

NILS IMGARTEN*

Legitimation durch Beteiligung?

Einbeziehung der Zivilgesellschaft in die Gesetzgebung der Europäischen Union

Mithilfe moderner Kommunikationstechnik versucht die Europäische Kommission, ihre Bürger und Interessenträger am Politikgestaltungsprozess zu beteiligen. Dahinter steht der Versuch, eine konstatierte Bürgerferne zu überwinden und zur Legitimation der europäischen Gesetzgebung beizutragen. Inwiefern hingegen die Beteiligungsmodelle tatsächlich die demokratische Legitimation erhöhen, ist kritisch zu hinterfragen.

A. Zivilgesellschaft im Fokus Europäischer Politik

Die Stärkung der Beteiligung von zivilgesellschaftlichen Akteuren an der Gesetzgebung scheint eine jüngere politische Entwicklung zu sein, die sich nicht exklusiv,¹ aber doch ganz besonders auf europäischer Ebene zeigt. Die Kommission etwa formulierte erstmalig prominent im Weißbuch „Europäisches Regieren“ aus dem Jahr 2001 die stärkere Einbindung der Zivilgesellschaft in ihre Arbeit als politisches Ziel.²

Was damals noch vage und unbestimmt klang, wurde durch Mitteilungen zu einzelnen Verfahrensschritten³ und politische Selbstverpflichtungen in einer Agenda für bessere Rechtssetzung⁴ konkretisiert und in einer interinstitutionellen Vereinbarung⁵ formalisiert. Die Beteiligung zivilgesellschaftlicher Akteure kann im europäischen Gesetzgebungsverfahren also als abstraktes Ziel ausgemacht werden, dessen Erreichung insbesondere von der Kommission forciert, aber auch von den weiteren Legislativorganen – Rat und Parlament – getragen wird.⁶

Nachdem ein Streben nach staatsanalogen – sprich: bundesstaatlichen – Strukturen und einer stärkeren Legitimation durch Wahlen in weite Ferne gerückt ist,⁷ scheint gerade die

Kommission auf der Suche nach Lösungsvorschlägen zur Behebung ihres Legitimitätsdefizits verstärkt auf zivilgesellschaftliche Beteiligung zu setzen.⁸

Inwiefern eine solche stärkere Beteiligung tatsächlich, wie häufig unterstellt,⁹ die Legitimation der Unionsgesetzgebung stärken kann oder gar eine Antwort auf eine der Union auch jüngst wieder attestierten Demokratiekrise¹⁰ sein mag, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

B. Konkrete Modelle der Einbeziehung der Zivilgesellschaft

Wenn von der Beteiligung der Zivilgesellschaft an der Gesetzgebung gesprochen wird, so finden sich in der Diskussion regelmäßig Begriffe wie Bürgerschaft, organisierte Zivilgesellschaft, Nichtregierungsorganisationen oder Interessenvertreter.¹¹ Eine anerkannte juristische Definition der Zivilgesellschaft existiert nicht, was eine erhebliche Unklarheit und Uneinheitlichkeit im politischen und wissenschaftlichen Diskurs provoziert.¹² So erfasst etwa der negativ konnotierte Begriff des Lobbyismus allein Wirtschaftsvertreter,¹³ die danach nicht Teil der Zivilgesellschaft seien.¹⁴ Dies erscheint angesichts der hohen Relevanz des gemeinsamen Marktes und der unionsrechtlichen Regulierung gerade jener Akteure weder praktikabel noch wertungsmäßig überzeugend.¹⁵

Die Kommission ist bei der Gestaltung und Durchführung von Beteiligungsmodellen mangels konkreter rechtlicher Anforderungen aus Art. 11 I, II EUV weitgehend frei. Diesen

Legitimation betonend *Grimm*, Die Verfassung und die Politik (2001), S. 215.

* *Nils Imgarten* studierte von 2013 bis 2019 Rechtswissenschaften in Göttingen und Galway (Irland). Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Studienarbeit im Wintersemester 2018/19 in einem Seminar zu Recht und Politik der Europäischen Union.

1 Statistisch hat sich das Engagement vor allem national erhöht, was aber primär auf das höhere Sozialkapital und weniger auf konkrete Beteiligungsmodelle zurückzuführen ist, vgl. *Blinkert/Klie*, Engagement in Deutschland und Europa, in: *Klie/Klie*, Engagement und Zivilgesellschaft (2018), S. 339, 409 f.

2 KOM (2001) 428, S. 19 f.

3 Hervorzuheben sind die Mitteilungen der Kommission hinsichtlich des Konsultationsverfahrens KOM (2002) 704 und bzgl. der Expertenbeteiligung KOM (2002) 713, mittlerweile zusammengeführt in SWD (2017) 350, S. 5.

4 KOM (2015) 215, S. 3.

5 ABl. EU 2016, Nr. L 123/5.

6 Rat und Parlament sind dabei deutlich zurückhaltender wie sich aus einem Vergleich der Formulierungen in der institutionellen Vereinbarung (Fn. 5) mit den deutlich weitgehenderen Kommissionsdokumenten (Fn. 2, 4) ergibt.

7 Die Frage, ob eine solche traditionelle Sichtweise überhaupt auf die transnationalen Strukturen der EU übertragbar ist, wird hier bewusst ausgeklammert. Vgl. aber kritisch, stärker die über den Rat vermittelte

8 Konkrete Ausformungen des Legitimitätsdefizits sind dabei zunehmende Bürgerferne, ein Kommunikationsdefizit und mangelnde Akzeptanz für Entscheidungen der Organe, vgl. *Schwan*, Erweiterung der europäischen Demokratie, in: *Rüttgers*, Europas Ende, Europas Anfang (2017), S. 149 f.

9 So etwa aus der jüngeren Vergangenheit KOM (2017) 651, S. 3.

10 *Jaeger*, Direkte Demokratie und Finalität der EU, ZöR 2017, 217, 219; *Franzius*, Demokratisierung der Europäischen Union, EuR 2013, 655, 657.

11 Rationalisierungs- und Definitionsversuche finden sich bei *Pitz*, Dialog mit der organisierten Zivilgesellschaft in der EU, Frankfurt am Main (2015), S. 33 ff. und in der Stellungnahme des WSA, ABl. EU, 1999 Nr. L 329/30.

12 Streitpunkte sind etwa der Organisationsgrad und die Gemeinwohlorientierung. Interessant ist in diesem Kontext auch der Vergleich mit dem staatsrechtlichen Verbandsbegriff, *Arnaud*, Mitwirkung privater Interessengruppen an der europäischen Gesetzgebung (2009), S. 42 f.

13 Zum Sprachgebrauch, *Wonka*, Lobbying des Europäischen Parlaments, in: *Maurer/Nickel*, Das Europäische Parlament (2005), S. 165, 171.

14 So etwa Stellungnahme des WSA, ABl. EU 1999, Nr. L 329/32.

15 Dementsprechend versteht auch die Kommission den Begriff weit, vgl. KOM (2002) 704, S. 6 in Anlehnung an das Weißbuch Europäisches Regieren.

Spielraum nutzt sie insbesondere durch die flexible Ausgestaltung ihrer Konsultationen.

Durch die Agenda für bessere Rechtssetzung 2015¹⁶ ist die vom Generalsekretariat verantwortete Konsultationspolitik der Kommission wieder in den Fokus geraten.¹⁷

Die Konsultationen wurden aber bereits im Weißbuch von 2001 als „Herzstück der EU-Politikgestaltung“ hervorgehoben.¹⁸ Heute sind sie umso mehr das zentrale Instrument der Kommission zur Beteiligung der Zivilgesellschaft.¹⁹

Daneben bestehen andere Foren der Beteiligung, die jedoch aufgrund intensiverer Regulierung in weitaus geringerem Maße der Gestaltungsfreiheit der Kommission unterliegen. Zu nennen sind etwa die Europäische Bürgerinitiative (EBI) und der Wirtschafts- und Sozialausschuss (WSA).

I. Europäische Bürgerinitiative

Die durch den Vertrag von Lissabon in Art. 11 IV EUV eingeführte Bürgerinitiative stellt qua ihrer Kodifizierung im Primärrecht das wohl prominenteste und symbolträchtigste Beispiel einer Öffnung des europäischen Demokratiekonzepts für partizipative Elemente dar.²⁰ Schaffen es die Organisatoren, mindestens eine Million Unterschriften wahlberechtigter Unionsbürger aus wenigstens einem Viertel der Mitgliedsstaaten zu einem in die Unionskompetenzen fallenden²¹ Vorschlag zu sammeln,²² ist die Kommission aufgefordert, zum Vorhaben der Initiative Stellung zu nehmen. Das Initiativmonopol der Kommission bleibt folglich unangetastet²³ und die Rechtswirkung der EBI ist vergleichbar mit den indirekten Initiativrechten von Parlament und Rat (Art. 225, 241 AEUV), für die ebenfalls eine Befassungs- und Stellungnahmepflicht besteht, ohne dass die Kommission ihr Initiativmonopol einbüßt.

Die Bürgerinitiative gibt somit allein Anregungen für künftige Gesetzesvorhaben. Die bisherige Praxis nach vier erfolgreichen Initiativen zeigt, dass die Kommission sich sehr ausführlich mit den Vorschlägen befasst. Teils führte dies

zu einer Gesetzesinitiative,²⁴ teils wurde die bestehende Rechtslage für ausreichend erachtet.²⁵ Selbst wenn tatsächlich Maßnahmen ergriffen werden, lässt sich aber naturgemäß nie mit Sicherheit eine Kausalität der Initiative für das Vorhaben feststellen.²⁶

II. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss

Ein weiteres durch die Verträge etabliertes Beteiligungsmedium ist der Wirtschafts- und Sozialausschuss, welcher jedoch im Gegensatz zur EBI eine langjährige Geschichte hat.²⁷ Nach seinem Selbstverständnis ist der WSA die „Brücke zwischen Europa und der organisierten Zivilgesellschaft“.²⁸ Eine differenzierte Betrachtung ergibt jedoch, dass im WSA zwei Drittel der Mitglieder von den Sozialpartnern, also im Kern von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden der Mitgliedsstaaten, entsendet werden.²⁹ Auch wenn man diese zur Zivilgesellschaft zählen mag, zeigt sich hierin eine deutliche Verzerrung der Interessenrepräsentation zugunsten der Arbeitsmarktpolitik. Zivilgesellschaftliche Gruppen anderer Programmatik sind damit stets in der Minderheit.³⁰ Bedenkt man nun, dass sich der Aktionskreis des WSA auf die Abgabe von Stellungnahmen zur Anregung von Maßnahmen beschränkt,³¹ so scheint durch ihn die Distanz zwischen Institutionen und Bürgern eher erhöht, statt verringert zu werden. Könnten sich die Bürger selbst oder mit Hilfe einer zivilgesellschaftlichen Organisation direkt an die Kommission wenden, wäre dies der schnellere und einfachere Weg der Einflussnahme und der Etablierung des von Art. 11 II EUV angestrebten Dialogformates.³²

III. Online-Konsultationen der Kommission

Die Kommission versucht darauf mit einem starken Ausbau der Online-Konsultationen zu reagieren. In diesem Verfahren können alle Bürger, Experten und Interessenträger sich in verschiedenen Stadien der Ausarbeitung eines Gesetzgebungsvorschlags beteiligen und Vorschläge einbringen. Im Sinne der Vereinfachung und Vereinheitlichung etablierte sie eine Webseite,³³ über die alle Konsultationen ablaufen und welche von allen Generaldirektionen zu nutzen ist.³⁴

16 KOM (2015) 215 endg.

17 Daraus gingen die sog. Better Regulation Guidelines, SWD (2017) 350, hervor.

18 KOM (2001) 428 endg., S. 20.

19 KOM (2017) 651 endg., S. 2.

20 Eine solche generelle, jedenfalls symbolisch bedeutsame Öffnung der Verträge wird weithin in Art. 11 EUV gesehen, welcher bereits im ursprünglichen Verfassungsvertrag vorgesehen war, vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/ders.*, EUV, AEUV, 5. Auflage (2016), Art. 11 EUV Rn. 14.

21 Gerade die Frage der Kompetenzen der EU ist folglich oft Streitpunkt der Zulässigkeit einer Initiative und letztlich gerichtlich überprüfbar. Hierzu zusammenfassend *Gundel*, Möglichkeiten und Grenzen der Europäischen Bürgerinitiative, DÖV 2018, 585, 587 und beispielhaft EuGH, Urteil vom 12. 9. 2017, Rs. C-589/15 P, Anagnostakis/Kommission.

22 Vgl. konkret zu den Voraussetzungen für Organisatoren und Unterzeichner Art. 3, 7 I VO (EU) 211/2011.

23 Ganz h. M.: *Piesbergen*, Europäische Bürgerinitiative (2011), S. 244 f.; *Ponzano*, L'initiative citoyenne européenne, RDUE 2012, 615, 622 f.; *Levrat*, L'initiative citoyenne européenne. Une réponse au déficit démocratique?, CDE 2011, 53, 93; *Gundel* (Fn. 21), 592; a. A. nahezu allein stehend *Cilo*, Europäische Bürgerinitiative (2014), S. 159 f.

24 Änderungsvorschlag KOM (2017) 753 endg. zur Reform der Trinkwasserrichtlinie RL 98/83/EG.

25 Pressemitteilung 14/385 zur Initiative für eine Einschränkung der Embryonenforschungsförderung.

26 Dies zeigt sich gerade bei der Initiative zum Recht auf Wasser anschaulich, vgl. kritisch zu einem tatsächlichen Einfluss der EBI *Bauer*, Partizipation durch Petition, DÖV 2014, 453, 462.

27 Gegründet wurde er bereits 1957 durch die römischen Verträge.

28 *WSA* (Hrsg.), Brücke zur Zivilgesellschaft (2011), S. 13.

29 *Streinz/Burgi/Hölbling*, EUV, AEUV, 3. Auflage (2018), Art. 300 AEUV Rn. 10; s. auch Art. 27 GO-WSA.

30 Deutschland entsendet etwa nur sieben Personen in die Gruppe III, andere Staaten noch weniger. Diese strukturelle Verzerrung ist wahrlich kein neues Problem, sondern schon lange diagnostiziert, vgl. *Smismans*, An Economic and Social Committee for the Citizen, or a Citizen for the Social and Economic Committee?, EPL, 1999, 557, 576 f.

31 *Streinz/Burgi/Hölbling* (Fn. 29), Art. 304 AEUV Rn. 1.

32 *Vierlich-Jürcke*, Wirtschafts- und Sozialausschuss (1998), S. 282 f. sieht gerade im Dialog zwischen EU und Bürger den legitimationsstiftenden Beitrag des WSA.

33 KOM (2016) 615 endg., S. 8 (Fn. 11).

34 Zum internen Ablauf und der Kommunikation des Generalsekretariats

Nicht nur trägt dies zu einer übersichtlicheren Darstellung bei; auch finden Konsultationen damit seit 2016 ausschließlich internetbasiert statt.³⁵

Aus der Sicht zivilgesellschaftlicher Akteure ist ein Anreiz der Teilnahme an Konsultationen die Möglichkeit des „Agendasettings“.³⁶ Im Hinblick auf das diesbezügliche Potential der Konsultationen ist neben der Frage, wie wahrscheinlich eine Eingabe von der Kommission aufgegriffen wird, ein wesentliches Hindernis, dass Konsultationen stets nur auf Initiative der Kommission hin stattfinden, sodass die grundsätzliche Richtungsentscheidung, zu welchen Themen Konsultationen stattfinden, bei der Kommission verbleibt.³⁷

Eine weitere Funktion der Konsultationen, welche stärker einem praktischen Bedürfnis der Kommission zuzuordnen ist, ist die Informationsgewinnung. Je spezialisierter und detaillierter Regulierung wird, desto stärker sind Branchen- und Hintergrundkenntnisse erforderlich, die ggf. nicht im Beamtenapparat vorhanden sind, sondern nur durch die Betroffenen oder andere Interessenträger eingebracht werden können.³⁸ Grundsätzlich liegt darin ein Potential, die Qualität von Regulierung durch Passgenauigkeit zu erhöhen. Andererseits darf man an dieser Stelle nicht unterschlagen, dass Wirtschaftsverbände und Unternehmen als Konsultationsteilnehmer (wie auch in anderen, informelleren Formaten) handfeste, eigene Interessen verfolgen, welche nicht zwingend am Gemeinwohl orientiert sind, sodass der Kommission die schwierige Aufgabe einer differenzierten Bewertung zukommt.³⁹

Teils nutzt sie die gewonnenen Informationen dabei nicht nur zur Herausbildung und Abwägung eigener Positionen, sondern selektiv, sofern sie mit den abgegebenen Stellungnahmen der Interessenvertreter übereinstimmt, als Beleg und Argument zur Verteidigung eigener Standpunkte gegenüber Parlament und Rat.⁴⁰

In diesem Sinne hat die Kommission auch ein eigenes Interesse an einer positiven Wahrnehmung des Konsultationsregimes. Die Kommission selbst attestierte ihrer Strategie folglich in einem Zwischenfazit bereits erste Erfolge, die sich an der großen Fallzahl durchgeführter Konsultationen und einer hohen Zahl von Beteiligungen zeigten.⁴¹ Beachtenswert ist diesbezüglich auch die Konsultation zur Abschaffung der europaweiten halbjährlichen Zeitumstellung, in der

die Kommission eine breite Öffentlichkeit ansprach und erreichte.⁴²

Eine hohe Beteiligung mag insofern ein positives Bild schaffen – daraus darf indes nicht auf eine Kausalität der Konsultationsbeiträge für das weitere Vorgehen der Kommission in Folgedokumenten geschlossen werden.⁴³

Das Gesamtbild der Aussagekraft der Teilnehmerzahlen vervollständigt sich durch eine Betrachtung der Hintergründe der verschiedenen Teilnehmer. Dabei fallen vor allem zwei Unregelmäßigkeiten auf. Einerseits stammen überproportional viele Beteiligte aus den westeuropäischen Mitgliedsstaaten.⁴⁴ Andererseits sind Interessen von Wirtschaftsverbänden regelmäßig stärker vertreten als die Interessen finanzschwächerer und gering organisierter Gruppen.⁴⁵

IV. REFIT-Plattform als effektive Ergänzung der Konsultationen?

Die Konsultationen werden seit 2012 durch das REFIT-Programm ergänzt.⁴⁶ Dessen Ziele sind vor allem eine effizientere Rechtssetzung durch Kosten- und Bürokratieabbau. Konkret scheint sich die Kommission dabei auf die Neufassung veralteter Rechtsvorschriften konzentrieren zu wollen.⁴⁷

Hierfür besteht die Möglichkeit für zivilgesellschaftliche Organisationen oder sonstige von Rechtsvorschriften Betroffene, über ein Online-Formular eine Eingabe an die mit Vertretern der Mitgliedsstaaten und zivilgesellschaftlicher Organisationen besetzte REFIT-Plattform zu machen.⁴⁸ Im Gegensatz zu den Konsultationen können Betroffene hier auch auf Eigeninitiative hin und ohne vorherigen Anstoß durch die Kommission tätig werden.

Augenscheinlich fragwürdig erscheint die Etablierung einer weiteren unabhängigen Plattform neben den Online-Konsultationen indes unter dem Gesichtspunkt der angestrebten Vereinfachung und des Bürokratieabbaus.⁴⁹ Das neue Programm läuft damit Gefahr, den eigenen Zielen nicht mehr zu entsprechen.

Der Mehrerfolg des REFIT-Programms in Form der Initiativmöglichkeit der Nutzer ließe sich durch ein Vorschlagsrecht hingegen auch in das Konsultationsregime integrieren. Auch funktional finden Konsultationen häufig bereits zu

an die Generaldirektionen SWD (2017) 350, S. 3 f.

³⁵ KOM (2017) 651 endg., S. 7.

³⁶ Zu Bedeutung und Begriff einführend *Leinen*, *Zukunft Europas* (2011), S. 23 f., S. 40.

³⁷ Sehr kritisch dazu *Labitzke*, *Mehr partizipative Demokratie wagen* (2016), S. 304.

³⁸ *Michalowitz*, *Warum die EU Lobbying braucht*, in: *Dialer/Richter, Lobbying in der EU* (2014), S. 17, 25.

³⁹ Die Beteiligung von Partikularinteressen ist somit ein zweiseitiges Schwert, vgl. *Leinen* (Fn. 36), S. 40.

⁴⁰ Die Kommission ist insoweit ein politischer Akteur mit einer eigenen Agenda, selbst wenn das gelegentlich nicht ihrer Selbstwahrnehmung entspricht, vgl. *Labitzke* (Fn. 37), S. 282.

⁴¹ KOM (2016) 615 endg., S. 8; KOM (2017) 651 endg., S. 7.

⁴² Es nahmen insgesamt 4,6 Mio. Menschen teil, vgl. SWD (2018) 406, S. 2.

⁴³ *Schroeder*, *Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtssetzung in der EU?*, ZG 2016, 193, 210.

⁴⁴ *Quittkat*, *Neue Medien im Dienste der Demokratie*, in: *Kohler-Koch/dies., Entzauberung partizipativer Demokratie*, S. 125, 161 f.; Diese territoriale Verzerrung zeigt sich exemplarisch auch bei der Konsultation zur Zeitumstellung (Fn. 42).

⁴⁵ *Labitzke* (Fn. 37), S. 288; *Quittkat* (Fn. 44), S. 155 f.

⁴⁶ *Regulatory Fitness and Performance Programme*, etabliert durch KOM (2012) 746 endg., funktionskräftig seit 2015.

⁴⁷ KOM (2015) 215 endg., S. 13 f.

⁴⁸ KOM (2015) 3260 endg., S. 2.

⁴⁹ In diesem Punkt kritisch auch *van den Abeele*, *REFIT Strategy* (2014), S. 27.

ähnlichen Zwecken der Verbesserung von Effektivität und Effizienz bestehender Vorschriften statt, sodass eine große Überschneidung besteht. Es ist insoweit nicht ersichtlich, dass die neue Plattform relevante Verbesserungen mit sich bringt.

V. Zusammenfassung

Ein Zwischenfazit zeigt folglich eine fortschrittliche, der zeitweiligen Kritik nicht verschlossene, weitgehend transparente und offene Praxis der Online-Konsultationen. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss hat durch die Verbreiterung des direkten Zugangs zur Kommission bereits an Bedeutung für die Beteiligung der Zivilgesellschaft verloren.⁵⁰ Mit der fortschreitenden Digitalisierung und Ausweitung der Online-Konsultation ist davon auszugehen, dass sich dieser Trend fortsetzen wird.

Die Bürgerinitiative hingegen steht als individualistisches Instrument neben den primär auf die organisierte Zivilgesellschaft abzielenden Modellen und nimmt damit eine Sonderstellung ein.

C. Akzeptanz und Legitimation im Lichte der Beteiligungsmodelle

In der Debatte um ein Akzeptanzproblem der Europäischen Union wird gerade in Bezug auf die Kommission häufig von technokratischen Strukturen gesprochen.⁵¹ Diese sollen mit den besprochenen Beteiligungsmodellen aufgebrochen werden. Akzeptanz und Legitimität sind dabei eng verzahnte Begriffe.⁵²

Legitimation staatlichen Handelns, hier insbesondere der Gesetzgebung, ist hingegen nicht automatisch gleichzusetzen mit faktischer Akzeptanz oder einem in diese Richtung verstandenen Legitimitätsbegriff, sondern ist vielmehr ein normativ aufgeladener Begriff, welcher näher zu bestimmen ist. Legitimation ist eine Notwendigkeit in einem demokratischen System.⁵³ Die Frage, ob etwaige Legitimationsversuche sich im Rahmen des gesetzten demokratischen Systems halten, ist daher stets im Lichte des unionsrechtlichen Demokratieprinzips zu beantworten.

Während Art. 10 I EUV klarstellt, „die Arbeitsweise der Union beruh[e] auf der repräsentativen Demokratie“, finden sich auch plebiszitär anmutende Elemente, etwa in Art. 11

IV EUV. Daneben stellen Art. 1 II und Art. 10 II 2 EUV bürgernahes Regieren als Ziel der Union auf. Konkretisiert wird dieses durch den Bürgerdialog (Art. 11 II EUV) und die Möglichkeit der Bürgerinitiative (Art. 11 IV EUV).

Art. 11 EUV wurde wortgleich aus dem Verfassungsvertragsentwurf entnommen, wo er unter der Überschrift „Grundsatz der partizipativen Demokratie“ stand.⁵⁴ Ein solcher weiterer Grundsatz der Partizipation kann auch im heutigen Vertragswerk als Ausformung des Grundsatzes der Bürgernähe gesehen werden, sodass neben einer Delegation von Entscheidungskompetenz eine stetige Kommunikation zwischen Institutionen und dem Individuum im Sinne einer responsiven Demokratie anzustreben ist.⁵⁵

Das Verhältnis von repräsentativer und partizipativer Demokratie darf dabei jedoch nicht als gleichberechtigtes Nebeneinander zweier Konzepte verstanden werden.⁵⁶ Mitbestimmung bedeutet eben nicht zugleich auch Selbstbestimmung.⁵⁷ Vielmehr vermittelt Repräsentation auf dem Wege des dualen Legitimationsmodells⁵⁸ Entscheidungskompetenz, während Partizipationsmodelle primär einem Kommunikationszweck dienen.⁵⁹

Im Kontext des unionsrechtlichen Demokratieprinzips ergibt sich daraus ein normatives Stufenverhältnis zwischen übergeordnetem Streben nach repräsentativer Demokratie und untergeordneter Maximierung der Bürgernähe.⁶⁰ In vielen Fällen können beide Zielgrößen unterstützend nebeneinander stehen.⁶¹ Im Falle eines Konflikts zwischen Repräsentation und Partizipation gewährt jedoch der unionsrechtliche Demokratiegrundsatz dem Repräsentationsprinzip Vorrang.

I. Klassische versus moderne Legitimationstheorie(n)

Was aber bedeutet dies nun für die Frage nach der Legitimation? Während national im Wesentlichen organisatorisch-personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation, dem Prinzip der Volkssouveränität folgend, gefordert wird,⁶² lässt sich eine Legitimation durch Beteiligungsmodelle auf europäischer Ebene in dieses eher statische, an Wahlen orientierte

50 Pitz (Fn. 11), S. 223; zustimmend, wenn auch mit anderer Begründung Breuer, in: Frankfurter Kommentar, EUV, AEUV (2017), Art. 300 AEUV Rn. 24; sogar die Existenzberechtigung des WSA insgesamt in Frage stellend Lenz/Borhardt, EU-Verträge, 6. Auflage (2013), Art. 300 AEUV Rn. 18.

51 Mit geschichtlicher Einordnung dieser Kritik Patel, Projekt Europa (2018), S. 184 f.

52 So ließe sich stark verkürzt etwa Legitimität als Anerkennungswürdigkeit von Herrschaft ausdrücken, vgl. dazu Habermas, Legitimationsprobleme im modernen Staat, in: Kielmansegg, Legitimationsprobleme (1976), S. 39 als Ausgangspunkt großer Rezeption.

53 Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Auflage (2004), § 24 Rn. 3.

54 Zur Normgenese Heselhaus, in: Frankfurter Kommentar, Art. 11 EUV Rn. 2.

55 Heselhaus (Fn. 54), Art. 11 EUV Rn. 6.

56 Möstl, Elemente Direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72 (2012), S. 355, 361; Sommermann, Verfassungsperspektiven für die Demokratie in der erweiterten Europäischen Union, DÖV 2003, 1009, 1017.

57 Schorkopf, Maßstäbe für die institutionelle Architektur der EU, in: Pache/Schorkopf, Die europäische Union nach Lissabon (2009), S. 77, 87.

58 Dual meint sowohl das bürgerschaftliche Moment des Parlaments als auch die mitgliedstaatliche mittelbar legitimierende Kraft des Rates erfassend, vgl. Ruffert (Fn. 20), Art. 10 EUV Rn. 5 ff.

59 Kohler-Koch, Zugewinn an Demokratie, in: dies./Quittkat, Entzauberung partizipativer Demokratie (2011), S. 241, 244; Mross, Bürgerbeteiligung am Rechtsetzungsprozess, Berlin (2010), S. 220.

60 Zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis Streinz/Huber (Fn. 29), Art. 10 EUV Rn. 23.

61 Treffend spricht Lübke-Wolf, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60 (2001), S. 246, 281 von „arbeitsteiliger Legitimationsbeschaffung“.

62 Für Deutschland Böckenförde (Fn. 53), § 24 Rn. 16, 21.

tierte und ein im Wesentlichen homogenes Volk voraussetzendes System schwer einordnen.⁶³

Dennoch mögen auch Modelle der Bürger- und Betroffenenbeteiligung legitimationsstiftende Wirkung entfalten.⁶⁴ Eine pragmatische, die Besonderheiten des Mehrebenensystems berücksichtigende Herangehensweise ist dabei die Anerkennung von Legitimation durch Input als Form einer Herrschaft „durch das Volk“ und durch Output als Form der Herrschaft „für das Volk“.⁶⁵

Die demokratietheoretische Basis, überhaupt eine legitimationsstiftende Wirkung von Beteiligungsmodellen zu erwägen, könnten deliberative und partizipative Governance-Modelle schaffen.⁶⁶ Wenngleich beide theoretischen Ansätze das Verhältnis zwischen Zivilgesellschaft und Staat thematisieren und mehr Bürgernähe einfordern,⁶⁷ unterscheiden sie sich in der Art und Weise ihrer Begründung.

II. Legitimation durch Partizipation – Input

Partizipation im Sinne von mehr Beteiligung durch Betroffene wird in verschiedensten Ausformungen der Demokratietheorie diskutiert.⁶⁸ In Bezug auf zivilgesellschaftliche Akteure erscheint vor allem ein assoziativer Ansatz naheliegend. Assoziation meint hier effektive Kommunikation zwischen Entscheidern und der repräsentativen Zivilgesellschaft durch deren Einbindung.⁶⁹ Die Zivilgesellschaft soll demnach also die Bürger repräsentieren. Um legitimierend wirken zu können, sollte ihre Beteiligung zudem effektiv – sprich: entscheidungserheblich, sein.⁷⁰

Organisierte Gruppen werden etwa im WSA und in Konsultationen beteiligt, sodass hier ein Legitimationspotential liegen könnte.⁷¹ Problematisch ist jedoch vor allem die Repräsentativität. In vielen empirischen Analysen der Konsultationspraxis wurde eine partikuläre Beteiligung und eine Überhöhung von Wirtschaftsinteressen kritisiert.⁷² Zwar

kann man argumentieren, es ließe sich dem entgegensteuern – sei es durch formalisierte Verfahren⁷³ oder durch selektive Berücksichtigung der Eingaben.⁷⁴

Jedoch ist viel grundsätzlicher zu fragen, ob Repräsentativität im Konsultationssystem überhaupt möglich ist. Letztlich knüpft eine Legitimation durch Repräsentation an den Gedanken einer (mittelbaren) Herrschaft „durch das Volk“ an und ist somit allein input-orientiert.⁷⁵ Selbst bei einer vollkommenen Offenheit und Transparenz der Konsultationen werden diese (wie auch andere) partizipativen Modelle nicht von einer repräsentativen Gruppe genutzt.⁷⁶ Nicht nur sind die absoluten Beteiligungszahlen vergleichsweise gering.⁷⁷ Auch werden nie alle relevanten in der Bevölkerung vorhandenen Interessen im Spektrum organisierter und faktisch beteiligter zivilgesellschaftlicher Organisationen abgebildet werden, da sich erfahrungsgemäß nicht in jedem Bereich Interessengruppen herausbilden und zudem bestehende Gruppen teils nicht die Kraft haben, sich transnational zu organisieren.

Eine scheinbare Repräsentation durch Pluralität der Konsultationsverfahren ist somit eine Fiktion, welche nicht zur assoziativen Legitimation dienen kann. Damit besteht nicht nur derzeit keine Input-Legitimität neben dem tradierten dualen Legitimationsmodell, sondern auch zukunftsgerichtet wenig Potential, auf mittelbarer Repräsentation basierend die Beteiligungsmodelle zu verteidigen.

III. Legitimation durch Output

Infolge dieser eher ernüchternden Ergebnisse einer potentiellen Input-Legitimation versuchen viele Verfechter der Beteiligungsmodelle sich aus einer anderen Richtung zu nähern. Auf Grundlage deliberativer Theorien gehen sie davon aus, dass sich in einem gesellschaftlichen Diskurs die unter dem Gesichtspunkt der Vernunft überzeugendsten Argumente durchsetzen und so Eingang in die politische Entscheidung finden.⁷⁸ Auch wenn der Fokus zunächst auf dem Prozess der Informationsgewinnung zu liegen scheint, geht es letztlich um das Obsiegen des besten Ergebnisses und somit um einen output-orientierten Ansatz.⁷⁹

Gerade die ohnehin vorhandene Neigung der Kommission zu rationalen, auf Expertenwissen fußenden Entscheidungen

63 Zu dieser notwendigerweise vorhandenen strukturellen Problematik in supranationalen Organisationen v. *Bogdandy*, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts, *ZaöRV* 2003, 853, 867 ff.; *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen (2017), S. 553 f.

64 Jedenfalls folgt die Union einem offenen Legitimationsmodell, welches alternativen Begründungen von Legitimität nicht per se widerspricht, vgl. *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/ders.*, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL (2018), Art. 10 EUV Rn. 46.

65 Diese Unterscheidung stammt aus den Politikwissenschaften. Einführend *Scharpf*, Regieren in Europa (1999), S. 16 ff.; Begrifflich knüpft sie wohl an die „Gettysburg Address“ von *A. Lincoln* 1863 an, *Conant/Holzer*, *Gettysburg Address* (2015), S. 88 ff.

66 Man spricht hier von Regieren oder (verbreiteter) Governance, da, wie gezeigt, Beteiligungsmodelle bereits in der prälegislativen Phase ansetzen und die Kommission eher eine Rolle der Regierung bei der Ausarbeitung der Gesetzgebungsvorschläge einnimmt.

67 *Frevel/Voelzke*, Demokratie, 3. Auflage (2017), S. 102 f.; *Huget*, Demokratisierung der EU (2007), S. 196.

68 *Schmidt*, Demokratietheorien, 5. Auflage (2010), S. 237 ff.

69 Maßstabbildend *Hirst*, Associative democracy, (1994), S. 35.

70 *Hüller*, Demokratie und Sozialregulierung in Europa, (2010), S. 120.

71 *Ruffert* (Fn. 20), Art. 10 EUV Rn. 5.

72 Zumindes sehen die Studien dort aber noch Verbesserungspotential, vgl. *Quittkat* (Fn. 44), S. 166; *Guasti*, Panacea for Democratic Legitimation, in: *Liebert/Gattig*, Democratising the EU from below (2013),

S. 135, 159; *Hüller* (Fn. 70), S. 120 sieht hierin eine empirisch weiterhin offene Frage.

73 So mit viel Vertrauen in die Kommission *Ruffert*, Demokratie und Governance, in: *Bauer/Huber/Sommermann*, Demokratie in Europa (2005), S. 319, 345.

74 Dahingegen der Kommission Utilitarismus unterstellend *Labitzke* (Fn. 37), S. 288.

75 *Scharpf* (Fn. 65), S. 16 f.

76 Auf die strukturelle Natur dieses Problems weist auch *Greven*, Considerations on Participation, in: *Kohler-Koch/Rittberger*, Debating Democratic Legitimacy (2007), S. 233, 240 zutreffend hin.

77 Gemäß KOM (2017) 651 endg., S. 7 beträgt die Zahl registrierter, und damit potentiell aktiver, Nutzer rund 47 000 Personen, also weniger als 0,01 % der Unionsbevölkerung.

78 Prägend hierfür *Habermas*, Faktizität und Geltung (1993), S. 349 ff., der in diesem Sinne auch von der Diskurstheorie spricht.

79 Zu dieser Zuordnung *Huget* (Fn. 67), S. 196.

gen zeigt die grundsätzliche Kompatibilität mit einer Output-Legitimations-Strategie in diesem Sinne.⁸⁰ Der Aspekt der Wissensgewinnung durch Konsultationen dient explizit dazu, schlussendlich bessere Entscheidungen für die Betroffenen bewirken zu können. Auch die REFIT-Plattform setzt hier an und fragt Betroffene nach ihren Bedürfnissen besserer Regulierung. Insoweit kann auch die effektive Priorisierung von Themen einen Beitrag zu betroffenengerechterer Gesetzgebung leisten. Zunächst erscheint eine Legitimation durch Output also naheliegend.

IV. Strukturelle Grenzen der (Output-)Legitimation

Im Kontext europäischer Gesetzgebung muss ein demokratischen Grundsätzen genügendes Legitimationsmodell jedoch insbesondere die demokratische Allgemeinheit und Gleichheit achten und sicherstellen.⁸¹ Letztlich zeigt sich hier die auch durch Art. 10 I EUV gestützte Erkenntnis, dass in einem demokratischen Herrschaftssystem Legitimation, auch wenn sie durch gute Ergebnisse gesteigert werden mag, nie unter völliger Abkehr und Negierung von Input-Legitimation erreicht werden kann.⁸²

Weder politik- noch rechtswissenschaftlich bisher hinreichend diskutiert wurde dabei das konkrete Verhältnis der Beteiligungsmodelle zu den Grundsätzen der demokratischen Gleichheit und Allgemeinheit.⁸³

Allgemeinheit wird allein als Wahlrechtsgrundsatz in Art. 14 III EUV genannt und gewährleistet dort das aktive und passive Wahlrecht.⁸⁴ Je stärker ein Beteiligungsmodell nun aber an Bindungswirkung gewinnt, desto näher liegt es, denselben Maßstab der Allgemeinheit anzulegen.⁸⁵ Daneben wird der Grundsatz der Allgemeinheit als Ausformung des Grundsatzes demokratischer Gleichheit durch Art. 9 S. 1 EUV gestützt.⁸⁶ Im Kontext der Beteiligungsmodelle bedeutet dies ein Erfordernis allgemeinen Zugangs zu den Verfahren und eine die Gleichheit der Unionsbürger achtende Aus- und Bewertung ihrer Beteiligung.

Während formell in den öffentlichen Konsultationen jeder Unionsbürger Zugang zum Verfahren hat und anfängliche Hürden der Vielsprachigkeit und Einheitlichkeit der internetbasierten Darstellung von der Kommission genommen wurden, steht das Verfahren materiell nicht allen Unionsbürgern offen. Überhaupt wird es nur einem Bruchteil der

Unionsbürger bekannt sein, sodass schon das Potential an Teilnehmern unter den Unionsbürgern gering sein dürfte.⁸⁷

Zudem fordert die Teilnahme an Konsultationen nicht nur den sicheren Umgang mit moderner Kommunikationstechnik bei teilweise komplizierten und vielschrittigen Vorgängen. Auch eine Auseinandersetzung mit den Materialien, zu denen eine Konsultation durchgeführt wird, ist grundsätzlich erforderlich und wird vor allem, wenn nicht gar ausschließlich Personen mit gesteigertem Interesse oder einschlägiger Vorbildung zugänglich sein.⁸⁸ Teils findet sich zwar das Argument, Partizipationsmodelle würden zur politischen Bildung beitragen und so ihre eigenen Voraussetzungen schaffen.⁸⁹ Ein solches Potenzial sollte jedoch, wie psychologische Studien zeigen, nicht überschätzt werden.⁹⁰

Problematisch erscheint unter dem Aspekt demokratischer Gleichheit des Weiteren die Beteiligung von sowohl Unionsbürgern als auch Drittstaatsangehörigen in Konsultationen und mittelbar als Mitglieder oder Förderer zivilgesellschaftlicher Organisationen.

Selbst unter Anerkennung eines generellen Potentials für Output-Legitimation wird sich nämlich die Ergebnisorientiertheit auf die Legitimationssubjekte – nämlich die Unionsbürger – beziehen müssen. Anderenfalls handele es sich um Fremdbestimmung im Gegensatz zur Selbstbestimmung und damit einen Widerspruch zum Prinzip repräsentativer Demokratie gem. Art. 10 I EUV, welches jedoch, wie gezeigt, Vorrang genießt.

Bezüglich des Gleichheitsgrundsatzes ergeben sich daneben weitere Probleme hinsichtlich der Bewertung der Beiträge. Effektive Output-Legitimation erfordert schließlich selbst gemäß den generellen Befürwortern eine Orientierung am Gemeinwohl.⁹¹ Ein Interesse der Allgemeinheit wird durch Beiträge in Konsultationen jedoch nicht notwendig abgebildet. Wenn man dem entgegen, die Kommission gewichte die Beiträge und gleiche eine Überrepräsentation bestimmter Interessen dadurch aus,⁹² ist weiterhin fragwürdig, an welchen Kriterien die Kommission ihre Gewichtung der Argumente dann orientiere und wodurch sichergestellt ist, dass die Kommission bei der Auswertung und Gewichtung den Grundsatz demokratischer Gleichheit beachtet. Die mangelnde Nachvollziehbarkeit der Motive und Berücksichtigungspraxis verhindert eine demokratische Kontrolle.⁹³ Während gute Rechtssetzung zwar grundsätzlich die Akzep-

⁸⁰ Haltern, *Europarecht*, Bd. 1, 3. Auflage (2017), Rn. 259.

⁸¹ Kohler-Koch (Fn. 59), S. 248; Möllers, *Transnationale Behördenkooperation*, ZaöRV 2005, 351 (383).

⁸² Output vermag Input legitimatorisch eben nicht zu ersetzen, *Di Fabio*, *Herrschaft und Gesellschaft* (2018), S. 189. Dies ist auch konsistent zu obiger Einordnung der Partizipation unter den Grundsatz der Repräsentation, s. ebd., S. 19.

⁸³ Heselhaus (Fn. 54), Art. 11 EUV Rn. 3 etwa betont die Relevanz dieses Konfliktes, greift ihn aber auch nicht weiter auf.

⁸⁴ Streinz/Huber (Fn. 29), Art. 14 EUV Rn. 68.

⁸⁵ Mit nationalem Bezug, systematisch aber vergleichbar *Martini*, *Die Bürgerbefragung als Baustein der Demokratie*, DÖV 2015, 981 (989).

⁸⁶ Zur Verankerung des allgemeinen Grundsatzes demokratischer Gleichheit trotz unklaren Wortlauts der Verträge *Ruffert* (Fn. 20), Art. 9 EUV Rn. 26.

⁸⁷ Empirische Forschung dazu existiert kaum. Vgl. aber *Hüller*, NSB 2008, 73, 80.

⁸⁸ Dieses Argument spezifisch zur EBI entwickelnd *Quittkat*, *Die EBI – (K)ein Tor zur europäischen Politik*, in: *Roose*, *Europäische Bürgerinitiative* (2012), S. 69 ff. Die Situation bei Konsultationen ist weitgehend vergleichbar.

⁸⁹ *Habermas*, *Student und Politik*, 3. Auflage (1969), S. 15.

⁹⁰ *Warren*, *Can Participatory Democracy Produce Better Selves?*, *Political Psychology* 1993, 203, 216 ff.

⁹¹ *Scharpf* (Fn. 65), S. 16; *Pilniok*, *Funktionen und Probleme der Expertengruppen der Europäischen Kommission*, *EuR* 2014, 62, 80.

⁹² *Labitzke* (Fn. 37), S. 288.

⁹³ *Quittkat*, *The European Commission's Online-Consultations*, *JCMS* 2011, 653, 671.

tanz für die Union bei einzelnen konkret Betroffenen erhöhen mag, lässt sich daraus nicht zwingend auf eine Legitimationswirkung schließen.

Vielmehr ist auf die eingangs dargestellte Unterordnung der Legitimation durch Beteiligung unter das klassische duale Legitimationsmodell (durch Parlament und Rat) zu rekurrieren. Gerade durch eine legitimatorische Aufwertung der Position der traditionell integrationszugewandten Kommission könnte das interinstitutionelle Gleichgewicht zwischen Rat, Parlament und Kommission gestört werden, indem die Argumente der Kommission ggf. als mittelbare Äußerung des Bürgerwillens wahrgenommen werden und ihnen so mehr Gewicht beigemessen werden könnte. Durch eine Stärkung der Kommission würde im interinstitutionellen Aushandlungsprozess so mittelbar sogar die Position des Rates und damit dessen wichtige Legitimation über die Mitgliedsstaaten geschwächt.⁹⁴ Bedenkt man zudem die generell geringe demokratische Kontrolle der Kommission,⁹⁵ scheinen die Beteiligungsmodelle sogar potentiell legitimierungsschädlich zu sein, wobei freilich im Einzelnen nicht feststellbar oder gar messbar sein wird, inwieweit oder in welchen Punkten Rat und Parlament den von der Kommission präsentierten Konsultationsergebnissen Gewicht zumessen oder in Verhandlungen darauf eingehen.

D. Fazit

Es zeigt sich in den betrachteten Modellen das Dilemma, einerseits als Governance-Instrumente nicht bindend – und damit nur begrenzt wirksam – zu sein, andererseits zu bindenden Entscheidungen nach demokratischen Maßstäben nicht geeignet zu sein.

Dennoch mag eine Ausrichtung der Kommission an den Interessen von Betroffenen und eine bedarfsgerechte Rechtssetzung als politisch wünschenswert erachtet werden. Da-

durch kann die als Akzeptanz verstandene Legitimität der europäischen Entscheidungspraxis, insbesondere der Kommission, erhöht werden. Keineswegs sollten die Begriffe Legitimität und Legitimation vertauscht werden. Während die Akzeptanz der Entscheidungen als rein faktische Größe eine stets im Wandel befindliche und von vielen Faktoren, unter anderem von der Entscheidungs- und Mitwirkungsmacht der Bürger, beeinflusste Größe ist, ist die Frage nach der Legitimation nicht rein faktisch, sondern normativ aufgeladen. In einem System der repräsentativen Demokratie, für welches sich die Europäische Union in Art. 10 I EUV entschieden hat, erfolgt die Beteiligung der Bürger durch Wahlen und Abstimmungen, die sodann wiederum demokratischen Grundsätzen genügen müssen. Die vorgestellten Beteiligungsmodelle genügen diesen Anforderungen wie gezeigt nicht, weshalb sie nicht zur demokratischen Legitimation beitragen können.

Entsprechend sollte man den politisch-inhaltlichen Legitimitäts-Diskurs von der Frage nach der gesetzgeberischen Legitimation entkoppeln. Durch eine Betonung der Beteiligungsmodelle in der Öffentlichkeitsarbeit der Kommission werden vermeintlich legitimierungsstiftende Effekte überbewertet. Sie dienen insbesondere der Kommission als Argument in der politischen Auseinandersetzung und Aushandlung von Kompetenzen und Positionen. Gerade durch eine Quantifizierung der Beteiligung in den Kommissionsdokumenten wird eine besonders hohe Relevanz suggeriert, welche den Anschein von tatsächlich nicht existenter Repräsentativität erweckt.

So lassen sich auch unpopuläre, infolge rationaler Abwägungen getroffene Entscheidungen⁹⁶ unter dem Deckmantel demokratischer Legitimation präsentieren, wenngleich die demokratische Legitimation der Entscheider wie auch der Entscheidung selbst defizitär bleibt.

⁹⁴ Zu dieser Gefahr *Scharpf*, Reflections on Multilevel Legitimacy, Köln (2007), S. 16; daran anknüpfend ders., Legitimacy in Multilevel European Polity, Köln (2009), S. 20.

⁹⁵ *Princen*, Agenda-setting in the European Union, Journal of European Public Policy 2007, 21, 31.

⁹⁶ Zu diesem Prozess politischer Abwägung *Ruser*, Der (in)diskrete Charme der Technokratie, in: Lehmann/Tyrell, Komplexe Freiheit (2017), S. 203, 213 f.