in Freiheit zu ermöglichen.³³ „Das freie Subjekt ist das a priori des modernen Verfassungsstaates und letzte Instanz

³⁰ Aus rechtsvergleichender Sicht ähnlich die Anordnung bei *Marcou*, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip (Fn. 28), § 92.

³¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 II (Januar 2010) Rn. 14.

³² BVerfGE 60, 253 (267).

³³ Vgl. BVerfGE 44, 125 (142); 107, 59 (92); 111, 191 (216); 123, 267 (340 f.). Zum Zusammenhang von Menschenwürde und Demokratie *Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur, 2013, S. 336 ff.; *ders.*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: HStR Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 61 ff.; darauf bezugnehmend *Trute* (Fn. 6), in: GVWR Bd. 1, § 6 Rn. 19 f.

jeglicher Legitimität“.³⁴ Das legt es nahe, eine systematische Behandlung der demokratischen Komponenten des Verwaltungsrechts mit der Herausarbeitung der *demokratischen Statusrechte* zu beginnen.

Eine solche Perspektive mag ungewohnt sein; denn die meisten Untersuchungen räumen den institutionellen Elementen des demokratischen Prinzips den eindeutigen Vorrang ein und beschäftigen sich vor allem mit den Einbindungen der Verwaltung in das parlamentarische Regierungssystem.³⁵ Wenn hier bewusst davon abgewichen wird, so geschieht das nicht nur aus darstellerischen Gründen. Dahinter steht vielmehr auch eine Gewichtungsfrage. Die institutionellen Komponenten haben für das Demokratieprinzip eine unbestreitbar hohe Bedeutung, insofern es um die Organisation von Herrschaft geht. Nicht übersehen werden darf jedoch, dass das Ziel aller organisatorisch-institutionellen Ausgestaltungen der Mensch und seine Selbstbestimmung bilden. „Grundlage des Verfassungsstaates ist eine doppelte: Volkssouveränität *und* Menschenwürde“.³⁶ Darin grenzt sich die Demokratie des Verfassungsstaates von anderen Demokratievorstellungen ab. Für das Grundgesetz ebenso wie für das Unionsverfassungsrecht (Art. 2 EUV) gilt folglich: Das Institutionelle darf das Individuelle nicht in den Hintergrund drängen.

Diese Grundlinie sollte auch die Behandlung des demokratischen Verwaltungsrechts in den verwaltungsrechtlichen Lehrbüchern bestimmen. Die nachfolgenden Ausführungen gründen im Wesentlichen auf Überlegungen, die Hans-Heinrich Trute, Johannes Masing, Christoph Gusy und Helge Rossen Stadtfeld – mit unterschiedlichen Akzentsetzungen – in den „Grundlagen des Verwaltungsrechts“ entwickelt haben.³⁷ Zu Einzelpunkten ebenso wie zu weiter ausgreifenden Perspektiven seien die Leser und unter ihnen der Jubilar auf diese Erkenntnisquellen verwiesen. Mir geht es an dieser Stelle nur um eine Skizze, wie das demokratische Prinzip in seinen speziellen verwaltungsrechtlichen Bezügen systematisch-lehrbuchmäßig dargestellt werden könnte.

1. *Demokratische Statusrechte*

Dazu bietet es sich wie gesagt an, mit dem *Rechtsstatus des Einzelnen* zu beginnen, der neben seiner freiheitlich-rechtsstaatlichen Seite auch eine freiheitlich-demokratische Seite besitzt. „Der Rechtsstatus des Einzelnen lässt sich nicht allein von der Sicherung seiner privaten, selbstbezogenen Belange erfassen, ist also nicht allein auf die Wahrung der Integrität der Person gerichtet, sondern muss auch Mit-

³⁴ Masing (Fn. 26), in: GVWR Bd. 1, § 7 Rn. 8.

³⁵ Marcou (Fn. 30), in: IPE Bd. 5, § 92 Rn. 2 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 80 Rn. 147 ff. In der Anlage ebenso, allerdings nicht allein auf die Verwaltung bezogen *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR Bd. 2, § 24.

³⁶ So Häberle (Fn. 33), in: HStR Bd. 2, § 22 Rn. 61.

³⁷ Trute (Fn. 6), in: GVWR Bd 1, § 6; Masing (Fn. 26), dort § 7; Gusy, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, GVWR Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 23; Rossen-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, dort § 29.

und Einwirkungsbefugnisse des Einzelnen auf das Gemeinwohl und auf die Realisierung von Verwaltungszwecken reflektieren“.³⁸ Auch die aktive Teilhabe ist danach ein „konstitutives Grundelement des Verwaltung-Bürger-Verhältnisses“.³⁹ Zu den politischen Mitwirkungsrechten, die schon von Verfassungen wegen garantiert sind, gehören unstreitig das Wahlrecht, der Zugang zu öffentlichen Ämtern und „die Teilhabe an den demokratischen Freiheitsrechten (Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 GG)“.⁴⁰

Inwieweit außerdem Rechte auf Beteiligung des Einzelnen an Verwaltungsentscheidungen dazugehören, ist eine unter dem Stichwort der „Partizipation“ oft behandelte Frage,⁴¹ die nur differenziert beantwortet werden kann.

(a) In einem ersten Schritt ist das zentrale Charakteristikum des demokratischen Status herauszuarbeiten. Es liegt in der *Gleichheit der Mitwirkungschance*. Gleichheit ist hier nicht bürgerliche Rechtsgleichheit, sondern streng formalisierte demokratische Gleichheit, die „ohne Ansehen der tatsächlichen Verhältnisse und Umstände“ gewährleistet ist.⁴² Ihre besonderen Ausprägungen speziell im Wahlrecht sind bekannt.⁴³ „Dabei ist daran zu erinnern, dass Wahlen demokratiethoretisch auch deshalb so große Bedeutung haben und neben anderen Formen der Partizipation auch behalten, weil Wahlen die Partizipationsform mit den geringsten Zugangshürden, also am wenigsten sozialselektiv sind“.⁴⁴ Damit ist ein ganz wesentlicher Zusammenhang aufgezeigt, der Zusammenhang zwischen Partizipation und strenger Formalisierung, der für die demokratische Gleichheit unverzichtbar ist. Alle „sozialselektiven“ Gestaltungen erscheinen in diesem Lichte von vorneherein suspekt.

Geringe Zugangshürden wie bei Wahlen gibt es am ehesten noch bei *Volksentscheiden*.⁴⁵ Allerdings können sich hier Verzerrungen bei der Ausarbeitung der entsprechenden Fragestellungen ergeben. In der Form der kommunalrechtlichen Bürgerentscheide gehören sie gleichwohl seit längerer Zeit zum Repertoire eines demokratischen Verwaltungsrechts.⁴⁶ Es erscheint nicht ausgeschlossen, sie

³⁸ Masing, a.a.O., Rn. 7.

³⁹ Masing, ebd.

⁴⁰ Böckenförde (Fn. 35), in: HStR Bd. 2, § 24 Rn. 41; Masing, a.a.O., Rn. 65, 116 ff.

⁴¹ Grundlegend Battis (Fn. 22), Partizipation im Städtebaurecht; ders., in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch. Kommentar, 11. Aufl. 2009, § 3 Rn. 3. Präzise Nachzeichnung der Diskussionslinien bei A.B. Kaiser, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, S. 136 ff.

⁴² Masing (Fn. 26), in: GVWR Bd. 1, § 7 Rn. 188; ähnlich Böckenförde (Fn. 35), in: HStR Bd. 2, § 24 Rn. 41 ff.; Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, Tz. 10 ff.

⁴³ Vgl. nur H. Meyer, Wahlgrundsätze, in: HStR Bd. 3, § 46 Rn. 29.

⁴⁴ So treffend Cancik, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, in: VVDStRL Bd. 72 (2013), S. 268 (316 f.).

⁴⁵ Dazu Möstl und Schuler-Harms, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL Bd. 72 (2013), S. 355 ff. und 417 ff.

⁴⁶ Vgl. Röhl, Kommunalrecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, 1. Kap. Rn. 119 f.

auch sonst zur Lösung verwaltungsrechtlicher Konflikte einzusetzen.⁴⁷ Jedenfalls sind sie nicht per se auf Legislativakte begrenzt; entscheidend ist das jeweilige Landesverfassungsrecht. Auf jeden Fall müssen die solchermaßen getroffenen Entscheidungen jedoch allen jenen Rechtmäßigkeitsanforderungen entsprechen, die auch normale Administrativakte zu beachten haben. Insgesamt werden solche Volksentscheide schon deshalb Ausnahmefälle bleiben.⁴⁸

Unter dem Gesichtspunkt sozialektiver Wirkung keineswegs unproblematisch erscheint es dagegen, wenn einzelnen Betroffenen- oder Interessentengruppierungen *besondere Mitwirkungsmöglichkeiten* eingeräumt werden. Nach welchen Kriterien sind die entsprechenden Gruppen gebildet und wie vollzieht sich in ihnen die Entscheidungsfindung? Der Kreis der in diesem Sinne Privilegierten ist regelmäßig nicht formal abgrenzbar. Wem verdanken es gerade die zur Mitwirkung herangezogenen Beteiligten, ihre Interessen im Unterschied zu anderen Interessen zu Einfluss kommen zu lassen (ihrer wirklichen Repräsentativität oder ihrer Medienpräsenz und Lautstärke)? Von dem Hinweis auf ein besonderes „zivilgesellschaftliches Engagement“ oder „emanzipatorische“ Zielsetzungen wird man sich hier demokratietheoretisch nicht einfangen lassen dürfen.⁴⁹ Auch Organisationen der Zivilgesellschaft vertreten sektorale Interessen. Die Trennlinie zwischen den Erscheinungen des (heute positiv besetzten) Begriffs der Zivilgesellschaft und jenen des (heute negativ besetzten) Begriffs des Korporatismus ist keineswegs eindeutig. Jedenfalls erweist sich die Vorstellung, „je mehr Partizipation, desto demokratischer das Verwaltungshandeln“, als unterkomplex. Hier ist aus Gründen demokratischer Gleichheit Vorsicht geboten. Jedenfalls kann von einem unmittelbar aus dem Demokratieprinzip ableitbaren Rechtsanspruch auf möglichst weitreichende Partizipation nicht ausgegangen werden.⁵⁰

(b) Auf der anderen Seite dürfen die *partizipationsfördernden Impulse* des Demokratieprinzips im Verwaltungsrecht jedoch nicht gering geschätzt werden.⁵¹ Das gilt vor allem für Verfahrensgestaltungen, in denen es um die Information der Bürger, um Gespräche und um Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung geht, wie sie z. B. im Städtebaurecht und bei der Planung von Infrastrukturanlagen seit Langem

⁴⁷ Ablehnend *Möstl*, a.a.O., S. 382 f.

⁴⁸ Genaue Analyse der Interessenlage und verwaltungspolitisch eher restriktive Bewertung dieses Instruments bei *Waechter* (Fn. 1), in: VVDStRL Bd. 72 (2013), S. 499 (529 ff.).

⁴⁹ Zutreffend krit. *N. Weiß*, Bedeutung und Funktion von Zivilgesellschaft und Öffentlichkeit im demokratischen Rechtsstaat am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, JÖR NF Bd. 61 (2013), S. 15 (23 ff., 52).

⁵⁰ *Masing*, in: GVWR Bd. 1, § 7 Rn. 65 ff. (Ausnahme aber wegen Art. 28 Abs. 2 GG für die kommunale Verwaltung); im Ergebnis auch *Rossen-Stadtfeld*, in: GVWR Bd. 2, § 29 Rn. 9 und 65 f.

⁵¹ Vgl. nur *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 27), 2. Kap. Tz. 102 ff.; *Scherzberg*, Öffentlichkeitskontrolle, in: GVWR Bd. 2, § 49 Rn. 13 ff. mit weiteren Nachweisen.

anerkannt sind.⁵² Sie sind nicht nur Mittel, um zu rechtmäßigen Entscheidungen zu gelangen, sondern sie sollen „richtiges“ Entscheiden ermöglichen, das um Bürgernähe und Akzeptanz bemüht ist.⁵³ Ihr gesetzlicher Ausbau wird durch das EU-Recht ebenso wie durch das deutsche Recht im Zeichen der jüngsten Demokratisierungsdiskussion vorangetrieben.⁵⁴ Einen etwas ungelungenen Versuch dazu unternimmt die jetzt in § 25 Abs. 3 VwVfG vorgesehene „frühe Öffentlichkeitsbeteiligung“.⁵⁵ Interessanter erscheint das *débat-public*-Verfahren des französischen Rechts, das vor einer unabhängigen Stelle abläuft und mit einem Bericht endet, der die behandelten Gesichtspunkte darstellt, ohne aber eine eigene Empfehlung abzugeben.⁵⁶ Dahinter stehen zutreffende Überlegungen der Neutralitätssicherung und der Suche nach Distanz.⁵⁷

Als Bauelemente des demokratischen Prinzips müssen sich alle Arten von Partizipation am Grundgedanken demokratischer Gleichheit ausrichten. Sie dürfen nicht zu Instrumenten privilegierter Einflussnahme auf die Verwaltung werden. Das gilt auch für Partizipationsformen, die weit im Vorfeld der eigentlichen Entscheidung angesiedelt sind, und rechtfertigt es, auch auf eine verfassungsunmittelbare Begründung zu verzichten und eine *gesetzliche Grundlage* zu verlangen. Das Demokratieprinzip wirkt als „Verfassungserwartung“.⁵⁸ Es legitimiert, aber es begründet nicht unmittelbar.⁵⁹ Erst das Gesetz lässt die entsprechenden demokratischen Statusrechte auf Information und Beteiligung entstehen. Dabei ist es die besondere Aufgabe des Gesetzgebers, strukturellen Verzerrungen der Interessenartikulation und repräsentation vorzubeugen. Dieser in Art. 20 Abs. 1 GG mit angelegte Gedanke ist die Grundlage für die oben genannte *vorwirkende Legitimationsverantwortung*, die den Staat dort trifft, wo er etwa bestimmten Verbänden, Unternehmen oder Gruppen Einfluss auf seine Entscheidungen einräumen will.⁶⁰ Die meisten demokratischen Statusrechte sind folglich gesetzese geprägt.

⁵² Zum „ausgeprägt demokratischen Ansatz“, der solchen Vorschriften zugrundeliegt, vgl. *Battis* (Fn. 41), Baugesetzbuch, § 3 Rn. 2. Detaillierte Darstellung bei *Mann* (Fn. 1), in: VVDStRL Bd. 72 (2013), S. 544 (561 ff.).

⁵³ Zur Erweiterung der Maßstäbe des Verwaltungshandelns über die Rechtmäßigkeit hinaus („andere normative Orientierungen“) grundlegend *Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: GVwR Bd. 2, § 33 Rn. 56 ff.

⁵⁴ *Mann*, a.a.O., S. 570 („Kaskadenkonzept entscheidungsadäquater Öffentlichkeitsbeteiligung“); vgl. auch Bertelsmann Stiftung (Fn. 23), Mehr Transparenz, S. 43 ff. und 76 ff.

⁵⁵ Dazu *Ziekow*, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, NVwZ 2013, S. 754 ff.

⁵⁶ Dazu *Th. Groß*, Überlegungen zur Reform der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planfeststellungsverfahren, BauR 2012, S. 1340 (1345 f.); zu Einzelheiten dieses Verfahrens vgl. *Marcou* (Fn. 30), in: IPE Bd. 5, § 92 Rn.

⁵⁷ Zu Problemen administrativer Neutralität in Zulassungsverfahren vgl. nur *Waechter* (Fn. 1), in: VVDStRL Bd. 72 (2013), S. 499 (503 f., 508 ff.).

⁵⁸ So *Rossen-Stadtfeld*, in: GVwR Bd. 2, § 29 Rn. 9.

⁵⁹ So (für Informationsansprüche) *Gusy*, in: GVwR Bd. 2, § 23 Rn. 21.

⁶⁰ *Trute*, in: GVwR Bd. 1, § 6 Rn. 58 f.; vgl. auch *Schulze-Fielitz*, dort § 12 Rn. 148 ff. unter dem Begriff der „Gemeinwohlsicherung“.

2. Verwaltungslegitimation

Dieses ist der zweite große Themenblock eines demokratischen Verwaltungsrechts. Er bringt die institutionellen Elemente des Demokratieprinzips ins Spiel, wahrt aber auch den Anschluss an das, was zu den demokratischen Statusrechten gesagt worden ist. Spätestens seit den grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Oktober 1990 gehört die Legitimation der Verwaltung zu den Standardthemen der monographischen und der Aufsatzliteratur. In den meisten Lehrbüchern dagegen hat sich davon bisher wenig niedergeschlagen. Das ist umso unverständlicher, als die Legitimation für die Behandlung zahlreicher Einzelprobleme des Allgemeinen und des Besonderen Verwaltungsrechts, die sich z. B. bei Organisationsprivatisierungen, bei unabhängigen Agenturen oder bei Kollegialgremien ergeben, ein Schlüsselinstitut darstellt.

Mit gebotener Kürze sollen hier nur folgende Hauptpunkte in Erinnerung gerufen werden:⁶¹ Die heutige Legitimationslehre setzt bei der in Art. 20 Abs. 2 GG vorgeschriebenen Legitimation aller staatlichen Gewalt durch das Volk an. Das zu dieser Vorschrift entwickelte *Quartett der Begriffe* „Legitimationssubjekt“, „Legitimationsobjekt“, „Legitimationsmodi“ und „Legitimationsniveau“ hat – unbeschadet aller Auffassungsunterschiede über Sachgehalte – einen Rahmen geschaffen,⁶² der eine systematische Behandlung der wichtigsten Fragen *als Rechtsfragen* ermöglicht. Darin unterscheidet sich die deutsche Diskussion erheblich von der Art und Weise, in der andere Verwaltungsrechtsordnungen das Legitimationsthema (mit)erörtern, die eher von legitimacy sprechen und darunter nicht selten die ganze Breite verwaltungspolitischer Gesichtspunkte von good administration verstehen.⁶³ Bene judicat qui distinguit!

(a) Dazu gibt schon der erste Begriff des Legitimationskonzepts Gelegenheit: das *Legitimationssubjekt*. Art. 20 Abs. 2 GG schreibt eine Legitimation durch das „Volk“ vor. In den Entscheidungen vom 31. 10. 1990 definierte das Bundesverfassungsgericht das Volk „als eine zur Einheit verbundene Gruppe von Menschen“, geprägt von einer „offenen und in diesem Sinne unbestimmten Allgemeinheit“, als Staatsvolk, das grundsätzlich durch die Staatsangehörigkeit bestimmt sei.⁶⁴ Subjekt demokratischer Legitimation konnten danach nur das Bundesvolk, die Landesvölker und, diesen durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gleichgestellt, die Bürger der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften sein. In späteren Entscheidungen

⁶¹ Zum Folgenden *Schmidt-Aßmann* (Fn. 27), Ordnungsidee, 2. Kap. Tz. 80 ff.; ausführliches Referat bei *Trute*, a.a.O., Rn. 4 ff. („klassisches Modell“) und 15 ff. („Legitimation einer differenzierten und pluralisierten Verwaltung“); *S. Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, bes. S. 56 ff. („holistisch-monistisches Demokratieverständnis“) und S. 75 ff. („individualistisch-pluralistisches Demokratieverständnis“).

⁶² Grundlegend *Böckenförde* (Fn. 35), in: HStR Bd. 2, § 24 Rn. 11 ff.

⁶³ Vgl. die Berichte in: Ruffert (ed.), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, 2011; *Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 152 ff.

⁶⁴ BVerfGE 83, 37 (51 f. und 55) und 60 (71); *Böckenförde*, a.a.O., Rn. 26 ff.

betont das Gericht jedoch, dass das grundgesetzliche Demokratieprinzip außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und außerhalb der gemeindlichen Selbstverwaltung offen sei auch für eine Legitimation durch Betroffenenengemeinschaften, wie sie sich in der funktionalen Selbstverwaltung darstellten.⁶⁵

Ob solche Gemeinschaften damit als (sektoral aggregierte) „Teilvölker“ in den Art. 20 Abs. 2 GG hineingezogen werden sollen, oder ob damit eine *neben* der Legitimation durch das „Volk“ stehende autonome Legitimation gemeint sein soll, ist nicht ganz eindeutig.⁶⁶ Die Konstruktionsunterschiede dürften sich vor allem im Begründungsaufwand zeigen:⁶⁷ Die Anerkennung von „Teilvölkern“ als Volk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG lässt die entsprechenden Legitimationssysteme eher als demokratische Normalität erscheinen, während die Annahme einer neben Art. 20 Abs. 2 GG stehenden autonomen Legitimation eher auch die Spannungen hervorhebt, die zwischen beiden Legitimationssubjekten entstehen können.⁶⁸ Solche Spannungen werden freilich auch von den Vertretern eines „pluralen Verständnisses des Volksbegriffs“ (Trute) anerkannt. Sie liegen in der Gefahr begründet, dass mit der Pluralisierung des Volksbegriffs Sonderinteressen ein Übergewicht erlangen, das mit der demokratischen Gleichheit nicht zu vereinbaren ist.

Dieser Gefahr wird besser begegnet, wenn man an dem ursprünglichen Kriterium der unbestimmten Allgemeinheit des Volksbegriffs festhält. Die jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nehmen stattdessen den parlamentarischen Gesetzgeber in die Pflicht und verlangen von ihm, „institutionelle Vorkehrungen vorzusehen, damit die Beschlüsse so gefasst werden, dass nicht einzelne Interessen bevorzugt werden“.⁶⁹ Auf diese Weise bleiben auch anders ansetzende Legitimationszüge eingebunden in das klassische Gefüge der parlamentsvermittelten Legitimation. Auch ein plurales Verständnis des Begriffs „Volk“ in Art. 20 Abs. 2 GG gestattet es dem Gesetzgeber nicht, Betroffenenengemeinschaften beliebig als Legitimationssubjekte zu installieren. Erst recht ist es der Verwaltung untersagt, ihre Entscheidungen an das Votum solcher Gemeinschaften zu binden. Die Entscheidungsbefugnisse eines neuen Selbstverwaltungsträgers müssen zudem im Wesentlichen auf den Kreis der Mitglieder beschränkt bleiben; insofern gilt ein „Korrespondenzgebot“.⁷⁰ Die

⁶⁵ BVerfGE 107, 59 (91): „Im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft erlaubt das Grundgesetz auch besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“.

⁶⁶ Eine Formulierung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts könnte auf die erstere Alternative hindeuten (BVerfGE 111, 191, 216: funktionale Selbstverwaltung „als Ausprägung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 2 GG“).

⁶⁷ Dazu die präzisen Rekonstruktionen bei *Trute*, a.a.O., Rn. 21 ff.

⁶⁸ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 27), Ordnungsidee, 2. Kap. Tz. 82 ff. und 90 ff.

⁶⁹ BVerfGE 111, 191 (217); ähnlich E 107, 59 (93).

⁷⁰ *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 72 (76) unter Bezugnahme auf *Tettinger/Mann*, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000, S. 62.

Legitimationslehre begegnet sich hier mit dem, was oben zur Partizipation als demokratischem Statusrecht gesagt worden ist: Entscheidend bleibt die Gleichheit der Beteiligungschancen, der Wert der Allgemeinheit im gesamten Legitimationskonzept korrespondiert. Ohne gesetzgeberische Vorstrukturierung kein neues Legitimationssubjekt!

(b) Legitimationsmodi sind die unterschiedlichen Wege der Legitimationsweitergabe. Bei der parlamentsvermittelten Legitimation, dem Regelfall des Art. 20 Abs. 2 GG, spielen hier die Begriffe der „organisatorisch-personellen“ und der „sachlich-inhaltlichen“ Legitimationsvermittlung die wichtigste Rolle. Dabei werden allerdings oft recht mechanistische Vorstellungen von „Legitimationsketten“ und strikt determinierten „Ableitungszusammenhängen“ zwischen den Vorgaben des Parlaments und der einzelnen Verwaltungsentscheidung zugrunde gelegt.⁷¹ Das gilt in besonderem Maße für Weisungsrechte, die nach herrschender Auffassung ein Essential sachlich-inhaltlicher Legitimation sein sollen.⁷² Das Thema spielt aktuell vor allem eine Rolle, wenn es um die partielle Unabhängigkeit von Regulierungsagenturen geht.⁷³ Aber auch bei der Privatisierung von Hoheitsaufgaben und für die Rechtsstellung kommunaler Unternehmen ist es einschlägig. Eine übergreifende Darstellung in den Lehrbüchern des Allgemeinen Verwaltungsrechts, die auf einer Typenbildung aufbaut, wäre mehr als wünschenswert.

In der Sache ist heute immerhin anerkannt, dass von der Weisungsgebundenheit abgewichen werden darf. Umstritten ist nur, welcher Begründungsaufwand dafür erforderlich ist, und mit welchen anderen Kontrollen die mit dem Wegfall eines fachlichen Weisungsrechts eintretenden Steuerungsverluste auszugleichen sind. Fundierte Erkenntnisse dazu lassen sich nur dann gewinnen, wenn man sich ganz grundsätzlich intensiver mit den Informationsflüssen in unterschiedlichen Organisationsformen befasst. Die bisherige Konzentration auf bürokratisch-hierarchische Regelungsstrukturen ist zu eng und vermittelt ein unzutreffendes Bild von der zentralen Verfügbarkeit des notwendigen Steuerungswissens.⁷⁴

(c) Ein stärker realwissenschaftlicher Zugang ist auch für die Behandlung des *Legitimationsniveaus* erforderlich. Dieser letzte Punkt des Legitimationskonzepts verlangt, die unterschiedlichen Legitimationsmodi bilanzierend zu bewerten und eine endgültige Entscheidung darüber zu treffen, ob ein hinreichendes Maß an

⁷¹ Vgl. Darstellung und Kritik bei *Trute*, a.a.O., Rn. 7 ff.

⁷² Vgl. BVerfGE 93, 37 (66), allerdings in der Formulierung „grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung“.

⁷³ *Ludwig*, Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency?, DV Bd. 44 (2011), S. 41 ff. Zur Entwicklung allgemein vgl. *Ruffert*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 431 ff.

⁷⁴ Dazu *Trute*, in: GVWR Bd. 2, § 6 Rn. 32, 37 ff.

Rückbindung und Verantwortungszurechnung erreicht ist.⁷⁵ Dabei geht es auch um die Frage, inwieweit die Schwäche *eines* Legitimationsmodus durch die besondere Stärke eines *anderen* ausgeglichen werden kann.⁷⁶ „Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau“.⁷⁷ Mit diesen verfassungsgerichtlichen Aussagen ist der Weg in ein schwieriges *Methodenproblem* gewiesen: Für die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Behandlung sind die Fragen des notwendigen Legitimationsniveaus nicht Fragen organisationspolitischer oder verwaltungswissenschaftlicher Begutachtung, sondern *Rechtsfragen*. Ihre Beantwortung gipfelt in der Feststellung, dass das Niveau erreicht und die entsprechende Regelung rechtmäßig, oder nicht erreicht und die entsprechende Regelung rechtswidrig ist. Was so letztlich in den binären Code juristischer Urteile übersetzt wird, verlangt freilich eine argumentative Ausrüstung, die über die üblichen Vorstellungen der juristischen Subsumtionstechniken erheblich hinausgeht. Verlangt sind *Wirksamkeitsurteile*.⁷⁸

Urteile dieser Art spielen in der verwaltungsrechtlichen Ausbildung bisher so gut wie keine Rolle. Ganz unvertraut sind sie dem Juristen gleichwohl nicht, selbst wenn ihre besonderen Anforderungen ihm regelmäßig eher unbewusst bleiben. Ein gutes Beispiel ist die „Rechtsschutzeffektivität“, die zum Standardprogramm der Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG gehört. Immer wieder stellen sich im Allgemeinen und im Besonderen Verwaltungsrecht Fragen, inwieweit eine neue gesetzliche Vorschrift oder ein bestimmtes Rechtsinstitut dem Gebot effektiven Rechtsschutzes entspricht. Das aber ist eine Wirksamkeitsfrage, deren Beantwortung eine Zusammenschau der einschlägigen Regelungselemente und eine Bewertung ihrer Wirkungsweisen verlangt. Im prozessrechtlichen Umfeld der „Rechtsschutzeffektivität“ bewegt sich der Jurist freilich auf heimischem Territorium. Die Verwiesenheit auf Erkenntnisse anderer Wissenschaften, die Wirksamkeitsurteile sonst kennzeichnet, tritt folglich nicht deutlich hervor.

Beim „Legitimationsniveau“ des Art. 20 Abs. 2 GG, der Effektivität der zusammenwirkenden Legitimationsmodi, ist das anders. Hier müssen aus den einschlägigen Vorschriften des Staats- und Verwaltungsorganisationsrechts Verfahrensabläufe und Institutionenzusammenhänge rekonstruiert und daraufhin bewertet werden, inwieweit sie die Vorgaben der vom Volk legitimierten Instanzen (diese mögen ein Parlament, ein Gemeinderat oder ein Ministerium sein) in die

⁷⁵ *Trute*, ebd., Rn. 56 f.; am Beispiel der Mitbestimmungsentscheidung BVerfGE 93, 37 ff. *Battis/Kersten* (Fn. 15), S. 591 f.

⁷⁶ Dazu systematisch *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 31), Art. 20 II Rn. 127 ff.

⁷⁷ BVerfGE 93, 37 (67); std. Rspr. vgl. 130, 76 (127).

⁷⁸ Zu Methodenfragen dieser Urteile vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 27), Ordnungsidee, 1. Kap. Tz. 49.

Verwaltungsentscheidungen vor Ort zu transportieren vermögen.⁷⁹ Diese gedanklichen Schritte können nicht ohne realwissenschaftliche Kenntnisse über organisationstypische Verhaltensweisen vollzogen werden. In manchen Fällen mögen dazu Plausibilitätserwägungen ausreichen. In anderen Fällen ist mehr verlangt, etwa Erkenntnisse der Organisationssoziologie und der Institutionenökonomik. Auch Analysen der Governance-Forschung können in bestimmten Fällen u. U. zur Ermittlung des Legitimationsniveaus heranzuziehen sein. Entscheidend bleibt jedoch, dass eine rechtsnormative Antwort gefunden werden muss. Die Nachbarwissenschaften können dazu Hilfe leisten. Aber die Antwort selbst geben sie nicht. Sie muss juristisch, d. h. an Hand der einschlägigen Normtexte gefunden werden.⁸⁰

3. Die Rolle des Gesetzes

Das Gesetz ist ein dritter Pfeiler im Gefüge eines demokratischen Verwaltungsrechts. Schon die traditionellen Lehrdarstellungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts (auch die knapper gefassten unter ihnen) widmen diesem Thema Aufmerksamkeit: das Gesetz in der Rechtsquellenlehre, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes sind Standardgegenstände aller Lehrbücher.

Unterschiede bestehen allerdings in der verfassungssystematischen Zuordnung. Teilweise werden Gesetz und Gesetzmäßigkeit allein auf das Rechtsstaatsprinzip bezogen.⁸¹ Das ist jedoch schon in historischer Perspektive zu eng.⁸² Jedenfalls für das grundgesetzliche Verwaltungsrecht ist das Gesetz das parlamentarische Gesetz, qualifiziert durch seine Doppelfunktion, die Anliegen des rechtsstaatlichen und des demokratischen Prinzips zusammenzuführen. Es ist „als Medium von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit das klassische staatliche Legitimationsmittel,⁸³ der „Eckstein des demokratischen Rechtsstaates“.⁸⁴ Die verwaltungsrechtliche Dogmatik muss bei ihren Anforderungen an Gesetz, Gesetzgebung und Gesetzesvollzug den Regelungsanliegen beider Verfassungsentscheidungen

⁷⁹ Anschaulich dazu die Analysen zur Organisation des privatisierten Maßregelvollzuges in BVerfGE 130, 76 (123-130).

⁸⁰ Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 63), Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 21 ff. und 144 ff.

⁸¹ So z. B. *Detterbeck* (Fn. 4), Verwaltungsrecht, Rn. 256: „Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird aus dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzip abgeleitet, das unter anderem in Art. 20 III GG zum Ausdruck gelangt ist“. Zum Vorbehalt des Gesetzes als einem Unterfall des Gesetzmäßigkeitsprinzips dann aber in Rn. 261 die Herleitung „aus einer Gesamtschau“, zu der auch das Demokratieprinzip gehören soll.

⁸² Zutreffend zum Gesetzesvorbehalt in der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts *Maurer* (Fn. 3), Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 10: „Er hatte also schon damals eine demokratisch-parlamentarische und rechtsstaatliche Funktion (Zustimmung des Parlaments, Gesetzesform), beschränkte sich aber – den verfassungspolitischen Forderungen und Vorstellungen jener Zeit entsprechend – auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum“.

⁸³ *F. Reimer* (Fn. 7), in: GVWR Bd. 1, § 9 Rn. 10.

⁸⁴ *Ossenbühl*, Gesetz und Recht, in: HStR Bd. 5, § 100 Rn. 20.

Rechnung tragen. In weiten Bereichen führt das zu identischen Anforderungen. Es gibt jedoch auch Bereiche, in denen Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip unterschiedliche Akzente setzen. Das soll hier in gebotener Kürze für das Bestimmtheitsgebot (a) und für das Haushaltsrecht aufgezeigt werden (b).

(a) Das Bestimmtheitsgebot ist Grundvoraussetzung einer effektiven Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Zwar kann es nicht darum gehen, ein Höchstmaß an Bestimmtheit einzufordern. Verlangt wird aber eine „hinreichende“ Bestimmtheit. Was darunter zu verstehen ist, hängt von zwei Gesichtspunkten ab: zum einen vom Regelungsgebiet und zum anderen vom Regelungsauftrag. Was die Regelungsgebiete betrifft, so ist heute anerkannt, dass Steuerrecht, Umweltrecht oder Subventionsrecht unterschiedliche Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit stellen. Wo das Recht wie z. B. im Technikrecht fortlaufend darauf angewiesen ist, neue Erkenntnisse zu rezipieren, können nicht die Maßstäbe angelegt werden, die besonders ausgeprägt für das Strafrecht gelten (Art. 103 Abs. 2 GG). Aber auch die Regelungsaufträge können zu unterschiedlichen Bestimmtheitsanforderungen führen. Fritz Ossenbühl hat das speziell für die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG herausgearbeitet.⁸⁵ Er kritisiert die einseitige Auslegung dieser Vorschrift am rechtsstaatlichen Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit und verweist auf die demokratische Funktion der Ermächtigungsklausel: „Im Vordergrund steht demzufolge nicht der Rechtsschutz des Bürgers, sondern die Bewahrung der politischen Verantwortung des Parlaments, nicht die Sicherung des Rechtsstaatsprinzips, sondern die Funktionsfähigkeit des Demokratiegebots“. Zwischen einer Bestimmtheit im Sinne von Vorhersehbarkeit und einer Bestimmtheit im Sinne von Steuerungsgenauigkeit ist folglich zu trennen. Diese Einsicht gilt über Art. 80 GG hinaus. Für Gesetze, die es nicht vorrangig mit Eingriffen in die Freiheiten der Bürger zu tun haben, d. h. für große Gebiete des Planungs- und Infrastrukturrechts, ist Bestimmtheit vor allem Steuerungsgenauigkeit. Sie ist nicht notwendig auf eine möglichst exakte Fassung der materiellen Tatbestandsmerkmale angewiesen, sondern kann sich auch anderer Regelungstechniken, insbesondere des Organisations- und Verfahrensrechts bedienen, um die parlamentarischen Steuerungsaufträge in die Verwaltung hinein zu transportieren.

(b) Ein zweiter Bereich, in dem die traditionell dominierende Ausrichtung der verwaltungsrechtlichen Dogmatik am Rechtsstaatsprinzip durch eine stärkere Berücksichtigung auch des demokratischen Prinzips modifiziert werden sollte, betrifft die Behandlung des Haushaltsrechts. Die hohe Bedeutung des parlamentarischen Budgetrechts für die Demokratie ist unbestritten.⁸⁶ Sie zeigt sich als Konstante der Verfassungsgeschichte und reicht bis in die aktuelle

⁸⁵ In: HStR Bd. 5, § 103 Rn. 20.

⁸⁶ Vgl. nur *Heintzen*, Staatshaushalt, in: HStR Bd. 5, § 120.

verfassungsgerichtliche Judikatur zu den europäischen „Rettungsmechanismen“.⁸⁷ Das macht es notwendig, ihr auch in den Lehren des Verwaltungsrechts deutlicher Rechnung zu tragen. Die Standardaussage, dass Ansprüche und Verpflichtungen durch den Haushaltsplan nicht begründet werden (§ 3 Abs. 2 BHO, § 3 Abs. 2 HGrG), nimmt dem Haushaltsrecht nicht seine Relevanz für das Verwaltungsrecht.⁸⁸ Das gilt insbesondere für das die Ausführung des Haushaltsplanes regelnde Haushaltsverfahrensrecht⁸⁹. Seine auf Rationalität dringenden Regelungen haben eine wichtige Ergänzungsfunktion zu den bisher vorrangig rechtsstaatlich geprägten Verfahrensvorstellungen. Rationalität aber ist notwendig, um dem „grundsätzlich offenen und anschlussfähigen Demokratiekonzept des Grundgesetzes“⁹⁰ auch in der Systematik des Verwaltungsrechts stärker noch als bisher Rechnung zu tragen.

⁸⁷ Dazu BVerfGE 129, 124 (277) und 132, 195 Rn. 106: „Die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand ist grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat“.

⁸⁸ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 27), Ordnungsidee, 4. Kap. Tz. 92 ff.

⁸⁹ *Schmidt-Aßmann*, ebd., 6. Kap. Tz. 170 ff.; speziell zu den haushaltsrechtlichen Vorgaben des Vergaberechts vgl. *Korioth*, Finanzen, in: GVwR Bd. 3 § 44 Rn. 111 ff.

⁹⁰ So *Battis/Kersten* (Fn. 15), S. 593.