ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of
ZBW
Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Petersen, Niels

Working Paper

Demokratie und Grundgesetz: Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2008,26

Provided in Cooperation with:
Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Petersen, Niels (2008) : Demokratie und Grundgesetz: Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2008,26, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/26963

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

**Preprints of the
Max Planck Institute for
Research on Collective Goods
Bonn 2008/26**

Demokratie und Grundgesetz

– Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit –

Niels Petersen

MAX PLANCK SOCIETY

Preprints of the
Max Planck Institute
for Research on Collective Goods

Bonn 2008/26

Demokratie und Grundgesetz

– Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit –

Niels Petersen

June 2008

Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Kurt-Schumacher-Str. 10, D-53113 Bonn
http://www.coll.mpg.de

Demokratie und Grundgesetz
– Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit –

Von Niels Petersen, Bonn*

I. Einführung 2
II. Legitimität und Demokratie 4
III. Systematisierung unterschiedlicher Legitimitätskonzeptionen 6
1. Faktische und normative Legitimität 6
2. Prozedurale und substantielle Legitimität 7
3. Input- und Output-Legitimität 8
a. Input-Legitimität als Perspektive des Grundgesetzes? 9
aa. Entscheidungsregel 9
bb. Zusammensetzung der Entscheidenden 11
b. Verbindung von Input- und Output-Elementen 12
IV. Demokratie durch Legitimationsketten 14
1. Das Legitimationskettenmodell 14
a. Das traditionelle Modell 14
b. Abkehr vom monistischen Demokratiemodell? 15
2. Normative Defizite des Legitimationskettenmodells 16
a. Das Volk als Legitimationssubjekt 17
b. Immanente Widersprüche und strukturelle Defizite der Theorie 19
V. Legitimation durch Diskurs 22
1. Verhinderung von Machtmissbrauch 23
2. Rationalität politischer Entscheidungen 24
a. Theorie der Konkurrenzdemokratie 25
b. Legitimation durch Expertise und Sachverstand 26
c. Theorie der deliberativen Demokratie 28
3. Synthese: Das Demokratiemodell der epistemischen Deliberation 30
VI. Ausblick 33

* Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn. Mein herzlicher Dank gilt Christoph Engel, Stefan Kadelbach, Jörn Lüdemann, Indra Spiecker gen. Döhmann, David Rabenschlag und Emanuel Towfigh für wertvolle Anregungen und Hinweise.

I. Einführung

Das Demokratiekonzept der deutschen Staatsrechtswissenschaft gilt vielen Staatsrechtslehrern als ein gelungenes Lehrstück der Verbindung von rechtswissenschaftlicher Theorie und Dogmatik.[1] Das Denken in Legitimationsketten gehört heute derart zum Standardrepertoire eines jeden Juristen, dass das Modell fast alternativlos erscheint. Dennoch ist es in den letzten beiden Jahrzehnten unter Druck geraten. Zentrales Entscheidungsorgan der Theorie ist das Parlament. In ihm laufen alle wichtigen politischen Entscheidungen zusammen und werden von dort aus gesteuert. *De facto* ist dies jedoch längst nicht mehr der Fall. In der Staatsrechtslehre wird schon seit längerem die Entparlamentarisierung der Demokratie beklagt. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass wegweisende politische Entscheidungen heute in internationalen Gremien getroffen oder von Sachverständigenkommissionen vorbereitet werden, ohne dass dem nationalen Gesetzgeber maßgeblicher inhaltlicher Gestaltungsspielraum verbleibt.[2]

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Die International Organization for Standardization (ISO) ist eine hybrid öffentlich-privatrechtliche Organisation, die seit 1947 über 15.000 technische Standards in verschiedensten Bereichen veröffentlicht hat.[3] Die Bundesrepublik wird in dieser durch das Deutsche Institut für Normierung (DIN), einen privatrechtlichen Verein, vertreten. Die von der ISO entwickelten Standards haben nicht nur erhebliche faktische Auswirkungen auf den Markt, sondern durch die implizite Einbeziehung in das TBT-Agreement[4] der Welthandelsorganisation (WTO) in bestimmten Fällen auch rechtliche Verbindlichkeit für die Bundesrepublik Deutschland.[5] Die Standards betreffen dabei nicht nur die Vereinheitlichung der Papiergröße, sondern treffen auch weitreichende Abwägungen etwa Bereich der persönlichen Sicherheit und des Umweltschutzes. Sie determinieren damit zum Teil die deutsche Gesetzgebung, ohne dass parlamentarische Gremien inhaltlichen Einfluss auf die Entscheidungen hätten.[6]

---

1 *O. Lepsius* während eines Vortrages zu „Inter- oder Intradisziplinarität in der Rechtswissenschaft“ am 17. Dez. 2007 am Max-Planck-Institut für die Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn.

2 Zur Diskussion um die Entparlamentarisierung s. *M. Ruffert*, Entformalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdung der Verfassung?, DVBl. 2002, 1145; *V. Mehde*, Kooperatives Regierungshandeln - Verfassungsrechtslehre vor der Herausforderung konsensorientierter Politikmodelle, AöR 127 (2002), 655; *M. Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdung der Verfassung?, VVDStRL 62 (2002), 7; *M. Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2002), 37; *H.-J. Papier*, Steuerungs- und Reformfähigkeit des Staates, in: R. Mellinghoff/G. Morgenthaler/T. Puhl (Hg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, 103 (114 ff.); *P. Kirchhof*, Entparlamentarisierung der Demokratie?, in: FS Kielmansegg, 2004, 359 (365 ff.); *ders.*, Die Zukunft der Demokratie im Verfassungsstaat, JZ 2004, 981 (984); *T. Puhl*, Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Hdb StR III, 3. Aufl. 2005, § 48.

3 Zur ISO s. *E. Shamir-Borer*, The Evolution of Admistrative Law-Type Principles, Mechanisms and Practices in the International Organization for Standardization (ISO), Paper für das Hauser Colloquium Globalisation and Its Discontents der NYU Law School, präsentiert am 4. Okt. 2006, abrufbar unter http://www.law.nyu.edu/kingsburyb/fall06/globali-zation/speakers_papers.html.

4 Agreement on Technical Barriers to Trade (15. Apr. 1994), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868 UNTS 120 .

5 S. *D.A. Wirth*, Compliance and Non-Binding Norms of Trade and Finance, in: D. Shelton (Hg.), Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System, 2000, 330 (339).

6 Die ISO ist nur ein Beispiel für den Prozess der Internationalisierung. Viel diskutiert werden etwa Normsetzungsprozesse auf Ebene der Europäischen Union oder die Legitimität von Entscheidungen des UN-Sicherheitsrates. Aber auch auf internationaler Ebene gibt es weitere Organe, die zumindest erheblichen fak-

Der Machtverlust des Parlaments beschränkt sich jedoch nicht auf die zunehmende Internationalisierung. Aufgrund der zunehmenden Komplexität politischer Entscheidungen werden viele Gesetzesinitiativen von parlamentsexternen Sachverständigengremien vorbereitet. Diese betreffen so unterschiedliche Bereiche wie die Bioethik (Nationaler Ethikrat) und die Sozialgesetzgebung (Hartz-Kommission). Auch in der Verwaltung werden zunehmend weisungsfreie Räume geschaffen, um bestimmte Bereiche bewusst der politischen Einflussnahme zu entziehen.

Diese Phänomene lassen sich mit dem Legitimationskettenmodell nur unzureichend bewerten. Insbesondere bei internationalen Entscheidungsprozessen büßt die die Legitimationskette mit zunehmender Länge ihr kritisches Potential ein. *Giovanni Sartori* hat das Dilemma auf den Punkt gebracht, indem er die Legitimationskette mit einem Schwimmer verglich. Allein weil dieser schwimmen könne, habe er nicht automatisch auch die Fähigkeit, einen Ozean zu durchqueren.[7] Diesem Problem kann die Staatsrechtswissenschaft auf zweierlei Weise begegnen. Zum einen kann man die entwickelten normativen Standards ernst nehmen und die beobachteten Entwicklungen für verfassungswidrig erklären.[8] Diese Lösung vermag jedoch nicht zu befriedigen, da sie versucht, das Rad der Zeit zurückzudrehen, ohne die veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Aufgrund der zunehmenden internationalen Verflechtung von Staaten, Märkten und Gesellschaften können bestimmte Fragestellungen sinnvoll nur auf internationaler Ebene entschieden werden.[9] Eine Rückdelegation an nationale Parlamente mag formal deren Souveränität wahren, nimmt den parlamentarischen Entscheidungen faktisch jedoch weitgehend ihre Wirkung. So zeigt etwa die globale Klimapolitik, wie ineffektiv allein nationale Entscheidungsprozesse sein können. Ähnliches gilt für viele Sachentscheidungen im innerstaatlichen Bereich, die mittlerweile eine derart hohe Komplexität erreichen, dass sie sinnvoll nur noch von Experten umfassend bearbeitet werden können. Deren Einbindung in die Entscheidungsprozesse erscheint somit trotz mangelnder formaler Legitimation unausweichlich.[10]

---

tischen Einfluss auf die nationale Politik in bestimmten Bereichen haben, etwa das Basel Committee oder die OECD. S. zu ersterem *A. v. Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, in: C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter (Hg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 219; zu letzterem *A. v. Bogdandy/M. Goldmann*, The Exercise of International Public Authority through National Policy Assments, International Organizations Law Review 5 (2008), i.E.

7 *G. Sartori*, Demokratietheorie, 2006.

8 S. stv. nur die Kritik am (vermeintlichen) Demokratiedefizit der Europäischen Union: *G. Ress*, Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, in: GS Geck, 1989, 625; *F. Ossenbühl*, Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?, DVBl. 1993, 634; *U. Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes – Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, Der Staat 32 (1993), 191 (202 ff.); *D. Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581 (587 ff.); *C. Gusy*, Demokratiedefizite postnationaler Gemeinschaften unter Berücksichtigung der EU, ZfP 45 (1998), 267.

9 Ähnlich *A. v. Bogdandy*, Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung, KritV 83 (2000), 284 (288), der die Ausdehnung von für den nationalen Kontext entwickelten Legitimationskonzepten auf überstaatliche Einrichtungen für fragwürdig hält.

10 Vgl. nur *U. Lohmar*, Politik und Sachverstand. Zur Freiheit parlamentarischer Entscheidung in der wissenschaftlichen Zivilisation, APuZ 37/42 (1987), 11; *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Hdb StR II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 71.

Auf der anderen Seite kann man versuchen, das Demokratiekonzept diesen neuen Herausforderungen anzupassen. Doch auch dieser Ansatz ist nicht ohne Probleme, da man schnell der Versuchung erliegt, das beobachtete Demokratiedefizit hinwegzudefinieren.[11] Die praktischen Schwierigkeiten des bestehenden Demokratiekonzepts können daher nur *Anlass* für ein Überdenken desselben sein, sie bieten jedoch noch keinen normativen *Grund* für eine Kritik.

Die Untersuchung des grundgesetzlichen Demokratiekonzepts soll in fünf Schritten vorgenommen werden: Zunächst wird das Konzept der Legitimität als externer Bewertungsmaßstab für verschiedene Demokratiekonzeptionen eingeführt (II.) und näher konkretisiert (III.), um den analytischen Rahmen der Untersuchung abzustecken. Auf dieser Grundlage wird das herrschende Demokratiemodell, in dem Legitimition durch Legitimationsketten vermittelt wird, auf seine theoretische Konsistenz hin untersucht (IV.). Anschließend wird eine alternative Demokratiekonzeption entwickelt und dogmatisch verankert (V.), bevor im Ausblick einige Konsequenzen dieses Demokratiemodells skizziert werden (VI.).

II. Legitimität und Demokratie

Dass staatliche Herrschaft rechtfertigungsbedürftig ist, ist eine Erkenntnis der Aufklärung. Noch in der aristotelischen Philosophie stellte sich dieses Problem nicht.[12] Aristoteles rechtfertigte die Notwendigkeit des Staates mit der Natur des Menschen als *zoon politikon*, eines auf die Gemeinschaft hin angelegten Wesens.[13] Diese Sichtweise ändert sich mit der Philosophie der Aufklärung, die den Menschen als grundsätzlich freies Individuum begreift.[14] Dieser Gedanke liegt etwa der Rechtsphilosophie *Immanuel Kants* zugrunde. In der Einleitung zu seiner Rechtslehre macht *Kant* die Freiheit des Einzelnen zur Prämisse seiner Konzeption:

> „Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit zustehende Recht.“[15]

Diese Vorstellung hat auch in unser Grundgesetz Eingang gefunden – in Art. 2 Abs. 1, wenn man diese Norm, wie die überwiegende Auffassung[16], als allgemeines Freiheitsrecht versteht.[17] Unter dieser Prämisse bedürfen staatliche Eingriffe in die individuelle Freiheit einer Rechtfertigung. Die Rechtfertigung staatlicher Herrschaft wird in der Politikwissenschaft gemeinhin unter dem Begriff der Legitimität diskutiert.[18] Das Grundgesetz kennt den Begriff der Legitimität zwar

---

11 *U. Volkmann*, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), 575 (607 f.).
12 *R. Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 15. Aufl. 2007, 97 f.
13 *Aristoteles*, Politik, Zürich 1971, a 2 ff.
14 *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, 11.
15 *I. Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Frankfurt a.M. 1977, 345.
16 Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36 f.) – Elfes.
17 Zu den ideengeschichtlichen Wurzeln von Art. 2 I GG in der liberalen Philosophie der Aufklärung s. nur *H. Dreier*, Art. 2 I, in: ders. (Hg.), Grundgesetz – Band I (Art. 1-19), 2. Aufl. 2004, Rn. 2.
18 S. *O. Rammstedt*, Zum Legitimationsverlust von Legitimität, in: P. Graf Kielmansegg (Hg.), Legitimationsprobleme politischer Systeme, 1976, 108 (108); *T. Würtenberger*, Legalität, Legitimität, in: Staatslexikon, 1987, 873 (874); *U. Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 149.

nicht – alle grundgesetzlichen Bestimmungen, die sich mit der Ausgestaltung der Regierungsform beschäftigen verwenden den Begriff der Demokratie. Allerdings ist Demokratie kein Selbstzweck. Sie ist nur ein Mittel zur Rechtfertigung staatlicher Herrschaft und hat damit funktionalen Charakter.[19] Die Konkretisierung der Demokratiekonzeption muss sich daher an den Zielen ausrichten, deren Verwirklichung die Demokratie dienen soll.[20] Die Rolle der Definition und Austarierung der Ziele fällt dem Legitimitätskonzept zu. Indem es Maßstäbe aufstellt, unter welchen Bedingungen staatliche Herrschaft gerechtfertigt ist, bietet es eine Folie zur Bewertung divergierender Demokratiekonzeptionen.

An dieser Einbeziehung politikwissenschaftlicher Elemente in die staatsrechtliche Diskussion ist oft Kritik geübt worden.[21] Diese führe dazu, dass verfassungsrechtliche Begriffe „im freien Raum" verhandelt würden und die „verfassungsrechtliche Demokratiedogmatik auf Holzwege" geführt werde.[22] Der Streit um unterschiedliche Demokratieverständnisse münde in einer Glaubensfrage, was verfassungsrechtlich nicht diskutabel sei.[23] Diese Kritik an einer transdisziplinären Annäherung an den Demokratiebegriff überschätzt jedoch die Steuerungskraft verfassungsrechtlicher Dogmatik. Die Interpretation verfassungsrechtlicher Begriffe beruht – wie allgemein jede Form der Hermeneutik[24] – immer auf dem sozialen, historischen, politischen Vorverständnis des Betrachters.[25] Insofern ist es für den verfassungsrechtlichen Diskurs notwendig, diese Vorverständnisse offen zu legen und zu begründen anstatt sie unausgesprochen in die Verfassung hineinzulesen.

Juristische Dogmatik hat zwar ein erhebliches kritisches und auch konstruktives Potential; sie bewirkt Systembildung und zeigt uns, welche Argumente innerhalb des juristischen Diskurses zulässig sind und welche nicht. Ein Vermittler in Glaubenskriegen ist sie dagegen nicht. Vielmehr bedarf es in diesem Punkt der politischen Theorie, um der juristischen Dogmatik einen kritischen Spiegel vorzuhalten. Unbegründet ist in diesem Zusammenhang die Befürchtung, dass staatsphilosophische oder politikwissenschaftliche Theorien über das Vehikel der transdisziplinären Verfassungskonkretisierung in den Genuss der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG kommen könnten.[26] Die vorgeschlagene Konzeption ist nur ein Angebot an den verfassungsrechtlichen Diskurs, das sich gegen konkurrierende Theorien immer wieder neu bewähren

---

19 Dieser instrumentelle Charakter der Demokratie wird etwa deutlich in BVerfGE 2, 1 (12) – SRP-Verbot und E 44, 125 (142) – Öffentlichkeitsarbeit. In diesen Entscheidungen betont das Verfassungsgericht, dass die Demokratie in erster Linie der Verwirklichung individueller Selbstbestimmung dient.

20 Zu den Auswirkungen der Rechtfertigung der Demokratie auf die konkrete Ausgestaltung der Demokratiekonzeption s. nur *A. v. Bogdandy*, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), 853.

21 Zuletzt *S. Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, i.E., Ms. S. 75 ff.

22 Ebd., 75 f.

23 Ebd., 76.

24 S. dazu *H.-G. Gadamer*, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1990, 270 ff.

25 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 62 f.

26 In diese Richtung *Unger* (Fn. 21), 75.

muss.[27] Auch wenn der Verfassungstext in vielen Punkten statisch sein mag – die ihn konkretisierenden Konzepte sind es nicht.

III. Systematisierung unterschiedlicher Legitimitätskonzeptionen

Das Konzept der Legitimität wird in der Diskussion oft mit unterschiedlichen Bedeutungen belegt, so dass im Folgenden zunächst versucht werden soll, sich ihm durch drei gegensätzliche Unterscheidungen anzunähern.[28] Das Aufzeigen dieser Spannungsverhältnisse soll einen Bewertungs- und Analyserahmen für die Untersuchung der im Zusammenhang mit dem Grundgesetz diskutierten Demokratietheorien bilden. Zunächst wird dabei ein faktisch beschreibender Legitimitätsbegriff einem normativen gegenübergestellt (1.), anschließend zwischen prozeduraler und substantieller Legitimität unterschieden (2.), ehe auf die Unterscheidung zwischen Input- und Output-Legitimität eingegangen werden soll (3.).

1. Faktische und normative Legitimität

Die erste grundlegende Unterscheidung betrifft die Natur des Legitimitätsbegriffs. Legitimität kann zum einen in einem faktisch beschreibenden, zum anderen aber auch in einem normativen Sinne verstanden werden. Der auf *Max Weber* zurückgehende faktische Legitimitätsbegriff stellt auf die tatsächliche Anerkennung von Herrschaft ab.[29] Herrschaft ist danach legitim, wenn sie von den von ihr Betroffenen auch als solche anerkannt wird. Demgegenüber geht es der normativen Legitimitätskonzeption nicht so sehr um die tatsächliche Anerkennung, sondern vielmehr um die Anerkennungs*würdigkeit*. Herrschaft ist dann legitim, wenn es gute Gründe gibt, sie anzuerkennen.[30]

Als beschreibende Kategorie mag der faktische Legitimitätsbegriff einen gewissen Wert haben, für die Beurteilung, ob Herrschaft gerechtfertigt ist, eignet er sich aus verschiedenen Gründen jedoch nicht. Problematisch ist zunächst die Messung der Akzeptanz. Selbst in einer Demokratie kann über die Akzeptanz des Systems als solchen keine sichere Aussage getroffen werden, stellen doch Wahlen immer nur die Zusammensetzung der politischen Eliten, nie jedoch das politische System insgesamt in Frage. Auch aus anderen Faktoren, wie etwa der Wahlbeteiligung

---

27 *J. Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezpetionstheorie, in: S. Boysen et. al. (Hg.), Netzwerke, 2007, 266 (282).

28 Zu der folgenden Systematisierung s. bereits *N. Petersen*, Demokratie als Entwicklungsgebot, 2009, i.E., Ms. S. 5 ff.

29 Grundlegend *M. Weber*, Grundriss der Sozialökonomik. III. Abteilung: Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, 122. Auch im juristischen Kontext wird Legitimität oft implizit in diesem faktisch beschreibenden Sinne verstanden, s. nur *C. Tietje*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBl. 2003, 1081 (1095); *T. Buergenthal*, Legitimität von Regierungen und die Menschenrechtsrevolution, in: G. Nolte/H.-L. Schreiber (Hg.), Der Mensch und seine Rechte, 2004, 192.

30 *J. Habermas*, Legitimationsprobleme im modernen Staat, in: P. Graf Kielmansegg (Hg.), Legitimationsprobleme politischer Systeme, 1976, 39; *O. Höffe*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, 47.

oder gar offener Opposition kann die Zustimmung nicht herausgelesen werden.[31] Sowohl eine niedrige Wahlbeteiligung als auch das Fehlen von Opposition kann auf die apolitische Einstellung weiter Kreise der Bevölkerung zurückzuführen sein. Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass der Grad der Zustimmung grundsätzlich messbar ist, bereitet die Wahl des Zustimmungsquorums Schwierigkeiten. Das Mehrheitsprinzip mag innerhalb eines politischen Systems eine pragmatische Lösung sein,[32] als Zustimmungskriterium für seine Konstituierung taugt es nicht.

Nicht umsonst wurde in der politischen Philosophie der Gesellschaftsvertrag als Figur der Legitimation politischer Herrschaft entwickelt. Der diesem Konzept zugrunde liegende Gedanke ist der, dass Herrschaft, geht man von der grundsätzlichen Freiheit des Menschen aus, auch *jedem* gegenüber gerechtfertigt sein muss. Legitimität setzt damit grundsätzlich Konsens voraus.[33] Konsens über ein politisches System wird in der Realität jedoch nicht zu erzielen sein. Dem versucht das normative Legitimitätskonzept dadurch beizukommen, dass nicht mehr auf den tatsächlichen, sondern den hypothetischen Konsens abgestellt wird. Ausschlaggebend ist die Anerkennungswürdigkeit, die Frage, ob das politische System so ausgestaltet ist, dass alle Individuen mit gutem Grund zustimmen können. Diese Überlegung wirkt in zwei Richtungen: auf der einen Seite kann auch die Bindung von Individuen begründet werden, die sich einem Konsens ohne Grund widersetzen. Auf der anderen Seite schützt sie gegen kognitive Fehleinschätzungen.[34] Bei der faktischen Anerkennung ist nämlich zwischen den Motiven[35] und den Gründen der Anerkennung zu unterscheiden. So ist etwa der Nationalsozialismus durch breite Bevölkerungsschichten gestützt worden, ohne dass seine Herrschaft deswegen schon legitim gewesen wäre. Daher soll diesem Beitrag im Folgenden ein normatives Legitimitätsverständnis zugrunde gelegt werden.

2. Prozedurale und substantielle Legitimität

Innerhalb des normativen Legitimitätsverständnisses ist zwischen prozeduraler und substantieller Legitimität zu unterscheiden. Bei der ersten Variante wird Legitimität durch Verfahren gestiftet.[36] Eine politische Entscheidung ist allein deswegen legitim, weil sie in einem bestimmten Verfahren zustande gekommen ist. Das Ergebnis der Entscheidung ist dagegen für die Frage ihrer Legitimität irrelevant. Genau die entgegengesetzte Perspektive nimmt die substantielle Legitimität ein – sie konzentriert sich allein auf das Ergebnis einer politischen Entscheidung, ohne dass dem Verfahren, in dem sie zustande gekommen ist, Bedeutung zukäme. Sie bemisst sich allein danach, ob vorher definierte Werte oder Ziele durch das politische System erfüllt werden.

---

31 *D. Held*, Models of Democracy, 2006, 198.
32 S. dazu noch unten, III 3 a aa.
33 *Kersting* (Fn. 14), 12.
34 *Habermas* (Fn. 30), 55.
35 *Weber* (Fn. 29), 124 unterscheidet drei Motive für die Anerkennung von Herrschaft: Tradition, Charisma und Legalität (bzw. Rationalität).
36 Zur prozeduralen Legitimität s. *A. Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000.

In ihrer Reinform sind beide Legitimitätskonzepte problembehaftet. Substantielle Legitimität setzt materielle Standards voraus, nach denen sich die Legitimität bemisst. Wer jedoch entscheidet über diese Standards? Die Entscheidungskompetenz kann man nicht der Regierung überlassen. Dann nämlich wäre das Legitimitätskonzept inhaltsleer, soll es doch gerade externe Standards für die Bewertung von Regierungsgewalt bereitstellen. Diesem Dilemma versuchen prozedurale Konzepte damit zu begegnen, dass sie die Regeln für die Entscheidungsfindung über diese Werte in den Mittelpunkt stellen.[37] Doch auch ein rein formales Konzept erscheint unbefriedigend. Zum einen sind Verfahren ohne bestimmte substantielle Rechte der Beteiligten nicht denkbar. Wahlen und Abstimmung setzen immer bestimmte Vorstellungen von Freiheit und Gleichheit der partizipierenden Bürger voraus.[38] Zum anderen sind sich viele Autoren heute einig, dass selbst prozedurale Legitimität sich nicht allein in Wahlen und Abstimmungen erschöpfen kann.[39] Vielmehr bedarf es gewisser Gegengewichte, um etwa Minderheitenpositionen zu schützen.

Für die deutsche Verfassung ist daher eine Mischlösung gefunden worden. Sie vereint sowohl prozedurale als auch substantielle Elemente. Das Verfahrenselement ist im Wesentlichen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG, das durch die Artt. 38 f. GG näher ausgestaltet wird. Substantielle Legitimität wird durch die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte sowie andere materielle Vorgaben der Verfassung gestiftet. Politische Entscheidungen müssen in der Bundesrepublik somit nicht nur in einem bestimmten Verfahren getroffen werden, sondern auch gewissen materiellen Vorgaben entsprechen. Letztere determinieren jedoch die Entscheidung nicht, sondern setzen nur einen groben Entscheidungsrahmen.

3. Input- und Output-Legitimität

Eine letzte Unterscheidung hat im Zuge der Debatte um die Legitimität der Europäischen Union Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden und wird hier seitdem intensiv diskutiert. Es ist die Unterscheidung zwischen Input- und Output-Legitimität, die der Politikwissenschaftler *Fritz Scharpf* in seiner Konstanzer Antrittsvorlesung erstmals pointiert aufbereitet hat.[40] Die Differenzierung nimmt Bezug auf die *Gettysburg Address* des früheren US-Präsidenten *Abraham Lincoln*, in der dieser Demokratie als „government by the people, of the people, for the people" definierte.[41] Input-orientierte Legitimität bezieht sich dabei auf die ersten beiden Elemente dieser Definition: Legitimität wird durch direkte oder indirekte Partizipation der Betroffenen an den Entscheidungsprozessen gestiftet. Demgegenüber orientiert sich die Output-Legitimität am Ergebnis des Entscheidungsprozesses. Entscheidungen sind dann legitim, wenn sie im Interesse der

37 *J. Nida-Rümelin*, Demokratie und Wahrheit, 2006, 47.
38 *M. Walzer*, Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad, 1994, 12.
39 S. nur *W. Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 1993, 453 f. Vgl. auch *C. Engel*, Offene Gemeinwohldefinitionen, Rechtstheorie 32 (2001), 23 (34), der rein prozedurale Standards für unterkomplex hält, da sie Existenz und psychologische Macht moralischer Werte leugneten.
40 *F. W. Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, 21.
41 Address delivered at the Dedication of the Cemetery at Gettysburg (19. Nov. 1863), abgedruckt in: R.P. Basler (Hg.), The Collected Works of Abraham Lincoln, Vol. 7, 1953, S. 22 f.

Betroffenen getroffen wurden. Letzteres setzt deren Beteiligung allerdings nicht unbedingt voraus.

a. Input-Legitimität als Perspektive des Grundgesetzes?

Der Wortlaut von Art. 20 II 1 GG scheint zunächst eine rein input-orientierte Legitimitätskonzeption nahe zu legen. Wenn alle Staatsgewalt vom Volke ausgehen soll, dann scheint der partizipationsorientierten Seite des Legitimitätskonzepts, *government by the people*, ein besonderes Gewicht zugemessen zu werden. Das reine Input-Modell unterliegt jedoch einer Reihe von normativen Defiziten. Die Kritik bezieht sich zum einen auf die Entscheidungsregel der Demokratie, zum anderen auf die Zusammensetzung der entscheidenden Gruppe.

aa. Entscheidungsregel

Die primäre Entscheidungsregel der Demokratie ist die Mehrheitsregel. Die Rechtfertigung der Mehrheitsregel bereitet der politischen Philosophie jedoch Probleme. Zwei Strategien sind denkbar: Sie kann zum einen als Ausdruck einer größeren Entscheidungsrationalität, zum anderen als Fairnessregel verstanden werden. Die Rechtfertigungsstrategien der deutschen Staatsrechtslehre scheinen in letztere Richtung zu deuten. Die Mehrheitsregel soll aus dem Prinzip der Selbstbestimmung und der demokratischen Gleichheit folgen, da nur die Mehrheitsregel allen Bürgern die gleichen politischen Einflusschancen gewährt und somit den Fremdbestimmungsanteil einer demokratischen Entscheidung minimiert.[42] Allerdings ist allein die größere Zahl noch kein Ausdruck von Fairness, die Beherrschung der Minderheit durch die Mehrheit normativ nicht ohne weiteres zu rechtfertigen.[43] Dies gilt insbesondere dann, wenn sich Kosten und Nutzen einer Entscheidung auf unterschiedliche Bevölkerungsgruppen verteilen. Folgende Parabel mag hier als Anschauung dienen:[44] Entscheiden zwei Wölfe und ein Schaf darüber, was es zum Abendessen geben soll, ist nicht unmittelbar einsichtig, warum die bloße Mehrheit der Stimmen den Ausschlag geben soll. Dieses Beispiel lässt sich problemlos auch auf den modernen Staat und dessen Sozial- und Infrastrukturmaßnahmen übertragen. Zudem könnte Fairness auch durch an-

---

42 *C. Hillgruber*, Die Herrschaft der Mehrheit – Grundlagen und Grenzen des demokratischen Majoritätsprinzips, AöR 127 (2002), 460 (462); *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 52; *C. Möllers*, Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, 53. Ähnlich die Rechtfertigung bei *R. Zippelius*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, APuZ 37/42 (1987), 3 (6), der die Mehrheitsregel deswegen als gerechtfertigt ansieht, weil sie „der größtmöglichen Zahl die größtmögliche Mitbestimmung bietet“ und somit „dem Ideal einer Selbstbestimmung aller so nahe [kommt], wie es die Realitäten erlauben.“ In letzterem Sinne auch schon *H. Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929, 9, demzufolge die „*Majorität* die *relativ größte Annäherung an die Idee der Freiheit*“ bedeutet (Hervorhebung im Original).

43 *Sartori* (Fn. 7), 143 ff.

44 *A. d'Amato*, Diskussionsbeitrag bei einer Konferenz zu Legitimacy in International Law, die am 13./14. Juni 2006 in Heidelberg abgehalten wurde. Die Diskussion ist abgedruckt in: R. Wolfrum/V. Röben (Hg.), Legitimacy in International Law (2008), 93 (106).

dere Methoden erreicht werden – etwa zufällige Entscheidungsverfahren, wie den Münzwurf oder das Los.[45]

Dass uns letzteres kontraintuitiv erscheint, hängt wohl damit zusammen, dass der Mehrheitsregel auch eine gewisse Rationalitätserwartung entgegengebracht wird. Diese hat *Adam Przeworski* – gestützt auf *Condorcets* Jury-Theorem[46] – jüngst zu verteidigen versucht.[47] Wenn man davon ausgehe, dass politische Entscheidungen epistemischer Natur seien und weiterhin bei jedem Individuum eine 55%ige Wahrscheinlichkeit bestehe, dass es eine richtige Entscheidung treffe, dann könne man bereits bei einer Gruppe von 398 Personen mit 98%iger Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass die Mehrheit die richtige Entscheidung treffe.[48] Daher könne man erwarten, dass die Mehrheitsregel rationale Entscheidungen generiere.[49] Die Annahmen dieses Modells sind jedoch in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zum einen räumt *Przeworski* selbst ein, dass die Rationalitätsvermutung dann nicht zutrifft, wenn es konfligierende Interessen gibt, da die Abstimmenden dann nicht die Verwirklichung des Gemeinwohls, sondern die Durchsetzung ihrer Interessen zu erreichen suchen.[50] Schwerwiegender ist jedoch ein zweiter Einwand: Selbst wenn man annimmt, dass politische Entscheidungen in vielen Fällen rein epistemischer Natur sind, setzt die Rationalität der Mehrheitsentscheidung voraus, dass jedes Individuum tatsächlich mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50% die richtige Entscheidung trifft.[51] Liegt die Wahrscheinlichkeit unter 50%, geht die Rationalitätserwartung des Modells schnell gegen Null.

Die Rationalitätsvermutung des Jury-Theorems basiert damit auf der Annahme, dass Menschen in ihrer Entscheidung zumindest etwas besser sind als der Zufall.[52] Diese Annahme mag zutreffen, wenn eine Entscheidung genau zwei Lösungsalternativen zulässt. Anders als Entscheidungen einer Jury, die immer eine binäre Entscheidung zwischen schuldig und unschuldig, Recht und Unrecht trifft, haben politische Entscheidungen oft wesentlich mehr als zwei Lösungsalternativen[53]. Diese sind zumeist nicht exogen vorgegeben, sondern müssen im politischen Prozess erst erarbeitet werden. Die Annahme, dass eine individuelle Entscheidung unter solchen Umständen mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50% richtig ist, ist unter diesen Umständen willkürlich.[54]

---

45 *D. Estlund*, Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority, in: J. Bohman/W. Rehg (Hg.), Deliberative Democracy, 1997, 173 (176).

46 *M.J. Marquis de Condorcet*, Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des vois, 1785.

47 *A. Przeworski*, Minimalist conception of democracy: a defense, in: I. Shapiro/C. Hacker-Cordón (Hg.), Democracy's Value, 1999, 23 (26 ff.)

48 Ebd., 27.

49 Ebd., 31.

50 Ebd., 30.

51 *D. Estlund*, Making truth safe for democracy, in: D. Copp/J. Hampton/J. Roemer (Hg.), The Idea of Democracy, 1993, 71 (93).

52 *Przeworski* (Fn. 47), 26.

53 *Estlund* (Fn. 45), 189.

54 Vgl. *Estlund* (Fn. 51), 93: „The problem raised by the .5 threshold, though, is not that this is higher than the average competence. It is rather that *we don't know whether it is or not*." (Hervorhebung im Original).

Das bedeutet nicht, dass die Mehrheitsregel nicht die primäre Entscheidungsregel der Demokratie sein sollte. Konsensbasierte Entscheidungen sind keine ernsthafte Alternative, da sie die Entscheidungskosten ins Unendliche steigen lassen und Kollektiventscheidungen damit praktisch unmöglich machen.[55] Jedoch ist die Mehrheitsregel nicht mehr als ein Instrument, eine Verfahrensregel zur Konfliktlösung und Entscheidungsfindung,[56] deren Schwächen nicht durch eine normative Überhöhung verdeckt werden sollten. Kollektiventscheidungen spiegeln nie die Auffassung aller an ihr Beteiligten, sondern lediglich eines Teils dieser wider. Die Mehrheitsregel taugt somit nicht zur alleinigen Legitimation politischer Entscheidungen. Vielmehr bedarf es weiterer Elemente, die die Rationalität der Entscheidung sicherstellen.

bb. Zusammensetzung der Entscheidenden

Ein zweites klassisches Problem der input-orientierten Demokratietheorie ist die Zusammensetzung der Gruppe, die eine politische Entscheidung durch ihre Partizipation legitimieren soll. Im staatsrechtlichen Kontext kann hier das Grundgesetz einen ersten Anhaltspunkt bieten, indem es das (deutsche) Volk als Träger der Staatsgewalt bestimmt.[57] Dennoch bleiben Probleme, da Wahlentscheidungen oft externe Effekte haben, die dann konzeptionelle Probleme bereiten, wenn man die Wahlentscheidung als Ausdruck der Selbstbestimmung einer bestimmten politischen Einheit ansieht. Von vielen politischen Entscheidungen werden Menschen betroffen, die keine Möglichkeit hatten, an der Entscheidung selbst teilzunehmen. Diese externen Effekte sind in erster Linie sowohl räumlicher als auch zeitlicher Art.

In räumlicher Hinsicht wirken viele Entscheidungen, etwa in der Umwelt-, Wirtschafts- und Sicherheitspolitik, über Staatsgrenzen hinaus.[58] Daher hat jede Demokratietheorie, die nach wie vor vom klassischen nationalstaatlichen Paradigma, dem Zusammenfallen von Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt zu einer Entscheidungseinheit, ausgeht, einen blinden Fleck.[59] Externe Effekte gibt es jedoch auch in zeitlicher Hinsicht.[60] So werden viele politische Grundsatzentscheidungen in der Umwelt-, Sozial- oder Finanzpolitik getroffen, deren Auswirkungen

---

55 *I. Shapiro*, The State of Democratic Theory, 2006, 16 ff.

56 *Sartori* (Fn. 7), 145 f. Ebenso *W. Heun*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, 101 ff., der dies pragmatisch auf den Punkt bringt: „Was sonst?“ (103).

57 In diesem Zusammenhang soll nicht auf die Diskussion eingegangen werden, ob das Volk i.S.v. Art. 20 II 1 GG nur deutsche Staatsangehörige umfasst. Für eine Gleichsetzung von Partizipationsrechten und Staatsangehörigkeit BVerfGE 83, 37, 50 ff.; 83, 60, 71 ff.; *A. Bleckmann*, Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz – zum Kommunalwahlrecht der Ausländer, DÖV 1988, 437; *P. M. Huber*, Das "Volk" des Grundgesetzes, DÖV 1989, 531; *J. Isensee*, Abschied der Demokratie vom Demos – Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, in: FS Mikat, 1989, 705; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 207 ff.; *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 26. Dagegen: *B.-O. Bryde*, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, 257; *ders.*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StW & StP 5 (1994), 305.

58 *D. Held*, Democracy and the New International Order, in: ders./D. Archibugi (Hg.), Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order, 1995, 96 (99).

59 Zu unterschiedlichen demokratietheoretischen Ansätzen, mit diesem Problem umzugehen s. *v. Bogdandy* (Fn. 20).

60 *N. Petersen*, Book Review: Who Will Pay?, ZaöRV 64 (2004), 851 (853); *S. Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006, 296 ff.

erst viele Jahre oder gar Jahrzehnte später zu spüren sein werden.[61] Viele Menschen, die dann von den Effekten der Entscheidung betroffen sein werden, konnten an deren Generierung nicht einmal indirekt beteiligt werden, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht wahlberechtigt oder teilweise nicht einmal geboren waren. Auf der anderen Seite werden Menschen, die am Treffen der Entscheidung mitgewirkt haben, teilweise dann nicht mehr leben, wenn deren wesentliche negative Auswirkungen zu spüren sind. Diese externen Effekte geben bei einem rein partizipationsorientierten Demokratiekonzept Anreize, Entscheidungen auf Kosten zukünftiger Generationen zu treffen.

b. Verbindung von Input- und Output-Elementen

Diese Erwägungen zeigen, dass Partizipation zur Legitimation politischer Entscheidungen allein nicht ausreicht. Individuelle Präferenzen lassen sich nicht ohne Probleme in Kollektiventscheidungen transformieren, da diese zum einen immer Gewinner und Verlierer kennen, zum anderen eine Vielzahl von externen Effekten zeitigen. Daher spielt die Qualität des Entscheidungsprozesses bei der Legitimation politischer Entscheidungen eine zentrale Rolle.[62] Auf der anderen Seite kann auf Partizipation natürlich nicht vollständig verzichtet werden. Die Qualität politischer Entscheidungen hängt in vielen Fällen unmittelbar von den Präferenzen der Betroffenen ab, die diese daher in geeigneter Form zum Ausdruck bringen müssen. Die Unterscheidung zwischen Input- und Output-Perspektive ist somit keine dichotome. Vielmehr muss ein Legitimitätskonzept, dem der Gedanke individueller Autonomie zugrunde liegt, beide Elemente berücksichtigen.

Das ergebnisorientierte Legitimitätsverständnis hat in Rechtswissenschaft und politischer Philosophie viel Kritik erfahren: es verkenne den prozeduralen Charakter der Demokratie[63] und führe zu der Etablierung von Expertokratien[64]. Die Argumente überzeugen bei näherer Betrachtung jedoch nicht, da sie auf ein Missverständnis der output-orientierten Konzeption zurückzuführen sind. Zunächst darf die Unterscheidung zwischen Input- und Output-Legitimität nicht mit der zwischen prozeduraler und substantieller Legitimität verwechselt werden. Während Input-Legitimität sich wohl notwendigerweise nur prozedural verwirklichen lässt, kann Output-Legitimität sowohl prozeduraler als auch substantieller Natur sein. Die prozedurale Variante der

---

61 Vgl. etwa zu den langfristigen Effekten von sozial- und fiskalpolitischen Entscheidungen *P.S. Heller*, Who Will Pay? Coping with Aging Societies, Climate Change, and Other Long-Term Fiscal Challenges, 2003.

62 *C. Offe*, Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung?, in: B. Guggenberger/C. Offe (Hg.), An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie, 1984, 150 (152); *M. Jachtenfuchs*, Theoretical Perspectives on European Governance, ELJ 1 (1995), 115 (129); *Estlund* (Fn. 45), 174; *M. Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaats. Globalisierung und Denationalisierung als Chance, 1998, 233. Aus juristischer Perspektive s. nur *W. Henke*, Demokratie als Rechtsbegriff, Der Staat 25 (1986), 158: „Entscheidend ist für den Bürger nicht nur der Ursprung, sondern vor allem der Inhalt der staatlichen Politik".

63 *M. T. Greven*, Mitgliedschaft, Grenzen und politischer Raum: Problemdimensionen der Demokratisierung der Europäischen Union, in: B. Kohler-Koch (Hg.), Regieren in entgrenzten Räumen, 1998, 255; *H. Brunkhorst*, Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft, in: FS Habermas, 2001, 621 (in Fn. 48); *Möllers* (Fn. 42), 37 f.

64 So z.B. *M. Höreth*, Die Europäische Union im Legitimationstrilemma. Zur Rechtfertigung des Regierens jenseits der Staatlichkeit, 1999, 279. S. auch *Möllers* (Fn. 42), 37 (in Fn. 41), der die Output-Legitimation als mit dem expertokratischen Demokratieverständnis verwandt ansieht.

Output-Legitimität unterscheidet sich von der Input-Legitimität durch ihre Perspektive. Während letztere darauf angelegt ist, ein möglichst hohes und direktes Maß an Partizipation der Staatsbürger an den politischen Entscheidungen zu verwirklichen, kommt es der prozeduralen Output-Legitimität auf die zu erwartende Qualität der Entscheidungen an. Entscheidungsverfahren sind so auszugestalten, dass sie *ex ante* möglichst gute Entscheidungen erwarten lassen.

Dieses prozedurale Verständnis von ergebnisorientierter Legitimität legt die Kritik, dass es einer Etablierung von Expertokratien das Wort rede, auf den ersten Blick natürlich nahe. Allerdings führt ein output-orientiertes Legitimitätsverständnis keineswegs dazu, alle politischen Entscheidungen auf Experten zu übertragen. Das Konzept ist viel breiter und differenzierter. Dies kann am besten am Beispiel der repräsentativen Demokratie verdeutlicht werden.[65] Ist es nämlich das Ziel eines politischen Systems, die politischen Entscheidungen möglichst unverfälscht aus der gleichen Partizipation aller hervorgehen zu lassen, dann wäre die direkte Demokratie, bei der die Bevölkerung über politische Sachfragen abstimmt, der repräsentativen vorzuziehen. Das repräsentative System wird damit gerechtfertigt, dass dieses die Rationalität politischer Entscheidungen steigert.[66] Die einzelnen Bürger haben, so das Argument, gar nicht die Zeit und die Ressourcen, sich ausreichend mit allen anstehenden politischen Entscheidungen auseinanderzusetzen. Das Ideal der möglichst gleichen und unverfälschten Partizipation wird somit zugunsten ergebnisorientierter Erwägungen eingeschränkt.

Betrachten wir die institutionelle Struktur des Grundgesetzes, so stellen wir fest, dass dieses sowohl Input- als auch Output-Elemente vereint.[67] Die Input-Orientierung wird vor allem durch die Betonung von Wahlen und Abstimmungen in Art. 20 II 2 Var. 1 GG sowie die Garantie des freien und gleichen Wahlrechts in Art. 38 I 1 GG zum Ausdruck gebracht. Doch auch für Output-Elemente gibt es einige Anhaltspunkte. Dies sind zunächst die Repräsentativität bei der Gesetzgebung (Art. 20 II 2 Var. 2 GG) und das freie Mandat der Abgeordneten in Art. 38 I 2 GG. Ginge es dem Grundgesetz nämlich um die möglichst unverfälschte Durchsetzung des Wählerwillens, läge eine Bindung der Abgeordneten an Weisungen konzeptionell sehr viel näher.[68] Die Weisungsungebundenheit kann damit nur durch Erwägungen gerechtfertigt werden, die die Entscheidungsqualität betreffen.

---

65 S. dazu schon *Scharpf* (Fn. 40), 22.

66 *Sartori* (Fn. 7), 121. So implizit auch Roman Herzog, der seine Ablehnung der direkten Demokratie damit begründet, dass es „in vielen Bereichen unrealistisch [ist] anzunehmen, daß die intellektuelle Leistungsfähigkeit, die eine moderne Staatsführung verlangt, bei der Mehrheit des Volkes gegeben ist“ (*R. Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, 207).

67 Unklar ist dabei allerdings, wie diese zueinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen. Nach dem derzeit überwiegenden Verständnis handelt es sich um verschiedene Elemente eines Legitimitätskonzepts (*A. v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, 35 ff.). Input- und Output-Legitimation werden als Prinzipien begriffen, deren Ausgleich eine Optimierungsaufgabe ist. Dem steht ein Perspektivenmodell gegenüber, das Partizipations- und Ergebnisorientierung nicht als nebeneinander stehende Elemente, sondern vielmehr als gegenläufige Perspektiven versteht (*Scharpf*, Fn. 40, 21). Vgl. zu letzterem Ansatz jedoch auch die Kritik von *A. v. Bogdandy*, Buchbesprechung: Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?, Der Staat 39 (2000), 457 (457), der das Perspektivenmodell deswegen kritisiert, weil es verhindere, Konflikte zwischen Partizipation und Problemlösungskapazität als Prinzipienkonflikte abzuarbeiten.

68 Allerdings hat es imperative Mandate in der Geschichte der Demokratie praktisch nie dauerhaft gegeben, ist somit das Input-Modell der Demokratie nie in Reinform verwirklicht worden. S. dazu *B. Manin*, Kritik der repräsentativen Demokratie, 2007, 224 ff.

Auch das Bundesverfassungsgericht rekurriert in seiner Rechtsprechung zum Teil implizit auf Output-Elemente. Da input-orientierte Konzeptionen auf die unverfälschte Durchsetzung des Wählerwillens ausgerichtet sind, erforderte ihre Umsetzung eine strikte Wahlrechtsgleichheit nicht nur beim Zähl-, sondern auch beim Erfolgswert der Stimme. Bei letzterem lässt das Verfassungsgericht jedoch Ausnahmen zu. So wird etwa die 5%-Klausel bei Bundes- und Landtagswahlen als gerechtfertigt angesehen, weil sie dazu dient, die *Funktionsfähigkeit* des Parlaments zu gewährleisten.[69] Die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit macht jedoch nur dann einen Sinn, wenn man grundsätzlich bereit ist, auch ergebnisorientierte Erwägungen anzuerkennen.

IV. Demokratie durch Legitimationsketten

Die im vorherigen Teil vorgestellte Systematisierung wird uns im Folgenden helfen, das in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft herrschende Demokratiemodell zu analysieren und zu bewerten. Dabei wird das Modell vorgestellt (1.) und anschließend auf mögliche Schwachpunkte und Widersprüche untersucht (2.).

1. Das Legitimationskettenmodell

a. Das traditionelle Modell

Die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft hat sich mit dem Demokratiebegriff erst relativ spät beschäftigt. Das derzeit herrschende Verständnis wurde in den 1980er und 1990er Jahren in der Literatur[70] und einigen Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts[71] entwickelt. Zentrales Element dieses Konzepts ist die Legitimationskette, die sicherstellen soll, dass die politische Herrschaftsgewalt auf das Volk rückführbar ist[72] und dieses einen effektiven Einfluss auf dessen Ausübung hat.[73] Dogmatischer Anknüpfungspunkt dieser Konzeption ist der Wortlaut von Art. 20 II 1 GG, demzufolge alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht.

---

69 BVerfGE 1, 208 (247 f.); 4, 31 (40); 6, 84 (92 ff.); 51, 222 (236); 82, 322 (338); 95, 408 (418). Vgl. zuletzt auch BVerfG, Urt. v. 13. Feb. 2008 – 2 BvK 1/07, das die 5%-Klauseln bei den Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein für verfassungswidrig erklärt hat. Das BVerfG hat dabei jedoch an der grundsätzlichen Einschränkbarkeit der Wahlrechtsgleichheit zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments festgehalten (Rn. 108, 120), die Voraussetzungen jedoch im konkreten Fall nicht für erfüllt angesehen.

70 Der grundlegende konzeptionelle Beitrag ist *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 289, der mit dem Beitrag im Hdb StR (Fn. 10) weitgehend identisch ist.

71 BVerfGE 83, 37 (50 ff.) – Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein; 83, 60 (71 ff.) – Ausländerwahlrecht Hamburg; 89, 155 (182 ff.) – Maastricht; 93, 37 (65 ff.) – Mitbestimmung; 107, 59 (86 ff.) – funktionale Selbstverwaltung.

72 *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 5; *Jestaedt* (Fn. 57), 224; *P. Unruh*, Demokratie und "Mitbestimmung" in der funktionalen Selbstverwaltung – am Beispiel der Emschergenossenschaft, VerwArch 92 (2001), 531 (543); *A. Musil*, Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, DÖV 2004, 116 (116).

73 BVerfGE 93, 37 (66).

Die Figur der Legitimationskette tritt im Wesentlichen in zwei unterschiedlichen Gewändern auf – in Form der organisatorisch-personellen sowie der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation.[74] Die organisatorisch-personelle Legitimation verlangt, dass jeder mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betraute Amtswalter durch eine ununterbrochene Kette individueller Berufungsakte indirekt durch das Volk legitimiert wird.[75] Die sachlich-inhaltliche Legitimation erfordert demgegenüber, dass die Ausübung der Staatsgewalt ihrem Inhalt nach vom Volk hergeleitet werden kann.[76] Das soll durch die demokratische Verantwortlichkeit der Regierung und die Weisungsabhängigkeit der Exekutive sichergestellt werden, damit die vollziehende Gewalt „im Geist der Volksvertretung"[77], als dem unmittelbar durch Wahlakt legitimierten Organ, handelt. Der streng hierarchische Aufbau der Verwaltung wird damit ein wesentliches Strukturprinzip der parlamentarischen Demokratie.[78]

Um Legitimität zu stiften, müssen die organisatorisch-personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation zusammenwirken. Sie können sich dabei nicht vollkommen ersetzen, aber doch teilweise substituieren.[79] Entscheidend ist nicht die spezifische Form der demokratischen Legitimation, sondern deren Effektivität. Erforderlich ist dabei, dass ein gewisses Legitimationsniveau sichergestellt wird.[80] Legitimationssubjekt und damit Bezugspunkt der Legitimationskette ist das Staatsvolk.[81] Dieses wird als eine zur Einheit verbundene Gruppe angesehen, deren formales Band die deutsche Staatsangehörigkeit ist.[82]

b. Abkehr vom monistischen Demokratiemodell?

In der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere der Wasserverbandsentscheidung des zweiten Senats[83], scheint sich eine Abkehr vom monistischen Legitimationskettenmodell anzudeuten.[84] In der Entscheidung, in der das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit der funktionalen Selbstverwaltung zu entscheiden hatte, geht es zwar grundsätzlich noch von dem Erfordernis einer ununterbrochenen Legitimationskette aus.[85] Doch ist dieses Kriterium nicht mehr absolut: vielmehr wird dem Demokratiegrundsatz in Anlehnung

---

74 BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.). Oft werden zudem die institutionelle und die funktionelle Legitimation genannt. Diese beiden Formen spielen gegenüber den beiden genannten jedoch nur eine sehr untergeordnete Rolle, s. nur *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 15; *M. Jestaedt*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, JuS 2004, 649 (650).

75 *Herzog* (Fn. 66), 214; *U. Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 235 (263 f.); *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 16. Das BVerfG spricht in dieser Hinsicht vom Erfordernis einer ununterbrochenen Legitimationskette: BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (73).

76 *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 21.

77 *L. vom Stein*, Die Verwaltungslehre, 1869, zitiert nach *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 21.

78 *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 125 ff., 138 ff.; *Di Fabio* (Fn. 75), 266.

79 Dazu ausführlich *Jestaedt* (Fn. 57), 281 ff.

80 BVerfGE 83, 60 (72).

81 Dies wird aus dem Wortlaut von Art. 20 II 1 GG sowie aus dem systematischen Zusammenhang dieser Norm hergeleitet. S. dazu *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 27.

82 BVerfGE 83, 37 (51).

83 BVerfGE 107, 59 – funktionale Selbstverwaltung.

84 *A. Hanebeck*, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip - Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis, DÖV 2004, 901 (907 f.).

85 BVerfGE 107, 59 (87).

an die Grundrechtstheorie Alexys[86] „Prinzipiencharakter“ zugesprochen.[87] Daher könnten bei der Ausübung der Staatsgewalt Ausnahmen vom Erfordernis lückenloser demokratischer Legitimation zugelassen werden.[88]

Formal wird das Staatsvolk als Legitimationssubjekt angesehen, dieses wird jedoch nicht mehr holistisch verstanden, sondern erfährt eine deutlich individualistischere Prägung. Dies wird in dem Urteil etwa deutlich, wenn von dem Staatsvolk als „Gesamtheit der Bürger“ gesprochen,[89] das demokratische Prinzip auf die Grundsätze der Selbstverwaltung und Autonomie zurückgeführt[90] und die freie Selbstbestimmung aller als dem demokratischen Prinzip „übergeordnete[s] Ziel“ bezeichnet wird.[91] Schließlich führt das Verfassungsgericht auch output-orientierte Elemente in die Demokratiekonzeption ein, indem die Einbeziehung externen Sachverstands oder die effektive Erreichung der vom Gesetzgeber beschlossenen Zwecke und Ziele als legitimationssteigernde Kriterien angesehen werden.[92]

Allerdings geht das Verfassungsgericht den Weg nicht konsequent zu Ende. Trotz der sozialwissenschaftlich inspirierten Ansätze bei der theoretischen Ausgestaltung des Demokratiekonzepts, wird die funktionale Selbstverwaltung am Ende doch rein formal legitimiert. Sie beziehe ihre Legitimation letztlich daraus, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse durch ein Parlamentsgesetz ausreichend vorherbestimmt sind und gleichzeitig einer Aufsicht durch formal legitimierte Amtswalter unterliegt.[93] Damit handelt es sich im Ergebnis nicht um eine Alternative zum Legitimationskettenmodell, sondern nur um eine Nuancierung desselben.[94] Die angedeutete sozialwissenschaftliche Öffnung hat daher bisher wenig praktische Konsequenzen.

2. Normative Defizite des Legitimationskettenmodells

Das Legitimationskettenmodell ist in der verfassungsrechtlichen Literatur vielerorts auf scharfe Kritik gestoßen.[95] Der Großteil dieser Kritik hat sich dabei auf die Rolle des Volkes als Legitimationssubjekt als *Prämisse* des Legitimationskettenmodells bezogen (a.). Das Modell beruht jedoch nicht nur auf verfehlten Prämissen, sondern leidet auch an internen Widersprüchen (b.).

---

86 *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 71 ff. S. zum Konzept des Rechtsprinzips auch *ders.*, Zum Begriff des Rechtspinzips, in: W. Krawietz et al. (Hg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979, 59.

87 BVerfGE 107, 59 (91).

88 Ebd.

89 Ebd., 87.

90 Ebd., 91.

91 Ebd., 92.

92 Ebd.

93 Ebd., 94.

94 *A. v. Arnauld*, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: A. Funke/J. Lüdemann (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, i.E.

95 Schon der Titel ihrer Beiträge deutet bei einigen Autoren die Schärfe der Kritik an. Hervorgehoben seien hier nur *Bryde*, Volksdemokratie als Irrweg (Fn. 57); *J. H. H. Weiler*, Der Staat „über alles“: Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 44 (1996), 91; *T. Blanke*, Antidemokratische Effekte der verfassungsgerichtlichen Demokratietheorie, KJ 1998, 452. Vgl. zur Kritik jedoch auch die in den nachfolgenden Fußnoten genannten Autoren.

a. *Das Volk als Legitimationssubjekt*

Nach dem Legitimationskettenmodell muss die Ausübung von Staatsgewalt muss nicht auf die Betroffenen, sondern auf das Gesamtvolk der Bundesrepublik oder zumindest auf ein in einem Bundesland lebendes Teilvolk zurückzuführen sein. Legitimation ober- und unterhalb der Bundes- bzw. Landesebene kann daher nicht stattfinden. Beispielsweise kann die von der Europäischen Union ausgeübte Staatsgewalt nicht autonom legitimiert werden, sondern muss Legitimation durch das deutsche Parlament als Repräsentanten des deutschen Volkes erfahren.[96] Gleiches gilt grundsätzlich für die unterhalb der Staatsebene ausgeübte Gewalt, etwa in Form der kommunalen oder funktionalen Selbstverwaltung. Diese kann nur durch die Anerkennung von Ausnahmen legitimiert werden:[97] die kommunale Selbstverwaltung gilt als zulässig, da das Gemeindevolk als in seiner Struktur dem politischen Verband des Staates vergleichbar angesehen wird und das Recht zur Selbstverwaltung durch das Grundgesetz durch Art. 28 II 2 ausdrücklich anerkannt worden ist.[98] Ebenso findet die funktionale Selbstverwaltung nach der klassischen Lehre nicht etwa in der Partizipation der Betroffenen[99], sondern allein in der verfassungsrechtlichen Anerkennung bzw. dem gesetzlichen Gründungsakt ihre Rechtfertigung.[100]

Ein Konzept, in dem das Volk Ausgangspunkt der Legitimation staatlicher Herrschaft ist, setzt ein kommunitaristisches Demokratieverständnis voraus.[101] Nach diesem ist für das Individuum

---

96 BVerfGE 89, 155 (186) – Maastricht. Zu recht haben einige Kommentatoren darauf hingewiesen, dass die Argumentation des BVerfG widersprüchlich ist, wenn es auf der einen Seite auf die Legitimation durch das Volk besteht, auf der anderen Seite jedoch die Legitimation durch das Europäische Parlament als zweiten, komplementären Legitimationsstrang zulässt, s. nur *Bryde*, Volksdemokratie als Irrweg (Fn. 57), 321; *J. H. H. Weiler*, Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision, ELJ 1 (1995), 219 (231).

97 So die Kritik von *Bryde*, Volksdemokratie als Irrweg (Fn. 57), 319.

98 BVerfGE 83, 37 (54).

99 S. die ausdrückliche Kritik an einem entsprechenden Verständnis bei *Böckenförde* (Fn. 10), 320 (in Fn. 56). Selbst *E.T. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 389, der grundsätzlich eine autonome Legitimation befürwortet, gesteht zu, dass es sich hierbei nicht um demokratische Legitimation, sondern nur ein Substitut dieser handele.

100 Zu den unterschiedlichen Rechtfertigungsstrategien der funktionalen Selbstverwaltung in der Literatur s. *R. Herzog*, Art. 20 (Die Verfassungsentscheidung für die Demokratie), in: T. Maunz/G. Dürig et al. (Hg.), Grundgesetz – Band III (Art. 17-27), Rn. 56 ff. (Stand: Juni 1978); *J. Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 88 ff.; *D. Ehlers*, Die Staatsgewalt in Ketten – zum Demokratiegebot im Sinne des Grundgesetzes, in: FS Ekkehart Stein, 2002, 125 (131 ff.); *B. Pieroth*, Plurale und unitarische Strukturen demokratischer Legitimation, EuGRZ 33 (2006), 330 (332) (Fiktion von Verbands- oder Teilvölkern als Legitimationssubjekt). Weiterhin *Emde* (Fn. 99), 383 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, Rn. 2/90 ff. und wohl auch BVerfGE 107, 59 (92) (autonome Legitimation). Schließlich *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 376 ff.; *ders.*, Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung – Grundzüge und Grundprobleme, in: F.E. Schnapp (Hg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, 2001, 17 (33 f.); *Unruh* (Fn. 72), 551 ff.; *ders.*, Anmerkung, JZ 2003, 1063; *J. Becker*, Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, DÖV 2004, 910 (914) (Legitimation qua parlamentarischem Kreationsakt).

101 Zum Kommunitarismus s. den Überblick bei *W. Brugger*, Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetz, AöR 123 (1998), 337. Brugger unterscheidet in seiner Systematik zwischen dem substantialistischen Kommunitarismus (344 ff.), dem liberalen Kommunitarismus (353 ff.) und dem universalistischen Kommunitarismus (349 ff.). Die beiden letzteren Varianten sind allerdings Mischformen zwischen Kommunitarismus und Liberalismus. Dem Legitimationskettenmodell liegt demgegenüber die substantialistische Variante zugrunde. Wenn daher im Folgenden auf Kommunitarismus Bezug genommen wird, dann ist diese Ausgestaltung gemeint.

die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft konstituierend.[102] Es erhält seine ideelle und kulturelle Prägung durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe. Die politischen Entscheidungen werden daher von der Gemeinschaft und nicht von den einzelnen Staatsbürgern getroffen. Dies wird durch die Verwendung von Begriffen wie der „kollektiv-autonome[n] Freiheit des Volkes insgesamt"[103] oder dem „demokratischen Gemeinwillen"[104] zum Ausdruck gebracht, wodurch die Existenz eines einheitlichen gemeinschaftlichen Willens suggeriert wird – den Ausschlag gibt die *volonté générale* und nicht die *volonté de tous*.[105]

Die Prämissen eines solchen substantiell kommunitaristischen Demokratieverständnisses sind allerdings mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren. Die zentrale Voraussetzung einer solchen Demokratiekonzeption ist nämlich soziale, religiöse und kulturelle Homogenität.[106] Denn je heterogener eine Gesellschaft ist, desto unrealistischer ist die Annahme eines einheitlichen demokratischen Gemeinwillens.[107] Dem Homogenitätserfordernis erteilt die den liberalen Grundrechten eine zentrale Position zuerkennende Verfassungskonzeption jedoch eine deutliche Absage.[108] Das zeigt in erster Linie die exponierte Rolle der Menschenwürdegarantie,[109] die in der liberalen Tradition der Kantischen Rechtsphilosophie wurzelt.[110] Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in den 1950er Jahren ausgeführt, dass „[i]n der freiheitlichen Demokratie [...] die Würde des Menschen der oberste Wert [ist]."[111] Gestützt wird das liberale Verständnis durch Art. 2 I GG in seiner herrschenden Interpretation als allgemeine Handlungsfreiheit.[112] Indem die allgemeine Handlungsfreiheit jede das Individuum belastende Ausübung der Staatsgewalt einer Rechtfertigungspflicht unterwirft, ist sie zentraler Baustein einer liberalen Rechtskonzeption. Zudem zeigen die Gewährleistung von Religions- und Gewissensfreiheit, Meinungs- und Pressefreiheit, dass Heterogenität normativ erwünscht, ja geboten ist.[113]

---

102 *M.J. Sandel*, The Procedural Republic and the Unencumbered Self, Political Theory 12 (1984), 81; *C. Taylor*, Atomism, in: S. Avineri/A. De-Shalit (Hg.), Communitarianism and Individualism, 1992, 29.

103 *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 37.

104 Ebd.

105 So in Anlehnung an Rousseau ausdrücklich *E.-W. Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Hdb StR III (Fn. 2), § 34, Rn. 35.

106 S. nur BVerfGE 89, 155, 186: „Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutender eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige *Staatsvolk* in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um dem, was es – *relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet* [...], rechtlichen Ausdruck zu geben (Hervorhebungen hier).

107 S. *A. Bleckmann*, Vom Sinn und Zweck des Demokratieprinzips. Ein Beitrag zur teleologischen Auslegung des Staatsorganisationsrechts, 1998, 117. Implizit ebenso *Isensee* (Fn. 57), 708, wenn dieser betont, dass die Annahme der rechtlichen Einheit des Volkes ein Mindestmaß an effektiver Homogenität als reale Grundlage zwingend voraussetzt.

108 *U. Haltern*, Kommunitarismus und Grundgesetz – Überlegungen zu neueren Entwicklungen in der deutschen Verfassungstheorie, KritV 83 (2000), 153 (162).

109 *W. Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1994, 427 (490 ff., 500 ff.); *Bryde*, Volksdemokratie als Irrweg (Fn. 57), 322; *A. Rinken*, Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, KritV 79 (1996), 282 (295); *v. Bogdandy* (Fn. 67), 31.

110 *G. Luf*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, in: FS Wolff, 1998, 307 (307 f.).

111 BVerfGE 5, 85 (204).

112 BVerfGE 6, 32 (36).

113 Gesellschaftliche Heterogenität ist heute in der Bundesrepublik auch soziale Realität. Kulturelle, soziale und religiöse Trennlinien verlaufen längst nicht mehr entlang von Staatsgrenzen, sondern über diese hinweg, *U. Beck*, Was ist Globalisierung? 1997, 92; *U. Haltern*, Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundes-

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Wortlaut von Art. 20 II 1 GG sich ausdrücklich auf das Volk beziehe.[114] Der Begriff muss nämlich nicht zwingend in einem „organischen"[115], kommunitaristischen Sinne verstanden werden, sondern kann auch als Gesamtheit der einzelnen Staatsbürger interpretiert werden.[116] Eine organische Interpretation würde zwar vom Wortlaut gedeckt, widerspräche jedoch der Systematik des Grundgesetzes. So zeigt etwa schon Art. 21 I 3 GG, demzufolge die innere Verfasstheit von Parteien demokratischen Grundsätzen folgen muss, dass Demokratie vom Grundgesetz nicht notwendigerweise als Volksdemokratie verstanden wird.[117]

Gewichtiger noch sind die Einwände, die sich aus dem Schutz individueller Freiheit durch die Grundrechte herleiten lassen. Dies zeigt sich insbesondere in der Argumentation *Böckenfördes*, wenn er versucht die Freiheit des Einzelnen mit dem kollektiven Demokratieverständnis in Einklang zu bringen. *Böckenförde* spricht von der „Metamorphose der individuellen zur demokratischen Freiheit"[118], bei der die „individuell-autonome Freiheit der einzelnen [...] sich auf die politische Gemeinschaft [überträgt] und [...] in der kollektiv-autonomen Freiheit des Volkssouveräns [wiederkehrt]."[119] Lässt man jedoch die grundrechtliche Freiheit des Einzelnen in der kollektiven Freiheit des Volkes aufgehen, dann führt man damit das gesamte Grundrechtssystem *ad absurdum*. Die Grundrechte sind gerade individualschützende Gegengewichte zur Mehrheitsmeinung, die den Einzelnen vor einer Tyrannei der Mehrheit schützen sollen.[120] Setzt man sie mit der Freiheit des Kollektivs gleich, raubt man ihnen damit die abwehrrechtliche Schutzwirkung.

b. Immanente Widersprüche und strukturelle Defizite der Theorie

Die Konzentration auf das Volk als Legitimationssubjekt ist nicht der einzige Mangel des Legitimationskettenmodells. Die Theorie leidet zudem an unauflöslichen internen Widersprüchen. Von seiner Anlage her ist das Konzept stark input-orientiert. Ziel der Legitimationsketten ist es, dass „das Volk einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat."[121] Die Organe werden als bloße Instrumente des Volkes verstanden. Das Modell suggeriert

---

verfassungsgerichts, JöR 45 (1997), 31 (52 ff.); *H. Abromeit/T. Schmidt*, Grenzprobleme der Demokratie – konzeptionelle Überlegungen, in: Regieren in entgrenzten Räumen (Fn. 63), 293 (306).

114 So aber *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 27.

115 Dies die Kritik von *Weiler* (Fn. 96), 226.

116 S. dazu die Darstellung von *Sartori* (Fn. 7), 29 ff. zur Etymologie des Demokratiebegriffs. *Sartori* lehnt die organische Interpretation ab, da diese eher totalitäre Autokratien rechtfertige als Demokratien (ebd., 32). Für die juristische Diskussion s. nur *G. Haverkate*, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992, 332; *Bryde*, Volksdemokratie als Irrweg (Fn. 57), 308 f.

117 *T. Groß*, Grundlinien einer pluralistischen Interpretation des Demokratieprinzips, in: T. Blanke (Hg.), Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, 2000, 93 (100).

118 *Böckenförde* (Fn. 10), Überschrift vor Rn. 37. Die Idee geht zurück auf *Kelsen* (Fn. 42), 14.

119 *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 38.

120 *Kelsen* (Fn. 42), 53. Für *Böckenförde* ist die Position dagegen konsequent, vertritt er doch im Wesentlichen eine kommunitaristische Grundrechtsinterpretation, die den sozialen Voraussetzungen der Grundrechte wesentliches Gewicht einräumen, s. nur *E.-W. Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 (1538).

121 BVerfGE 93, 37 (66).

durch seine plastische Sprache und die Kettenmetapher das Bild des Staates und seiner Organe als Marionette, bei der das Volk die Fäden zieht und so die Ausübung der Staatsgewalt bis ins kleinste Glied beeinflussen kann. Sichergestellt werden soll dieser Einfluss durch den hierarchischen Aufbau der Verwaltung und das inhaltliche Weisungsrecht.[122] In seiner praktischen Umsetzung ist das Modell jedoch inkonsistent.

In erster Linie ist *de facto* das Parlament und nicht das Staatsvolk das zentrale Subjekt des Legitimationskettenmodells.[123] Denkt man das Input-Modell allerdings konsequent zu Ende, müssten Legitimationsinstrumente in erster Linie direktdemokratische Mechanismen sein. Genau dieselben Autoren jedoch, die sich vehement für das Legitimationskettenmodell einsetzen, wenden sich oft ebenso entschieden gegen eine direktdemokratische Interpretation von Art. 20 GG.[124] Nun mag man dies damit zu rechtfertigen versuchen, dass das Parlament als Repräsentant des Allgemeininteresses angesehen wird: die Parlamentarier spiegeln in ihren Entscheidungen die Interessen und Präferenzen der durch sie vertretenen Staatsbürger möglichst unverfälscht wider. Dagegen sprechen konzeptionell jedoch nicht nur das freie Mandat des Art. 38 I 2 GG, der gerade verhindern soll, dass Parlamentarier durch Weisungen möglichst eng an den Willen ihrer Wähler gebunden werden, sondern auch strukturelle Erwägungen.

Die ökonomische Politiktheorie zeigt, dass es unmöglich ist, individuelle Präferenzen widerspruchsfrei in Kollektiventscheidungen umzusetzen.[125] Am markantesten wird dies durch das so genannte *Ostrogorski*-Paradox zum Ausdruck gebracht, das zeigt, dass eine *en bloc*-Abstimmung über Sachthemen teilweise ganz andere Ergebnisse zeitigen kann, als wenn über die Themen einzeln abgestimmt worden wäre.[126] Graphisch lässt sich das Paradox folgendermaßen darstellen:[127]

Wähler-gruppen	Anteil	Themenbezogene Parteipräferenz			Gewählte Partei	Wahlergebnis insgesamt
		Thema 1	Thema 2	Thema 3		
A	20%	X	X	Y	X	Partei X siegt mit 60% der Stimmen
B	20%	X	Y	X	X	
C	20%	Y	X	X	X	
D	40%	Y	Y	Y	Y	
Themenbezogene Mehrheit für Partei Y		60%	60%	60%		

122 Ebd., 67.
123 *Pieroth* (Fn. 100), 333.
124 Etwa *H. Dreier*, Art. 20 (Demokratie), in: ders. (Hg.), Grundgesetz – Band II (Art. 20-82), 2. Aufl. 2006, Rn. 108: „Die moderene Demokratie ist zwar ohne Volksentscheide möglich, aber nicht ohne Repräsentation." Ebenso: *Jestaedt* (Fn. 57), 166; *P. Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Hdb StR III (Fn. 2), §35, Rn. 4 ff.
125 Grundlegend *K.J. Arrow*, A Difficulty in the Concept of Social Welfare, J. Pol. Econ. 58 (1950), 328.
126 *D.W. Rae/H. Daudt*, The Ostrogorski Paradox: A Peculiarity of Compound Majority Decision, Eur. J. Pol. Res. 4 (1976), 391. Zu Variationen des Ostrogorski-Paradoxes s. auch *H. Nurmi*, Voting Paradoxes and How to Deal with Them, 1999, 70 ff.
127 Quelle: *H. Daudt/D.W. Rae*, Social Contract and the Limits of Majority Rule, in: P. Birnbaum/J. Lively/G. Parry (Hg.), Democracy, Consensus & Social Contract, 1978, 335 (338).

In dem Beispiel siegt damit Partei Y, obwohl Partei X bei den Sachthemen einzeln jeweils Mehrheiten auf sich vereinen konnte. Strukturell spiegelt das Ostrogorski-Paradox die repräsentative Demokratie wider, müssen sich die Wähler in dieser schließlich *en bloc* über bestimmte Sachthemen entscheiden.[128] Ein Wähler wird sich dabei in einer Demokratie mit vier oder fünf Parteien von keiner Partei je vollständig vertreten sehen, sondern muss zwangsläufig Kompromisse schließen, so dass unverfälschte Repräsentation nicht mehr als eine unrealistische Fiktion ist.[129]

Selbstverständlich bleiben die Inkonsistenzen der repräsentativen input-Konzeption auch den Befürwortern des Legitimationskettenmodells nicht verborgen. Um diesen auszuweichen, betonen sie die Notwendigkeit der Repräsentation für ein demokratisches Gemeinwesen. So erfordere Demokratie ein „System relativer Willensvereinheitlichung", das allein durch Repräsentation ermöglicht werden könne.[130] Die Repräsentanten seien dabei nicht nur Vollstrecker der Wünsche und Bedürfnisse der Repräsentierten, sondern entwickelten auch Eigeninitiative und bewahrten die Fähigkeit zur Antizipation gesellschaftlicher Bedürfnisse.[131] Diese Erwägungen zielen auf das Ergebnis des politischen Prozesses, passen also gar nicht in das übliche Schema des Legitimationskettenmodells. Warum soll gerade beim Parlament die strenge formale Rückbindung an die repräsentierten Bürger unterbrochen sein, die für alle anderen Formen der Ausübung hoheitlicher Gewalt so rigoros gefordert wird? Warum sollen output-orientierte Erwägungen nicht auch bei der Verwaltung oder der internationalen Ausübung von Hoheitsgewalt zum Tragen kommen?

Gern wird diesen Fragen die besondere demokratische Legitimation des Parlaments entgegengehalten.[132] Doch worin liegt diese besondere Legitimation? Der *input* kann sie, wie gezeigt, nicht begründen, da die unverfälschte Repräsentation schon auf der parlamentarischen Ebene eine Fiktion ist. Versucht man sie über den *output* zu rechtfertigen, also die Tatsache, dass das Parlament am ehesten geeignet ist, die Interessen der Staatsbürger zu befriedigen, dann bedarf dies der Begründung. Direkt aus dem Grundgesetz ergibt sich diese jedenfalls nicht: An dieser Stelle sei nur darauf hingewiesen, dass das Parlament vom Grundgesetz *normativ* gar nicht als das zentrale Organ angesehen wird, auf das alle Staatsgewalt zurückzuführen ist.[133] In Art. 20 II 2 GG werden alle drei Gewalten gleichberechtigt nebeneinander genannt, ohne dass Beziehungen hierarchischer Kontrolle zum Ausdruck gebracht würden.

---

128 *Offe* (Fn. 62), 163.

129 Unterstützt wird dies durch Erwägungen aus der ökonomischen Theorie. Dort zeigt das principal-agent-Modell, dass Repräsentanten dann nicht im Interesse der Repräsentierten handeln, wenn ihre eigenen Interessen denen der Repräsentierten zuwiderlaufen. In diesem Fall lassen Politiker oft die Eigeninteressen in den politischen Prozess einfließen und überformen damit die Interessen der Staatsbürger (*W.H. Riker*, Implications from the Disequilibrium of Majority Rule for the Study of Institutions, Am. Pol. Sci. Rev. 74 (1980), 432; *T. Persson/G. Tabellini*, The Economic Effects of Consitutions, 2003, 14).

130 *Böckenförde* (Fn. 105), Rn. 13.

131 Ebd., Rn. 33.

132 Exemplarisch *P. Kirchhof* (Fn. 2), 361, der die hervorgehobene Stellung des Parlaments damit begründet, dass dieses aus allgemeinen Wahlen, der wesentlichen Ausdrucksform der Willensbildung des Staatsvolkes, hervorgegangen sei. Ähnlich auch *M. Brenner*, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Hdb. StR III (Fn. 2), § 44, Rn. 1; *P. Badura*, Die parlamentarische Demokratie, in: Hdb StR II (Fn. 10), § 25, Rn. 7.

133 *v. Bogdandy* (Fn. 67), 44 f.

Einige Autoren verstehen die Legitimationskette daher in erster Linie nicht als Instrument, mit dem den Staatsbürgern ein effektiver Einfluss auf die Staatsgewalt gewährt werden soll, sondern als bloßes Kontrollinstrument zur Sicherstellung von politischer Verantwortlichkeit.[134] Damit vermeiden sie eine normative Überhöhung der Legitimationskette[135] und entkommen den Inkonsistenzen eines rein partizipationsorientierten Demokratiemodells. Sie lehnen sich so eng an das vor allem in der anglo-amerikanischen Politikwissenschaft vertretene Modell der Konkurrenzdemokratie[136] an.[137] Doch auch dieses normativ abgeschwächte Verständnis der Legitimationskette ist zum Teil Gegenstand berechtigter Kritik und bedarf daher einiger korrektiver Ergänzungen. Darauf wird an anderer Stelle zurückzukommen sein.[138]

V. Legitimation durch Diskurs

Es ist eine Sache, eine bestimmte theoretische Konzeption zu kritisieren, auf die Fragwürdigkeit ihrer Prämissen und die internen Widersprüche hinzuweisen. Es ist jedoch eine andere, ein überzeugendes Gegenkonzept anzubieten. Gerade in der Jurisprudenz, in der sachliche Fragen aufgrund des Verbots des *non liquet* nicht unbeantwortet bleiben können, hat eine Kritik ohne konstruktives Gegenangebot keinen großen Wert. *Brun-Otto Bryde* hat daher zu recht darauf hingewiesen, dass das Fehlen eines überzeugenden Alternativkonzepts dazu beigetragen hat, dass die Kritik der verfassungsrechtlichen Literatur am Legitimationskettenmodell in der Rechtsprechungspraxis bisher kaum Widerhall gefunden hat.[139] Daher soll im Folgenden ein Alternativmodell angeboten werden.

Ausgangspunkt ist dabei das Ziel, Entscheidungen im Interesse der Staatsbürger zu garantieren. *Giovanni Sartori* zufolge sind Repräsentativentscheidungen in zweierlei Hinsicht mit Risiken behaftet: die Betroffenen können zum einen durch Dominanz, zum anderen durch mangelnde Sachkenntnis geschädigt werden.[140] Auf der einen Seite besteht bei Trägern öffentlicher Gewalt damit das Problem, dass diese ihre Macht missbrauchen, also bewusst in eigenem und nicht im Allgemeininteresse handeln. Machtmissbrauch wird in Demokratien durch die politische Verantwortlichkeit der öffentlichen Akteure zu verhindern versucht (1.). Auf der anderen Seite können Amtsträger meinen, im besten Interesse der Allgemeinheit zu handeln. Das schließt je-

134 S. etwa *v. Bogdandy* (Fn. 9), 288; *Ehlers* (Fn. 100), 135; *A. Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 141. Ähnlich auch *Möllers* (Fn. 42), 48 ff., der allerdings den Begriff der Legitimationskette vermeidet und stattdessen von demokratischer Verantwortlichkeit als einer „rechtsinterne[n] Zurechnungsstruktur“ (50) spricht.

135 *N. Petersen*, Book Review: The State of Democratic Theory, Global Law Books 5. März 2007, S. 4, http://www.globallawbooks.org/reviews/getFile.asp?id=332.

136 Zu dieser s. noch unten, V 2 a.

137 *A. v. Bogdandy*, Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung, in: FS Hollerbach, 2001, 364 (378 f.).

138 S. dazu V 1.

139 *B.-O. Bryde*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: T. Blanke (Hg.), Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, 2000, 59 (60).

140 *Sartori* (Fn. 7), 215 f. S. zu der folgenden Unterscheidung auch *F.W. Scharpf*, Regieren in Europa: effektiv und demokratisch? 1999, 168, der Sartoris Kategorisierung gewissermaßen positiv gewendet hat.

doch nicht aus, dass ihre Entscheidungen qualitativ unzureichend sind, etwa weil sie nicht die erforderliche fachliche Kompetenz besitzen oder diese nicht auf einer ausreichenden Informationsbasis getroffen haben. Dieses zweite Problem soll im Folgenden unter dem Stichwort der Rationalität politischer Entscheidungen diskutiert werden (2.).

1. Verhinderung von Machtmissbrauch

In der Demokratie wird der Gefahr des Machtmissbrauchs mit dem Mechanismus der Verantwortlichkeit entgegengewirkt.[141] Unter diesem Mechanismus muss der Repräsentant für jede seiner Handlungen und Entscheidungen rechtfertigen, dass diese im Interesse der Repräsentierten liegt.[142] Verantwortlichkeit besteht dabei aus zwei Elementen: zum einen unterliegt der öffentliche Akteur einem Rechtfertigungszwang, zum anderen kann er mit Sanktionen belegt werden, wenn seine Entscheidungen (vermeintlich) nicht im öffentlichen Interesse liegen.[143] Allerdings ist es nicht notwendig, dass beide Faktoren gleich stark ausgeprägt sind.[144] Vielmehr ist Verantwortlichkeit ein graduelles Konzept, bei dem sowohl der Rechtfertigungszwang als auch die Sanktionen mal stärker und mal schwächer ausgestaltet sein können. Letztere etwa reichen von formalen Disziplinarmaßnahmen und strafrechtlichen Sanktionen über den Verlust des bekleideten Amtes bis zur bloßen öffentlichen Nennung von Verfehlungen und damit verbundenem Tadel.

Ein Modell zur Sicherstellung politischer Verantwortlichkeit ist die Legitimationskette. In politikwissenschaftlichen Termini werden hier zwei Formen politischer Verantwortlichkeit miteinander verbunden.[145] Parlament und Regierung unterliegen einer elektoralen Verantwortlichkeit. Die Leistung der politischen Eliten wird durch die Wähler kontrolliert und gegebenenfalls durch Abwahl sanktioniert.[146] Die öffentliche Verwaltung unterliegt dagegen einer hierarchischen Verantwortlichkeit, bei der die Amtswalter jeweils ihren Vorgesetzten gegenüber verantwortlich sind. Das Legitimationskettenmodell hat den Vorzug, dass es sehr formal und damit juristisch einfach zu handhaben ist. Abweichungen lassen sich einfach feststellen und sanktionieren. Seine Formalität bringt jedoch den Nachteil mit sich, dass es zu unflexibel ist, einen beträchtlichen Teil der Staatsaufgaben zu erklären. Insbesondere versagt es bei der zunehmenden Internationalisierung politischer Entscheidungsfindung

141 *R. Mulgan*, Holding Power to Account. Accountability in Modern Democracies, 2003, 10.

142 *M.W. Dowdle*, Public Accountability: Conceptual, Historical, and Epistemic Mappings, in: ders. (Hg.), Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences, 2006, 1 (3).

143 *A. Schedler*, Conceptualizing Accountability, in: ders./L. Diamond/M. F. Plattner (Hg.), The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies, 1999, 13 (14); *C. Scott*, Spontaneous Accountability, in: Public Accountability (Fn. 142), 174 (186).

144 *Schedler* (Fn. 143), 17 f.

145 Eine hilfreiche Typologie unterschiedlicher Verantwortlichkeitsformen findet sich bei *R.W. Grant/R.O. Keohane*, Accountability and Abuses of Power in World Politics, Am. Pol. Sci. Rev. 99 (2005), 29 (35 ff.).

146 *J.L. Mashaw*, Structuring a "Dense Complexity": Accountability and the Project of Administrative Law, Issues in Legal Scholarship 6 (2005), 1 (20).

Sieht man politische Verantwortlichkeit jedoch als Instrument zur Verhinderung von Machtmissbrauch, liegt darin auch gleichzeitig ein Schlüssel zur Öffnung des Modells. Die Verhinderung von Machtmissbrauch setzt nämlich die formale Rückbindung der politischen Akteure an die Wahlbevölkerung nicht zwingend voraus. Vielmehr gibt es alternative Mechanismen.[147] So werden etwa in der politikwissenschaftlichen Literatur marktbasierte und soziale Verantwortlichkeit als alternative Kontrollmechanismen vorgeschlagen.[148] Insbesondere letztere macht sich die Einsicht zu Nutze, dass politische Akteure nicht nur in formalen Beziehungen zueinander stehen, sondern in vielfältiger Weise auch sozial miteinander interagieren. In der deutschen, vor allem in der Verwaltungsrechtswissenschaft geführten Diskussion wird diese Realität mit dem Konzept der Verwaltungsordnung als Netzwerkgovernance einzufangen versucht.[149] Diese Ansätze zeigen, dass die formale Institutionenordnung nie das komplette Bild zeichnet. Vielmehr gibt es eine Vielzahl von informalen Beziehungen und Netzwerken, die für eine Flexibilisierung von Entscheidungsmechanismen sorgen.[150] Insofern können informelle Maßnahmen, wie die Schaffung von Wettbewerb, die Auferlegung eines Rechtfertigungszwangs und die Offenlegung von Verfehlungen oft viel effektivere Kontrollmittel darstellen.[151]

Das bedeutet nicht, dass auf formale Verantwortlichkeitsmechanismen im demokratischen Staat vollständig verzichtet werden könnte. Es zeigt jedoch, dass Verantwortlichkeit nicht allein formal begriffen werden muss.[152] Es handelt sich nicht um ein bloß binäres Muster, sondern vielmehr um eine graduelle Abstufung. Politische Akteure können der Verantwortlichkeit zu unterschiedlichen Graden unterliegen. Diese Einsicht erlaubt es uns, das Kriterium der Kontrolle zu flexibilisieren. Da es nur eines von zwei Merkmalen rationaler politischer Entscheidungsprozesse ist, sind möglicherweise Abstriche bei der Kontrolldichte hinzunehmen, wenn dies eine Steigerung der Entscheidungsqualität erlaubt, ohne dass auf Verantwortlichkeit vollkommen verzichtet werden müsste.

2. Rationalität politischer Entscheidungen

Selbst wenn politische Repräsentanten Anreize haben, immer im besten Interesse der Staatsbürger zu handeln, ist nicht automatisch gewährleistet, dass sie dies auch immer tun. Politische Entscheidungen sind heute komplexer denn je und setzen in vielen Bereichen ein hohes Maß an sachlicher Kompetenz voraus. Im Folgenden sollen verschiedene Ansätze in der politischen Theorie diskutiert werden, die versuchen, auf das Problem der Rationalität politischer

147 *G.F. Schuppert*, Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, Der Staat 32 (1993), 581 (606).

148 S. etwa *Mashaw* (Fn. 146), 21 ff.; *ders.*, Accountability and Institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance, in: Public Accountability (Fn. 142), 115 (122 ff.); *Scott* (Fn. 143), 178 ff.

149 S. nur *G.F. Schuppert*, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I, 2006, Rn. 135 ff. m.w.N.

150 *W. Merkel/A. Croissant*, Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien, PVS 41 (2000), 3 (16).

151 *C. Offe*, Political Corruption: Conceptual and Practical Issues, in: J. Kornai/S. Rose-Ackerman (Hg.), Building a Trustworthy State in Post-Socialist Transition, 2004, 77 (96).

152 *Schuppert* (Fn. 149), Rn. 54.

Entscheidungen eine Antwort zu geben. Zunächst soll dabei auf die Theorie der Konkurrenzdemokratie eingegangen werden, die die Frage der Rationalität von Entscheidungen allein dem Markt überlässt und sich vollständig auf die Stärkung der Verantwortlichkeit politischer Akteure konzentriert (a.). Ein zweiter Ansatz versucht die Rationalität politischer Entscheidungen zu steigern, indem er sicherzustellen versucht, dass die Entscheidungsträger eine möglichst hohe sachliche Kompetenz besitzen (b.). Ein dritter Ansatz schließlich ist diskurstheoretisch inspiriert und versucht, die Rationalität politischer Entscheidungen durch das Mittel des Diskurses zu gewährleisten (c.).

a. Theorie der Konkurrenzdemokratie

Die Theorie der Konkurrenzdemokratie versucht, die Rationalität politischer Entscheidungen durch eine entsprechende Auswahl der politischen Eliten zu steigern.[153] Der politische Prozess wird mit ökonomischen Märkten verglichen, bei denen politische Parteien nicht um Geld, sondern um Wählerstimmen konkurrieren. Dieser Wettbewerb soll zum einen zu einer Bestenauslese führen, zum anderen Politikern Anreize geben, Entscheidungen möglichst im öffentlichen Interesse zu treffen. Gerichten kommt dabei in erster Linie die Aufgabe zu, das Funktionieren des politischen Marktes zu gewährleisten, bei Interessenkonflikten regulierend einzugreifen und die Bildung politischer „Kartelle“ zu verhindern.[154] Die Theorie der Konkurrenzdemokratie konzentriert sich damit im Wesentlichen auf das Element der Verhinderung des Machtmissbrauchs. Ihr liegt implizit die Annahme zugrunde, dass es nicht möglich sei, *ex ante* Aussagen über die Qualität politischer Entscheidungsprozesse zu treffen.[155] Ziel politischer Prozesse müsse daher nicht die Förderung des Gemeinwohls, sondern die Verhinderung von politischer Dominanz und Machtmissbrauch sein.[156]

Die Theorie der Konkurrenzdemokratie basiert damit auf der Prämisse, dass die Verantwortlichkeit politischer Akteure sich auf die Qualität politischer Entscheidungen zumindest nicht negativ auswirkt. Allerdings gibt es in bestimmten Situationen Spannungen zwischen elektoraler Verantwortlichkeit und der Effizienz politischer Entscheidungen. Die Optimierung des einen Faktors erfolgt hier auf Kosten des anderen.[157] Dies kann an mehreren Beispielen deutlich gemacht werden. So haben Menschen grundsätzlich die Angewohnheit, kurzfristige Erfolge höher zu bewerten als langfristige.[158] Verspricht eine Strategie somit nur langfristige Erfolge, während sie kurzfristig möglicherweise sogar negative Auswirkungen hat, sind ihre Erfolgschancen in

153 Grundlegend *J.A. Schumpeter*, Capitalism, Socialism, and Democracy, 1942, 269 ff. Modifizierte und modernisierte Ausgestaltungen des Konzepts finden sich etwa bei *P.C. Schmitter/T.L. Karl*, What Democracy Is...and Is Not, J. Dem. 2.3 (1991), 75; *Przeworski* (Fn. 47); *Shapiro* (Fn. 55).

154 *S. Issacharoff/R. H. Pildes*, Politics As Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process, Stan. L. Rev. 50 (1998), 643.

155 Vgl. etwa die Kritik von *Shapiro* (Fn. 55), 39 ff. am deliberativen Modell. S. aber dagegen *Petersen* (Fn. 135), 3.

156 *Shapiro* (Fn. 55), 3.

157 Vgl. *G. Teubner*, Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions, in: ders. (Hg.), Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law, 1987, 1 (19 ff.).

158 *T. O'Donoghue/M. Rabin*, Doing It Now or Later, Am. Econ. Rev. 89 (1999), 103.

einem politischen System, in dem die Entscheidungseliten alle vier oder fünf Jahre durch Wahlen zur Verantwortung gezogen werden, extrem gering. Hoch ist dagegen die Popularität von Programmen, mit denen auf Kosten langfristiger Nachteile kurzfristige Erfolge erkauft werden.[159]

Weiterhin hat *Mancur Olson* gezeigt, dass politische Prozesse in bestimmten Konstellationen zu klientelistischer Politik führen können.[160] Dies gilt insbesondere für Politikfelder, in denen konzentrierte Interessen einiger weniger den diffusen Interessen der großen Mehrheit gegenüberstehen. So bekommt etwa bei Subventionen eine kleine Gruppe einen bedeutenden Vorteil, dem ein individuell nur geringer Nachteil der Gesamtheit der Steuerzahler gegenübersteht. Entgegengesetzt ist es bei Umweltauflagen, die einer kleinen Gruppe hohe Kosten auferlegen, während der individuelle Nutzen der einzelnen Maßnahmen nur sehr gering ist. Kumuliert man die individuellen Nutzen jedoch, können diese in der Summe durchaus höher sein als der kumulierte Nutzen der kleinen Gruppe. Letztere hat jedoch stärkere Anreize, sich zu organisieren und Lobby-Arbeit zu betreiben, so dass es wahrscheinlicher ist, dass sich ihre Interessen durchsetzen, selbst wenn sie in der Summe gesehen hinter den Interessen der Mehrheit zurückstehen müssten. Diese Überlegungen zeigen, dass auch der ‚Markt' politischer Ideen und Konzepte Fehlentwicklungen unterliegt, so dass das Modell der Konkurrenzdemokratie als reines Wettbewerbssystem ohne Korrekturen nicht tragfähig ist.

b. Legitimation durch Expertise und Sachverstand

Eine zweite Konzeption möchte Legitimation durch Expertise und Sachverstand der Entscheidungsträger gewährleisten. Sie geht davon aus, dass viele politische Fragen zu ausdifferenziert und speziell sind, als dass die allgemeine Öffentlichkeit gehaltvoll über sie entscheiden könnte. Legitimation wird hier in erster Linie durch die Expertise und den Sachverstand derjenigen geschaffen, die über die politischen Fragen entscheiden.[161] Versteht man diese Konzeption holistisch, ist sie jedoch aus zwei Gründen nicht unproblematisch. Zum einen setzt sie ein Vorverständnis des Allgemeinwohls voraus.[162] Möchte man in einer Gesellschaft etwa die größtmögliche wirtschaftliche Effizienz erreichen, setzt dies voraus, dass Effizienzmaximierung überhaupt als ein wünschenswertes Ziel angesehen wird, was wiederum ein utilitaristisches Vorverständnis erfordert. Zum anderen ist es, folgt man allein der Logik des expertokratischen

---

159 *F. Zakaria*, The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad, 2003, 168 f.

160 *M. Olson*, The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups, 1965, 127 f. S. weiterhin *C. Offe* (Fn. 62), 161; *G. Majone*, Redistributive und sozialregulative Politik, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hg.), Europäische Integration, 1996, 225 (242 ff.); *Zakaria* (Fn. 159), 169 ff.; *Bredt* (Fn. 60), 218 ff.

161 *G. Majone*, Independence vs. Accountability? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in Europe, in: J.J. Hesse/T.A.J. Toonen (Hg.), The European Yearbook of Comparative Government and Public Administration, 1994, 117; *ders.*, Regulatory legitimacy, in: ders. (Hg.), Regulating Europe, 1996, 284; *G. Majone*, The regulatory state and its legitimacy problems, 1998; *G. Majone*, Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, ELJ 4 (1998), 5; *Jachtenfuchs* (Fn. 62), 129; *Scharpf* (Fn. 40), 20 ff.; *C. Joerges*, "Good Governance" Through Comitology?, in: ders./E. Vos (Hg.), EU Committees: Social Regulation, Law and Politics, 1999, 311.

162 *v. Bogdandy* (Fn. 67), 445.

Modells, unmöglich, die relevanten Experten zu bestimmen:[163] Wer hat die notwendige Expertise und damit die Kompetenz, die für ein bestimmtes Problem maßgeblichen Experten zu bestimmen?

Aus diesem Grund vertritt wohl auch kaum ein Autor ein Modell, bei dem Expertise und Sachverstand alleiniger Legitimationsgrund ist. Vielmehr werden diese immer allenfalls als komplementäre Grundlage für bestimmte Institutionen und Ausgestaltungen des Verfahrens herangezogen.[164] Beispiele dafür, dass in der Verfassungspraxis bestimmte Aufgaben speziellen Institutionen aufgrund deren überlegenen Sachverstands übertragen werden, gibt es viele. So kann man etwa die Unabhängigkeit der Rechtsprechung (Art. 97 I GG) nach diesem Muster legitimieren,[165] ebenso wie die Unabhängigkeit monetärer Zentralbanken (Art. 88 GG)[166], Verwaltung in ministerialfreien Räumen oder die Normsetzungskompetenz der Exekutive[167].

Möchte man die Legitimation durch Expertise jedoch nicht nur deskriptiv als Erklärung für gewisse Institutionen und Entwicklungen verwenden, sondern sie in einen normativen Kontext stellen, bedarf es Kriterien, die determinieren, wann auf Expertise als Legitimitätsfaktor zurückgegriffen werden darf. Um das Problem der Vorverständnisorientierung von Expertenentscheidungen weitgehend zu minimieren, bietet sich eine Unterscheidung zwischen Politikzielen und Umsetzungsstrategien an.[168] Politikziele sind vornehmlich Wertentscheidungen, die einer Bewertung und Determinierung durch Experten weitgehend entzogen sind und daher eine möglichst große Partizipation der Betroffenen erfordern.[169] Demgegenüber hängen Qualität und Effizienz von Umsetzungsstrategien durchaus in starkem Maße von dem in die Entscheidung eingebrachten Sachverstand ab. Der Maßstab ist in diesem Zusammenhang kein normativer, sondern ein Maßstab zweiter Ordnung. Die Bewertung der Entscheidung erfolgt in Abhängigkeit von den zuvor politisch festgelegten Zielen.[170]

---

163 *Estlund* (Fn. 51), 84.

164 So unterscheidet Giandomenico Majone etwa zwischen regulativer und redistributiver Politik, *Majone*, Independence (Fn. 161), 135 ff. Während erstere auf Effizienz ausgerichtet sei und daher in erster Linie in der Kompetenz von Experten liege, sei Redistribution eine politische Wertentscheidung, die im parlamentarischen Prozess getroffen werden müsse.

165 Vgl. etwa *Tschentscher* (Fn. 134), 228 ff., für den die fachliche Qualifikation ein Legitimationskriterium ist. Ähnlich auch *A. Voßkuhle/G. Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680), die zudem auf deliberative Legitimationselemente zurückgreifen.

166 *Bleckmann* (Fn. 107), 229. Vgl. jedoch auch die gegenteilige Auffassung von *F. Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997, 179 f., die Sachverstand nicht als ausreichende Legitimationsgrundlage ansieht. Vielmehr leide die Bundesbank an einem Demokratiedefizit, das jedoch aufgrund von Art. 88 S. 1 i.V.m. Art. 23 I GG gerechtfertigt sei (192 ff.).

167 Vgl. *v. Bogdandy* (Fn. 67), 444 f., der Expertise und Sachverstand als einen Legitimationsgrund für gubernative Verordnungsgebung ansieht.

168 Zu dieser Unterscheidung s. *A. Downs*, An Economic Theory of Democracy, 1965, 4.

169 *N. Petersen*, The Democracy Concept of the European Union – Coherent Constitutional Principle or Prosaic Declaration of Intent? In: P. Dann/M. Rynkowski (Hg.), The Unity of the European Constitution, 2006, 97 (104).

170 Diese Konzeption ist angelehnt an das Konzept der formalen Effizienz, das *Anne van Aaken* für juristische Entscheidungen vorgeschlagen hat, *A. v. Aaken*, "Rational Choice" in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, 2003, 288 ff.

Sicherlich wird sich die Unterscheidung zwischen Politikzielen und Umsetzungsstrategien nie trennscharf ziehen lassen.[171] Die Grenzen sind vielmehr fließend. Ist etwa die Wahl eines bestimmten Krankenversicherungssystems Politikziel oder bereits Umsetzungsstrategie? Da schon der Wahl eines bestimmten Grundmodells sowohl Verteilungsfragen als auch ökonomische Effizienzgesichtspunkte zugrunde liegen, wird man die Entscheidung nicht allein als das eine oder das andere qualifizieren können. Die Lösung dieses Problems wird darin liegen, in Fällen, in denen sich beide Elemente miteinander verschränken, sowohl partizipatorische wie expertisebasierte Legitimationsbausteine miteinander zu verbinden.

c. Theorie der deliberativen Demokratie

Ein dritter demokratietheoretischer Ansatz, der in den letzten beiden Jahrzehnten sehr populär geworden ist, ist das diskurstheoretisch inspirierte Konzept der deliberativen Demokratie.[172] Im Zentrum der deliberativen Demokratie steht der rationale Diskurs als Quelle politischer Entscheidungen. Die politischen Präferenzen der Bürger werden dabei nicht als feststehend oder exogen, sondern vielmehr als endogene, durch den politischen Prozess beeinflussbare Größen begriffen.[173] Entscheidend ist daher nicht die bloß numerische Mehrheit der Köpfe, sondern vielmehr die Rationalität der im Diskurs verwandten Argumente. Die Abstimmung rückt aus dem Zentrum des politischen Prozesses; sie ist nur ein Mittel, um diesen abzukürzen und die Entscheidungskosten nicht ins Unendliche steigen zu lassen.[174]

Bei der deliberativen Demokratietheorie handelt es sich jedoch nicht um eine kohärente theoretische Schule. Vielmehr kann zwischen einer partizipativen und einer rationalistischen Variante unterschieden werden.[175] Den Autoren der partizipativen Richtung geht es in erster Linie darum, eine möglichst inklusive Beteiligung an den politischen Entscheidungsprozessen zu erreichen.[176] Dem Diskurs kommt dabei vor allem eine emanzipatorische Funktion zu. Eine Institution zur Förderung des öffentlichen Diskurses ist etwa die Organisation eines Debattiertages vor Wahlen, um die zur Diskussion stehenden politischen Themen ausführlich zu erörtern und die Wähler für

---

171 *Petersen* (Fn. 169), 105.

172 Grundlegend *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, 349 ff.; *J. Habermas*, Drei normative Modelle der Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996, 277. Vgl. auch die verschiedenen Ausgestaltungen dieses Konzepts bei *J.S. Fishkin*, Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform, 1991; *R. Schmalz-Bruns*, Reflexive Demokratie. Die demokratische Transformation moderner Politik, 1995; *A. Gutman/D. Thompson*, Democracy and Disagreement, 1996; *J. Cohen/C. Sabel*, Direct-Deliberative Polyarchy, ELJ 3 (1997), 313; *J. Ferejohn*, Instituting Deliberative Democracy, in: I. Shapiro/S. Macedo (Hg.), Designing Democratic Institutions, 2000, 75; *C.R. Sunstein*, Designing Democracy: What Constitutions Do, 2001.

173 *S. Chambers*, Deliberative Democratic Theory, Ann. Rev. of Pol. Sc. 6 (2003), 307 (308).

174 *J. Habermas*, Further Reflections on the Public Sphere, in: C. Calhoun (Hg.), Habermas and the Public Sphere, 1992, 421 (450).

175 *E.O. Eriksen*, Deliberation und demokratische Legitimität in der EU – Zwischen Konsens und Kompromiss, in: P. Niesen/B. Herborth (Hg.), Anarchie der kommunikativen Freiheit, 2007, 294 (296). Eine andere Kategorisierung findet sich bei *R. Forst*, The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy, Ratio Juris 14 (2001), 345, der drei Modelle deliberativer Demokratie unterscheidet – das liberale, das kommunitaristische und das der „rule of reasons".

176 *Gutman/Thompson* (Fn. 172); *Cohen/Sabel* (Fn. 172); *Eriksen* (Fn. 175).

diese zu sensibilisieren.[177] Demgegenüber geht es der normativen Variante nicht in erster Linie um eine umfassende Bürgerbeteiligung. Im Mittelpunkt steht vielmehr die Steigerung der Rationalität politischer Entscheidungen.[178] Partizipation ist nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zur Steigerung der Entscheidungsqualität. *Habermas* betont, dass jeder Diskursteilnehmer in der Lage sein müsse, sich auch in die Situation aller anderen von der Entscheidung betroffenen Personen zu versetzen und deren Belange mit zu berücksichtigen.[179] Ideal des Diskurses ist damit die Unparteilichkeit, um Standpunkte zu erreichen, die allgemein geteilt werden können.

Gegen das Konzept der deliberativen Demokratie werden von verschiedener Seite Einwände vorgebracht: Unterwirft man alle politischen Entscheidungen einer allgemeinen und umfassenden Diskussion, verursache dies zu hohe Entscheidungskosten[180] und überschätze die Kompetenzen und Ressourcen des Durchschnittsbürgers.[181] Weiterhin wird darauf verwiesen, dass es in politischen Entscheidungen oft divergierende Interessen gebe, die man nicht mittels Deliberation zusammenführen könne:[182] derjenige, zu dessen Lasten eine Kollektiventscheidung geht, wird sich selten durch das bessere Argument der Gegenseite überzeugen lassen.

Hinsichtlich der partizipativ-emanzipatorischen Variante der deliberativen Demokratie mag diese Kritik in vielfacher Hinsicht zutreffen. Die rationalistischen Richtung trifft sie jedoch nicht, da sie deliberative mit direkter Demokratie verwechselt.[183] Nicht jeder Bürger muss sich zu jeder Frage umfassend äußern. Vielmehr können politische Fragen in unterschiedlichen Foren diskutiert werden. Zwar dürfen diese Foren nicht isoliert werden, sondern bedürfen immer der Rückbindung an die Öffentlichkeit.[184] Doch soweit die Öffentlichkeit einbezogen wird, geschieht dies eher in informaler Weise als mittels eines formalisierten Prozesses, so dass die Entscheidungskosten in Grenzen gehalten werden und Bürger sich entsprechend ihren Kompetenzen an der Diskussion beteiligen können.

Auch der Verweis auf gegenläufige Interessen vermag nicht zu überzeugen, da er eine statische Konzeption von Präferenzen voraussetzt. Ist jedoch gerade Unparteilichkeit das Ideal von Deliberationsprozessen, dann ist der Ausgleich gegenläufiger Interessen eine bloße Abwägungsfrage und kein grundsätzlicher Gegensatz der Entscheidungsträger. In diesem Punkt ähnelt die deliberative Demokratie *Rawls'* Schleier des Nichtwissens.[185] Während es sich bei dem letzteren jedoch nur um ein gedankliches Experiment handelt, ist die Diskurstheorie praktischer orientiert. Es ist gerade der Prozess der Deliberation, der diese Unparteilichkeit fördert. Er zwingt die

177 *B. Ackerman/J.S. Fishkin*, Deliberation Day, 2004.
178 *Habermas* (Fn. 172), 369: „Die deliberative Politik gewinnt ihre legitimierende Kraft aus der diskursiven Struktur einer Meinungs- und Willensbildung, die ihre sozialintegrative Kraft nur dank der Erwartung einer vernünftigen *Qualität* ihrer Ergebnisse erfüllen kann." (Hervorhebung hier).
179 *J. Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, 60 f.
180 *F. Naschold*, Demokratie und Komplexität, PVS 9 (1968), 494 (502).
181 *D.A. Bell*, Democratic Deliberation: The Problem of Implementation, in: S. Macedo (Hg.), Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement, 1999, 70 (74).
182 *I. Shapiro*, Enough of Deliberation. Politics is about Interest and Power, in: S. Macedo (Hg.), Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement, 1999, 28; *Przeworski* (Fn. 47), 30.
183 *J. Bohman*, Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy, J. Pol. Phil. 6 (1998), 400 (418).
184 *M. Shapiro*, Who Guards the Guardians? – Judicial Control of Administration, 1988, 34.
185 *J. Rawls*, A Theory of Justice, 1999, 10 ff.

Entscheidungsträger, von ihren eigenen Interessen zu abstrahieren und nach allgemein akzeptablen Lösungen zu suchen.[186]

Möglicher Gegenwind für die deliberative Demokratietheorie kommt allerdings aus den Verhaltenswissenschaften. So zeigen psychologische Experimente, dass Deliberation unter bestimmten Umständen zu einer Polarisierung führen kann.[187] Diskussion innerhalb von Gruppen führt nicht zu einer Mäßigung, sondern zu der Herausbildung extremerer Auffassungen. Allerdings ist diese Beobachtung von bestimmten Voraussetzungen abhängig. Zu einer Polarisierung kommt es gerade dann, wenn die beobachteten Gruppen eine bestimmte Vorprägung haben und relativ homogen sind.[188] Dagegen führt eine starke Heterogenität zu moderateren Ergebnissen, wenn sich die einzelnen Fraktionen in ihrer Stärke ähnlich sind.[189] Insofern ist bei der institutionellen Ausgestaltung von Entscheidungsprozessen vor allem auf eine pluralistische Zusammensetzung der Entscheidungsgremien zu achten. Diese hat zwei Vorteile: Zum einen verhindert sie durch die Schaffung von Gegengewichten extreme Entscheidungen, und zum anderen verbessert sie durch einen differenzierteren Input den Pool der ausgetauschten Argumente.[190]

Jedoch ist auch die normative Variante der deliberativen Demokratie nicht ganz unproblematisch. Entwickelt wurde sie unter der Annahme idealer Diskursbedingungen. Solche sind jedoch in der Realität nicht zu verwirklichen.[191] Insofern kann die deliberative Demokratie nicht als holistisches Konzept begriffen werden.[192] Ihre Stärken entfaltet die Theorie vielmehr dann, wenn sie als Ergänzung bestehender politischer Institutionen, gewissermaßen als Richtlinie für die Ausgestaltung bestimmter Entscheidungsverfahren verstanden wird.[193] Deliberation wirkt dabei auf zwei Ebenen. Zum einen ist sicherzustellen, dass innerhalb von Entscheidungsgremien mittels diskursiver Verfahren eine möglichst hohe Entscheidungsqualität sichergestellt wird. Allerdings dürfen diese Entscheidungen nicht isoliert erfolgen. Daher bedürfen sie zum anderen externer Kontrolle durch eine diskursive Rückbindung an die Öffentlichkeit.

3. Synthese: Das Demokratiemodell der epistemischen Deliberation

Keines der drei Demokratiemodelle kann als holistische Konzeption verstanden werden, da jedes isoliert gesehen Schwächen aufweist. Eine Kombination der verschiedenen Modelle kann daher die jeweiligen Stärken am Besten zur Geltung bringen. So stellt die Konkurrenzdemokratie die politische Verantwortlichkeit in den Vordergrund, um Machtmissbrauch entgegenzuwirken. Das expertokratische Modell weist auf die Bedeutung von Sachverstand für politische Entscheidungen hin. Die deliberative Demokratiekonzeption betont schließlich den rationalen Diskurs, um

186 *Forst* (Fn. 175), 362; *Nida-Rümelin* (Fn. 37), 102.
187 *J.A. Zuber/H. W. Crott/J. Werner*, Choice Shift and Group Polarization: An Analysis of the Status of Arguments and Social Decision Schemes, Journal of Personality and Social Psychology 62 (1992), 50.
188 *C.R. Sunstein*, The Law of Group Polarization, J. Pol. Phil. 10 (2002), 175 (191 ff.).
189 Ebd.
190 Ebd., 187.
191 *Eriksen* (Fn. 175), 304.
192 *Held* (Fn. 31), 246.
193 In diese Richtung auch *Habermas* (Fn. 174), 452.

politische Entscheidungen nicht durch die bloße Mehrheit der Stimmen, sondern die Qualität der für sie sprechenden Argumente zu legitimieren. Insofern wird hier ein polyzentrisches Demokratiemodell vertreten, das versucht, Entscheidungsprozesse durch Deliberation und Expertise zu stärken.[194]

Für ein deliberatives Demokratiemodell gibt es auch im Grundgesetz mehrere normative Anhaltspunkte. So wurde die Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 Var. 1 GG vom Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil als eines der „vornehmsten Menschenrechte überhaupt" bezeichnet.[195] Diese Wertung leitet das Verfassungsgericht aus einer funktionalen Interpretation der Meinungsfreiheit her. Das Gericht sieht die Meinungsfreiheit als für die Demokratie „schlechthin konstituierend" an, da sie erst „die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist" ermöglicht.[196] Zudem wird in Art. 21 I 1 GG darauf verwiesen, dass die Parteien bei der „Willensbildung des Volkes mit[wirken]." Der Volkswille wird gerade nicht exogen vorausgesetzt,[197] sondern als endogene Größe im politischen Prozess verstanden. Eine prozesshafte Willensbildung kann jedoch notwendigerweise nur deliberativ erfolgen. Aus diesem Grund ist es auch nicht unüblich, in Abhandlungen über das Demokratieprinzip des Grundgesetzes die Rolle der Öffentlichkeit zu betonen.[198] Folgerungen werden daraus jedoch allenfalls für die Interpretation der Meinungsfreiheit, nicht jedoch für das Demokratieprinzip gezogen.[199] Im Legitimationskettenmodell hat die Öffentlichkeit keinen maßgeblichen Platz.[200]

Durch das hier vertretene deliberative Modell wird keineswegs eine Demokratie ohne Parlament geschaffen. Das Parlament bleibt weiterhin das zentrale Entscheidungs- und Kreationsorgan. Allerdings hat das Parlament die Möglichkeit, Entscheidungen an die Verwaltung, an externe Gremien oder an internationale Organe zu delegieren. Die Rechtmäßigkeit dieser Delegationen von Entscheidungskompetenz richtet sich dabei nach vier Kriterien, die sich aus den theoretischen Überlegungen zu Kontrolle und epistemischer Qualität politischer Prozesse herleiten lassen:

Verantwortlichkeit: Zunächst ist sicherzustellen, dass politische Entscheidungsträger einer ausreichenden Verantwortlichkeit unterliegen, um zu verhindern, dass sie nicht im öffentlichen Interesse handeln. Ihre Kontrolle kann hierarchisch oder elektoral organisiert sein, sie muss es aber nicht. Vielmehr haben wir gesehen, dass es für viele Entscheidungsformen andere Kon-

---

194 In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag von *J.-R. Sieckmann*, Argumentation und demokratische Legitimation, in: ders. (Hg.), Argumentation und politische Legitimation, 2006, 57 (64 ff.). Eine Verbindung des Expertise- und des Deliberationsmodells findet sich auch bei *Joerges* (Fn. 161), 334 ff., der Deliberation, Interessengruppenbeteiligung, Transparenz, Begründungspflicht und die Gewährung individueller Rechte als entscheidende Legitimationskriterien ansieht.

195 BVerfGE 7, 198 (208).

196 Ebd. Der konstitutierende Charakter der Meinungsfreiheit für die Demokratie wird bestätigt in BVerfGE 62, 230 (247); 76, 196 (208).

197 So in Bezug auf das traditionelle Demokratiemodell aber wohl *Böckenförde* (Fn. 10), Rn. 4.

198 S. nur *Böckenförde* (Fn. 105), Rn. 68.

199 Es gibt selbstverständlich Ausnahmen. Hervorzuheben ist insbesondere das Konzept von *A. Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 329 ff., der die Beteiligung der Öffentlichkeit als Kompensat für die Ausdünnung von Legitimationsketten in Entscheidungsprozessen ansieht. Ausschlaggebend ist für ihn die Beteiligung der Betroffenen an der Entscheidungsfindung.

200 Sie wird im Wesentlichen als Sammelbecken von Informationen verstanden, um dem Wahlvolk eine effektive Kontrolle des Parlaments zu ermöglichen. S. etwa *M. Sachs*, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 20, Rn. 37.

trollmöglichkeiten geben kann, etwa durch die Anbindung an Marktmechanismen, Schaffung von Transparenz, Rückbindung an die Öffentlichkeit oder die Kontrolle durch Peer-Gruppen.[201]

Deliberation: Des Weiteren sind Entscheidungsmechanismen möglichst deliberativ auszugestalten. Deliberation kann dabei interner oder externer Natur sein. Interne Deliberation findet innerhalb der Entscheidungsgremien statt. Daher sind vor allem solche Organe, in denen wesentliche Entscheidungen getroffen werden, möglichst als nichthierarchische Kollegialorgane auszugestalten, um so jeder Entscheidungsfindung einen diskursiven Austausch vorausgehen zu lassen. Externe Deliberation ist der Austausch entweder mit der allgemeinen oder einer Fachöffentlichkeit. Ein Bespiel für letzteres ist etwa der wissenschaftliche Diskurs in der Rechtswissenschaft, der gerichtliche Entscheidungen zum Teil vorbereitet, zum Teil nachträglich kontrolliert.[202]

Ein weiteres zentrales Element ist die **Pluralität**. Sind Kollektivorgane einseitig besetzt, führt dies, wie wir gesehen haben, oft zu einer stärkeren Polarisierung von Entscheidungen, was sich negativ auf deren Qualität auswirkt.[203] Zudem sorgt eine größere Pluralität für einen höheren und besseren diskursiven Input. Insofern sind Kommissionen und Organe mit Personen mit möglichst unterschiedlichen Hintergründen zu besetzen. Pluralität ist dabei ein relativer Begriff, der bei der Auswahl der Mitglieder der Bundesbank anders besetzt wird als bei der Besetzung des nationalen Ethikrates. Schließlich kann eine höhere Pluralität auch extern erreicht werden, indem bei bestimmten Entscheidungsprozessen verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen erlaubt wird, ihren Standpunkt darzustellen, ohne diesen damit gleich ein formales Entscheidungsrecht zuzugestehen. Ein Beispiel für letzteres ist etwa die vielfach diskutierte Einbindung von NGOs in internationale Entscheidungsprozesse.[204]

Expertise ist schließlich das vierte Element der Theorie. Viele Meinungsverschiedenheiten beruhen auf einer mangelnden Kenntnis der faktischen Grundlage,[205] so dass die Entscheidungsqualität durch Expertise unmittelbar verbessert wird. Diese kann zum einen einbezogen werden, indem Entscheidungen zumindest teilweise an Expertengremien delegiert oder indem diese zumindest befragt werden. Viel versprechend sind in diesem Zusammenhang insbesondere mehrstufige Entscheidungsverfahren, in denen Entscheidungen von Experten vorbereitet und dann in allgemeineren Foren diskutiert und verabschiedet werden.[206]

---

201 Zu solchen alternativen Kontrollmechanismen s.o. V 1 und die dortigen Nachweise.

202 Ein diskursives Verständnis der Rechtswissenschaft findet sich etwa bei *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978.

203 S. oben Fn. 187 und begleitenden Text.

204 Diese sind allerdings nicht ganz unproblematisch. Für differenzierte Analysen dieses Problems s. *J. v. Bernstorff*, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 67 (2007), 1041 (1055 ff.); *R.A. Miller*, Paradoxes of Personality: Transnational Corporations, Non-Governmental Organizations and Human Rights in International Law, in: ders./R. Bratspies (Hg.), Progress in International Law, 2008, 381 (401 ff.).

205 Vgl. die empirische Untersuchung von *J.S. Fishkin*, The Voice of the People. Public Opinion and Democracy, 1995, 177 ff.

206 Zu einer Konzipierung der Gesetzgebung in der EU als ein solches mehrstufiges Entscheidungsverfahren s. *Petersen* (Fn. 169), 115.

Diese Faktoren werden nicht immer in gleichem Maße zu verwirklichen sein. Vielmehr können zwischen ihnen oft Spannungen bestehen. Sie wirken daher als Optimierungsgebote.[207] Nicht jeder dieser Faktoren wird immer zu einem größtmöglichen Maß verwirklicht werden können. Es kommt daher vielmehr darauf an, für die jeweilige Entscheidungssituation das bestmögliche Zusammenspiel der unterschiedlichen Faktoren zu finden. Wie das Verhältnis der einzelnen Faktoren zueinander aussieht, liegt dabei weitgehend im Ermessen des Kreationsorgans. Defizite bestehen dann, wenn eines oder gar mehrere der Elemente stärker hätten verwirklicht werden können, ohne ein anderes zu einem geringeren Maß verwirklichen zu müssen.

VI. Ausblick

Das Legitimationskettenmodell hat eine Attraktivität, die sich nicht leugnen lässt: Es eignet sich gut zur juristischen Subsumtion und hat daher eine verhältnismäßig hohe Determinationskraft. Allerdings gibt es bei juristischen Normen oft ein Spannungsverhältnis zwischen Determiniertheit und Sachangemessenheit. Gerade strikte Standards mit einer hohen Determinationskraft umfassen oft Fälle, die sie ihrem Zweck nach nicht erfassen sollen, während sie andere Fälle nicht erfassen, die sie eigentlich erfassen sollten. Bildhaft kann man sie sich wie einen grobrastigen schwarz-weiß Fotoapparat vorstellen, mit dem eine detaillierte und ausdifferenzierte Realität erfasst und bewertet werden soll. Dabei gehen zwangsläufig Informationen verloren. Je komplexer daher die soziale Realität ist, desto gefährlicher werden solche einfachen rechtlichen Standards, da sie der Wirklichkeit nicht mehr gerecht werden. Die Juristen werden gezwungen, immer neue Ausnahmen zuzulassen, die sich nicht ohne Brüche in das ursprüngliche Modell einfügen lassen, was letztlich der Determinationskraft des eigentlich so klaren Modells einen erheblichen Schaden zufügt.[208]

An diesem Punkt ist das Modell der Legitimationskette angelangt, das den Erfordernissen der sozialen Realität schon lange nicht mehr gerecht wird und daher entweder zu zweifelhaften Ergebnissen führt oder durch die Bildung immer neuer Ausnahmegruppen verwässert wird. Aus diesem Grund wird in diesem Beitrag ein deliberatives Demokratiemodell als Gegenentwurf vorgeschlagen. Dieses ist komplexer als das Legitimationskettenmodell. Damit ermöglicht es jedoch gleichzeitig eine größere Flexibilität und sachgerechtere Entscheidungsprozesse. In einer sich immer stärker ausdifferenzierenden Welt kann man nicht erwarten mit einem simplen Modell politischer Entscheidungsfindung die anstehenden sozialen und gesellschaftlichen Probleme angemessen bewältigen zu können.

Das hier vorgeschlagene Modell ist pluralistisch und nicht parlamentszentriert. Es verlangt nicht, dass alle politischen Entscheidungen auf das Parlament rückführbar sind, sondern erfordert vielmehr eine Bewertung eines jeden politischen Entscheidungsprozesses. Dies gilt für so unter-

207 Zu Prinzipien als Optimierungsgeboten im Recht grundlegend *Alexy* (Fn. 86), 75 ff.

208 Insofern bezweifelt *Bryde* (Fn. 139), 69 bereits den Charakter des Legitimationskettenmodells als Theorie, da es für viele Fälle überhaupt keinen Erklärungswert mehr besitze.

schiedliche Bereiche wie Entscheidungsprozesse auf internationaler Ebene,[209] die Entformalisierung des Gesetzgebungsverfahrens durch die Einbeziehung außerparlamentarischer Beratungsgremien, oder die funktionale Selbstverwaltung. All diese Institutionen und Entwicklungen sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive weder *per se* zu verurteilen noch uneingeschränkt zu begrüßen. Vielmehr sind diese jeweils anhand der hier entwickelten Kriterien zu bewerten. Dabei spielen das Maß von Deliberation und Expertise, die potentiell plurale Besetzung von Entscheidungsgremien und die Kontrollmöglichkeiten eine entscheidende Rolle.

209 Für eine ausführliche Diskussion dieser Entwicklungen fehlt hier leider der Raum. Daher sei lediglich auf Auszüge aus der reichhaltigen Literatur verwiesen: *Zürn* (Fn. 62); *S. Kadelbach*, Internationale Verflechtung, in: B. Pieroth (Hg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, 161 (175 f.); *E. Stein*, International Integration and Democracy: No Love at First Sight, AJIL 95 (2001), 489; *T. Porter*, The Democratic Deficit in the Institutional Arrangements for Regulating Global Finance, Global Governance 7 (2001), 427; *J. Delbrück*, Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies? Indiana J. of Global Legal Stud. 10 (2003), 29; *J.H.H. Weiler*, The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy, ZaöRV 64 (2004), 547; *B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart*, The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 1; *A. Buchanan/R.O. Keohane*, The Legitimacy of Global Governance Institutions, Ethics & Int'l Aff. 20 (2006), 405; *A. Strauss*, On the First Branch of Global Governance, Widener Law Review 13 (2007), 347; *R. Wolfrum*, Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations, in: ders./V. Röben (Hg.), Legitimacy in International Law, 2008, 1.