

# Demokratische und rechtsstaatliche Verantwortlichkeit bei öffentlichen Großvorhaben

*Klaus Ferdinand Gärditz*

*Der Beitrag summiert und systematisiert die sich bei öffentlichen Großvorhaben stellenden Verantwortlichkeiten. Dabei wird nach einem Überblick über strukturelle Probleme von Großvorhaben zwischen demokratischer und rechtsstaatlicher Verantwortlichkeit unterschieden, ergänzt um jene Alternativen, die mit einer radikalen Politisierung (direktdemokratische Option) oder Entpolitisierung (expertokratische Option) verbunden sind. Im Fazit erweisen sich öffentliche Großvorhaben legitimatorisch als eine komplexe Querschnittsmaterie, die anfällig für Konflikte und Undeutlichkeiten bleibt, zudem die Fähigkeit des demokratischen Rechtsstaats, neben der Rechtlichkeit auch die soziale Akzeptanz von Entscheidungen zu gewährleisten, auf die Probe stellt.*

## **I. Vorbemerkung: Verantwortlichkeit zwischen Demokratie und Rechtsstaat**

Öffentliche Großvorhaben stellen besondere Anforderungen an die demokratische und rechtsstaatliche Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger. Bei Großvorhaben amalgamieren demokratische Gestaltung in politischen Grundsatzen, Partizipation der Öffentlichkeit, bürokratisch-rechtsstaatlicher Gesetzesvollzug, Finanzmitteleinsatz und technokratischer Sachverstand zur Bewältigung komplexer Probleme zu einer gleichermaßen undurchsichtigen wie konfliktanfälligen Melange an Instrumenten, Interessen und teils konkurrierenden, teils kooperierenden Entscheidungsebenen. Die Nähe zum Entscheidungsgegenstand als Schlüssel praktischer Problembewältigung konkurriert mit der Distanzierung zum Schutz vor einer Vereinnahmung durch Partikularinteressen. Politische und rechtliche Verantwortlichkeiten verschwimmen, formale Ebenengliederungen verflüssigen sich. Großprojekte sind daher in besonderem Maße ein Laboratorium administrativer Komplexitätsbewältigung im demokratischen Rechtsstaat.

Verantwortlichkeit als Chiffre kann gleichermaßen auf Ermächtigung wie auf Rechtsbindung verweisen,<sup>1</sup> ist damit also demokratisch wie rechtsstaatlich operabel. Wenn im vorliegenden Kontext die demokratische wie rechtsstaatliche Verantwortlichkeit bei öffentlichen Großvorhaben diskutiert werden soll, wird ein rechtliches Begriffsverständnis zugrunde gelegt, das sich im Wesentlichen auf prozedurale Legitimationsleistungen bezieht. Der auf pluralistischer Offenheit gründende demokratische Rechtsstaat kennt kein präexistentes Gemeinwohl, sondern stellt fortwährend ein jeweils inhaltlich kontingentes Gemeinwohl in ergebnisoffenen Verfahren her.<sup>2</sup> Eine Eigenleistung von rechtlichen Verfahren besteht also darin, Gemeinwohl hinreichend zu prozeduralisieren.<sup>3</sup> Prozedurale Lösungen der Gemeinwohlproblematik sind aber letztlich auf Öffentlichkeit sowie Politisierbarkeit angewiesen.<sup>4</sup> Hierin liegt ein Kernproblem der Zulassung von Großvorhaben,<sup>5</sup> die in komplexen und gestuften Entscheidungskaskaden verhandelt werden, damit aber eine angemessene Balance zwischen bürokratischer Formalität, Sachverstand und öffentlicher Politizität benötigen, die – wie nicht nur jüngere Beispiele illustrieren – nicht einfach herzustellen und voraussetzungsvoll ist:

Rechtliche Verfahren geben politischen Entscheidungen die notwendige Form, auf die sowohl die individuelle Freiheit als auch die demokratische Entscheidbarkeit angewiesen sind. Für die rechtsstaatliche Sicherung von Freiheitsrechten ist dies evident, aber auch für demokratische Entscheidungen, die ihre soziale Wirksamkeit im Wesentlichen aus der Anwendung gesetzter Normen beziehen, ist die Formalisierung von Entscheidungsverfahren essentiell. Nur formale Verfahren, an denen alle Bürgerinnen und Bürger – insbesondere unabhängig von

- 1 Vgl. *Klement, J. H.*, Verantwortung, Tübingen, 2006, S. 263 ff., 395 ff.; *Wilke, D.*, Über Verantwortungsverantwortung, DÖV 1975, S. 509 (511 f.).
- 2 Vgl. *Dreier, H.*, Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille, AöR 113 (1988), S. 450 (457, 460, 466 f.); *Engel, C.*, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001), 23 (25 ff.); *Häberle, P.*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl., Berlin, 2006, S. 60, 208 ff., 499 ff., 709 f., 771; *Schuppert, G. F.*, Gemeinwohl im kooperativen Staat, in: Münkler, H./Fischer, K. (Hg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, S. 67 (74 f.). Anders *Klement, J. H.*, Nachhaltigkeit und Gemeinwohl, in: Kahl, W. (Hg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen, 2008, S. 99 (104 ff.).
- 3 *Schorkopf, F.*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 183 (214 f.).
- 4 *Frankenberg, G.*, Publizität als Prinzip der Republik, in: Gröschner, R./Lembke, O. W. (Hg.), Freistaatlichkeit, Tübingen, 2011, S. 269 (280 ff.).
- 5 *Waechter, K.*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 499 (522 ff.).

Sozialisierung, Bildungsstand oder Professionalität – gleiche Beteiligungschancen haben (nicht zuletzt über allgemeine Wahlen), ermöglichen Regelsetzung in gleicher Freiheit als Bedingung von Demokratie<sup>6</sup>. Formalität hält Verfahren inhaltlich offen und ist damit eine Voraussetzung, dass subjektive Freiheit als Bedingung einer offenen Gesellschaft nicht durch objektive Wahrheiten feindlich übernommen wird.<sup>7</sup> Demokratische Verantwortlichkeit folgt mithin nicht (legitimationsindifferenten<sup>8</sup>) materialen Parametern der Rationalität, Gerechtigkeit oder objektiven Sachrichtigkeit, sondern formalen Mechanismen, die die Politizität von Herrschaft ernst nehmen und als solche sichtbar wie entscheidbar halten. Das Recht verteilt insoweit Verantwortlichkeiten, Kompetenzen und damit materielle Entscheidungsmacht. Rechtsstaatliche und demokratische Verantwortlichkeit stehen folglich in einem notwendigen Ergänzungsverhältnis zueinander. Probleme werden abgeschichtet und auf verschiedene Entscheidungsebenen von unterschiedlicher Politizität und demokratischer Legitimationsstufe verteilt. Die unvermeidbare Kontingenz von Entscheidungsinhalten ist im demokratischen Rechtsstaat kein Defizit. Sie ist vielmehr Chance, politisch über richtige Inhalte, die nicht prä eminent feststehen, sondern erst in Verfahren zu erzeugen sind, in freier Selbstbestimmung zu verhandeln. Dies bedingt es zugleich, dass Verantwortlichkeit im demokratischen Rechtsstaat immer bedeutet, dass jemand – politisch oder rechtlich – für Entscheidungen und ihre Inhalte ‚geradestehen‘ muss.<sup>9</sup> Prekär ist dann zum einen die Eröffnung von Entscheidungspfaden und Einflüssen neben dem rechtsstaatlich-demokratischen Verfahrenskorsett, zum anderen eine Konfusion oder Diffusion von Verantwortungs- bzw. Zurechnungsklarheit<sup>10</sup> in überkomplexen Gemengelagen, für die gerade die Planung von Großprojekten anfällig ist.

6 S. BVerfGE 44, 125 (142); Möllers, C., Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin, 2008, S. 16 ff.

7 Vgl. Grimm, D., Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, Tübingen, 2012, S. 31.

8 Möllers (Fn. 6), S. 43 f.; ferner Gusy, C., Verwaltung zwischen parlamentarischer Steuerung und Partizipation Privater, EuGRZ 2006, S. 353 (360 f.).

9 Vgl. Mann, T., Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 544 (566); Oebbecke, J., Weisungs- und unterrichtsfreie Räume der Verwaltung, 1986, S. 96 ff.

10 Vgl. Möllers, C., Gewaltengliederung, Tübingen, 2005, S. 123; ferner konkret Fehling, M., Reform der Bürgerbeteiligung für die Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben, Bucerius Law Journal 2012, S. 92 (95).

Professioneller Sachverstand ist kein demokratischer Legitimationsgrund,<sup>11</sup> weil anderenfalls die Voraussetzung demokratischer Gleichheit desavouiert würde.<sup>12</sup> Auch Diktaturen können sich auf wissenschaftlich-technischen Sachverstand stützen, ohne dass hieraus irgendein legitimationstheoretisch darstellbarer Mehrwert fließt, wenn man die Selbstbestimmung des Einzelnen als Ankerpunkt von Legitimation setzt. Dies bedeutet nicht, dass Sachverstand für die Planung und Umsetzung von Großprojekten nicht wichtig wäre – demokratischer Voluntarismus allein baut keine standfeste Moselquerung –, zeigt aber, dass sich Sachargumente für oder gegen ein Projekt in die allgemeinen, demokratisch verantworteten und rechtlich umhegten Kanäle der Entscheidungsfindung einbringen lassen müssen und ihnen kein Vorrang kraft höherem Richtigkeitswert zukommen kann. Gerade bei Großprojekten wurden Auseinandersetzungen in den letzten Jahren zwar unter dem Schirm von Partizipation und Demokratisierung geführt. Die Konzepte dahinter sind jedoch bemerkenswert diffus sowie unbestimmt geblieben und kontrastieren gerade mit einem auffälligen Widerwillen, demokratische Entscheidungen zu akzeptieren. Im operativen Kern der Auseinandersetzungen standen eher –bisweilen von gefühlten Experten zu Wahrheiten überhöhte – Fachargumente technischer bzw. naturwissenschaftlicher Provenienz, die gegen Projekte in Stellung gebracht wurden: ingenieursfachliche Projektumsetzung, Denkmalschutz, Machbarkeit, ökonomische Effizienz, Planungsvarianten.<sup>13</sup> An der vielschichtigen Konfliktschlichtungsfunktion rechtlicher Verfahren ging dies meist vorbei. An die Stelle demokratieimmanenter Kritik an Mehrheitsentscheidungen treten Delegitimationsversuche: Die Abstimmenden hätten sich nicht wirklich informiert, ihre ‚eigentlichen‘ Interessen gar nicht richtig erkannt, zwingende Sachgründe nicht verstanden oder sich ‚verdummen‘ lassen.<sup>14</sup> Dahinter stehen typische Affekte gegen subjektive Freiheit und demokratische Selbstbestimmung – eine Renaissance des elitär-autoritären Modells von Freiheit als Einsicht in die Notwendigkeit.

11 So aber teilweise z. B. *Groß, T.*, Ist die Wirtschaftskrise ein Katalysator für das Entstehen unabhängiger Behörden?, *Die Verwaltung* 47 (2014), S. 197 (218); *Peuker, E.*, Bürokratie und Demokratie in Europa, Tübingen, 2011, S. 222 ff.

12 Zutreffend *Möllers* (Fn. 10), S. 122.

13 Zusammenfassend die Beiträge in: *Schorlau, W.* (Hg.), Stuttgart 21: Die Argumente, Köln, 2010.

14 Siehe stellvertretend hierzu *Schoen, H.*, Nein zu „Stuttgart 21“, Ja beim Volksentscheid? Eine Analyse zu Frageformulierung und Stimmverhalten beim Volksentscheid über das „S 21-Kündigungsgesetz“, in: Keil, S. I./Thaidigsmann, S. I. (Hg.): *Zivile Bürgergesellschaft und Demokratie*, Wiesbaden, 2013, S. 97 ff.

Eine freiheitliche Demokratie kennt andererseits auch keinen imperativen Diskursabbruch. Rechtsstaatlich verbindliche Entscheidungen gelten, sie erheben aber keinen Wahrheitsanspruch. Dass Klagen gegen ein Großvorhaben rechtskräftig abgewiesen wurden, verschafft dem Vorhabenträger einen rechtsstaatlichen Schutzanspruch seines Verwirklichungsinteresses, beendet aber in einer freien Gesellschaft nicht notwendig die Diskussion, schon weil die politischen Grundrechte (Meinungs- und Versammlungsfreiheit) – ihrerseits unverzichtbares Substrat der Demokratie – auch Protest gegen abgeschlossene Entscheidungen zulassen.<sup>15</sup>

## II. Strukturelle Probleme von Großvorhaben

Großvorhaben ist kein Rechtsbegriff, sondern eine offene Beschreibung, die aber strukturelle Probleme markiert, auf die auch das Recht durch spezifische prozedurale und materielle Mechanismen der Problembewältigung reagiert.<sup>16</sup> Großvorhaben im Bereich räumlicher Infrastrukturen lösen typischerweise eine Vielzahl an Konflikten aus, weil großflächige Projekte vielfältige Interessen berühren, mit diesen konkurrieren und von entsprechenden Vorhaben typischerweise erhebliche Störungen (z. B. Lärm, Luftverschmutzung, Verdrängung von Naturraum und Arten, Verkehrsbelastungen) ausgehen. Großprojekte sind daher widerstandsaffin.<sup>17</sup> Während kleine Vorhaben – von der Baugenehmigung für das Reihenhaus bis hin zur Gaststättenerlaubnis für die Eckkneipe – punktuell und überschaubar bleiben, also im Wesentlichen im Rahmen eines linearen und anspruchslosen rechtlichen Konditionalprogramms (Eröffnungskontrolle durch präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) abgearbeitet werden, lösen Großprojekte unübersichtliche multipolare Konflikte und Wechselwirkungen aus, die nach adäquater Berücksichtigung vielzähliger Parameter verlangen. Hohe Komplexität ist damit das strukturelle Problem von Infrastrukturgroßvorhaben schlechthin,<sup>18</sup> was zugleich hohe Anforderungen an die rechtsstaatliche Konfliktverarbeitung wie an die Entscheidungslegitimation stellt.<sup>19</sup>

15 *Gärditz, K. F.*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, *GewArch* 2011, S. 273 (273).

16 *Mann* (Fn. 9), S. 547.

17 Vgl. *Durner, W.*, Bewertung und Reformbedarf – Das maßgebliche Verfahrensrecht, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier u. a. (Hg.)*, *Wie Großprojekte mit Bürgerbeteiligung möglich werden*, 2012, S. 21 (21 f.).

18 *Waechter, K.*, Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, *DÖV* 2015, S. 121 ff.

19 *Mann* (Fn. 9), S. 551.

Komplexitätsbewältigung durch Recht ist graduell immer kontingent, schon weil eine mechanistische Entscheidungsprogrammierung auf Grund unhintergebarbarer Wertungen, die in jeder Rechtsanwendung stecken, unrealistisch ist. Bereits die Feststellung des relevanten Sachverhalts durch die Verwaltung ist eine Konstruktionsleistung von Verfahren, also kein Wahrheits-, sondern ein Kompetenzproblem.<sup>20</sup> Dies gilt für die Baugenehmigungen des Reihenhäuschens ebenso wie für die Planfeststellung des Großflughafens. Allerdings nimmt die Kontingenz mit der Vielfalt der in eine Entscheidung einfließenden Parameter exponentiell zu. Komplexität macht Kontingenz zur strukturprägenden Eigenschaft.<sup>21</sup> Verwaltungsrechtlich wird dies dadurch aufgefangen, dass der Verwaltung weite Letztentscheidungsrechte – Leitbild Planungsermessen – eingeräumt werden.<sup>22</sup> Nicht durch Zufall ist daher die Planfeststellung die typische Entscheidungsform zur Zulassung von Infrastrukturvorhaben,<sup>23</sup> bei der über ein Vorhaben umfassend unter Einbeziehung aller öffentlichen Belange entschieden wird (§ 75 Abs. 1 VwVfG). Kern der Planfeststellung als Proprium jedweder Planung ist das Abwägungsgebot, also die Pflicht, konkurrierende Interessen zu erfassen, darzustellen, gegeneinander abzuwägen und hierdurch in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu setzen.<sup>24</sup> Zwingendes Recht ist auch hier uneingeschränkt zu beachten und damit abwägungsfest.<sup>25</sup> Gerade die planerische Abwägung als Herzstück der Planfeststellungsentscheidung ist hochgradig politisch, weil zwar der planfestzustellende Gegenstand durch den Antrag des Projektträgers eingegrenzt ist, die Behandlung im Verfahren aber planerische Gestaltung erfordert,<sup>26</sup> um im Konkreten eine angemessene Konfliktbewältigung zu erreichen. Hierdurch entsteht besonderer Legitimationsbedarf, der über die Anwendung des abstrakt-generellen Gesetzes hinausgeht.

20 *Kelsen, H.*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien, 1960, S. 244 ff.

21 Vgl. *Luhmann, N.*, Komplexität, in: Ritter, J./Gründer, K./Gabriel, G. (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, Basel, 1976, Sp. 939 (940); im Anschluss *Waechter* (Fn. 18), S. 122.

22 *Waechter* (Fn. 18), S. 122.

23 Etwa die bergrechtliche Rahmenbetriebsplanzulassung (§§ 52 Abs. 2a, 57a, 57c BBergG), die Genehmigung von Betriebsanlagen einer Eisenbahn (§§ 18-18b AEG), der Ausbau, der Neubau oder die Beseitigung von Bundeswasserstraßen (§§ 14-14b WaStrG), der Bau von Flughäfen und Landeplätzen (§§ 8-10 LuftVG), der Gewässerausbau (§ 68 WHG), der Bau atomarer End- und Zwischenlager (§ 9b i. V. mit § 9a Abs. 3 AtG), der Bau von Energienetzinfrastrukturen (§§ 43-43d EnWG) und der Bau von Bundesfernstraßen (§§ 17-17c FStrG).

24 Eingehend *Steinberg, R./Wickel, M./Müller, H.*, Fachplanung, 4. Aufl., Baden-Baden, 2012, § 3 Rn. 107 ff.

25 BVerwG, NVwZ 1993, 565 (568); *Schmidt, R./Kahl, W./Gärditz, K. F.*, Umweltrecht, 9. Aufl., München, 2014, § 4 Rn. 42; *Stüer, B.*, Die Planfeststellung, München, 2003, Rn. 156, 167.

26 Vgl. BVerwGE 34, 301 (304); 59, 253 (256 f.); 72, 15 (20).

## 1. Funktionale Gewaltengliederung und Legitimation

Großvorhaben erfordern typischerweise eine akzentuierte Stufung der Projektierung, durch die Probleme auf mehreren Entscheidungsebenen arbeitsteilig abgearbeitet werden.<sup>27</sup> Unterschiedliche Entscheidungsebenen lösen unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Gewaltengliederung auch sehr unterschiedlichen Legitimationsbedarf aus, der wiederum durch unterschiedliche Legitimationsstränge und –mechanismen sowie in der Regel durch eine hierarchische Verdichtung der Rechtsbindung von oben nach unten befriedigt wird. Die gestufte sowie prozedurale Konkretisierung und Individualisierung des geltenden Rechts als ein Proprium der Exekutive hat insoweit einen legitimatorischen Eigenwert,<sup>28</sup> der sowohl darin besteht, mit der Annäherung an konkrete Entscheidungsgegenstände die Permeabilität für individuelle Legitimationspfade zu erhöhen als auch das auf Abstraktion und Generalisierung ausgerichtete parlamentarische Gesetzgebungsverfahren von dysfunktionalen Distanzverlusten freizuhalten. Rechtliche Verfahren dienen zudem der Reduktion von Komplexität.<sup>29</sup> Stufungen durch eine Gliederung der administrativen Entscheidungsebenen – vom Parlamentsgesetz über die Raumordnung bis zur Zulassungsentscheidung – entlasten durch Entpolitisierung<sup>30</sup> untere Entscheidungsebenen und führen zu einer Abschichtung von Verantwortlichkeit. Entscheidungen auf einer höheren Ebene absorbieren vor allem politische Grundsatzfragen des Konfliktausgleiches und verfügen hierzu über ein hohes politisches Legitimationsniveau. Auf der Zulassungsebene – namentlich im Rahmen einer Planfeststellung – werden auch konkrete und individuelle Konflikte abgetragen, was auf Grund der unübersichtlichen Multipolarität von Großvorhaben eine hohe Elastizität der Entscheidung erfordert und in planerische Abwägungen mündet.

Gerade weil Großvorhaben auf eine Vielzahl konfligierender konkret-individueller Interessen treffen, ist die Zulassungsebene legitimatorisch relevant. Erst hier findet im Wesentlichen eine von abstrakt-genereller Gesetzgebung nicht zu leistende<sup>31</sup> Berücksichtigung individueller Rechte statt, die die Entscheidung über die demokratische Legitimation durch Gesetzesbindung um eine fallbezo-

27 Etwa *Hofmann, E.*, Die Modernisierung des Planungsrechts: das Energierecht als neues Paradigma der Öffentlichkeitsbeteiligung in einer Planungskaskade? *JZ* 2012, S. 701(707 ff.); *Waechter* (Fn. 5), S. 501 ff.

28 *Möllers* (Fn. 10), S. 112 ff.

29 Vgl. *Luhmann, N.*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl., Frankfurt a. M., S. 23 ff., 51 f.

30 *Möllers* (Fn. 10), S. 113.

31 Vgl. *Gärditz, K. F.*, Europäisches Planungsrecht, Tübingen, 2009, S. 55.

gene individuelle Legitimation im Zuge der Konkretisierung und Individualisierung des Rechts anreichern. Verwaltungsentscheidungen sind eben nicht nur Gesetzesvollzug, sondern sollen auch die Rechte Einzelner schützen bzw. zur Entfaltung bringen. Je komplexer Entscheidungen sind – und die Zulassung von infrastrukturellen Großprojekten erreicht den höchsten Grad an Komplexität im Spektrum der Verwaltungsverfahren –, desto stärker sind sie auf individualbezogene Rationalisierungs- und Legitimationsleistungen angewiesen, die aber wiederum Entscheidungsspielräume voraussetzen.<sup>32</sup> Dies gilt in gradueller Abstufung mit zunehmender Konkretisierungsebene zwar für alle Verwaltungsverfahren, hat aber im Bereich des bei Großvorhaben meist einschlägigen Planfeststellungsrechts qualifizierte Bedeutung. Ausprägungen des Planungsermessens sind daher notwendig, weil anderenfalls eine angemessene Verarbeitung individueller Interessen in komplexer Vernetzung nicht möglich wäre. Legitimationsprobleme zeigen sich auch weniger bei der unter Abwägungsvorbehalt stehenden Planfeststellung, die eine umfassende Verarbeitung individueller Interessen jenseits derjenigen des Projektantragstellers vorsieht (§ 75 Abs. 1 VwVfG), sondern eher bei der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung, die für viele Großprojekte (von Wind- bis zu Chemieparks) greift, aber nach dem Modell der gebundenen Verwaltungsentscheidung konstruiert ist, bei der ein Zulassungsanspruch besteht, sofern öffentlich-rechtliche Normen nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 BImSchG). Für multipolare Konflikte, die Großprojekte auslösen, ist dies ein antiquierter Entscheidungsmodus.<sup>33</sup>

Konkrete vorhaben- oder planbezogene Einzelentscheidungen gehören nach alledem auch nicht ins Parlament,<sup>34</sup> das mit der Gesetzesform einen Entscheidungsmodus hat, der sich abstrahierender und generalisierender Begriffsbildung durch Vertextung von Normativität bedient<sup>35</sup> und insoweit zugleich von konkreten Entscheidungsgegenständen distanziert, was einzelne Betroffene vor den Risiken unmittelbarer Politisierung schützt, indem gestufte rechtsstaatliche Konkretisierungsprozesse zwischengeschaltet werden. Es überzeugt daher nicht,

32 Vgl. Möllers (Fn. 10), S. 113, 116.

33 Kritisch daher Koch, H.-J., Immissionsschutzrecht, in: ders. (Hg.), Umweltrecht, 4. Aufl., München, 2014, § 4 Rn. 175; argumentativ gegenläufig aber Mann (Fn. 9), S. 552 ff.; differenziert Jarass, H. D., BImSchG, 13. Aufl., München, 2013, § 6 Rn. 42 f.

34 Waechter (Fn. 5), S. 527.

35 Lepsius, O., Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Bertschi, M. u. a. (Hg.), Demokratie und Freiheit, Stuttgart u. a. 1999, S. 123 (156 f., 168, 175); vgl. zu den Konsequenzen auch Klement (Fn. 1), S. 164 f.

wenn das BVerfG ausnahmsweise auch planfeststellungsersetzende Parlamentsgesetze für verfassungskonform erachtet.<sup>36</sup>

## 2. Temporale Legitimationsasymmetrien

Großvorhaben fordern zudem die Zeitlichkeit demokratischer Verfahren heraus. Demokratie ist Herrschaft auf Zeit,<sup>37</sup> lebt also von der Reversibilität und Revidierbarkeit von Entscheidungen.<sup>38</sup> An die Stelle entzeitlichter Richtigkeit tritt die Korrigierbarkeit und damit Zukunftsoffenheit des Rechts,<sup>39</sup> was wiederum die offene epistemische Struktur abbildet, die für jede freie Gesellschaft essentiell ist. Demokratie ist damit entfinalisiert: Sie hat kein gesellschaftliches Endziel,<sup>40</sup> ist also stets unabgeschlossen und kennt keinen Diskursabbruch. Endgültige Entscheidungen gibt es nicht und auch demokratisch einwandfrei legitimierte sowie administrativ abgeschlossene Entscheidungen können stets öffentlich politisiert werden. Zukunftsentscheidungen werden rechtlich nicht durch die Geschichte (de-)legitimiert, sondern durch die nächste Wahl. Bei Großprojekten werden freilich strukturell Entscheidungen getroffen und zementiert, die Auswirkungen über viele Wahlperioden haben. Gerade Infrastrukturprojekte prägen eine Region oder sogar ein Land nachhaltig; ist ein Projekt verwirklicht, lässt es sich in der Regel aus praktischen wie aus rechtlichen Gründen nicht mehr zurückbauen. Dies muss politisch verantwortet werden, wird aber nicht von den periodischen Legitimationsmechanismen des demokratischen Verfahrens abgebildet. Nun sind solche temporalen Legitimationsasymmetrien auch in einer Demokratie gleichermaßen ubiquitär wie legitim.<sup>41</sup> Gesetze gelten grundsätzlich unbefristet, ihrer demokratischen Änderbarkeit können praktische, politische oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Genehmigte und errichtete Vorhaben genießen Bestandsschutz. Und (externe) Schulden, die eine Regierung aufgenommen hat – wofür sie vielleicht sogar abgewählt wurde –, belasten auch die kommenden Regierenden, sind also den demokratischen Legitimationsmecha-

36 So der Sündenfall Stendal: BVerfGE 95, 1 (17 ff.),

37 BVerfGE 119, 247 (261); Böckenförde, E.-W., Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, § 24 Rn. 50; Dreier, H., in: ders. (Hg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen, 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 79.

38 Lepsius, O., Nachhaltigkeit und Parlament, in: Kahl (Fn. 2), S. 326 (333 ff.).

39 Vgl. Böckenförde (Fn. 37), § 24 Rn. 38.

40 BVerfGE 5, 85 (197 f.).

41 Vgl. nur BVerfGE 79, 311 (343); BVerfGK 16, 370 (377); Höfling, W., Staatsschuldenrecht, Heidelberg, 1993, S. 95 f.

nismen entzogen. Politische Richtungsentscheidungen einer Regierung schließlich können die politische Gesamtsituation über viele Jahrzehnte prägen – man denke an Wehrbeitrag, Beitritt zu NATO und EWG oder Euro-Rettung. Ungeachtet dessen sind solche Überhänge auch nicht demokratisch indifferent. Mit Recht hat das BVerfG jüngst der Sicherung der Entscheidungsfreiheit künftiger Legislativen erhöhte Beachtung geschenkt, hierbei aber demokratische Verantwortung vor allem parlamentarisiert: So sei es „in erster Linie Sache des Gesetzgebers abzuwägen, ob und in welchem Umfang zur Erhaltung demokratischer Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume auch für die Zukunft Bindungen [...] geboten [sind] und deshalb – spiegelbildlich – eine Verringerung des Gestaltungs- und Entscheidungsspielraums in der Gegenwart hinzunehmen ist.“<sup>42</sup> Dies spricht dafür, abstrakte Basisentscheidungen für Großprojekte stärker zu politisieren und in die parlamentarische Vorsteuerung (z. B. durch Bedarfs- oder Haushaltsgesetz) einzubinden.

Ein weiteres Zeitproblem von Großprojekten ist der immense Zeitverbrauch der gestuften Entscheidungsverfahren selbst. Kaum ein Großprojekt kommt ohne eine grobe Vorstrukturierung der Standortauswahl durch Raumordnung aus. Auf Zulassungsebene haben Planfeststellungsverfahren oder immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung und ggf. Umweltverträglichkeitsprüfung erneut einen erheblichen Zeitbedarf. Die Inanspruchnahme von Verwaltungsrechtsschutz ist durchweg zu erwarten; nicht zuletzt das Unionsrecht hat zudem einen Ausbau von Klagerechten sowohl von Verbänden als auch von Individuen im Interesse der Rechtsdurchsetzung forciert.<sup>43</sup> Bis Klagen rechtskräftig abgewiesen wurden und die Projektverwirklichung gesichert ist, vergehen ebenfalls einige Jahre. Nimmt man eine realistische Mindestzeitspanne für ein Großprojekt (etwa einen Flughafenausbau) von 20 Jahren, beginnend mit der ersten Projektierung bis zum Baubeginn, so umfasst dies vier bis fünf Legislaturperioden. Dies bedeutet, dass auch eine neue Regierung immer projektierte Altlasten erbt und rechtsstaatlich gesicherte Vorentscheidungen im demokratischen Prozess nur begrenzt revidierbar sind. Der Flughafenausbau in Frankfurt etwa, das Kraftwerk Moorburg in Hamburg oder das Bahnprojekt Stuttgart 21 haben illustriert, dass selbst eine demokratische Wahl, die politische Projektgegner an die Regierung befördert, die Projektumsetzung nicht aufhalten kann: Die Wahl hat die Projektopposition demokratisch in die rechtsstaatliche

42 BVerfGE 132, 195 (246 f.).

43 Bilanz bei Gärditz, *K. F.*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014, S. 1 ff.

Vollzugsverantwortung befördert. Kontinuität und Änderungsträgheit nehmen der Dynamik des Demokratischen ihre Volatilität, halten Entscheidungen damit aber auch verantwortbar.

### 3. Demokratische Selbstbeschränkung

Demokratie als Herrschaftsform bedient sich formaler Mechanismen der Gesetzgebung und Verwaltung, die in ihrer spezifischen Mechanik normative Wertungen verbindlich machen, aber auch nur durch ihre rechtsstaatlich umhegte Formenbindung verantwortbar halten. In den Formen des Rechts lässt sich indes kein umfassender Steuerungsanspruch formulieren. Grundrechte etwa sind verfassungsrechtliche Entscheidungen, die subjektive Freiheit rechtlich sichern und damit unmittelbar Steuerungsresistenz aufbauen.<sup>44</sup> Aber auch epistemisch erhebt Demokratie nicht den Anspruch, jede Frage politisch entscheiden zu können. In kognitiver Selbstbeschränkung wird anerkannt, dass es Richtigkeiten gibt, die außerhalb politischer Entscheidungsverfahren liegen, durch diese nicht im Wege politischer Konstruktion veränderbar sind<sup>45</sup> und daher auch nicht politisch verantwortet werden müssen. Hier fällt dann konsequenterweise der (freien) Wissenschaft wie auch dem naturwissenschaftlich-technischen Sachverstand die Rolle zu, als spezifische Gegenöffentlichkeit ohne Geltungsanspruch die äußeren Rahmenbedingungen und Grenzen des politisch Entscheidbaren sowie Zeithorizonte jenseits der nächsten Wahlen aufzuzeigen. Gerade dies spielt bei Großprojekten eine maßgebliche Rolle, weil es hier oft um Fragen der Folgenverantwortung, der technischen Machbarkeit und der finanziellen, sozialen bzw. ökologischen Risiken geht.

Ein weiteres Verantwortlichkeitsproblem ist die temporale Selbstüberschätzung: Großprojekte gründen oft auf langfristigen Zukunftsszenarien, deren Verwirklichung von sehr vielen Parametern abhängt, deren Prognostizierbarkeit jeweils sehr begrenzt ist. Unsicherheiten werden ausgeblendet, also vage Prognosen politisch mit einer überzeichneten Erwartungssicherheit verarbeitet. Gerade im Bereich von Infrastrukturinvestitionen kommt es daher häufig zu Fehlkalkulationen und Enttäuschungen. Zugleich besteht auch das Risiko einer temporalen Verzerrung der Verhältnismäßigkeit. Proprium des demokratischen Rechtsstaats ist ein inhärenter Gegenwartsbezug und die damit einhergehende Relativität

44 Lepsius, O., Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen, 1999, S. 69.

45 Möllers (Fn. 6), S. 44 f.

konkurrierender Interessen, die fortwährend in einen unabgeschlossenen, relativen, veränderbaren und normativ verflüssigten Ausgleich gebracht werden müssen.<sup>46</sup> Gemeinwohlerwartungen an die Zukunft können in der planerischen Güterabwägung rechtlich nicht den gleichen Stellenwert haben wie gegenwärtige konkrete Interessen oder Rechte, die der Zielverwirklichung entgegenstehen, weshalb die Wertigkeit des Künftigen konsequent auf der Zeitachse zu diskontieren ist.<sup>47</sup> Dies ist rechtsstaatlich den Grundrechten geschuldet, die primär gegenwärtige Freiheitsentfaltung schützen, aber auch demokratisch notwendig, eben weil für Zukunftsfolgen jenseits der jeweiligen Wahlperiode keine unmittelbaren Mechanismen politischer Verantwortlichkeit bestehen.

### III. Demokratische Verantwortlichkeit

Infrastrukturvorhaben sind oft von einer hohen Politizität begleitet, weil sie maßgeblich der politischen Strukturierung des öffentlichen Raumes dienen und hiermit oftmals auch weit reichende Techniknutzungsentscheidungen (Atomkraftwerke, Transrapid, gentechnische Anlagen) verbunden sind. Dies gilt gerade für Bedarfsfeststellung und Standortauswahl.<sup>48</sup> Sie berühren unmittelbar die von einem Vorhaben ausgelösten Nutzungskonflikte, aber auch die Verteilung der von einem Projekt erwarteten Vorteile (Arbeitsplätze, Versorgung, Steuereinnahmen) zwischen Regionen oder Kommunen und schließlich den föderalen Standortwettbewerb. Da der demokratische Legitimationsbedarf mit dem Grad der Politizität einer Entscheidung steigt, besteht für originär politische Parameter ein besonderer Bedarf nach demokratischer Verantwortlichkeit. Dieser wird aber vom geltenden Infrastrukturrecht nicht immer befriedigt. Namentlich der übliche Fokus auf die Planfeststellung ist zu eng. Denn das Planfeststellungsverfahren ist ein anspruchsvolles Genehmigungsverfahren, in dem jedoch nur über ein bestimmtes Vorhaben an einem bestimmten Ort nach Maßgabe des konkreten Antrags eines Vorhabenträgers (§ 73 Abs. 1 VwVfG) entschieden wird. Damit sind die maßgeblichen Parameter – Inhalt und Standort des Projektes – (vor)festgelegt, also der politischen Verhandlung entzogen.

46 BVerfGE 5, 85 (197 f.).

47 Gärditz, K. F., Zeitprobleme des Umweltrechts – zugleich ein Beitrag zu interdisziplinären Verständigungschancen zwischen Naturwissenschaften und Recht, EurUP 2013, S. 2 (12 ff.).

48 Waechter (Fn. 5), S. 528; ferner Burgi, M., Das Bedarfserörterungsverfahren: Eine Reformoption für die Bürgerbeteiligung bei Großprojekten, NVwZ 2012, S. 227 (227).

## 1. Materiell-gesetzliche Programmierung der Techniknutzung

Manche Großvorhaben sind so dimensioniert, dass Entscheidungen über das Für und Wider die Ebene der Makropolitik betreffen. Durch Gesetzgebung müssen handlungsleitende Maßstäbe gerade dann zur Verfügung gestellt werden, wenn hinreichendes Erfahrungswissen nicht vorhanden ist.<sup>49</sup> Geht es um politische Grundsatzkonflikte – etwa einer Technologiezulassung oder Regulierung –, sind dies für die Allgemeinheit wesentliche sowie allgemein zu entscheidende Fragen, mit denen nicht einzelne Zulassungsentscheidungen belastet werden können, sondern die auf der Regelungsebene der parlamentarischen Gesetzgebung jedenfalls vorzustrukturieren sind.<sup>50</sup> Die friedliche Kernkraftnutzung und der Ausstieg aus derselben betrifft letztlich eine überschaubare Zahl an Großprojekten – derzeit sind noch neun Kraftwerke in Betrieb, neunzehn wurden stillgelegt –; die konfliktintensive Technologienutzungsentscheidung wurde auf Gesetzesebene (AtG) getroffen, nur die Standortfrage offen gelassen. Beispiele einer legislativen Technikfolgenverantwortung in Bezug auf Projektzulassungen sind – von Magnetschwebebahnen (MBPIG) bis hin zu gentechnischen Versuchen und Freisetzungen (GenTG) – vielfältig. Je konfliktreicher die generelle Technologiepolitik ist, umso stärker besteht der Bedarf nach einer pluralistischen Auseinandersetzung im Parlament, das politische Gesamtverantwortung übernimmt und Orientierungssicherheit hinsichtlich des gesellschaftlich akzeptierten Maßes der Risikotoleranz gewährleistet. Und je höher die Unsicherheit im Umgang mit Technik ist, desto wichtiger ist eine gesetzliche Programmierung bzw. abstrakt-generelle Nachkonturierung. Verantwortlichkeit wird also durch Parlamentarisierung politisiert, damit auch dem Wahlkampf überantwortet (die Atompolitik wäre das jüngste Musterbeispiel); die administrative Entscheidungsebene wird hierdurch entlastet, weil sie im Rahmen des Vollzugs keine politischen Grundsatzentscheidungen mehr zu treffen hat, für die sie nicht ausreichend legitimiert ist. Dahinter steht die triviale Einsicht, dass aus naturwissenschaftlicher Erkenntnis oder technischer Machbarkeit keine normativen Schlüsse folgen, sondern über die grundsätzliche Zulassung von Technologie auf der Grundlage zeit- und kontextabhängigen Wissens politisch zu entscheiden ist.<sup>51</sup> Die starke

49 *Lepsius* (Fn. 35), S. 170; im Anschluss *Gärditz, K. F.*, Regulierungsrechtliche Auskunftsanordnungen als Instrument der Wissensgenerierung, DVBl. 2009, S. 69 (71).

50 Im Ergebnis wie hier *Waechter* (Fn. 5), S. 528.

51 Vgl. *Lepsius, O.*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 264 (303 ff.).

Ausdifferenzierung des Umwelt-, Technik- und Fachplanungsrechts seit den 1970er Jahren belegt die Leistungsfähigkeit dieses Ansatzes.

Dass dies allerdings nicht selbstverständlich ist und der Weg in die Parlamentarisierung von Techniknutzungskonflikten versperrt sein kann, zeigt das europäische Regulierungsrecht, dem eine Regelungsphilosophie des Apolitisch-Expertokratischen zugrunde liegt. Wesentliche Entscheidungen werden den politikfernen Regulierungsbehörden vorbehalten, deren sekundärrechtlich eingeräumtes weites Ermessen gerade nicht durch gesetzliche Prioritätensetzung und Gewichtung eingengt werden soll.<sup>52</sup> Im Fall des Breitbandausbaus, einem anderen Makro-Infrastrukturprojekt in Deutschland, musste sich der Gesetzgeber gerade aus einer basalen Infrastrukturverantwortung durch unmittelbare legislative Techniksteuerung zurückziehen.<sup>53</sup>

## 2. Standort- und Trassenplanung

In einem eng besiedelten Land lassen sich räumliche Standortentscheidungen von Großprojekten faktisch nur dann sinnvoll treffen, wenn ein Teil der Makrokonflikte auf einer planerischen Ebene oberhalb der konkreten Projektzulassung (in der Regel Planfeststellung) getroffen wird.<sup>54</sup> Vor Ort prallt ein abstraktes Vorhaben auf eine sehr konkrete politische Öffentlichkeit, was Standortentscheidungen nur möglich sowie aushaltbar macht, wenn Vorentscheidungen auf höherer Ebene getroffen werden, die Unsicherheiten und Konflikte partiell absorbieren und aus dem Betroffenenumfeld nehmen. Im Bereich der Verkehrs- und Energieleitungswege etwa besteht eine gesetzliche Bedarfsplanung (FStrAbG, BSWAG, NABEG), die eine Grobtrassierung vornimmt, aber als nur partielle Abschtung des Problemstoffes keine konkreten planerischen Abwägungen vorwegnimmt.<sup>55</sup> Im Übrigen erfüllt die Raumordnungsplanung diese Funktion,<sup>56</sup>

52 EuGH, Urt. v. 3. 12. 2009, Rs. C-424/07 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 2009 I-11431. Kritisch *Gärditz, K. F.*, Anmerkung, JZ 2010, 198 ff.

53 Das reformierte Telekommunikationsrecht sieht Leitlinien zur Förderung der Infrastrukturinvestition vor, wählt aber einen anderen Zugriff. Vgl. Art. 8 Abs. 5 Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 11. 2009 (ABl. L 337, S. 37); hierzu *Klotz, R./Brandenburg, A.*, Der novelierte EG-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation, MMR 2010, S. 147 ff.; *Koenig, C./Busch, M.*, Zur Umsetzung der unionsrechtlich kodifizierten Investitionsanreize nach dem TK-Review im deutschen Telekommunikationsrecht, CR 2010, S. 357 ff.; *Kühling, J./Heimeshoff, U./Schall, T.*, Künftige Regulierung moderner Breitbandinfrastrukturen, K & R Beiheft 1/2010, 1 ff.

54 Zur Idee des Planungsvorbehalts BVerwGE 117, 25 (30); *Koch, H.-J./Hendler, R.*, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl., Stuttgart u. a., 2009, § 25 Rn. 96.

55 BVerwGE 120, 1 (4).

zumal Ausweisungen von raumrelevanten Standorten und Trassen ausdrücklich zugelassen sind (§ 8 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ROG). Nicht jedes Großvorhaben lässt sich freilich allein mit Raumordnung adäquat positionieren: Da es bislang an einer bundesweiten Planung für Flughäfen fehlt, jedes Land also seinen eigenen Bedarf selbst definiert, werden hier Fehlallokationen begünstigt. Dem Luftverkehrsrecht fehlen insoweit entscheidende Koordinationsinstrumente, die der hohen Politizität der großräumigen – länderübergreifend bedeutsamen – Standortauswahl gerecht werden.<sup>57</sup>

Die Raumordnungsplanung, die sich überwiegend der Rechtsform der Rechtsverordnung bedient,<sup>58</sup> setzt außenverbindliche Regelungen (vgl. die Zielbindung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG) im Wege der Exekutivgesetzgebung. Damit lässt sich die Raumordnung vergleichsweise unproblematisch in die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung integrieren. Die Raumordnung hat als Gesamtplanung einen Gesamtintegrationsauftrag. Das BVerwG betont mit Recht, dass auch die Raumordnung als überfachliche und überörtliche Planung nicht faktisch die Zulassung vorwegnehmen darf, also für die Zulassungsebene hinreichende Entscheidungsspielräume verbleiben müssen.<sup>59</sup> Aus der Standortfestlegung durch ein Ziel der Raumordnung folgt keine Verpflichtung für die Genehmigungsbehörde, das konkrete Vorhaben auch zuzulassen.<sup>60</sup> Die Raumordnung ist eine Normsetzung mittlerer Konkretisierungsebene, die zwar durch ihren konkreten Raumbezug stärker gegenständlich konkretisiert ist als ein abstrakt-generelles Gesetz, aber dennoch – jedenfalls in der Regel – durch ihre Grobauslösung hinreichende Distanz zu individuellen Nutzungsinteressen hält. Damit bedarf es mit der (meist fachplanungsrechtlichen) Zulassung einer weiteren Konkretisierungsebene, die – wie dargelegt – mit der Verarbeitung konkreter

56 S. *Erbguth, W.*, Infrastruktur Großprojekte: Akzeptanz durch Verfahren und Raumordnung, DÖV 2012, S. 821 ff.; *Goppel, K.*, Projektbezogene Ziele der Raumordnung zu Verkehrsvorhaben des Bundes und deren Bindungswirkung, DVBl. 2000, S. 86 ff.; *Hendler, R.*, Raumordnerische Standortplanung zur Erweiterung des Flughafens Frankfurt Main in der Rechtsprechung des HessVGh, LKRZ 2010, 281 ff.; *Rojahn, O.*, Umweltschutz in der raumordnerischen Standortplanung von Infrastrukturvorhaben, NVwZ 2011, S. 654 ff.; *Steinberg, R.*, Landesplanerische Standortplanung und Planfeststellung - unter besonderer Berücksichtigung der Planung von Verkehrsflughäfen, DVBl. 2010, S. 137 ff.; *Wahl, R.*, Erscheinungsformen und Probleme der projektorientierten Raumordnung, in: Festschrift f. Dieter Sellner, München, 2010, S. 155 ff.

57 Mit Recht kritisch *Durner, W.*, Das neue Raumordnungsgesetz, NuR 2009, S. 373 (376 f.); *ders.*, Raumplanerische Koordination aus rechtlicher Sicht, RuR 2010, S. 271 (276 f.).

58 Vgl. *Goppel, K.*, in: Spannowsky, W./Runkel, P./ders. (Hg.), Raumordnungsgesetz, 2009, § 6 Rn. 19.

59 BVerwGE 125, 116 (134).

60 BVerfG-K, NVwZ 2008, 775; BVerwGE 125, 116 (140).

individueller Belange einen ergänzenden Strang individueller Legitimation eröffnet, den abwägungsintensive Zulassungen schon deshalb benötigen, weil hier der Grad der gesetzlichen Programmierungsdichte komplexitätsbedingt zurückgenommen und – im Bereich der Planfeststellung – einer administrativen Abwägung überantwortet wurde.

### 3. Haushaltssteuerung

Ein weiterer, bisweilen unterschätzter Steuerungsansatz liegt im Haushaltsrecht.<sup>61</sup> Öffentliche Großvorhaben werden selten allein aus privaten Mitteln finanziert, schon weil die benötigten Finanzvolumina und die Investitionsrisiken häufig ein – politisch gewolltes – Infrastrukturprojekt für private Investoren unfinanzierbar oder jedenfalls unattraktiv machen. In vielen Fällen beteiligt sich die öffentliche Hand daher an der Finanzierung, etwa durch Subventionierung<sup>62</sup> oder durch eine direkte bzw. indirekte Beteiligung (z. B. durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen). Hierbei geht es dann um haushaltsrelevante Vorgänge, die einer Ausgaben- bzw. Verpflichtungsermächtigung im jeweiligen Haushaltsplan bedürfen (vgl. §§ 13, 34, 38, 39 BHO/LHO). Damit muss aber das Parlament über die Haushaltsgesetzgebung demokratische Verantwortung übernehmen, sprich: sich mit der jeweiligen Haushaltspolitik auch zur Wiederwahl stellen. Mit Blick auf die bundesverfassungsrechtliche Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3 Sätze 1 und 3 GG), die auch einige Landesverfassungen spiegeln, wird der demokratischen Festlegung von Prioritäten und Posterioritäten im Rahmen der Haushaltspolitik eine noch größere Bedeutung zuwachsen, weil investive Ausgabenwünsche nicht mehr ohne weiteres durch Kreditaufnahme auf den Kapitalmärkten finanziert werden dürfen. Zuwendungen nach § 23 BHO/LHO dürfen nur veranschlagt werden, wenn der Bund/das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Die demokratische Haushaltsverantwortung von Parlament (Haushaltsbewilligung) und Exekutive (Haushaltsbindung) setzt sich in Prüfungsrechten gegenüber Empfängern von Förderleistungen (vgl. § 39 Abs. 3 BHO) fort.

61 S. *Kirchhof, P.*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, S. 505 ff.; *Schuppert, G. F.*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1983), S. 216 ff.

62 Verlorene Zuschüsse als Zuwendungen nach § 23 BHO, Kredite oder Bürgschaften/Kreditsicherungsmittel nach § 39 BHO.

Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass eine bloße Wirtschaftlichkeitskontrolle allein nicht ausreichend ist, sondern es einer wirksamen politischen Kontrolle des Ausgabeverhaltens bedarf.<sup>63</sup> Haushaltsrecht als akzessorisches Recht kann zwar nicht die politischen und rechtlichen Entscheidungen für oder gegen ein Projekt vorwegnehmen; durch die Zurverfügungstellung von Haushaltsmitteln im gesetzlich zu verabschiedenden Haushaltsplan kann aber demokratische Verantwortung für die Haushaltssteuerung übernommen werden.<sup>64</sup> Das BVerfG hat das Budgetrecht als zentralen Baustein der demokratischen Legitimationsmechanik sukzessive gestärkt,<sup>65</sup> das Parlament aber auch als budgetverantwortliches Organ für eine aktiv verantwortete Haushaltspolitik in die Pflicht genommen<sup>66</sup>. Das Parlament müsse „dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden. Insofern stellt das Budgetrecht ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar“.<sup>67</sup> Das Budgetrecht dient „der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat“, indem sich die „Gleichheit der Bürger bei der Auferlegung öffentlicher Lasten als eine wesentliche Ausprägung rechtsstaatlicher Demokratie“ aktualisiere.<sup>68</sup>

Das Haushaltsverfahren eignet sich besonders, über grundlegende Fragen der Infrastrukturpolitik zu verhandeln, schon weil die Haushaltsdebatte politische Generaldebatte ist<sup>69</sup>. Das BVerfG betont hierbei sowohl die öffentliche Diskursfunktion<sup>70</sup> (Budgetöffentlichkeit als Ausdruck des allgemeinen Öffentlichkeitsprinzips der Demokratie) als auch die Funktion, in öffentlicher Auseinandersetzung einen Ausgleich widerstreitender Interessen und eine Basis für eine wirksame Kontrolle durch die Bürger zu schaffen, und zwar gerade bei „Entscheidungen von erheblicher Tragweite“.<sup>71</sup> Diese funktional und epistemisch spezifische Entscheidungsstruktur weist erhebliche Ähnlichkeiten mit dem holistischen Integrationsauftrag einer Gesamtplanung auf,<sup>72</sup> was eine Verkopplung der Makroentscheidungsebenen möglich erscheinen lässt. Zugleich ist der Haus-

63 Rossi, M., in: Gröpl, C. (Hg.), BHO/LHO, 2011, § 23 Rn. 6.

64 Vgl. auch Waldhoff, C., Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg, 2007, § 116 Rn. 2.

65 BVerfGE 119, 96 (118 ff.); 123, 267 (361); 129, 124 (177); 130, 318 (343 f.); 132, 195 (239).

66 Vgl. BVerfGE 130, 318 (344 ff.).

67 BVerfGE 132, 195 (239).

68 BVerfGE 130, 318 (343); beinahe wortgleich BVerfGE 129, 124 (177).

69 BVerfGE 129, 124 (178); 130, 318 (343 f.).

70 Zu dieser BVerfGE 85, 386 (403 f.); 95, 267 (307 f.); 108, 282 (312).

71 BVerfGE 130, 318 (344).

72 Vgl. auch Württenberger, T., Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, Berlin, 1979, S. 238 f.

haltsplan als „staatsleitender Hoheitsakt“ wesentliches Instrument der parlamentarischen Regierungskontrolle.<sup>73</sup> Gerade hierdurch lassen sich Großprojekte über die Finanzierungsbeiträge der öffentlichen Hand demokratisch verantworten. Der Nürburgring war/ist in Rheinland-Pfalz eben nicht nur ein unabgeschlossenes (Straf- und Subventions-)Rechtsproblem, sondern auch Wahlkampfthema.<sup>74</sup>

#### 4. Öffentlichkeitsbeteiligung als Form demokratischer Verantwortlichkeit?

In den letzten Jahren rückten vor allem Fragen um die angemessene Form, den richtigen Zeitpunkt und die Funktion der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großprojekten in den Fokus der rechtspolitischen Auseinandersetzung. Das geltende Recht kennt schon lange vielfältige Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung,<sup>75</sup> namentlich im Planfeststellungsrecht (§ 73 VwVfG), bei UVP-/SUP-pflichtigen Vorhaben (§§ 9, 14i UVPg), bei immissionsschutzrechtlichen Anlagenzulassungen (§§ 10 Abs. 3-6 BImSchG; §§ 10 ff. 9. BImSchV) sowie gesamtplanerisch bei der Aufstellung von Bebauungs- und Raumordnungsplänen (§ 3 BauGB; § 10 ROG). Insoweit besteht eher ein Überhang an Öffentlichkeitsbeteiligung, der bislang die Eskalation einzelner Konflikte ersichtlich nicht zu verhindern vermochte. Neueren Datums ist lediglich die als Reaktion auf „Stuttgart 21“ ins Verwaltungsverfahrenrecht gelangte frühe Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 25 Abs. 3 VwVfG).

Die Öffentlichkeitsbeteiligung wurde bisweilen als ein (ergänzender) Baustein demokratischer Legitimation qualifiziert,<sup>76</sup> was freilich voraussetzungsvoll ist und nicht zuletzt vom zugrunde gelegten Demokratiebegriff abhängt. Öffentlichkeit kann nur in konkreten Institutionen praktisch wirksam werden;<sup>77</sup> sie besteht nicht, sondern entsteht als rechtlich relevante Öffentlichkeit durch rechtliche Institutionalisierung. Öffentlichkeit ist im Öffentlichen Recht normativ disaggre-

73 BVerfGE 70, 324 /355).

74 Vgl. auch Landtag RP, Protokoll 16/77, S. 5093 ff.

75 Vgl. nur *Groß, T.*, Überlegungen zur Reform der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planfeststellungsverfahren, *BauR* 2012, S. 1340 ff.; *Durner* (Fn. 17), S. 28 ff.; *Müller, B.*, Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Recht der Europäischen Union, Baden-Baden, 2010, S. 145 ff.

76 *Ekardt, F./Senderlein, F.*, Gerichtlicher Kontrollumfang zwischen EU-Bürgerfreundlichkeit und nationaler Beschleunigungsgesetzgebung, *NVwZ* 2008, S. 1059 (1063); *Fisahn, A.*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen, 2002, S. 331 f., 335 ff.; *Haug, V. M.*, „Partizipationsrecht“ – Ein Plädoyer für eine eigene juristische Kategorie, *Die Verwaltung* 47 (2014), S. 221 (234 f.); *Lübbe-Wolff, G.*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), S. 246 (278 ff.); *Röckinghausen, M.*, Mehr Legitimation durch mehr Verfahren?, *EurUP* 2008, S. 210 (211, 219).

77 *Gerhardt, V.*, Öffentlichkeit – Die politische Form des Bewusstseins, München, 2012, S. 507 f.

giert und funktional differenziert: Bürgerinnen/Bürger, Wählerinnen/Wähler, allgemeine Öffentlichkeit, Betroffene, Beteiligte.<sup>78</sup> Dies stellt weder ein Defizit noch eine unnötige Verkomplizierung von Zurechnung dar, sondern ist Ausdruck einer sachgerechten Verteilung von Verantwortlichkeit und Teilhabe nach Maßgabe divergenter Betroffenheit und unterschiedlicher politischer Rollenfunktion. Teils sind rechtsstaatlich Freiheitsrechte von Adressaten hoheitlicher Gewalt zu respektieren, teils Verwaltungsentscheidungen kognitiv vorzubereiten und teils politische Teilhabechancen zu organisieren. Gewiss ist Öffentlichkeit als Raum für politischen Diskurs ein unabdingbares Substrat jeder freiheitlichen Demokratie.<sup>79</sup> Ob indes die Einbeziehung der Öffentlichkeit in komplexe Verwaltungsverfahren in einem rechtlichen Sinne demokratische Verantwortlichkeit institutionalisiert, ist hiermit nicht beantwortet.

Wenn verfassungsrechtlich alle Staatsgewalt vom Volke ausgehen soll (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), setzt dies ein stabiles und eindeutiges Legitimationssubjekt (Volk) voraus, dem Ausübung von Herrschaft (Staatsgewalt) als Legitimationsobjekt zugerechnet werden kann, wobei die Zurechnung einem Modus demokratischer Herrschaftsbegründung genügen muss, der die gleiche Freiheit aller als legitimatorischen Fluchtpunkt der Demokratie sichert. Eine diffuse und instabile Öffentlichkeit, die erst durch Beteiligungsrechte in einem konkreten Verfahren konstituiert wird, stellt kein adäquates Legitimationssubjekt dar, dem administrative Herrschaftsausübung zugerechnet werden könnte. Öffentlichkeit lässt sich allgemein (§ 10 Abs. 3 Sätze 3-4 BImSchG) oder nach Kriterien der Betroffenheit (§ 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG, § 9 Abs. 1 Satz 2 UVPG) beteiligen. Ohne Eingrenzungen bleibt Öffentlichkeit völlig konturenlos, eine zerfließende Personmehrheit, deren zufällige Mitglieder nicht einmal politischen Bürgerstatus (Wahlberechtigung für die betroffene Legitimationsebene) innehaben müssen. Aber auch Betroffenheit folgt nicht politischer Zugehörigkeit, der demokratische Herrschaft zugerechnet werden könnte,<sup>80</sup> schon weil betroffen nur ist, wer nach Maßgabe eines Genehmigungsantrages in den Einwirkungsbereich des Vorha-

78 Vgl. *Burgi, M.*, Bewertung und Reformbedarf – Die maßgeblichen Akteure, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Fn. 17), S. 69 (80); *Guckelberger, A.*, Formen von Öffentlichkeit und Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltverwaltungsrecht, *VerwArch* 103 (2012), S. 31 (35 ff.).

79 Vgl. BVerfGE 123, 267 (358 f.); *Di Fabio, U.*, Der neue Art. 32 des Grundgesetzes, *Der Staat* 32 (1993), S. 191 (203); *Fraenkel, E.*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 9. Aufl. Baden-Baden, 2011, S. 235.

80 So auch *Unger, S.*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, Tübingen, 2008, S. 253; ähnlich *Schmidt-Aßmann, E.*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, *AöR* 116 (1991), S. 329 (349).

bens fällt.<sup>81</sup> Nutzungsinteressen eines Vorhabenträgers können aber von vornherein keine politischen Verbände mit Recht zur Selbstbestimmung konstituieren. Schließlich ist Betroffenheit inadäquat zur prozeduralen Gemeinwohlkonkretisierung, weil der Kreis der Betroffenen nicht mit dem Personenkreis übereinstimmt, welcher legitime politische Interessen in Bezug auf die Projektverwirklichung artikulieren könnte.<sup>82</sup> Denn ein Großvorhaben hat typischerweise Auswirkungen über den überschaubaren Kreis Betroffener im verwaltungsverfahrensrechtlichen Zuschnitt hinaus.<sup>83</sup> So wird ein Flughafen- oder Bahnausbauprojekt als Makroinfrastruktur nachhaltig die ökologische, soziale und ökonomische Gesamtsituation einer ganzen Region prägen, worauf oft auch die (legitimen) Projektverwirklichungsinteressen des (öffentlichen) Vorhabenträgers gründen, wohingegen im Betroffenenkreis vor allem die (gleichermaßen legitimen, aber eben stärker partikularen) Interessen der Projektgegner konzentriert sind. Es würde daher der demokratischen Gleichheit zuwider laufen, über Projekte einseitig privilegierte Betroffene, also eine interessenbezogen aggregierte Öffentlichkeit, entscheiden zu lassen.<sup>84</sup> Diese Legitimationsasymmetrie hätte auch ganz praktische Folgen, wenn etwa Fluglärm Betroffene oder Anlieger einer avisierten Bahntrasse tatsächlich in demokratischer „Selbst“-Bestimmung entscheiden dürften, ob sie ein Projekt wollten. Nun sieht das geltende Verwaltungsrecht eine *Mitentscheidung* der Öffentlichkeit auch aus diesem Grund gerade nicht vor, sondern nur eine Beteiligung im Verfahren.<sup>85</sup> Damit fehlt es aber an der Zurechenbarkeit von Herrschaft, zu deren Legitimation Demokratie als Herrschaftsform überhaupt erst benötigt wird. Eine kritische Öffentlichkeit ist kein Ersatz für demokratische Herrschaft.<sup>86</sup>

Vor diesem Hintergrund ist bloße Partizipation kein originär demokratischer Legitimationsbaustein.<sup>87</sup> Dem entspricht im Übrigen auch das im Unionsrecht

81 Vgl. *Wagner, J.*, in: Hoppe, W./Beckmann, M. (Hg.), UVPg, 4. Aufl., Köln, 2012, § 9 Rn. 25, 34.

82 *Mann* (Fn. 9), S. 563.

83 *Böhm, M.*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, NuR 2011, S. 614 (617); *Durner, W.*, Möglichkeiten der Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren am Beispiel der Planfeststellung, ZUR 2011, S. 354 (361); *Gärditz* (Fn. 15), S. 275; *Papier, H.-J.*, Einführung in das Thema, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Fn. 17), S. 11 (14 f.); *Stüer, B./Buchsteiner, D.*, Stuttgart 21: Eine Lehre für die Planfeststellung, UPR 2011, S. 335 (337); *Wittreck, F.*, Demokratische Legitimation von Großvorhaben, ZG 2011, S. 209 (218 f.).

84 *Durner* (Fn. 83), S. 361.

85 Legitimatorisch *Burgi* (Fn. 48), S. 280.

86 Vgl. in diesem Sinne *Maus, I.*, Über Volkssouveränität, Frankfurt a. M., 2011, S. 386 f.

87 *Gärditz* (Fn. 31), S. 68; *ders.* (Fn. 15), S. 274 f.; *Mann* (Fn. 9), S. 561 ff.; *Ossenbühl, F.*, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende

dominante Motiv prononcierter Öffentlichkeitsbeteiligung, die Öffentlichkeit zur Durchsetzung des Rechts zu mobilisieren,<sup>88</sup> was letztlich ein rein instrumenteller – legitimationsabstinenter – Ansatz ist, der sich schlicht derjenigen Akteure bedient, die für eine wirksame dezentrale Verwaltungskontrolle zur Verfügung stehen. Hieraus folgt allerdings nicht, dass eine sachgerecht organisierte Öffentlichkeitsbeteiligung keinerlei Beitrag leisten kann, demokratische Verantwortlichkeit zu institutionalisieren. Zum einen verbleibt ein instrumenteller Überhang: Die Öffentlichkeit setzt Genehmigungs- und Zulassungsverfahren dem externen Druck dezentraler Kontrolle aus, was aber dann die rechtsstaatliche Anwendung demokratisch gesetzten Rechts (gerade auch gegen politische Interessen an einer Rechtsverletzung) stabilisieren kann.<sup>89</sup> Zugleich verbindet sich damit ein republikanisches Basisanliegen, durch Transparenz<sup>90</sup> und Publizität<sup>91</sup> die Herstellung öffentlicher Entscheidungen als Herstellungsprozess ernst zu nehmen, republikanische Öffentlichkeit also gezielt zu symbolisieren.<sup>92</sup> Dies trägt dazu bei, Kontingenzbewusstsein zu erzeugen und Politisierungschancen offen zu halten, von denen letztlich auch demokratisch verantwortete Administrativplanung lebt.

#### IV. Rechtsstaatliche Verantwortlichkeit

Während die demokratische Verantwortlichkeit vor allem den Legitimationsbedarf kontingenter Entscheidungselemente im Rahmen komplexer Verwaltungsverfahren in den Blick nimmt, knüpft die rechtsstaatliche Verantwortlichkeit an die herkömmliche Rechtsbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) an. Es geht also um die Mechanismen, die sicherstellen sollen, dass in Recht gegossene demokratische Entscheidungen auch rechtskonform angewendet werden. Rechtsstaatlichkeit sichert insoweit die Demokratie.<sup>93</sup> Im Vordergrund stehen vor allem

staatliche Tätigkeit? München, 1974, S. 125 f.; *Schmitt Glaeser, W.*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (220).

88 Grundsätzlich *Masing, J.*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin, 1997.

89 *Gärditz* (Fn. 15), S. 275; *ders.*, Die Verwaltungsdimension des Lissabon-Vertrags, DÖV 2010, S. 453 (458); *Haug* (Fn. 76), S. 238; *Hofmann* (Fn. 27), S. 701; *Lübbe-Wolff* (Fn. 76), S. 279.

90 *Hofmann* (Fn. 27), S. 711.

91 Zur Publizität öffentlicher Entscheidungen als Prinzip der Republik *Frankenberg, G.*, Publizität als Prinzip der Republik, in: *Gröschner, R./Lembke, O. W.* (Hg.), *Freistaatlichkeit*, Tübingen, 2011, S. 269 (275 ff.); ferner *Gröschner, R.*, *Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts*, VVDStRL 63 (2004), S. 344 (356 f.).

92 Vgl. auch *Frankenberg, G.*, *Die Verfassung der Republik*, Frankfurt a.M., 1997, S. 130 f.

93 Vgl. *Gärditz, K. F.*, in: *Friauf, K.H./Höfling, W.* (Hg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Berlin, Stand: 2014, Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat) Rn. 217f.; *Unger* (Fn. 80), S. 15 ff. Zur Verknüpfung von De-

externe Verwaltungskontrollen<sup>94</sup> durch Verwaltungsgerichtsbarkeit, zunehmend aber auch – obgleich im Prüfungsmaßstab sehr beschränkt (vgl. Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG) – durch Rechnungshöfe, denen eine eigene Öffentlichkeitsfunktion zukommt<sup>95</sup>. Schon die Möglichkeit späterer externer Kontrolle diszipliniert und stärkt einen verantwortlichen Umgang mit dem Recht im Verwaltungsverfahren. Hier soll das Augenmerk auf zwei Kontrollansätze gerichtet werden, die im Kontext von Großprojekten eine besondere Bedeutung erlangt haben:

## 1. Verantwortlichkeit durch Öffentlichkeitskontrolle

Jüngere Gesetzgebung setzt akzentuiert auf eine Stärkung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großprojekten. Ob sich hiermit tatsächlich Befriedigungswirkungen erzielen lassen, wird erst eine längerfristige Beobachtung zeigen.<sup>96</sup> Ausgemacht ist dies nicht, war doch der Grad der Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungs- und Zulassungsverfahren schon lange sehr hoch,<sup>97</sup> ohne dass das rechtliche *setting* Konflikteskalationen erfolgreich eingedämmt hätte. Ungeachtet dessen erfüllt die aktive Beteiligung einer kritischen Öffentlichkeit rechtsstaatlich wichtige Funktionen.<sup>98</sup> Als entinstitutionalisierte Gegenöffentlichkeit, der gerade in einer repräsentativen Demokratie ein hoher Stellenwert zukommt,<sup>99</sup> kann sie den Informationshorizont der Verwaltung verbessern,<sup>100</sup> Einseitigkeiten (nicht zuletzt einer Dominanz der Investoren/Projekträger)<sup>101</sup> entgegenwirken,<sup>102</sup> insoweit einen angemessenen rechtsstaatlichen Interessenausgleich (auch gegen Machta-

mokratie und Rechtsstaat im Gesetz *Lepsius, O.*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates? EuGRZ 2004, S. 370 (378).

94 Typisierend *Kahl, W.*, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Öffentlichkeitskontrolle, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./Voßkuhle, A. (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., München, 2013, § 47 Rn. 35 ff.

95 *Schulze-Fielitz, H.*, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, VVDStRL 55 (1996), S. 231 (267).

96 Antwort der Bundesregierung v. 2. 3. 2015, Weiterentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturprojekten, BT-Drs. 18/4159, S. 2.

97 *Gärditz* (Fn. 15), S. 273 f.; *Schönenbroicher, K.*, Irritationen um Stuttgart 21 – Aktuelle Anmerkungen zu Verfahren und Bürgerbeteiligung bei raumbedeutsamen Großvorhaben, VBIBW 2010, S. 466 f.

98 *Gärditz* (Fn. 31), S. 67; *Mann* (Fn. 9), S. 559 ff.

99 Vgl. *Depenheuer, O.*, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), S. 90 (118).

100 *Gärditz* (Fn. 31), S. 66 f.; *Haug* (Fn. 76), S. 239 f.; *Scherzberg, A.*, Öffentlichkeitskontrolle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 94), § 49 Rn. 75.

101 *Fehling, M.*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Tübingen, 2001, S. 305; *Franzius, C.*, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, GewArch 2012, S. 225 (227); *Hofmann* (Fn. 27), S. 703; *Mann* (Fn. 9), S. 567.

102 *Gärditz* (Fn. 31), S. 67 f.

symmetrien) befördern<sup>103</sup> und die Durchsetzung des objektiven Rechts durch Kontrolle („Wächterfunktion“<sup>104</sup>) verbessern<sup>105</sup>. Denn mit der Pluralisierung der Akteure nehmen auch die potentiellen Kontrolleure zu, die das Verwaltungshandeln kritisch begleiten und etwaige Einwände gegen die Rechtmäßigkeit vorbringen können.<sup>106</sup> Öffentlichkeitsbeteiligung fungiert dann als sinnvolle Repräsentationsergänzung bei zunehmenden Eigenleistungen der Verwaltung im Prozess der Rechtserzeugung.<sup>107</sup> Die Öffentlichkeitsbeteiligung ist gerade deshalb notwendig, weil planungs- und abwägungsaffine Entscheidungen nicht einfach geltendes Recht vollziehen, sondern in hohem Maße der Verwaltung politische Gestaltungsspielräume eröffnen, die politisch ausbalanciert werden müssen.<sup>108</sup>

Hierüber hinaus hat Partizipation allerdings keinen rechtsstaatlichen Eigenwert per se, denn die kommunikative Öffnung des Verwaltungsverfahrens für eine niemandem gegenüber verantwortliche Öffentlichkeit lässt die rechtsstaatliche Basisstruktur des Verfahrens eher zerfasern,<sup>109</sup> schon weil die Wahrung des objektiven Verwaltungsrechts (legitimerweise) allenfalls ein Randanliegen unter den verschiedenen und notwendig disparaten Interessen der sich Beteiligten ist. Die häufig und prononciert unterstrichene Akzeptanz von Entscheidungen – also die Bereitschaft, Entscheidungen auch dann hinzunehmen, wenn man sie subjektiv für falsch hält<sup>110</sup> – ist fraglos ein sinnvolles Regelungsziel der Öffentlichkeitsbeteiligung<sup>111</sup> und erleichtert es der Verwaltung, ihre Entscheidungen gegenüber einer Öffentlichkeit politisch zu verantworten, hat aber nicht notwendigerweise einen rechtsstaatlichen Eigenwert, weil die Rechtskonformität nur ein sehr nachgeordneter Faktor der Akzeptanzstiftung ist. Dass konfliktträchtige

103 Haug (Fn. 76), S. 238 f.; Lübbe-Wolff (Fn. 76), S. 283.

104 Scherzberg (Fn. 100), § 49 Rn. 72 ff.

105 Zur Öffentlichkeitskontrolle Kahl (Fn. 94), § 47 Rn. 136, 211, 243 ff.; Rossen-Stadtfeld, H., Kontrollfunktion der Öffentlichkeit – ihre Möglichkeiten und ihre Grenzen, in: Schmidt-Aßmann, E./Hoffmann-Riem, W. (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 117 (152 ff.); Scherzberg (Fn. 100), § 49; Schmidt-Aßmann, E., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Heidelberg, 2. Aufl., 2004, Kap. 4, Rn. 98 ff.

106 Vgl. Wolfrum, R., Durchsetzung von Umweltbelangen im Verwaltungsverfahren am Beispiel der Bauleitplanung, DÖV 1981, S. 606 (614).

107 Pitschas, R., Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, Berlin, 1990, S. 569 f.

108 Gärditz (Fn. 31), S. 67 f.

109 So die frühzeitigen Bedenken von Blümel, W., „Demokratisierung der Planung“ oder rechtsstaatliche Planung?, in: Schnur, R. (Hg.), Festschrift für Ernst Forsthoof, München, 1972, S. 9 (23 ff.).

110 Haug (Fn. 76), S. 236.

111 Vgl. etwa Burgi (Fn. 78), S. 87; Hofmann (Fn. 27), S. 702.

Großprojekte durchweg von den befassen Verwaltungsgerichten rechtlich bestätigt wurden, hat eine Eskalation gerade nicht verhindert.

## 2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Akteuren der öffentlichen Hand hat im Zusammenhang mit Großprojekten eine flankierende Sicherungsfunktion übernommen. Die Korruptionsstraftatbestände erfüllen die gewiss wichtige Funktion, die Integrität sowie Unvoreingenommenheit der öffentlichen Entscheidungsfindung<sup>112</sup> gerade auch dort zu wahren, wo große Geldbeträge auf dem Spiel stehen und hierdurch Anreize bestehen, Entscheidungen zu Gunsten eines Projektes oder seiner Förderung zu beeinflussen.<sup>113</sup> Hierbei sichern – aus verwaltungsrechtlicher Sicht – Vorteilsgewährung/Vorteilsnahme die Lauterkeit des Verfahrens, Bestechung/Bestechlichkeit auch die Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung. Praktisch wesentlich bedeutender und zugleich mit erheblichen Anwendungsunsicherheiten belastet ist jedoch der Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB), der nicht als haushaltsrechtsakzessorische Norm konstruiert ist, aber in seiner Allgemeinheit zu einem Hebel wurde, Haushaltstreue durchzusetzen.<sup>114</sup> Nicht zuletzt die Affäre um die Finanzierung des Nürburgringes hat dies überdeutlich vor Augen geführt. Der Untreuetatbestand mutierte bei finanzwirksamen Entscheidungen des Führungspersonals der öffentlichen Hand zu einem Auffangtatbestand. Neben der – im parlamentarischen Regierungssystem eher risikoarmen – demokratischen Verantwortlichkeit der jeweiligen Ressortspitze wird, durch Staatsanwaltschaften und unabhängige Gerichte institutionell verstärkt, eine zusätzliche rechtsstaatliche Verantwortlichkeit installiert, mit der zum einen alle Entscheidungsebenen erreicht werden, zum anderen das (Haushalts-)Recht auch dort sozial eindrucksvoll bewehrt wird, wo parteipolitische bzw. koalitionsäre Rücksichtnahmen die wirksame Sanktionierung eines – untechnisch gesprochen – verantwortungslosen Umgangs mit öffentlichen Mitteln praktisch vereiteln. Die gewachsene Rolle des Strafrechts ist damit indirekt auch Ausdruck eines strukturellen Misstrauens in die Leistungsfähigkeit demokrati-

112 Zum Schutzgut *Kuhlen, L.*, in: Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-U. (Hg.), NK-StGB, Bd. 3, 4. Aufl., Baden-Baden, 2013, § 331 Rn. 9.

113 Vgl. BGHSt 50, 299 (314 ff.).

114 Vgl. BGHSt 40, 287 (295 ff.); 43, 293 (296 ff.); BGH, NStZ 1984, 549 (550); NStZ 2001, 248 (251); *Kindhäuser, U.*, in: ders./Neumann/Paeffgen (Fn. 112), § 266 Rn. 117; *Saliger, F.*, Parteiengesetz und Strafrecht, Tübingen, 2005, S. 460 ff. Eingehend *Munz, E.-M.*, Haushaltsuntreue, Berlin, 2001; *Rojas, L. E.*, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, Baden-Baden, 2011.

scher Wahlverfahren zur politischen Sanktionierung missbilligter Haushaltspolitik. Dass mit dieser Verstrafrechtlichung politischer Verantwortung auch das Risiko einer Paralyse der politischen Entschluss- und Handlungsfähigkeit verbunden ist,<sup>115</sup> sollte freilich nicht übersehen werden.

## V. Alternative Verantwortlichkeit

Wollte man das bisherige Korsett der Verantwortlichkeit im demokratischen Rechtsstaat aufbrechen, kann dies in zwei Richtungen geschehen: durch radikale Politisierung – die direktdemokratische Option – oder durch Entpolitisierung – die expertokratische Option.

### 1. Die direktdemokratische Option

Auch direktdemokratische Abstimmungen sind politische Entscheidungsverfahren, sollen also keine höhere Sachrichtigkeit verbürgen, sondern prozedural ein kontingentes Gemeinwohl erzeugen.<sup>116</sup> Raumplanerische Standortentscheidungen als politische Gubernativplanungen unterliegen hohen rechtlichen Rationalitätsanforderungen, die von direktdemokratischen Verfahren nicht zu leisten sind.<sup>117</sup> Die wirkungsvolle Verhinderung von Großvorhaben über direktdemokratische Initiativen gegen den Finanzbeitrag<sup>118</sup> scheiterte bislang an den üblichen Finanz- und Budgetvorbehalten in den Landesverfassungen.<sup>119</sup> Damit verbleiben letztlich nur Abstimmungen entweder über administrativ abschließend ausgearbeitete Pläne oder über konkrete Vorhabenzulassungen. Beides erscheint inadäquat. Eine in der direktdemokratischen Option liegende Verantwortungszuweisung an die Bürgerinnen und Bürger<sup>120</sup> führt zwangsläufig zu einem reziproken Verlust der Verantwortlichkeit bei den planenden Entscheidungsträgern, was aber in das Herz der planerischen Abwägung stößt. Die Rationalität planerischer Abwägung liegt in der gestuften Abarbeitung von Interessenkonflikten und Komplexität, um konkurrierende Nutzungsinteressen relational zuzuordnen und

115 Stein, K., Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, Tübingen, 2009, S. 655 f.

116 In diesem Sinne Schuler-Harms, M., Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), S. 417 (450).

117 Waechter (Fn. 5), S. 531.

118 Vgl. BayVerfGHE 61, 78 ff.; Franzius (Fn. 101), S. 236; Haug, V. M., Volksgesetzgebung auf verfassungsrechtlichem Neuland, ZParl 2012, S. 446 ff.

119 Vgl. Möstl, M., Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), S. 355 (383 ff.).

120 Schuler-Harms (Fn. 116), S. 444 ff.

zu einem Ausgleich zu bringen. Diese anspruchs- und voraussetzungsvolle Mechanik würde ausgehebelt, wenn das Abwägungsergebnis nachgelagert einer schlicht voluntativen – von Begründungszwang befreiten – Abstimmung nach binärem Ja-Nein-Schema unterworfen würde.<sup>121</sup> Auch die Komplexität des Abstimmungsgegenstandes, der sich adäquat kaum in komprimierter Textform fassen lässt, ohne zum Blankett zu degenerieren, erweist sich durchweg als hinderlich.<sup>122</sup> Vor allem aber kommt der Distanz der Entscheider zum Entscheidungsgegenstand ein rechtsstaatlicher Eigenwert zu, schon weil konkrete Zulassungen auch über individuelle Rechtsverwirklichungschancen entscheiden, die rationale Gründe erfordern, aber nicht Momentaufnahmen wutbürgerlicher Stimmungsbilder ausgeliefert werden dürfen.<sup>123</sup> Berücksichtigt man zudem, dass direktdemokratische Elemente empirisch eher den Einfluss akademischer Eliten zu Lasten anderer Bevölkerungsgruppen stärken,<sup>124</sup> dürfte auch die Befriedigungsfunktion eher zurückhaltend zu bewerten sein.

## 2. Die expertokratische Option

Einen teils gegenläufigen Weg in einem anderen Großprojekt ist der Bund jüngst mit dem Standortauswahlgesetz (StandAG<sup>125</sup>) in Bezug auf ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle gegangen. Hier wird die eigentliche Auswahlentscheidung von einem unabhängigen, pluralistisch besetzten Kollegialorgan (Kommission) professionell vorbereitet (§ 3 StandAG), von einem „Gesellschaftlichen Begleitgremium“ – dem partizipativen Feigenblatt – flankiert (§ 8 StandAG) und letztlich in eine gesetzliche Bedarfsfeststellung überführt (§ 20 StandAG), die dann das Genehmigungsverfahren nach § 9b AtG präformiert (§ 20 Abs. 3 StandAG). Die damit einhergehende partielle Flucht in die Entpolitisierung wurde bezeichnenderweise gerade deshalb gewählt, weil die Endlagersuche ein hochpolitisches Vorhaben ist und man sich scheute, absehbare Konflikte offen auszutragen. Das Regelungsmodell des StandAG ist daher eine Flucht aus der demokratischen – und föderalen – Verantwortlichkeit durch *out-*

121 Gärditz (Fn. 15), S. 278.

122 Durner (Fn. 83), S. 361; Papier (Fn. 83), S. 15; Wulforth, R., Konsequenzen aus Stuttgart 21: Vorschläge zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung, DÖV 2011, S. 581 (585 f.); differenziert Franzius (Fn. 101), S. 235 f.

123 Im Ergebnis ebenso Hien, E., Partizipation im Planungsverfahren, UPR 2012, S. 128 (130 f.); ähnlich Knauff, M., Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren, DÖV 2012, S. 1 (3).

124 Schäfer, A., Der Verlust politischer Gleichheit, Frankfurt/New York, 2015, S. 187 ff.

125 G. v. 23. 7. 2013 (BGBl. I S. 2553).

*sourcing* politischer Entscheidungen. Niemand muss sich vor das Wahlvolk stellen und die politische Verantwortung für eine Standortauswahl im eigenen Land übernehmen, weil man auf (nicht mehr hinterfragbare) Expertenmeinungen verweisen kann. Zugleich wächst einer unabhängigen Kommission erhebliche Gemeinwohlverantwortung und damit Macht zu, für die sich die Mitglieder niemandem gegenüber verantworten müssen.

Expertokratische Lösungen leiden unter mehreren Mängeln: In ihnen ventiliert sich der alte Traum von einer wissenschaftlich geleiteten Politik. Hierin liegt eine Überschätzung der Rationalisierbarkeit von Entscheidungen und zugleich eine Unterschätzung sowohl der Kontingenz von Wissen<sup>126</sup> als auch des Eigenwerts des Politischen, das mit einem Schleier bürokratischer Sachrichtigkeitstik verhüllt wird. Aus fraglos notwendigem Fachwissen folgen keine politischen Lösungen. Zudem treten expertokratische Modelle in Konflikt mit fundamentalen Prämissen demokratischer Herrschaft. Demokratie beruht nicht auf Sachrichtigkeit oder einer – wie auch immer zu bestimmenden – Vernünftigkeit, sondern auf der Idee der gleichen Freiheit aller. Wird Herrschaft auf Experten übertragen, deren Expertise nicht schlicht zur bürokratisch-professionellen Rechtsanwendung benötigt, sondern als materialer Grund unabhängiger politischer Entscheidungszuständigkeit eingesetzt wird, wird die demokratische Gleichheit desavouiert<sup>127</sup> und Herrschaft aristokratisiert. An die Stelle der Zurechnung zum Legitimationssubjekt (Volk), die aus Gründen demokratischer Gleichheit und Selbstbestimmung nur formale Zurechnungsmodi verträgt (der Kerngehalt des Legitimationskettenmodells), treten kognitive Fertigkeiten bzw. eine besondere Qualifikation zur Beurteilung spezifischer Fachfragen. Die scheinpluralistische Zusammensetzung von sachverständigen Kollegialorganen täuscht darüber hinweg, dass in der gesetzlichen Festlegung der Zusammensetzung des Organs eine Vorauswahl liegt, welche Interessen überhaupt relevant und wie diese zueinander organisatorisch-formal zu gewichten sind. Jedenfalls mit der Basisprämisse des Pluralismus, allen Stimmen gleichberechtigten Zugang zu formalen, inhaltlich offenen Verfahren zu gewähren, lässt sich dies nicht erklären.<sup>128</sup> Gerade hier

126 Vgl. auch *Vofskuhle, A.*, Expertise und Verwaltung, in: Trute, H.-H./Groß, T./Röhl, H. C./Möllers, C. (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Heidelberg, 2008, S. 637 (646 ff.); zum Legitimationsproblem *Nußberger, A.*, Sachverständigenwissen als Determinante verwaltungsrechtlicher Einzelentscheidungen, AöR 129 (2004), S. 282 ff.

127 Zutreffend *Möllers* (Fn. 6), S. 30 f.

128 Anders *Herber, F.-R.*, Zur Endlagerung radioaktiver Abfälle und zum Standortwahlgesetz, BayVBl. 2014, S. 353 (356).

hätten traditionelle repräsentativ-demokratische Lösungen einen pluralistischen Mehrwert. Vielleicht schafft unabhängiger Sachverstand Vertrauen, gerade bei komplexen Großprojekten. Der Mechanismus einer Reduktion der Komplexität durch Vertrauen<sup>129</sup> verweist letztlich auf Sachrichtigkeit sowie Professionalität von Entscheidungen, die soziale Stabilität und Akzeptanz, aber keine Legitimation schaffen können. Demokratisch verantwortet und damit legitimiert werden Entscheidungen vor allem dadurch, dass es Mechanismen gibt, Vertrauen wieder zu entziehen.<sup>130</sup> Bei unabhängigem Sachverstand scheidet dies. Dass expertokratische Lösungen gleichwohl offenbar Popularität genießen, ist daher eher Ausdruck politischer Apathie.

## VI. Resümee: Öffentliche Großvorhaben als legitimatorische Querschnittsmaterie

Insgesamt werden öffentliche Großvorhaben legitimatorisch eine komplexe Querschnittsmaterie bleiben, die anfällig für Konflikte wie Undeutlichkeiten in der Verantwortlichkeit ist und die Fähigkeit des demokratischen Rechtsstaats, neben der Rechtllichkeit auch soziale Akzeptanz von Entscheidungen zu gewährleisten, auf die Probe stellt. Vertrauen in die Richtigkeit von Entscheidungen sowie deren Akzeptanz lässt sich rechtlich nur begrenzt steuern.<sup>131</sup> Großprojekte wurden zudem zum Seismographen einer gesellschaftlichen Gesamtverfasstheit hochstilisiert, obgleich sich hier vielleicht nur spezifische lokale Konfliktpotentiale besonders leicht aufaddieren. Aus rechtlicher Sicht ist jedenfalls Vorsicht bei der Bewertung angebracht. Diagnosen vermeintlicher Legitimationskrisen waren schon immer beliebt,<sup>132</sup> sind aber vor allem Folge von sehr unterschiedlichen Legitimationsbegriffen. So wichtig ein hinreichendes Basisvertrauen in öffentliche Institutionen des demokratischen Rechtsstaats für die Stabilität einer funktionierenden freiheitlichen Ordnung ist: Mutter des Rechtsstaats wie der

129 *Waechter* (Fn. 18), S. 123, unter Bezugnahme auf *Luhmann, N.*, Vertrauen: Ein Mechanismus zur Reduktion sozialer Komplexität, 5. Aufl., Konstanz/München, 2014, S. 27 ff.

130 Vgl. BVerfGE 127, 87 (130 ff.).

131 Ebenso *Wittreck* (Fn. 83), S. 220.

132 Paradigmatisch *Habermas, J.*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt a. M., 1973. Im vorliegenden Kontext z. B. *Dittberner, J./Ebbinghausen, R.*, Parteiensystem in der Legitimationskrise, Wiesbaden, 1982; *Jogschies, R. M.*, Bürgerbeteiligung an der Stadtplanung. Untersuchung zur Bürgerinitiativen-Bewegung und der Legitimationskrise des Parlamentarismus aus forschungsmethodischer Sicht, Frankfurt a. M. u. a., 1984; jüngst etwa *Brunkhorst, H.*, Legitimationskrisen: Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft, Baden-Baden, 2012; *Imhof, K.*, Die Krise der Öffentlichkeit, Frankfurt/New York, 2011; *Michelsen, D./Walter F.*, Unpolitische Demokratie: Zur Krise der Repräsentation, Berlin, 2013.

Demokratie ist zunächst einmal das Misstrauen; und notwendig sind institutionelle Kanäle seiner Ventilation: Abwahl, (gerichtliche) Verwaltungskontrolle, kritische Gegenöffentlichkeit (nicht zuletzt unabhängige Presse). Wenn Auseinandersetzungen um Großprojekte offen in diesen Formen geführt werden, liegt hierin zunächst einmal ein Gewinn für die politische Ordnung. Bei allen gegenwärtigen Problemen stellt sich die Frage, ob das übermäßige Vertrauen in öffentliche Entscheidungen in der verklärten früheren Bundesrepublik für eine Demokratie vielleicht nicht mitunter kontraproduktiv war. Das Aufschrecken angesichts der Politisierung von Großprojekten verrät eher überzogene Erwartungen an die Leistungsfähigkeit bürokratischer Entscheidungs routinen, die indes die Politizität von umwälzenden Infrastrukturentscheidungen nur formal kanalisieren, nicht aber beseitigen können. Die Formalität des Rechts ist ein Schlüssel zur Krisenbewältigung nach vorab gesetzten, abstrakt-generellen Regeln,<sup>133</sup> ersetzt aber keine Infrastrukturpolitik, die politisch zu verantworten ist. Es ist Aufgabe des Rechts als Konfliktschlichtungsmodus, verbindliche Entscheidungen herzustellen und diese zu legitimieren, nicht diffuse Harmoniesehnsüchte zu bedienen. Demokratie ist Herrschaftsform, nicht Wellness-Tempel. Und auch der Wasserwerfer hat dann seinen egalitär-demokratischen Eigenwert.

133 *Schorkopf* (Fn. 3), S. 186 f.