

Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger (Hrsg.)

Das Ende des repräsentativen Staates?  
Demokratie am Scheideweg

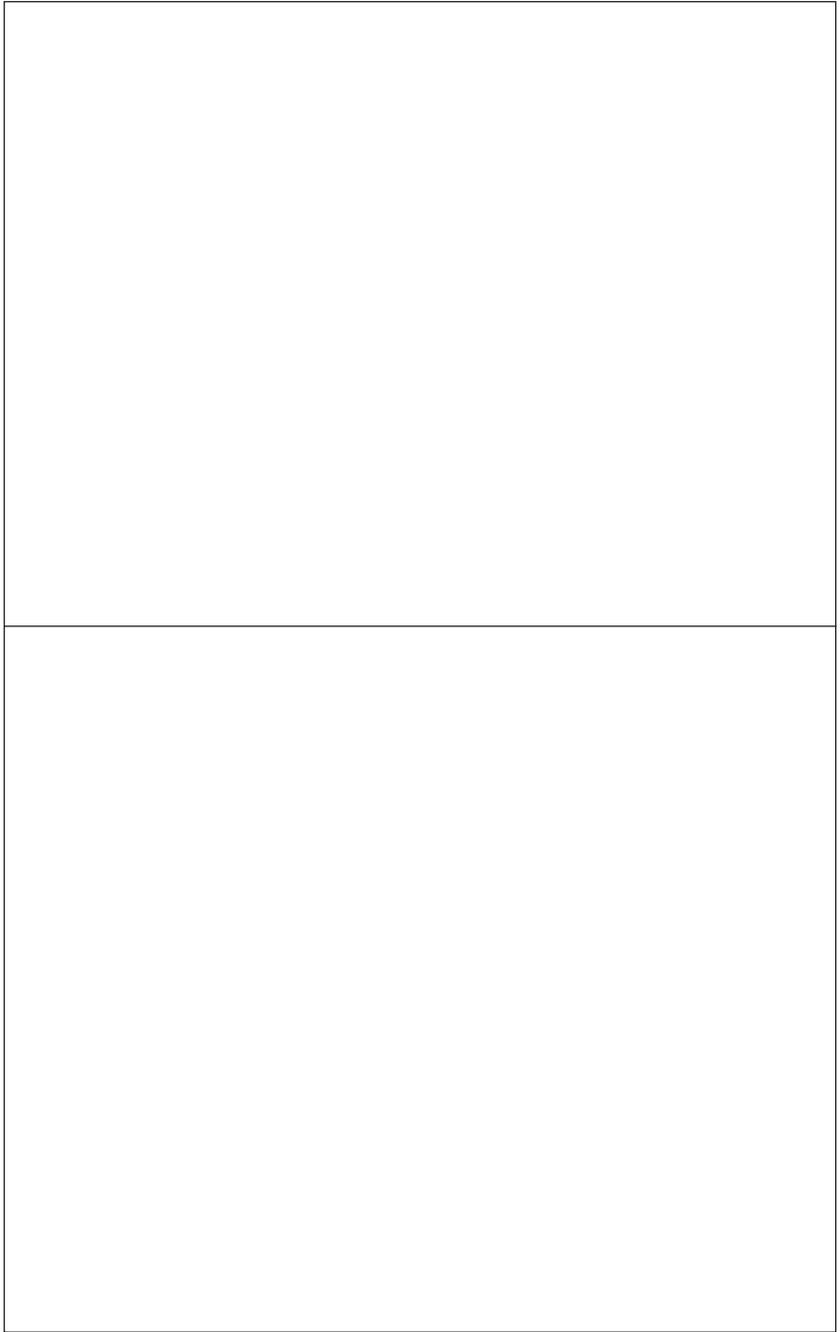
The End of the Representative State?  
Democracy at the Crossroads

Eine Deutsch-Südafrikanische Perspektive  
A German-South African Perspective



**Nomos**





Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger (Hrsg.)

Das Ende des repräsentativen Staates?  
Demokratie am Scheideweg  
The End of the Representative State?  
Democracy at the Crossroads

Eine Deutsch-Südafrikanische Perspektive  
A German-South African Perspective



**Nomos**

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.



**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

**The Deutsche Nationalbibliothek** lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-8487-3023-0 (Print)  
978-3-8452-7407-2 (ePDF)

#### **British Library Cataloguing-in-Publication Data**

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-3023-0 (Print)  
978-3-8452-7407-2 (ePDF)

#### **Library of Congress Cataloging-in-Publication Data**

Botha, Henk / Schaks, Nils / Steiger, Dominik

Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg | The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads

Eine Deutsch-Südafrikanische Perspektive | A German-South African Perspective

Henk Botha / Nils Schaks / Dominik Steiger (eds.)

409 p.

ISBN 978-3-8487-3023-0 (Print)  
978-3-8452-7407-2 (ePDF)

1. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publishers. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to "Verwertungsgesellschaft Wort", Munich.

No responsibility for loss caused to any individual or organization acting on or refraining from action as a result of the material in this publication can be accepted by Nomos or the editors.

## Vorwort

Der vorliegende Band gibt die Vorträge und Kommentare wieder, die im Rahmen der Tagung „Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg/The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads“ am 11. und 12. Juli 2014 an der Freien Universität Berlin gehalten wurden. Gegenstand dieser Tagung waren die Herausforderungen der repräsentativen Demokratie in Südafrika und in der Bundesrepublik Deutschland, welche rechtsvergleichend analysiert wurden.

Eine Tagung dieser Art kann nicht ohne vielfältige Unterstützung zahlreicher Personen gelingen. Für die großzügige finanzielle Förderung zur Durchführung danken wir sehr herzlich der Fritz Thyssen Stiftung, die freundlicherweise auch die Druckkosten übernommen hat, der Konrad-Adenauer-Stiftung, der Freien Universität Berlin (Center for International Cooperation, Fachbereich Rechtswissenschaft und Präsidium), der Ernst-Reuter-Gesellschaft e.V., der Deutsch-Südafrikanischen Juristenvereinigung e.V., dem Nomos Verlag sowie dem Verlag C. H. Beck. Weiterhin danken wir der Fachbereichsverwaltung und den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an den Lehrstühlen Krieger und Sodan, insbesondere Susann Aboueldahab, Jann Ferlemann und Linus Mührel. Für Hilfe bei der Erstellung des Manuskripts danken wir Susann Aboueldahab und Stella Nolze.

Stellenbosch/Mannheim/Berlin, im Februar 2016

*Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger*



## Foreword

The present volume contains the proceedings of the conference “Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg/The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads”, which was held at Freie Universität Berlin on 11-12 July 2014. The challenges of representative democracy in South Africa and Germany were the topic of this comparative law conference.

A conference of this kind cannot succeed without the wide-ranging support of numerous persons. The editors would therefore kindly thank for their generous financial support the Fritz Thyssen Stiftung, which graciously has also covered the printing costs, the Konrad-Adenauer-Stiftung, the Freie Universität Berlin (Center for International Cooperation, Faculty of Law and Executive Board), the Ernst-Reuter-Gesellschaft, the German-South African Lawyers Association and the publishing houses “Nomos” and “C. H. Beck”. Furthermore, we would like to express our gratitude towards the administration of the Faculty of Law, the staff of the Chairs at Freie Universität Krieger and Sodan, especially Susann Aboueldahab, Jann Ferlemann und Linus Mührel. For valuable help with the preparations of the manuscripts we thank Susann Aboueldahab and Stella Nolze.

Stellenbosch/Mannheim/Berlin, February 2016  
*Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger*



## Inhaltsverzeichnis / Table of Contents

Grußwort <i>Cosima Möller</i>	13
Zur Zukunft der Demokratie <i>Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger</i>	17
On the Future of Democracy <i>Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger</i>	33
<b>1. Diagnose: Der Legitimationsverlust des Staates / Diagnosis: The State's Loss of Legitimacy</b>	
Repräsentanten unter Druck: Zwischen Vertrauensverlust und Ohnmacht <i>Christian Calliess</i>	51
Democratising South Africa: Towards a 'Conflictual Consensus' <i>Christi van der Westhuizen</i>	75
Perspektiven der repräsentativen Demokratie <i>Jan Philipp Schaefer</i>	103
The South African "Secrecy Act": Democracy Put to the Test <i>Jonathan Klaaren</i>	131
Das Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung im demokratischen Staat <i>Elke Gurlit</i>	157

**2. Reformmöglichkeiten: Wege zu verbesserter  
Repräsentation / Curing the System: The Road to Better  
Representation**

Migration, Representative Democracy and Residence Based Voting  
Rights in Post-Apartheid South Africa and Post-Unification  
Germany (1990-2015) 173

*Wessel le Roux*

Ende der repräsentativen Demokratie? Eine Staatsform vor der  
Alternative ihrer selbst 201

*Otto Depenheuer*

Institutional Renaissance or Populist Fandango? The Impact of the  
Economic Freedom Fighters on South Africa's Parliament 219

*Richard Calland/Shameela Seedat*

Abgeordnete zwischen Parteibindung, Regierungsdisziplin und  
neuen Formen der Partizipation 249

*Sophie-Charlotte Lenski*

Civic Dignity as the Basis for Public Participation in the Legislative  
Process 257

*Barbara E. Loots*

Baden-Württemberg zwischen Wählen, Mitreden und Entscheiden –  
Mehr Partizipation als Regierungsauftrag 273

*Fabian Reidinger*

**3. Weiterentwicklung des Systems: Elemente direkter  
Demokratie und ihre Auswirkungen / Enhancing the System:  
Direct and Participatory Democracy**

Direkte Demokratie? Gefahren und Chancen für das repräsentative  
System 293

*Peter M. Huber*

Exekutive Entscheidungen und Partizipation: Verbesserung der Steuerungsfähigkeit des Staates und der Legitimität staatlichen Handelns? <i>Jan Ziekow</i>	311
Participation in Executive Rule-Making: Preliminary Observations towards a Conceptual Framework <i>Petrus Maree</i>	337
Gewaltenteilung als Mittel zur Konzeptualisierung von Partizipation <i>Dominik Steiger</i>	355
Democratic Participation and the Separation of Powers <i>Henk Botha</i>	385
Autorenverzeichnis	403
Index of authors	407



## Grußwort

*Cosima Möller*

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen aus Südafrika und aus Deutschland, sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrter Herr Botha, lieber Herr Schaks, lieber Herr Steiger,

es ist eine Ehre und eine Freude für mich, dass ich Sie heute als Dekanin des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin zur Tagung „Das Ende des repräsentativen Staates? – Demokratie am Scheideweg“ begrüßen und herzlich willkommen heißen darf.

Sie haben sich zu einer wohlgedachten und konzeptionell überzeugenden Tagung eingefunden, die auf einer dauerhaften Kooperation mit der Universität Stellenbosch aufbauen kann und so den 20. Jahrestag der ersten demokratischen Verfassung in Südafrika und der südafrikanischen Parlaments- und Präsidentschaftswahl im Mai 2014 zum Anlass nehmen kann, aktuelle Debatten im Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip aus rechtswissenschaftlicher und vergleichender Perspektive zu beleuchten. In einem Dreischritt soll eine Diagnose von Problemen stattfinden, die zu einer Suche nach Möglichkeiten eines Reformkonzepts führt. Dieses Konzept ist ausgerichtet auf die Verbesserung des Repräsentationsprinzips. Diesem Ansatz wird in der dritten Stufe die Analyse vorhandener oder diskutierter Elemente der direkten Demokratie an die Seite gestellt, die getreu der Mahnung aus römischer Zeit, das Ende bzw. die Folgen zu bedenken, die Auswirkungen dieser Elemente untersucht. So scheint es mir der Konzeption nach um eine evolutionäre Betrachtungsweise zu gehen, die durch den zuspitzenden Titel, in dem die Frage nach dem Ende des repräsentativen Staates gestellt wird, einen provokativen Anreiz enthält oder aber die Gefahren einer Abkehr vom Repräsentationsprinzip evoziert.

Die sorgfältige Komposition der Tagung zeigt sich inhaltlich, aber auch von der Wahl der Referenten her. Den beiden Organisatoren und Nachwuchswissenschaftlern, Herrn Schaks und Herrn Steiger, gebührt schon dafür Dank und Anerkennung. Diese Anerkennung hat bereits dadurch Ausdruck gefunden, dass diese Veranstaltung auch aus Mitteln des Fachbereichs Rechtswissenschaft und des Präsidiums unterstützt worden ist.

Sowohl vom wissenschaftlichen Anspruch her als auch wegen des internationalen Zuschnitts fügt sie sich bestens in das Konzept einer Exzellenzuniversität mit einer expliziten Internationalisierungsstrategie. An meinem Fachbereich fügt sich die Tagung besonders gut in eine bedeutende Tradition im öffentlichen Recht, die ja im inhaltlichen Zuschnitt sowohl durch die verfassungsrechtliche wie durch die verwaltungsrechtliche Perspektive genutzt wird und die durch die Beachtung der Komplexität von Mehrebenensystemen die europa- und völkerrechtliche Perspektive einbindet, die je eigene, neue Herausforderungen für das Demokratieprinzip enthalten.

Als Fachvertreterin des bürgerlichen Rechts und des römischen Rechts kann ich darüber hinaus einer vergleichenden Betrachtung der Verfassungslage in Südafrika und Deutschland noch eine weitere Komponente abgewinnen. Der Einfluss des Grundgesetzes auf die Gestaltung der Verfassung der Republik Südafrika ist sicher der naheliegende Hauptanknüpfungspunkt für den Vergleich. Doch ist die Verfassung nicht losgelöst von den anerkannten und weiter gepflegten Grundlagen des Zivilrechts zu sehen. Hier besteht eine Verbindung durch das römische Recht, das in Südafrika über das römisch-holländische Recht von Hugo Grotius, dem Vater des Völkerrechts, rezipiert worden ist. Wie ich durch die Veröffentlichungen unseres Kollegen Reinhard Zimmermann, der sieben Jahre als Professor für römisches Recht in Kapstadt tätig war, gelernt habe, ist in Südafrika in einer späteren Entwicklungsphase eine weitere Rechtsschicht, nämlich das englische Recht, hinzugekommen. So ist im südafrikanischen Recht eine reiche Erfahrung mit der Anverwandlung von außen herangetragener Strukturen vorhanden, wie die südafrikanischen Kollegen sehr viel besser wissen als ich.

Eine verlässliche Privatrechtsordnung, die den Menschen in den Mittelpunkt stellt und rechtliche Formen zur Verwirklichung persönlicher Freiheit und zum Schutz und zur Mehrung des Vermögens bereithält und die einen gerechten Ausgleich unterschiedlicher, z.T. gegensätzlicher Privatinteressen erstrebt, ist ein wichtiger Pfeiler für jede staatliche Ordnung. Der Gedanke, dass damit eine für alle akzeptable Festlegung stattfindet, die von Experten ausgestaltet wird und die wiederum von Experten auf der Stufe der Konkretisierung, nämlich bei der Vertragsgestaltung oder in der Rechtsprechung, angewendet wird, enthält auch ein Element von Repräsentation. Ob hier die Volksgeistlehre Friedrich Carl von Savignys wirkt, die in Abweichung vom natürlichen Wortsinn von Volksgeist nicht das Volk befragt, sondern die Juristen zu Interpreten des Volksgeists beruft, lasse ich offen. Die Anerkennung solchen Expertenwissens einerseits und

andererseits die Unzufriedenheit mit dem Abstand von den Betroffenen, dem Volk, zeigt sich im Zivilrecht zum Beispiel in Phasen der Kodifikation, der Reform oder konkreter Herausforderungen durch veränderte Wertvorstellungen und deren Bewältigung durch die Rechtsprechung. Diese vergleichende Perspektive zum Zivilrecht könnte ein reizvoller Beitrag sein, um die Diagnoseinstrumente zu bereichern und Einblicke in Möglichkeiten beizusteuern, die im Zivilrecht oder speziell in der Kodifikationsgeschichte genutzt wurden und werden. Dazu gehört im aufgeklärten Preußen des 18. Jahrhunderts der Aufruf des Königs, Friedrichs des Großen, Verbesserungsvorschläge für das im Entwurf vorgelegte preußische Allgemeine Landrecht (A.L.R.) vorzubringen. Transparenz und Partizipation sieht man hier als Ziele verwirklicht.

Auf der Ebene staatlicher Entscheidungsfindung haben schon bedeutende Philosophen Mischsystemen den Vorzug gegeben. Ciceros Schriften, die ein Lob der römischen Republik auf diese Mischung aus demokratischen, aristokratischen und monarchischen Elementen stützen, haben eine ungeheure Wirkung gehabt, die vielleicht am einfachsten damit zu erklären ist, dass Friedrich der Große den schlesischen Philosophen Christian Garve um eine Übersetzung ins Deutsche gebeten hat. Die Mischverfassung wird auch deswegen als ideal vorgestellt, weil die Entscheidungsfindung auf einem Prozess des Aushandelns beruht, der eine weitgehend konsensuale Gestaltung des Staatswesens und der in ihm getroffenen Entscheidungen anstrebt. Das Repräsentationsprinzip könnte man auf einer abstrakten Ebene mit einem aristokratischen Prinzip parallelisieren. Es führt jedenfalls zu einer Vermittlung des Volkswillens. Der damit verbundene Verlust an Unmittelbarkeit der Artikulation wird im günstigen Fall durch den Vorteil der Expertise und ein hohes Verantwortungsbewusstsein aufgewogen. Er wird aber auch durch verschiedene Beteiligungsformen aufgefangen, die durch Transparenz und Kommunikation gestärkt werden.

Ihrem Streben nach Klärungen der aktuellen Lage und nach dem Entwickeln von Perspektiven für den repräsentativen Staat möchte ich nun keinesfalls länger im Wege stehen. Ich wünsche der Tagung einen guten Verlauf.



# Zur Zukunft der Demokratie

*Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger*

## *A. Einleitung*

Die Legitimation von Staatsgewalt steckt in der Krise, so liest man es allerorten. Die Zukunft der repräsentativen Demokratie sei unsicher, die Postdemokratie wird ausgerufen. Eine der drängendsten staatsrechtlichen und -politischen Diskussionen der letzten Jahre beschäftigt sich dementsprechend mit der Frage, ob und inwiefern das repräsentative System an seine Grenzen stößt und wie die Demokratie neu zu beleben ist.

Die bisherige Form der parlamentarischen Repräsentation gerät dabei von zwei Seiten unter Druck: Zum einen wird vielfach ein Vertrauensverlust der Repräsentierten in die politische Klasse beklagt. Dieses fehlende Vertrauen ist nicht neu. Zum anderen – und dies ist zumindest in dieser Form neu – besteht ein Ohnmachtsgefühl der Repräsentanten, die sich multiplen und immer komplexeren Anforderungen ausgesetzt sehen, die an sie von der Regierung, den Verfassungsgerichten, den „Märkten“ sowie aufgrund der überstaatlichen Integration herangetragen werden. Das deutet darauf hin, dass Reparaturarbeiten am parlamentarischen System von Nöten sind.

Die Debatte entzündet sich aber nicht nur auf der parlamentarischen Ebene, sondern auch auf der Verwaltungsebene. Angesichts vehementer Proteste gegen Großvorhaben – beispielsweise gegen Stuttgart 21 und gegen Vorhaben im Rahmen der Energiewende – ist die Idee der Partizipation in den Mittelpunkt der Debatte gelangt. Die Politik in Deutschland reagiert – im Bund und in den Ländern in unterschiedlichem Maße – auf die neu entstandene Erwartungshaltung der Bürger durch die Einräumung einzelner Formen von Bürgerbeteiligung. Dazu gehören das Standortwahlgesetz oder die Einführung einer frühen Bürgerbeteiligung im Verwaltungsverfahren. Es scheint, als ob der Staat seine Regelungsziele immer weniger mittels der altbewährten, aber nicht mehr voll akzeptierten Handlungsformen erreichen kann.

Diese Diskussion beschränkt sich nicht auf Deutschland. Weltweit sehen sich traditionelle Demokratiekonzepte herausgefordert. Bürgerinnen

und Bürger fühlen sich nicht ausreichend repräsentiert und begehren auf. Auch in Südafrika ist ein solches Phänomen zu beobachten. Hier herrscht große Unzufriedenheit mit dem politischen System und seinen Repräsentanten. Dies äußert sich in zum Teil gewaltsamen Protesten – Südafrika ist hier weltweit führend: Nahezu täglich finden gewaltsame Aktionen statt. Die Ursachen hierfür sind ebenso komplex wie vielschichtig und umfassen eine mangelhafte Daseinsvorsorge (wie z.B. Unterbrechungen in der Stromversorgung), Korruption, Gewalt seitens der Polizei sowie einen Mangel an demokratischer Rechenschaft der lokalen Hoheitsträger. Trotz zahlreicher Unterschiede zwischen Südafrika und Deutschland ist Südafrika als Vergleichsland besonders geeignet, denn es teilt mit Deutschland ein ähnliches politisches System. Die südafrikanische Verfassung, die 2014 ihren 20. Jahrestag feierte, baut – wie das Grundgesetz – auf der Menschenwürde und den Menschenrechten auf und sieht ein föderales parlamentarisches System sowie eine starke Stellung des Verfassungsgerichts vor. Beide Verfassungen beruhen auf Unrechtserfahrungen der Vergangenheit und wollen eine menschliche, rechtsstaatliche und demokratische Gegenwart und Zukunft sichern. Wie derzeit in Deutschland kann sich auch die Regierung in Südafrika auf eine überdeutliche Mehrheit im Parlament stützen. Allerdings wird Deutschland von einer Koalitionsregierung regiert, während in Südafrika eine einzige Partei, der Afrikanische Nationalkongress (ANC), regelmäßig mehr als 60% der Stimmen auf sich vereinigt; zuletzt anlässlich der Parlamentswahlen im Mai 2014. Die Rechtswissenschaft und die Verfassungsgerichtsbarkeit in beiden Ländern beschäftigen sich mit diesen Entwicklungen und erkennen neue – und jeweils unterschiedliche – Formen demokratischer Partizipation an.

Ziel des hier vorgelegten Tagungsbandes ist es, diesen Wandel der Staatsgewalt und die damit verbundenen Herausforderungen des Demokratieprinzips zu diskutieren und Lösungsansätze zu entwickeln. Nach einer ersten Diagnose des Legitimationsverlustes des repräsentativen Staates (B.) werden Heilungsmöglichkeiten innerhalb des repräsentativen Systems ausgelotet: wie lässt sich die Repräsentationsbasis einerseits und die Stellung der Repräsentanten andererseits verbessern, um Legitimation zu stärken (C.)? In einem weiteren Schritt soll das existierende demokratische System auf anderer Ebene weitergedacht werden und es wird gefragt, inwieweit mehr Partizipation helfen kann, die Legitimation des Staates zu stärken (D.), bevor schließlich ein zusammenfassender Ausblick gewagt wird (E.).

*B. Diagnose: Der Legitimationsverlust des Staates*

Der Legitimationsverlust des Staates lässt sich auf viele Faktoren zurückführen, die teils unabhängig voneinander existieren, in weitaus größerem Maße aber miteinander verbunden sind und sich gegenseitig verstärken. Dazu gehören Internationalisierung und Europäisierung, also die zunehmende Macht internationaler Institutionen wie der WTO oder der EU, die selbst nicht vollumfänglich den tradierten Anforderungen an eine demokratische Ordnung genügen; Privatisierungen und der damit einhergehende Rückzug des Staates und der zunehmende Einfluss nicht-staatlicher Akteure wie der (Finanz-)Wirtschaft; sinkendes Wachstum und steigende sozio-ökonomische Ungleichheit; Kriege und Migration in seit 1945 unbekanntem Ausmaße; der Aufstieg des Parteienstaates; die (behauptete) Dominierung des politischen Prozesses durch nicht gewählte Eliten; die Entfremdung der gewählten Eliten vom Volk sowie der Ausschluss vieler gesellschaftlicher Gruppen aus der Willensbildung in Staat und Gesellschaft. Die Finanz- und Staatsschuldenkrise wirkt wie ein Katalysator für all diese Probleme, die jedoch bereits zuvor erkennbar waren. Angesichts dieser Schwierigkeiten ist dem Staat die Handlungshoheit vielfach entglitten, der Staat stößt an seine Grenzen.

I. Von zentraler Bedeutung ist das Parlament als Herzkammer des demokratischen Staates. Geht das Vertrauen in das einzige unmittelbar gewählte Staatsorgan verloren, so strahlt dies auf das gesamte politische System aus. Die Antworten des Parlaments auf diesen Kontrollverlust stellen aber unter Umständen einen Teil des Problems dar, diagnostiziert Christian Calliess in seinem Beitrag *Repräsentanten unter Druck: Zwischen Vertrauensverlust und Ohnmacht*. Gesetze zeichnen sich durch eine verstärkte Hinwendung zum Verwaltungsstaat aus, indem Aufgaben auf die Verwaltung und auf Experten übertragen werden. Die Regelungstechnik, derer sich der Deutsche Bundestag bedient, ist die der verstärkten Nutzung unbestimmter Rechtsbegriffe. Die „nachnormschöpferische Phase“ – d.h. der Vollzug von Gesetzen (im Sinne einer erstmaligen Konkretisierung) im modernen Verwaltungsstaat – stellt aber eine Gefahr dar, da sie die Verwaltung stärkt, die selbst weniger stark legitimiert ist. Außerdem werden häufiger Private in die Normerzeugung involviert. Jedoch handelt es sich dabei keineswegs um die Eröffnung einer Beteiligungsmöglichkeit für alle Bürger, sondern nur für besonders „interessierte Kreise“ – die selbst nicht demokratisch legitimiert sind. Eine solche Form von „Partizipation“ ist offensichtlich weniger Lösung als eher Teil des Problems. Christian Calliess

belässt es nicht bei einer Diagnose, sondern bietet erste Lösungsvorschläge für eine Stärkung des Vertrauens der Bürger in das Parlament an. Wesentlich ist, dass das Parlament den von der Verfassung vorausgesetzten und verlangten Einfluss behält und ausfüllt, u.a. indem der Gesetzgeber mit Hilfe seiner Gesetze sicherstellt, dass die Verwaltung etwa private Normgebung – z.B. von Ratingagenturen – nicht kritiklos übernimmt. Auch muss das Parlament eigenständig über wesentliche Fragen, etwa die Euro-Rettung, entscheiden. Vor allem aber folgt aus der Überlassung von Entscheidungsbefugnissen an die Verwaltung, dass als Ausgleich für die Absenkung des materiellen Schutzes des Einzelnen – werden Gesetze immer abstrakter, so gewähren sie auch weniger subjektive materielle Rechte – die Verfahrensrechte des Einzelnen und damit die Partizipation gestärkt werden muss.

Auch in Südafrika schwindet die Kraft des Parlaments als Repräsentationsorgan. Die südafrikanische Demokratie steht im Vergleich zu Deutschland darüber hinaus vor der besonderen Schwierigkeit, dass die Verfassung erst 20 Jahre jung und faktisch davon beeinflusst ist, dass viele Bürger sozio-ökonomisch ausgegrenzt sind. Das Versprechen von materieller Gleichheit durch Demokratie konnte für weite Teile der Bevölkerung noch nicht eingelöst werden. Die andauernde wirtschaftliche Ausgrenzung, zusammen mit einem reduktionistischen Verständnis von Demokratie als bloßem Wahl-Prozess, führt zu Unzufriedenheit gegenüber dem repräsentativen System. Das Parlament wird in Südafrika als verlängerter Arm der herrschenden Partei ANC betrachtet. Korruption grassiert, bestechliche Abgeordnete scheinen mehr Erfolg auf den Wiedereinzug in das Parlament zu haben als nicht korrupte Abgeordnete. Christi van der Westhuizen wirft in ihrem Kommentar *Democratising South Africa: Towards a 'Conflictual Consensus'* die Frage auf, inwieweit die Idee der Repräsentation – wie sie üblicherweise in den westlichen Demokratien verstanden wird – Quelle der Unzufriedenheit sein kann. Kritikpunkt ist der punktuelle, nur in mehrjährigem Abstand wiederkehrende Bürgereinfluss und die insgesamt schwache Rückkopplung zwischen Repräsentierten und Repräsentanten. Das Verfassungsprinzip der Responsivität (s. hierzu auch den Beitrag von Barbara Loots) könne zwar Abhilfe schaffen, aber nicht, wenn es bloß formalistisch und ohne Überzeugung angewendet werde. Anschaulich verdeutlicht Christi van der Westhuizen anhand eines aktuellen Beispiels, das Korruption, den Wahlerfolg einer populistischen Partei und den unkonventionellen Umgang mit parlamentarischen Regeln verbindet, die Schwierigkeiten der jungen parlamentarischen Demokratie in Südafrika. Aufgrund

ihres Wahlerfolgs sind die Economic Freedom Fighters (EFF), eine links-populistische Partei, seit 2014 erstmals im südafrikanischen Parlament vertreten. Die Partei bricht in vielerlei Hinsicht mit den jungen parlamentarischen Traditionen. Entsprechend der Schlussfolgerung des „Public Protector“ in dem Bericht zum privaten Hausausbau des Staatspräsidenten Jacob Zuma mit Steuergeldern forderten Abgeordnete der EFF immer wieder die Rückzahlung der Kosten i.H.v. umgerechnet 18,7 Millionen Euro. Für diese im Parlament vorgebrachte Forderung wurden EFF Parlamentarier schon mehrfach von der Polizei unter Anwendung von Zwang aus dem Parlament entfernt. Selbst wenn die Abgeordneten zugegebenermaßen die Geschäftsordnung des Parlaments weit auslegten, führt dieser Umgang dazu, dass Wählerinnen und Wähler sich von Politik und repräsentativer Demokratie abwenden. Hierbei handelt es sich jedoch weniger um ein politisches Desinteresse als vielmehr eine Institutionenverdrossenheit. Entsprechendes dürfte sich auch für Deutschland nachweisen lassen, wo seit längerem anerkannt ist, dass der bekannte Begriff der „Politikverdrossenheit“ nicht ganz treffend gewählt ist. Trotz der Erfolge des ANC in der Überwindung der Apartheid und eines vergleichsweise friedlichen und fairen Übergangs zu einem demokratischen Gemeinwesen, werden der ANC und sein oft eigennütziger Umgang mit Recht und Gesetz für die Verdrossenheit der Bürger mit der Demokratie verantwortlich gemacht.

Jan Philipp Schaefer sieht in seinem Beitrag *Perspektiven der repräsentativen Demokratie* den repräsentativen demokratischen Staat westlicher Prägung nach wie vor als weltweites Leitbild guter staatlicher Ordnung an. Dies gelte obgleich einzelne Einwände sog. postdemokratischer Kritiker berechtigt seien, die richtigerweise auf Schwächen in der Repräsentation und damit der Legitimation verwiesen.

II. Obgleich schon aufgezeigt wurde, dass die Gründe für den Legitimationsverlust vielfältig sind, sticht einer hervor, da er ein Querschnittsthema betrifft: mangelnde Transparenz. Es wird oft vorgebracht, dass ohne Transparenz kein Vertrauen entstehe oder es verloren ginge. Nicht nur lässt sich mit Transparenz Korruption bekämpfen. Mit Transparenz können Bürgerinnen und Bürger zumindest in die Lage versetzt werden, sich ein Bild von den politischen Problemen zu machen und auf diese Weise sowohl ihre eigene Erwartungshaltung als auch die Leistungen der Politik kritisch zu überprüfen. Zudem ist die Herstellung von Transparenz eine Frage der rechtlichen Ausgestaltung und somit durch den Staat selbst leistbar. Der Verweis auf externe Faktoren, wie „die Märkte“, „die Globalisie-

rung“ oder andere nicht beeinflussbare Aspekte, verfährt an dieser Stelle nicht.

Obwohl das Arkanprinzip ein wesentlicher Faktor ist, der zum Schwund von Legitimation beiträgt, darf Transparenz als Voraussetzung einer funktionierenden Demokratie nicht einseitig und überhöht betrachtet werden, betont Jonathan Klaarens Beitrag *The South African 'Secrecy Act': Democracy Put to the Test*. Er nennt als wesentliche Gründe für Defizite in der repräsentativen Demokratie Südafrikas die fehlende Verantwortung von politischen Eliten, eine unzureichend ausgefüllte Rolle des National Council of Provinces als zweiter Parlamentskammer (vergleichbar dem deutschen Bundesrat), dem es nicht gelingt, die Debatten der lokalen und regionalen Ebene auf ein nationales Niveau zu heben, und schließlich eine unzureichende Kontrolle der Geheimdienste. Klaarens Argument für einen abwägenden Umgang mit Transparenz stützt sich auf die folgenden Überlegungen: Erstens kann auch in einem an sich transparenten System Vertrauen zerstört werden, etwa durch Fehlinformationen und Täuschungen. Zweitens kann Transparenz ebenfalls negative Auswirkungen zeitigen, etwa dadurch, dass sich politisches Handeln informalisiert und gänzlich der Kontrolle entzieht. Eine andere Gefahr liegt darin, dass zu viel Hoffnung in Transparenz gesetzt wird. Ein Beispiel aus den Vereinigten Staaten zeigt dies treffend: Die Entscheidung „Citizens United“ des U.S. Supreme Court aus dem Jahr 2010 hat die Schleusen für die Parteienfinanzierung so weit geöffnet wie nie zuvor. Hier hat der Supreme Court unbeschränkte Ausgaben von juristischen Personen für politische Zwecke, d.h. vor allem Wahlkampfunterstützung, erlaubt. Als Schranke für ungezügelt Einfluss von Partikularinteressen auf die Politik benannte das Gericht die zügelnde Kraft von Transparenz. Die Praxis hat indes gezeigt, dass diese Schranke illusorisch ist und die Folge des Urteils ein weitaus höherer Einfluss von Partikularinteressen als je zuvor ist.

In Südafrika wird seit Jahren keine Debatte um einen Gesetzentwurf intensiver und heftiger geführt als die um die 2014 vom Parlament verabschiedete „Protection of State Information Bill“, von den Gegnern auch „Secrecy Bill“ genannt. Dieser Gesetzentwurf schränkt zwar einerseits Transparenz und Öffentlichkeit staatlichen Handelns ein und stellt damit nach Ansicht der Kritiker die Voraussetzungen einer funktionierenden Demokratie in Frage. Andererseits begrenzt er die Anzahl staatlicher Dokumente, die geheimhaltungsbedürftig sind im Vergleich zur bisherigen Rechtslage. So soll Demokratie gestärkt werden und der verfassungsrechtliche Auftrag, das Recht auf Zugang zu staatlichen Dokumenten positiv-

rechtlich auszugestalten, erfüllt werden. Der Gesetzentwurf wurde im September 2013 von Staatspräsident Jacob Zuma an das Parlament zurückverwiesen. Es wird allgemein erwartet, dass im Falle der Verkündung des Gesetzes letztlich das Verfassungsgericht entscheiden wird. Wie in einem Brennglas bündeln sich bei diesem Gesetzgebungsverfahren die mangelhafte Partizipation der Bürger, die Rolle der Medien und ihr Kampf um Macht und Einfluss sowie die mangelnde individuelle Verantwortlichkeit der gewählten Repräsentanten in einem System mit einer herrschenden Partei, die jedoch in zunehmendem Maße um ihre Dominanz fürchten muss.

Ein ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Transparenz-Auftrag besteht in Deutschland nicht. Gleichwohl beruht die parlamentarische Demokratie auch in Deutschland auf einer öffentlichen Diskussion, der Freiheit der Meinungen und dem Zugang zu Informationen. Transparenz ist somit nicht nur ein rechtsstaatliches Instrument, sondern auch eine unabdingbare Voraussetzung für die Demokratie. Dabei ist aber ein Ausgleich von Transparenz und Geheimhaltungsinteressen zu schaffen. Elke Gurlit argumentiert in ihrem Kommentar *Das Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung im demokratischen Staat*, dass das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) von 2005 diesen Ausgleich nicht vollständig erreicht und staatlichen Geheimhaltungsinteressen ein zu großes Gewicht zumisst, wie u.a. die Bereichsausnahmen für die Geheimdienste belegen. Gefahren für die Demokratie bestehen aber nicht nur durch den Staat selbst, sondern auch durch private Akteure. Insbesondere Unternehmen wie Facebook, Google und Co. stellen aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung sowie ihres Wissens über jeden Einzelnen eine Bedrohung für individuelle Freiheiten dar. Hierauf muss der Staat reagieren. Auch dies kann Legitimation von Staatsgewalt erhöhen. Konsequenterweise plädiert Elke Gurlit daher für eine umfassende Informationsrechtsordnung. In beiden Ländern zeigt sich, dass noch Spielraum für Verbesserungen in diesem Bereich besteht.

Die Diagnose des Legitimationsverlustes vermengt sich im ersten Teil des Bandes schon mit den ersten Heilungsvorschlägen. Sie zielen dabei sowohl auf Verbesserungen des repräsentativen Systems als auch seiner Weiterentwicklung durch vermehrte Möglichkeiten der Partizipation ab. Verbesserungen und Weiterentwicklungen stärken die Legitimation staatlicher Gewalt. Es kommt vor allem auf das „Wie“ sowie das richtige Maß an: ein Zuviel an Transparenz kann Legitimation ebenso schwächen wie es ein Zuwenig kann. Das Gleiche gilt für ein Zuviel – oder ein Zuwenig – an

Entscheidungsspielräumen für die Verwaltung oder ein Zuviel an Einfluss von Partikularinteressen. Das richtige Maß ist jeweils Voraussetzung für ein gelungenes demokratisches Gemeinwesen.

### *C. Reformmöglichkeiten: Wege zu verbesserter Repräsentation*

Der Stärkung des repräsentativen Systems selbst scheint in der wissenschaftlichen Diskussion weniger Beachtung geschenkt zu werden. Vielmehr überwiegen die Rufe nach mehr direkter Demokratie und Partizipation. Diese einseitige Fokussierung stellt allerdings eine Vernachlässigung des Fundaments jeder westlichen Demokratie dar. Nur wenn die Basis – und das ist die Repräsentation – trägt, kann der Staat, wie wir ihn heute kennen, bestehen bleiben. Anderenfalls droht tatsächlich das Ende des repräsentativen Staates. Zu den Ansätzen, die zur Stärkung staatlicher Legitimation beitragen können, gehört – mit Blick auf die Repräsentierten – die Ausweitung des Wahlrechts und – mit Blick auf die Repräsentanten – die Stärkung der Rechte des Abgeordneten gegenüber seiner Fraktion und dem Parlament. Schließlich ist zu erwägen, ob nicht auch im repräsentativen System der Gesetzgebungsprozess selbst mit partizipativen Elementen angereichert werden sollte, um so das repräsentative System zu stärken.

I. Eine Reformmöglichkeit stellt die Ausweitung des Wahlrechts dar, indem es von der Staatsangehörigkeit abgekoppelt wird und damit Rechtsunterworfenen allein aufgrund ihrer territorialen Betroffenheit wahlberechtigt werden. Entsprechende Reformgesetze gab es 1989 in Schleswig-Holstein und in Hamburg sowie zuletzt im Jahr 2013 in Bremen. Die entsprechenden Gesetze wurden vom Bundesverfassungsgericht bzw. dem Staatsgerichtshof für die Freie Hansestadt Bremen als verfassungswidrig verworfen. Von vielen wird angesichts einer global erhöhten Mobilität gefordert, dass das als nationalistisch und anachronistisch empfundene Kriterium der Staatsangehörigkeit nicht mehr die entscheidende Grundlage des Wahlrechts sein dürfe. Spiegelbildlich wird in Betracht gezogen, ob nicht auch eine Einschränkung des Wahlrechts die Legitimation des Staates erhöhen könne, indem im Ausland lebende Staatsangehörige – entgegen der in Deutschland sowie in Südafrika jeweils verfassungsgerichtlich sanktionierten Rechtslage – von der Wahl ausgeschlossen werden. Dies wäre insbesondere dann konsequent, wenn allein die territoriale Betroffenheit für das Innehaben des Wahlrechts entscheidend wäre. Die territoriale Rechtsunterworfenheit wäre dann sowohl positiv als auch negativ konstituierend.

Diese Positionen, die Wessel le Roux in seinem Beitrag *Migration, Representative Democracy and Residence Based Voting Rights in Post-Apartheid South Africa and Post-Unification Germany (1990-2015)* einnimmt, sind in Deutschland und Südafrika äußerst umstritten, wengleich in der ersten Wahl Südafrikas nach dem Ende der Apartheid 500.000 Ausländer wählen durften. Die Europäische Kommission für Menschenrechte stellte schon 1997 eine Korrelation zwischen der Betroffenheit des Einzelnen und seinem Wahlrecht her; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat diese Rechtsprechung später mehrfach bestätigt. Es ging hierbei jedoch immer um die Einschränkung des Wahlrechts von Staatsangehörigen, die im Ausland ansässig waren. Dieser Ansicht lässt sich entgegenhalten, dass weiterhin ein Unterschied zwischen der Bevölkerung und dem Volk gemacht werden müsse, da nur eine Einheit repräsentiert werden könne und keine Vielheit. Loyalitätskonflikte seien vorprogrammiert und solche könne sich eine Gesellschaft, die am Ende ihres „Leben[s] im politischen Schlaraffenland“ angekommen sei, nicht leisten, so der vehemente Widerspruch von Otto Depenheuer in seinem Kommentar *Ende der repräsentativen Demokratie? Eine Staatsform vor der Alternative ihrer selbst*.

II. Richtet man den Blick auf den einzelnen Abgeordneten, so stellen sich die Fragen nach seiner Stellung zum Parlament und zur Fraktion. In einer Parteiendemokratie, wie Südafrika und Deutschland es sind, manifestieren sich die Probleme des einzelnen Abgeordneten besonders im Hinblick auf seine Stellung zur eigenen Fraktion. Hier gilt: je stärker die Fraktion, desto schwächer der Abgeordnete. Richard Calland und Shameela Seedat betonen in ihrem Beitrag *Institutional Renaissance or Populist Fandango? The Impact of the Economic Freedom Fighters on South Africa's Parliament*, wie wichtig das parlamentarische Leben für die Legitimation staatlichen Handelns ist und beleuchten so die alte Konfrontation zwischen Redeparlament und Arbeitsparlament neu. Die Autoren nutzen hierfür wie Christi van der Westhuizen das Beispiel der EFF, deuten es aber weitaus positiver. Ihrer Auffassung nach haucht deren Umgang mit den Parlamentsregeln neues Leben in die etablierte Struktur des südafrikanischen Parlaments ein. Ein Bedeutungszuwachs des Parlaments gegenüber der dominierenden Partei des ANC werde sicher stattfinden, auch wenn es sich bei der EFF ironischerweise um eine prinzipienlose und populistische Partei handelt und der Bedeutungszuwachs noch Zeit brauche. Trotz Schwächen der südafrikanischen Verfassung dürfte die Lösung der Probleme weniger in einer Änderung des geschriebenen Verfassungsrechts liegen als vielmehr in einer Änderung der ökonomischen und sozialen Le-

bensbedingungen und der Fähigkeit der Oppositionsparteien, die Exekutive zu kontrollieren und verantwortlich zu halten.

Auch in Deutschland fordert das Verhalten der etablierten und im Bundestag organisierten Parteien Kritik heraus, so etwa wenn aus machtpolitischen Erwägungen ein nicht verfassungsgemäßes Wahlrecht beschlossen wird. Der Staat wird hier zur Beute, so heißt es immer wieder. Für die Wiederbelebung des repräsentativen Systems ist ebenso wichtig, über das „Wie“ – und nicht lediglich das „Ob“ – einer Neuregulierung der Parteienfinanzierung und die Stärkung oppositioneller Minderheitenrechte gerade in Zeiten einer übermächtigen „Großen Koalition“ nachzudenken. Auf diese und andere Probleme geht aus deutscher Sicht Sophie-Charlotte Lenski in ihrem Kommentar *Abgeordnete zwischen Parteibindung, Regieredisziplin und neuen Formen der Partizipation* ein. Sie sagt, anders als es Richard Calland und Shameela Seedat für Südafrika tun, für Deutschland in der nächsten Zeit eine Schwächung und keine Stärkung des Parlaments voraus. Insbesondere der einzelne Abgeordnete – gleichgültig, ob als Teil einer Regierungs- oder einer Oppositionsfraktion – verliert an Einfluss und Bedeutung. Aber auch wenn man den parlamentarischen Raum im engeren Sinne verlässt und das Verhältnis von Partei, Staat und Gesellschaft betrachtet, ist derzeit nicht alles zum Besten bestellt. Nunmehr bemächtigen sich auch die Fraktionen der gesellschaftlichen Sphäre durch ein stetes Mehr an Öffentlichkeitsarbeit, wobei sich z.B. die Öffentlichkeitsarbeit der – öffentlich alimentierten – Regierungsfraktionen nicht wesentlich von der Öffentlichkeitsarbeit der Regierung selbst unterscheidet. Fraktionsmitglieder und deren Mitarbeiter werden vorausschauend mit öffentlichen Ämtern oder Beamtenstellen versorgt, bevor der Ausgang der nächsten Wahl diese Personen „unversorgt“ lässt. Diese Mechanismen lassen den Legitimationsstrang, der vom Volk zum gewählten Abgeordneten führen sollte, zerfasern. Ist jedoch der Wählerwille immer weniger von Bedeutung für den Abgeordneten aufgrund anderer Abhängigkeiten, so kann dies nicht ohne Auswirkung auf die Repräsentation bleiben.

III. Eine weitergehende Stärkung des repräsentativen Systems – bereits an der Grenze zur Einführung direktdemokratischer Elemente auf Bundesebene (D.) – kann auch die Einführung neuartiger partizipativer Elemente in das repräsentative Gesetzgebungsverfahren sein. Bislang finden in den Bundestagsausschüssen gem. § 70 der Geschäftsordnung des Bundestages nur Anhörungen von Experten und Interessensvertretern statt. Das Volk wird indes nicht unmittelbar angehört. Dies ist in Südafrika anders. Zwei

wegweisende Urteile des südafrikanischen Verfassungsgerichts zum verfassungsrechtlich normierten, aber bis dahin kaum konturierten Prinzip der Responsivität staatlichen Handelns haben dazu geführt, dass das Volk in stärkerem Maße als in Deutschland in den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess einbezogen ist. Das Prinzip der Responsivität staatlichen Handelns sieht eine Pflicht des Staates vor, die Bürger einzuladen, sich zu Gesetzesvorhaben zu äußern und diese Äußerungen aufzunehmen und zu berücksichtigen. Verstöße gegen dieses Prinzip haben schon zur verfassungsgerichtlich festgestellten Nichtigkeit von Gesetzen geführt. Barbara Loots stellt in ihrem Beitrag *Civic Dignity as the Basis for Public Participation in the Legislative Process* dieses verfassungsrechtliche Instrument, insbesondere seine Möglichkeiten und Grenzen dar. Sie betont, dass das Prinzip der Responsivität eines der zentralen Elemente der südafrikanischen Verfassung darstelle, auf die Würde des Bürgers zurückgeführt werden könne und das Ziel verfolge, angesichts des Apartheid-Regimes und der damaligen nahezu unbegrenzten Stellung und Macht des Parlaments dieses unter demokratische Kontrolle zu bringen. Mit dem Prinzip der Responsivität stellt die Verfassung sicher, dass Demokratie kein leeres Versprechen bleibe und Menschenrechte – anders als vor 1994 – geschützt werden.

Dass diese Ideen auch auf Deutschland übertragen werden können, zeigt die Landesebene. So hat das Prinzip der Responsivität in Baden-Württemberg Anklang gefunden – wenngleich ein direkter Normentransfer nachweislich nicht stattgefunden hat: in Südafrika ist die Beteiligung zwingend, in Baden-Württemberg lediglich ein freiwilliges Experiment, aber dennoch ein höchst beachtenswertes. Das Land ist in Deutschland Vorreiter in Fragen der Bürgerbeteiligung bei Gesetzgebungsverfahren, die Methoden hinsichtlich der Gesetzgebung ähneln dem südafrikanischen Beispiel. Hier werden die Bürger dazu eingeladen, ihre Meinungen online in den Gesetzgebungsprozess einzubringen. Diese Beiträge werden gelesen und bewertet. Sie finden im Gesetz ebenso Berücksichtigung wie Expertenmeinungen. Fabian Reidinger fragt in seinem Kommentar *Baden-Württemberg zwischen Wählen, Mitreden und Entscheiden – Mehr Partizipation als Regierungsauftrag*, ob dadurch die Akzeptanz von Gesetzesvorhaben in der Bevölkerung steigt oder ob womöglich – im Gegenteil – eine Politisierung zu einer Polarisierung in der Bevölkerung führt und beleuchtet, wie die Abgeordneten – und die Ministerien – dieses „neue“ Instrument annehmen und wie es insoweit zu einer Veränderung der politischen Kultur kommt. Dass dieses Instrument der Bürgerkonsulta-

tion gar nicht revolutionär ist, belegt das Grußwort von Cosima Möller. Sie verweist auf die Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794. Während der langjährigen Vorbereitungen wurden nicht nur Experten an der Ausarbeitung des Gesetzes beteiligt, sondern wurde auch die Bevölkerung zu Vorschlägen ermuntert.

#### *D. Weiterentwicklung des Systems: Elemente direkter Demokratie und ihre Auswirkungen*

Abschließend geht es um die Stärkung der Demokratie durch die Anreicherung des repräsentativen Systems mit direktdemokratischen und partizipatorischen Elementen. Der Begriff der direkten Demokratie bezieht sich traditionell auf die Gesetzgebungsebene. Auf Ebene der Verwaltung wird hingegen zumeist von partizipativer oder deliberativer Demokratie gesprochen. Alle Formen zeichnen aus, dass die Staatsgewalt in einem offenen Prozess an die Gesellschaft rückgebunden wird. Durch Deliberation wird neben der Rückbindung der Staatsgewalt an die Bürger auch ein Interessenausgleich ermöglicht: der Verantwortungszusammenhang zwischen Staatsgewalt und Gesellschaft wird gestärkt, indem der Staat den Bürgern antworten muss. Beteiligung dient außerdem auch der (demokratischen) Kontrolle des Staates durch die Bürger. So verstanden, können die Elemente direkter Demokratie neben der Legislative auch die Beteiligung auf Exekutivebene umfassen.

I. Das Primärbeispiel von Bürgerbeteiligung ist die direkte Demokratie als Form der Gesetzgebung durch Referenda und Volksinitiativen. Obgleich die Diskussion schon länger geführt wird, sah man in Deutschland etwa durch die Koalitionsverhandlungen 2013 und die unterschiedlichen Positionen für die Bundesebene von CSU und SPD einerseits und CDU andererseits die Aktualität dieser Fragen. Außerdem hat Deutschland durch die Einführung und vermehrte Nutzung von Volksgesetzgebung in allen 16 Ländern neue Erfahrungen gesammelt. Sie birgt Chancen und Risiken – die Chancen überwiegen jedoch die Risiken: Voraussetzung dafür ist zunächst, dass repräsentative Demokratie und Parlamentarismus weiter als der Regelfall verstanden werden, betont Peter M. Huber in seinem Beitrag *Direkte Demokratie? Gefahren und Chancen für das repräsentative System*. Direkte Demokratie ergänzt das bestehende System, ersetzt es aber nicht. Schon die geringe Anzahl an erfolgreichen Volksbegehren auf Landesebene zeigt, dass die beschworenen Gefahren wohl geringer als be-

fürchtet sind. Der Nutzen hingegen ist groß. So wirkt direkte Demokratie verzögernd gegenüber dem Druck durch die Internationalisierung und Privatisierung. Außerdem stellt sie ein Gegengewicht zum Parteienstaat dar, der ebenfalls zu den Auslösern eines tiefen Skeptizismus gegenüber dem repräsentativen System zählt. Elemente direkter Demokratie erhöhen Akzeptanz und bringen Rechtsfrieden und werden daher auch auf Bundesebene dringend benötigt.

Eine ähnliche Diskussion zu direkter Demokratie wird in Südafrika nicht geführt. Das mag daran liegen, dass die Verfassung einerseits ein höheres Maß an Beteiligung und Responsivität garantiert, dass aber andererseits dieser verfassungsrechtliche Anspruch in der Realität ohnehin nicht eingelöst wird, wie die zahlreichen Proteste belegen. Das Alltagsleben vieler Südafrikaner ist nach wie vor beeinträchtigt durch Armut, Ungleichheit, soziale Exklusion, mangelnde öffentliche Daseinsvorsorge und Korruption.

II. Sowohl die mögliche Einführung direkt-demokratischer Elemente auf der Ebene der Bundesgesetzgebung als auch der Verwaltungsebene bestimmen die Partizipationsdiskussion der letzten Jahre. Gerade Planungsverfahren für infrastrukturelle Großprojekte (etwa Stuttgart 21, Transrapid, Stromleitungs-Trassen, Kohlekraftwerke) rufen den Widerstand der Bürger hervor. Wesentliche Beachtung hat deshalb Beteiligung im Planungsrecht gefunden, welches den Bürger oft unmittelbarer betrifft als das Handeln der Regierung oder des Parlaments. Dies mag erklären, weshalb die Bürgerbeteiligung an Rechtsverordnungen, die den Großteil der Gesetze ausmachen, dogmatisch unterbeleuchtet ist. Zwar unterscheidet sich Partizipation rechtlich wesentlich danach, ob materiell-rechtliche Gesetze oder Einzelakte erlassen werden sollen. Die tatsächlichen Erwartungen an Partizipation sind aber sehr ähnlich. So geht es um Effektivität der Rechtsverwirklichung, Information, Transparenz, Kontrolle, Akzeptanz und die Kompensation von Defiziten der repräsentativen Demokratie. Diese Erwartungen sind jedenfalls teilweise zu hoch, warnt Jan Ziekow in seinem Aufsatz *Exekutive Entscheidungen und Partizipation: Verbesserung der Steuerungsfähigkeit des Staates und der Legitimität staatlichen Handelns?* Er führt aus, dass allenfalls eine Verfahrens-, aber keine Ergebnisakzeptanz erwartet werden könne. Und auch diese stellt sich nur bei „gut“ durchgeführter Partizipation ein. Damit ist das Kernproblem angesprochen, dass nur die „richtige“ Partizipation die an sie gestellten Erwartungen erfüllen kann, aber „schlecht“ vorbereitete und/oder durchgeführte Partizipation die gegenteiligen Effekte bewirken kann. Kriterien sind Ziel-

klarheit und Formenadäquanz, Konfliktdanalyse, Zeitgerechtigkeit, die Grundsätze der Informiertheit, Fairness und Transparenz sowie Responsivität. Während Partizipation bei Einzelentscheidungen im Verwaltungsverfahren gesetzlich vielfach vorgesehen ist, fehlt es bei Rechtsverordnungen in Deutschland an einer systematischen Einbeziehung der Öffentlichkeit. Eine Stärkung dieser Form der Beteiligung ist verfassungsrechtlich begrenzt: es kann sich immer nur um eine Mitberatung handeln, nicht um Mitentscheidung. Ansonsten würde die im Grundgesetz vorgesehene Verantwortung der Regierung konterkariert werden. Bei der Beurteilung von Partizipation auf Rechtsverordnungsebene ist stets zu beachten, dass eine gesetzliche Grundlage besteht und verfassungsrechtlich bestehen muss. In Abhängigkeit davon, wie stark die gesetzliche Determination ist, strahlt die legitimierende Kraft des Gesetzes in stärkerem oder in schwächerem Maße auf die Rechtsverordnung ab. Gerade in Regelungszusammenhängen die eine hohe gesellschaftliche, ökonomische und/oder wissenschaftlich-technologische Dynamik mit einer entsprechenden Komplexität des Regulierungsrahmens und Ungewissheit der Entscheidungsgrundlagen aufweisen, liegt regelmäßig nur eine geringe gesetzliche Determinierung vor. Insbesondere hier bleibt Raum für die legitimierende Kraft der Partizipation, die ergänzend, aber nicht ersetzend wirkt.

Gespiegelt wird der Aufsatz von Petrus Maree, *Participation in Executive Rule-Making: Preliminary Observations towards a Conceptual Framework*, der u.a. die Frage aufwirft, weshalb Partizipation eine Wirksamkeitsvoraussetzung von Gesetzen, aber nicht von Rechtsverordnungen ist. Er sieht in Südafrika Verbesserungsbedarf hinsichtlich der Bürgerbeteiligung bei Verwaltungsentscheidungen im Unterschied zur Beteiligung der Bürger am Gesetzgebungsverfahren. Er konstatiert für Südafrika – insoweit übereinstimmend mit den deutschen Erfahrungen – bereits einen unzureichenden Zugang zu Verwaltungsinformationen und fordert einen erleichterten Zugang und eine verbesserte Verwaltungskultur.

III. Bislang fehlt es an einem umfassenden und systematischen Konzept zur rechtlichen Erfassung des Wandels der Staatsgewalt hin zu mehr Partizipation. Abschließend stellen sich daher zwei Fragen: Wer ist an der Ausübung öffentlicher Gewalt zu beteiligen? Und: Welche Rechtswirkung soll von der Beteiligung ausgehen? Hierfür müssen alle drei Staatgewalten in den Blick genommen werden. Dabei zeigt sich, dass die verschiedenen Funktionen von Partizipation mit denen der Gewaltenteilungsebene überlappen. Sowohl die Partizipation als auch die Gewaltenteilung beruhen auf dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Effektivitäts-

prinzip. Der Gewaltenteilungsgrundsatz löst darüber hinaus das zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip bestehende Spannungsverhältnis auf, indem er die verschiedenen Staatsaufgaben bestimmten Organen zuordnet. Dominik Steiger argumentiert in seinem Aufsatz *Gewaltenteilung als Mittel zur Konzeptualisierung von Partizipation*, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz auch im Hinblick auf Partizipation die Spannung beider Prinzipien auflösen kann und beide Fragen beantwortet: Auf der Ebene der Judikative dürfen sich grundsätzlich nur Einzelne beteiligen, die in ihren Rechten betroffen sind. Die Entscheidungsmacht verbleibt beim Gericht. Auf Legislativebene muss das Volk neben Personal- auch Sachfragen entscheiden können. Auf Ebene der Exekutive bedarf es für die Bestimmung des Ausmaßes des Einflusses von Partizipation einer genauen Analyse, ob Rechtsstaatlichkeit oder demokratische Willensbildung im Vordergrund stehen. Die Entscheidung wird unabhängig davon immer vom staatlichen Organ getroffen, aber es dürfen sich mal mehr, mal weniger Bürger beteiligen.

Eine solche Theorie der Beteiligung lässt sich auch auf Südafrika und die Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts übertragen. Henk Botha argumentiert zusätzlich – entsprechend dem Titel seines Kommentars *Democratic Participation and the Separation of Powers* –, dass der demokratische Charakter von Partizipation in Südafrika stärker betont werde als im deutschen Kontext, wo Partizipation oftmals sogar als anti-demokratisch verstanden wird. Henk Botha macht jedoch darauf aufmerksam, dass sozio-ökonomische Realitäten nicht ausgeblendet werden dürfen. Partizipationsmöglichkeiten und ihr Erfolg hängen von der Verfügbarkeit von Ressourcen wie Zeit, Geld oder Vertrautheit mit rechtlichen Prozessen ab. Arme und Benachteiligte laufen somit Gefahr, kein Gehör zu finden, welches dem Gewicht und der Dringlichkeit der Anliegen entspricht. Die Grenze zwischen individueller und kollektiver Beteiligung muss deshalb so gezogen werden, dass sie die Effekte tiefsitzender struktureller Ungleichheit berücksichtigt. So sei der Einfluss der Gerichte auf die Ermöglichung demokratischer Willensbildung und auf kollektive Selbstbestimmung als Korrektiv zum Parlament weitaus wichtiger als in Deutschland. Ebenso sei aufgrund der vielen Minderheiten in Südafrika sicherzustellen, dass diese besondere Partizipationsmöglichkeiten in Gesetzesverfahren Eingang erhielten, die sie besonders betreffen.

*E. Fazit*

Die hier von deutschen und südafrikanischen Referentinnen und Referenten vorgelegten Aufsätze, die jeweils aus ihrem Land und ihrer Perspektive die Probleme und entsprechende Lösungsmöglichkeiten darlegen und diskutieren, zeigen, dass die Debatte in den verschiedenen Bereichen unterschiedlich weit fortgeschritten ist. Beide Staaten könnten somit von den Erfahrungen der jeweils anderen Jurisdiktion profitieren.

Gemeinsamkeit besteht insoweit, als die rechtliche Ausgestaltung des repräsentativen Systems zwar bedeutsam, für sich allein jedoch kein hinreichender Garant für eine funktionierende Demokratie ist. Die Lebenswirklichkeit der Bevölkerung muss ebenfalls berücksichtigt werden. Hierzu gehören auch Erwartungen an das System bzw. diesbezügliche Haltungen sowie das Verständnis der Rolle des Individuums. Die Anreicherung der parlamentarischen Demokratie mit zusätzlichen partizipativen Elementen dürfte zum Zwecke der Stärkung von Legitimität vermehrt gefordert und dementsprechend umgesetzt werden. Wie auch Transparenz ist Partizipation – unabhängig davon, ob sie auf legislativer oder administrativer, nationaler oder lokaler Ebene stattfindet – kein Selbstzweck und kein Allheilmittel. Sie ist ein Instrument, um bestimmte Zwecke zu fördern und Ziele zu erreichen. Dazu gehören Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Effektivität staatlichen Handelns. Je nach Kontext kann Partizipation nützlich und sinnvoll sein. Stets muss ihr Einsatz durchdacht sein, sonst werden die geweckten Erwartungen enttäuscht und das Gegenteil dessen bewirkt, was erreicht werden sollte. Auch jenseits der rechtlichen Ausgestaltung der Verfassung sowie der Rechtsordnung insgesamt liegen zu berücksichtigende Gelingensbedingungen. Demokratie ist abhängig von Voraussetzungen und Wirkmechanismen kultureller, politischer, sozialer und ökonomischer Art, welche durch Demokratie weder erzwungen noch dauerhaft garantiert – aber doch beeinflusst werden können.

Die Aufsätze zeigen: Die repräsentative Demokratie hat Zukunft, sie muss sich jedoch weiterentwickeln. Um es im Sinne Giuseppe Tomasi di Lampedusas zu sagen: Wenn wir wollen, dass die Demokratie so bleibt wie sie ist, dann muss sich vieles ändern. Welche Änderungen denkbar, wünschenswert und (verfassungsrechtlich) umsetzbar sind, ist Gegenstand dieses Bandes.

# On the Future of Democracy

*Henk Botha/Nils Schaks/Dominik Steiger*

## *A. Introduction*

The legitimacy of the state's authority is in crisis, as one is informed from all quarters. The future of representative democracy is in danger, and the era of post-democracy has been proclaimed. One of the most pressing constitutional and policy discussions in recent years has accordingly been whether, and to what extent, the representative system has reached its limits and how democracy can be revitalised.

In this regard, pressure is being exerted on the traditional forms of parliamentary representation from two sides. On the one hand, the political class frequently deplores the loss of confidence among the represented. This lack of confidence is not new. On the other hand – and this is new, at least in this form – there is a feeling of helplessness amongst the representatives, who feel that they are being confronted by multiple and increasingly complex issues which they are required to deal with by governments, constitutional courts and “markets”, or which are pressed upon them by processes of supranational integration.

The debate has not only been ignited at the parliamentary level but also at the administrative level. In view of the vehement protests against major projects – for example, against Stuttgart 21 and against the plans for the transformation of the energy system – the debate has now come to focus on participation. Politicians in Germany have reacted – in differing degrees at the federal and the state levels – to the newly emerging expectations of the citizens by the introduction of means of sporadic forms of public participation. Examples include legislation on finding a final disposal site for nuclear waste and the introduction of early public participation in administrative procedural law. It appears as if the state is increasingly unable to achieve its regulatory purposes by means of the traditional legal instruments, which are no longer fully accepted.

This discussion is not limited to Germany. All over the world, traditional concepts of democracy are being challenged. Citizens who no longer feel that they are properly represented, are increasingly resorting to

protests and popular mobilisation. In South Africa, a similar phenomenon can be observed. Here, there is great dissatisfaction with the political system and its representatives. In part, this finds expression in violent protest – South Africa is sometimes called the global leader in this regard. Violent action occurs almost on a daily basis. The causes for this are as complicated as they are multi-layered and encompass inadequate public services, including interruptions in the supply of electricity, corruption, the violent use of force by the police, as well as a lack of democratic accountability on the part of local public authorities. Despite numerous differences between South Africa and Germany, South Africa is particularly suitable as a comparative country because it shares a similar political system with Germany. The post-apartheid constitutional order, which celebrated its 20<sup>th</sup> anniversary in 2014, is founded – like the Basic Law of the Federal Republic of Germany – on human dignity and human rights, and provides for a federal parliamentary system as well as a powerful constitutional court. Both constitutions are based on the experience of injustice in the past and seek to ensure a humane constitutional and democratic present and future. As is currently the case in Germany, the government in South Africa can also rely on a substantial majority in Parliament. However, Germany is governed by a coalition government, while in South Africa a single party, the African National Congress (ANC), regularly receives more than 60% of the total vote – most recently during the parliamentary elections in May 2014. Legal academics and the courts in both countries have considered these developments and have recognised new – and different – forms of democratic participation.

The present conference proceedings aim to discuss these changes in relation to the state's authority and the associated challenges to the principle of democracy, as well as developing possible solutions. After the initial diagnosis of the loss of the legitimacy of the representative state (B.), possible cures inherent in the representative system itself are explored: how can one improve the basis of representation, on the one hand, and the position of the representatives, on the other hand, to strengthen legitimacy (C.)? In a further step, the existing democratic system is considered from a different perspective by asking to what extent more participation can help to strengthen the legitimacy of the state (D.), before, finally, venturing to provide a summarised outlook (E.).

*B. Diagnosis: The State's Loss of Legitimacy*

The loss of the legitimacy of the state can be attributed to many factors that exist, in part, independently of each other, but to a far larger degree are interlinked and mutually reinforcing. These include: Internationalisation and Europeanisation, in other words the increasing power of international institutions, such as the WTO or the EU, that do not fully satisfy the traditional requirements of a democratic order; privatisation and the consequential withdrawal of the state and the increasing influence of non-state actors, such as corporate finance; declining growth; wars and migration in a magnitude that has been unknown since 1945; the rise of the party state; the (alleged) domination of the political process by unelected elites; the alienation of elected elites from the people; the exclusion of many social groups from the decision-making processes of the state and society; and, finally, increasing socio-economic inequality. The financial and sovereign debt crisis has acted as a catalyst for all these problems, which were however already recognisable before. In view of these difficulties, the state has frequently lost its authority to act, so that the state is reaching its limits.

I. Parliament as the ventricle of the democratic state is of vital importance. If confidence is lost in the only directly elected organ of the state, this will taint the entire political system. However, the answers provided by Parliament in respect of this loss of control may only be part of the problem, as Christian Calliess diagnoses in his contribution *Repräsentanten unter Druck: Zwischen Vertrauensverlust und Ohnmacht (Representatives under Pressure: Between Loss of Confidence and Powerlessness)*. Legislation is characterised by an increased reliance on the administrative state by transferring tasks to the administration and to experts. The regulatory language adopted by the German Bundestag increasingly makes use of vague legal terms. However, the delegation of wide discretionary powers to the state administration represents a danger, because it strengthens an administration that is itself not fully legitimised. Moreover, private entities are increasingly becoming involved in the law-making process. This certainly does not constitute an opportunity for the greater participation of all citizens, but only for certain "interested parties" who do not enjoy direct democratic legitimacy. Such forms of "participation" are less a solution than part of the problem. Christian Calliess does not stop at this diagnosis, but also proposes tentative solutions to strengthen the confidence of citizens in Parliament. It is essential that Parliament retains and exercises the influence that is assumed and demanded of it by the constitution, so

that, amongst other things, the legislature ensures by means of its laws that the administration does not uncritically adopt privately created norms – e.g. from rating agencies. Parliament must also decide independently on key issues, such as the euro bailout. However, most importantly, since the surrendering of decision-making powers to the administration is the result of laws that become more and more abstract and which consequently diminish the substantive protection of individual rights, there is a need to guarantee the rights of the individual vis-à-vis the administration and to strengthen rights of participation.

The power of Parliament as a representative body is also waning in South Africa. Unlike in Germany, democracy in South Africa is only twenty years old and its legitimacy is tied to the capacity of the political system to address the socio-economic marginalisation of many of its citizens. The promise of material equality through democracy has not yet been fulfilled for large sections of the population. Ongoing economic exclusion, together with a reductionist understanding of democracy as a mere voting process, results in discontent with the representative system. Too often, Parliament is regarded as an extended arm of the ruling ANC party. These problems are exacerbated by high incidences of corruption. Christi van der Westhuizen, in her comment *Democratising South Africa: Towards a 'Conflictual Consensus'*, argues that, while South Africa is currently experiencing disaffection with the institutions of democracy, this does not amount to political apathy. On the one hand, she asks to what extent the idea of representation – as it is usually understood in western democracies – is the source of the discontent. The problem is the intermittent influence that citizens have which only recurs after intervals of several years and the overall weak feedback between represented and representatives. Although the constitutional principle of responsiveness (see the contribution by Barbara Loots) can provide a remedy, this will fail if it is merely applied formalistically and without conviction. On the other hand, Van der Westhuizen cites the example of the Economic Freedom Fighters (EFF), a left-wing populist party which has been represented in Parliament since 2014 and which is known for its unusual and confrontational tactics. In accordance with the conclusion of the Public Protector in her report on the upgrades to President Jacob Zuma's private residence, the representatives of the EFF have repeatedly demanded that the costs, amounting to the equivalent of 18.7 million euros, be repaid. Their refusal to back down and disruption of parliamentary proceedings have, on more than one occasion, met with state force, when they were removed from Parliament. For

Van der Westhuizen, the EFF's parliamentary activism serves as an example of a conflictual politics which participates in, yet at the same time pushes against the limits of representative democracy.

Jan Philipp Schaefer, in his contribution *Perspektiven der repräsentativen Demokratie (Perspectives on Representative Democracy)*, sees the representative democratic state as continuing to be the global model for good state order. This is true even though the individual objections of so-called post-democratic critics are justified, who correctly refer to weaknesses in representation and thereby in legitimacy.

II. One of the reasons for the loss of legitimacy is a lack of transparency. It is often argued that trust cannot be established if there is no transparency. Transparency is not only a weapon in the fight against corruption, but also enables citizens to be politically informed and to hold politicians accountable. The creation of transparency is a matter of legal form and is accordingly the responsibility of the state itself. The reference to external factors, such as "the markets", "globalisation" or other aspects that cannot be controlled, does not apply here. Section 32 of South Africa's Constitution guarantees the right of access to state-held information, as well as certain privately held information, and tasks Parliament to adopt legislation to give effect to this right. Parliament has done so through the enactment of the Promotion of Access to Information Act 2 of 2000.

Although secrecy is a material factor which contributes to the loss of legitimacy, transparency as a precondition for a functioning democracy must not be viewed in simplistic terms, as Jonathan Klaaren points out in his contribution *The South African 'Secrecy Act': Democracy Put to the Test*. His argument for a nuanced approach to transparency is based on the following considerations. Firstly, trust can also be destroyed in a system which is transparent, for example by misinformation and deception. Secondly, transparency can also have adverse effects, such as political action becoming increasingly informal and withdrawing itself from control mechanisms. Another danger is that too much hope is placed in transparency. Klaaren demonstrates this by an example from the United States. The *Citizens United* decision of the U.S. Supreme Court in 2010 opened the floodgates for party financing as never before. The Supreme Court permitted unrestricted expenditures by juristic persons for political purposes, i.e. primarily in support of election campaigns. The court referred to the restraining power of transparency as a barrier to the unrestrained influence of special interests on politicians. In practice, this barrier has

proved to be illusory and, in consequence of the judgment, special interests have a far greater influence than ever before.

In South Africa, no debate about a bill has been more intensely and fiercely fought than that in respect of the “Protection of State Information Bill”, also called the “Secrecy Bill” by its opponents, which was passed by Parliament in 2014. On the one hand, the bill restricts transparency and public governance, and thereby, in view of critics, puts the conditions for a functioning democracy in doubt. On the other hand, it limits the number of state documents which may be classified as secret in comparison to the present legal position, thereby strengthening democracy and fulfilling the constitutional mandate to establish a legislative framework regulating the right of access to public documents. It is generally expected that, in the event that the legislation is promulgated, the Constitutional Court will ultimately determine its validity. The lively public debate and controversy surrounding the adoption of the Bill have thrown a number of key issues affecting the legitimacy of South Africa’s representative democracy into sharp relief. Klaaren’s analysis foregrounds the following issues in particular: the lack of responsibility of political elites; the insufficient role played by the National Council of Provinces (the second chamber of parliament that was modelled on the German Bundesrat), which fails to raise local and regional debates to the national level; insufficient control of the intelligence services; and the struggle of the media for power and influence.

There is no express constitutional mandate for transparency in Germany. Nevertheless, parliamentary democracy in Germany is also based on public debate, freedom of expression and access to information. Consequently, transparency is not only a constitutional precept but also an indispensable condition for democracy. A balance between transparency and the interests of confidentiality must however be struck. Elke Gurlit, in her commentary *Das Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung im demokratischen Staat (The Tension between Transparency and Secrecy in a Democratic State)*, argues that the German Freedom of Information Act (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) of 2005 lacks this balance and unduly emphasises the interests of state secrecy, as evidenced by, inter alia, the exceptions provided for the intelligence services. It is, however, not only the state itself that threatens democracy but also private actors. In particular, companies like Facebook and Google constitute a threat to individual liberties due to their dominant position in the market as well as their knowledge about individuals, to which the state must respond. This could

also increase the legitimacy of state authority. Consequently, Elke Gurliit argues for comprehensive legislation governing access to information. It is evident that in this area there is room for improvement in both countries.

The diagnosis of the loss of legitimacy in the first part of the proceedings already includes initial suggestions for improving the representative system and for developing it further by increasing opportunities for participation. These improvements and developments raise important questions over the appropriate balance between transparency and secrecy and between representation and participation.

### *C. Curing the System: The Road to Better Representation*

In the academic literature, calls for more direct democracy and participation predominate, and the strengthening of the representative system does not always receive adequate attention. This is surprising, as representation remains the basis of democracy. The approaches that may strengthen democratic legitimacy include – with regard to the represented – extending the right to vote and – with regard to the representatives – strengthening the position of the MPs in relation to their parliamentary group and Parliament. Finally, it must be considered whether the legislative process should not be fortified with participative elements in order to strengthen the representative system.

I. One of the reform options is an extension of the franchise by uncoupling it from nationality, so that individuals are entitled to vote solely on the basis of their territorial affectedness. Such reform laws were introduced in 1989 in Schleswig-Holstein and (to a lesser extent) in Hamburg as well as more recently in 2013 in Bremen. The German Federal Constitutional Court and the Constitutional Court of Bremen respectively rejected the relevant laws as unconstitutional. In view of increased global mobility, many are demanding that the criterion of nationality, which is perceived as nationalistic and anachronistic, should no longer be the decisive basis of the franchise. Conversely, consideration is given to whether a limitation of voting rights might also increase the legitimacy of the state by excluding the rights of nationals living abroad from voting, contrary to the constitutionally sanctioned legal position in both Germany and in South Africa. This would be the logical result if territorial affectedness were solely decisive for the entitlement to vote. In such an event, subjection to the laws of a territory would then be a positive as well as a negative con-

stitutive. These positions, which Wessel le Roux adopts in his contribution *Migration, Representative Democracy and Residence Based Voting Rights in Post-Apartheid South Africa and Post-Unification Germany (1990-2015)*, are controversial in Germany and South Africa, despite the fact that 500,000 foreigners were allowed to vote in the first election in South Africa after the end of apartheid. In 1997, the European Commission of Human Rights held that there is a correlation between the affectedness of an individual and his or her right to vote; subsequently, the European Court of Human Rights has repeatedly confirmed this decision. However, this has been in respect of the restriction of the right to vote of nationals who are resident abroad. Against this view, it is argued that a distinction must be made between the population and the nationals of a country, because only a unity can be represented and not a multiplicity. Conflicts of loyalty are inevitable and cannot be afforded by a society that has reached the end of its “life in political paradise”, according to the vehement objection by Otto Depenheuer in his commentary *Ende der repräsentativen Demokratie? Eine Staatsform vor der Alternative ihrer selbst (The End of Representative Democracy? A System of Government Confronted by an Alternative to Itself)*.

II. In multi-party democracies, such as South Africa and Germany, questions arise over the independence of individual MPs in relation to Parliament and, in particular, their own political parties. The stronger the political party, the more difficult it tends to become for MPs to retain their independence. Richard Calland and Shameela Seedat note, in their contribution *Institutional Renaissance or Populist Fandango? The Impact of the Economic Freedom Fighters on South Africa's Parliament*, that Parliament has for a variety of reasons – related inter alia to the electoral system, the power of political parties to discipline their members and the dominance of the ANC – not been particularly effective in ensuring government accountability, but that the proceedings of the National Assembly appear to have been characterised by a renewed vitality since the 2014 elections. They analyse a number of recent events where parliamentary proceedings were characterised by sharp confrontation between the governing party and opposition parties over the latter's attempts to call the government to account, and ask whether and to what extent the EFF's disruptive tactics have reinvigorated Parliament or diminished its integrity.

In Germany, the conduct of the established and organised parties in the Bundestag also cries out for criticism, when due to power-political considerations an unconstitutional electoral law was adopted. The state be-

comes the spoils, as it has repeatedly been said. In order to revive the representative system, it is important to consider “how” – and not merely “whether” – to re-regulate party financing and to strengthen the oppositional rights of minorities, especially in times of an overpowering “great coalition”. Sophie-Charlotte Lenski considers these as well as other problems from a German perspective in her commentary *Abgeordnete zwischen Parteibindung, Regierungsdiziplin und neuen Formen der Partizipation (MPs between Party Ties, Government Discipline and New Forms of Participation)*. Her prognosis for Germany, in contrast to that of Richard Calland and Shameela Seedat for South Africa, is that Parliament will be weakened and not strengthened in the near future. In particular, the importance and influence of individual MPs – irrespective of whether they are part of the government or opposition – will be reduced. However, even if one leaves the parliamentary sphere in the narrow sense and considers the relationship between party, state and society, all is not well. Parliamentary groups (i.e. groups consisting of MPs belonging to a particular party), especially the parliamentary groups supporting the government, have also taken control of the social sphere by continually increasing their public relations activities in favour of the party – something that the government itself is prohibited from doing in terms of a decision of the Constitutional Court. However, both the government and the parliamentary groups spend tax payers’ money. Furthermore, members of parliamentary groups and their employees are proactively provided with public offices or posts in the civil service, before the outcome of the next election fails to “provide for” them. These mechanisms disrupt the thread of legitimacy that ought to run from the people to the elected representatives. If the will of the electorate has become increasingly less important to MPs, by virtue of other, more important dependencies, this must eventually have an effect on representation.

III. The representative system could also be substantially strengthened by the introduction of new participatory elements in the legislative procedure. Until now, Bundestag committees have only heard experts and the representatives of special interest groups, in terms of Section 70 of the Rules of Procedure of the Bundestag, but the people are not directly consulted. This is different in South Africa. Two ground-breaking judgments of the South African Constitutional Court had the effect that the people are involved in the parliamentary legislative process to a far greater extent than in Germany. The principle of responsiveness of state action obliges the state to invite the citizens to comment on proposed legislation and to

record and consider these views. A failure to do so results in the invalidity of the legislation. In her contribution, *Civic Dignity as the Basis for Public Participation in the Legislative Process*, Barbara Loots analyses the possibilities and limitations of the Constitutional Court's jurisprudence relating to public participation in the legislative process. She argues that the principle of responsiveness is closely linked to the dignity of the citizen. It also represents the resolve of the framers of the Constitution to break with the almost unlimited power that Parliament enjoyed during apartheid, and to subject Parliament to democratic control mechanisms. Through the principle of responsiveness, the Constitution ensures that democracy does not remain an empty promise and that human rights are protected differently than before 1994.

That these ideas can be transferred to Germany is demonstrated at the level of the individual states. The state of Baden-Württemberg is a front-runner in matters of citizen participation in the legislative process in Germany. Even though public participation is only a voluntary experiment and not mandatory as in South Africa, the methods that are used resemble those in South Africa. Citizens are invited to furnish their opinions in respect of the legislative process online. These contributions are read and evaluated. They are taken into account in regard to the legislation as well as in the opinions of the experts. In his commentary *Baden-Württemberg zwischen Wählen, Mitreden und Entscheiden – Mehr Partizipation als Regierungsauftrag (Baden-Württemberg Between Elections, Commenting and Deciding – More Participation as a Governmental Duty)*, Fabian Reidinger questions whether this increases the acceptance of the proposed legislation by the people or whether – on the contrary – politicisation might lead to the polarisation of the population. He also examines how the representatives – and the ministries – have accepted this “new” instrument and to what extent it has resulted in changing the political culture. The opening address by Cosima Möller has shown that this instrument is not revolutionary. She refers to the history of the origin of the General State Laws for the Prussian States of 1794. During the many years of preparation, not only experts were involved in drafting the law but the population was also encouraged to make proposals.

*D. Enhancing the System: Direct and Participatory Democracy*

Finally, we consider the possibility of enhancing representative democracy by means of direct-democratic and participatory elements. The concept of direct democracy relates to the legislative level. At the administrative level, in contrast, it is more common to speak of participatory or deliberative democracy. All these forms of democracy are characterised by attempts to reconnect the state's authority to the community of citizens through an open process. A reconciliation of interests is also made possible through deliberation: the relationship of responsibility between state authority and the community is strengthened by the state's obligation to respond to its citizens' views and concerns. Furthermore, participation also serves the (democratic) control of the state by its citizens.

I. The primary example of citizen participation is direct democracy by means of referendums and public initiatives. Although this discussion has been going on in Germany for a long time, the relevance of these issues became apparent during the coalition negotiations in 2013 when different positions were adopted at the federal level by the CSU and SPD on the one hand and the CDU on the other. Moreover, Germany has learned new lessons through the introduction and increased use of popular legislation in all 16 federal states. Direct democracy presents opportunities and poses risks – but the opportunities outweigh the risks, provided that representative democracy and parliamentarianism continue to be accepted as the norm, as Peter M. Huber emphasises in his contribution *Direkte Demokratie? Gefahren und Chancen für das repräsentative System (Direct Democracy? Threats and Opportunities for the Representative System)*. Direct democracy complements the existing system, but cannot replace it. The low number of successful referendums at the federal state level has already shown that the dangers that are often highlighted are probably overestimated. The benefit, in contrast, is substantial. Direct democracy slows down the process in relation to the pressure created by internationalisation and privatisation. Furthermore, it constitutes a counterweight to the party state that is one of the causes of deep scepticism towards the representative system. Elements of direct democracy increase acceptance and produce legal harmony, and are therefore urgently required at the federal level.

Despite the fact that the South African Constitution makes provision for referendums to be held at the national and provincial levels, a similar debate about direct democracy is not taking place in South Africa. A possi-

ble explanation is that the Constitution guarantees a significant degree of participation and responsiveness. However, the high incidence of protest action and social dissent suggests that there is a substantial gap between the constitutional promise of responsive government and the everyday reality of millions of South Africans, whose lives continue to be affected by poverty, inequality, social exclusion, poor service delivery and corruption. It further suggests that, in the South African political imaginary, direct democracy may be more closely linked to popular mobilisation and protest action than to the institutionalisation of the people's voice through formalised mechanisms such as referendums or citizens' initiatives.

II. The possible introduction of elements of direct democracy at the federal legislative as well as the administrative level in Germany has dominated the debate on participation in recent years. Planning procedures for major infrastructure projects (such as Stuttgart 21, Transrapid lines, power line routes, coal-fired power plants), in particular, provoke the opposition of citizens. Substantial attention has accordingly been paid to participation in planning law, which often directly affects the citizen. This may explain why citizen participation in the enactment of statutory regulations, which account for the bulk of the legislation, has been dogmatically neglected. Participation differs significantly depending on whether substantive laws or individual acts are being adopted. Nevertheless, the expectations in respect of participation are very similar. These relate to the effectiveness of the implementation of laws, information, transparency, control, acceptance and compensation for deficiencies in representative democracy. In any event, these expectations may be too high, as Jan Ziekow warns in his article *Exekutive Entscheidungen und Partizipation: Verbesserung der Steuerungsfähigkeit des Staates und der Legitimität staatlichen Handelns?* (*Executive Decisions and Participation: Improving the Controllability of the State and the Legitimacy of State Action?*). He points out that at most an acceptance of the process but not of the result can be expected. Moreover, even this only applies in respect of participation that has been carried out well. This raises important questions relating to the implementation and design of participatory programmes, as poorly designed and/or executed programmes can frustrate the aims of participation. The criteria are clarity of purpose and adequacy of form, conflict analysis, timeliness, the principles of knowledge, fairness, transparency and responsiveness. While the law requires participation in many cases involving individual decisions in administrative procedure, the systematic involvement of the public in relation to statutory regulations is absent in Germany. The strengthening

of this type of participation is limited by the Constitution itself, as participation can only take the form of consultation, not co-decision. Otherwise, the responsibility of the Government as envisaged by the Basic Law would be thwarted. When assessing participation at the level of statutory regulations, it must always be borne in mind that a legal basis for the statutory regulations exists, since the Federal Basic Law prescribes that a statutory regulation may only be adopted if and insofar as a law expressly allows this. Depending on how strong the legal determination is, the legitimising strength of the legislation will radiate to a greater or lesser degree on the statutory regulation. Especially in regulatory contexts that have a high social, economic and/or scientific and technological dynamism with a corresponding complexity of the regulatory framework and uncertainty of the decision-making basis, the legal determination will generally be low. Here there is room for the legitimising power of participation, which can function as a supplement but not as a replacement.

Some of these concerns are mirrored in the chapter by Petrus Maree, *Participation in Executive Rule-Making: Preliminary Observations towards a Conceptual Framework*, who asks why participation in the legislative process is a requirement for the validity of laws made by elected legislatures, but not for the validity of rules made by the executive. He argues that the constitutional provisions relating to the executive, democracy and separation of powers should provide the basis for a conceptualisation of participation in executive rule-making. More should be done to come to terms with the role of the state administration as a fourth branch of government, and more emphasis should be placed on the functions performed by the executive and/or state administration, as opposed to the identity of the functionary.

III. So far, there has not been a comprehensive attempt to systematise and conceptualise the shift in constitutional and administrative law towards greater participation. In particular, two questions arise. First, who can participate in exercising public authority? Secondly, what legal effect should emanate from such participation or, alternatively, from non-compliance with this requirement? Dominik Steiger argues in his contribution, *Gewaltenteilung als Mittel zur Konzeptualisierung von Partizipation (The Separation of Powers as a Means of Conceptualisation of Participation)*, that the principle of separation of powers can help us come to terms with these questions. He shows that different values underlie the demand for participation in different branches of government. The Rechtsstaat principle and fundamental rights, which underpin the right to participate in judi-

cial proceedings, pull in the direction of individual forms of participation. By contrast, the principle of democracy, which underlies participation in the legislative process, favours broader, more public forms of participation. As far as participation in executive and administrative decision making is concerned, a thorough analysis is required to locate the relevant decision on the sliding scale between these two values, in order to determine how much influence may be exerted via participation and who may participate.

Henk Botha argues, in his response titled *Democratic Participation and the Separation of Powers*, that Dominik Steiger's conceptualisation of participation resonates to some extent with the jurisprudence of South Africa's Constitutional Court. At the same time, however, the prevalence of poverty and inequality in South Africa presents this understanding with some difficulties. A separation-of-powers based conceptualisation of participation needs to come to terms both with the fluidity and contested nature of the relationship between the general/collective and particular/individual, and with the ways in which unequal power relations affect the capacity of the poor and marginalised to participate on an equal footing. The boundary between individual and collective participation must therefore be drawn and redrawn in a way which takes the effects of deep-seated structural inequality into account.

### *E. Conclusion*

The legitimacy of representative institutions is under pressure in both Germany and South Africa. The contributions contained in this volume suggest that, in both these countries, the pressures of globalisation, increasing complexity, the widening distance between the electorate and their representatives and a lack of transparency are at the root of the perceived crisis of legitimacy, even if these problems manifest themselves differently in the two countries under consideration. These problems require rethinking important aspects of the representative system. The relationship between political rights, nationality and residence is identified as one of the areas in need of reconsideration. The independence of representatives is another: in both countries, there is a need to strengthen their position vis-à-vis the executive and their own political parties. The relationship between transparency and the protection of sensitive information also needs to be

rethought in ways that go beyond the dichotomies between secrecy and transparency and between state-held and privately held information.

Parliamentary democracy further needs to be strengthened through the addition of participatory elements. This can be done through the facilitation of public involvement in parliamentary processes, executive rule-making and administrative decision-making, as well as the introduction, through referendums and citizens' initiatives, of forms of direct democracy. As in the case of transparency, participation is not a panacea, but is an instrument to achieve certain ends. These include democracy, the rule of law and the effectiveness of state action. The relative weight of these purposes will differ, depending on the context and the type of decision-making. Difficult questions are raised in the contributions about the balance between individual and collective self-determination and the design and implementation of participation programmes.

The contributions show that democracy needs to evolve if it is to remain relevant. To paraphrase Giuseppe Tomasi di Lampedusa: If we want democracy to stay as it is, things will have to change. Which changes are possible, desirable and (constitutionally) feasible, is the subject of these proceedings.



**1.**

**Diagnose: Der Legitimationsverlust des Staates /  
Diagnosis: The State's Loss of Legitimacy**



# Repräsentanten unter Druck: Zwischen Vertrauensverlust und Ohnmacht

*Christian Calliess*

## *A. Einleitung*

Im Hinblick auf das mir angetragene Thema, die Ohnmacht und den Vertrauensverlust von Parlamenten und der in ihnen vertretenen Repräsentanten, möchte ich drei empirisch belegbaren Herausforderungen nachgehen:

- dem Steuerungsverlust repräsentativer Demokratie im Zuge der Globalisierung und Internationalisierung,
- der Komplexität vieler Regelungsstände, den damit verbundenen Wissensdefiziten des Gesetzgebers und den daraus resultierenden Steuerungsgrenzen im demokratischen Rechtsstaat,
- sowie der in der Folge damit einhergehenden Privatisierung gesetzgeberischer Verantwortung.

Diesen Herausforderungen wollen sich die nachfolgenden Ausführungen widmen (unter B.), bevor der Versuch unternommen wird, Perspektiven zu skizzieren (unter C.).

## *B. Herausforderungen*

### I. Die Ohnmacht repräsentativer Demokratie im Zuge der Globalisierung und Internationalisierung

#### 1. Das prekäre Verhältnis von Markt und Demokratie

Spätestens seit der resignativen Rede des Franzosen *Jean-Marie Guéhenno* vom „Ende der Demokratie“<sup>1</sup> ist das Spannungsverhältnis zwischen

---

1 *Guéhenno*, Das Ende der Demokratie, 1996; vgl. zum aktuellen Diskussionsstand auch die Beiträge in: Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009; *Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 87 ff. und 118.

Globalisierung und Demokratie ein Thema der Demokratiedebatte. Es hat seinen Ursprung in der Koppelung von Markt und Demokratie im Staat: Mit der auf freiem Wettbewerb basierenden Industriegesellschaft entwickelte sich der moderne Staat mit seiner Fähigkeit, den im Markt konkurrierenden Unternehmen im Interesse des Gemeinwohls Mindestbedingungen der sozial- und umweltverträglichen Produktion vorzuschreiben. Jene historische Symbiose von marktwirtschaftlichem Wettbewerb und staatlicher Regulierung war im Nationalstaat trotz aller Konflikte und Defizite grundsätzlich funktionsfähig, solange es gelang, die den Unternehmen auferlegten Anforderungen in gleicher Weise gegenüber allen Konkurrenten durchzusetzen und damit den Wettbewerb zu flankieren. Jedoch wurde und wird die Möglichkeit nationaler flankierender Maßnahmen zur Lösung von Konflikten und Defiziten der Marktwirtschaft in dem Maße eingeschränkt, wie die ökonomischen Zusammenhänge sich internationalisieren und miteinander verflechten. Die damit einhergehende Entgrenzung des Staates führt solchermassen zu einem Spannungsverhältnis zwischen Markt und Demokratie.

## 2. Globalisierung und Internationalisierung: "Does Government Matter?"

Was aber bedeutet das konkret für unser Thema? Die Antwort kulminiert in der Frage "Does Government Matter?". Wenn sich Wirtschaft und Gesellschaft im Zuge der Globalisierung immer mehr zu einem "largely stateless web of cross-border corporate alliances" entwickeln, dann können sie sich nationalstaatlichen Regulierungsbemühungen im globalen Standortwettbewerb vergleichsweise problemlos entziehen.<sup>2</sup>

Freilich ist das damit thematisierte, jedoch diffus bleibende Phänomen der Globalisierung, insbesondere die Frage, ob es sich hierbei überhaupt um ein neues Phänomen handelt, nach wie vor heftig umstritten.<sup>3</sup> Zumindest in der politisch-ökonomischen Debatte besteht inzwischen jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass es fünf – nicht trennscharf unterscheid-

---

2 Vgl. Newsweek vom 26. Juni 1995, S. 34 ff. (36). Dazu *Wolf*, Die Zukunft des Nationalstaates in den internationalen Beziehungen, in: Frech/Hesse/Schinkel (Hrsg.), Internationale Beziehungen in der politischen Bildung, 2000, S. 118 ff.

3 Dazu die Beiträge in *Beck* (Hrsg.), Politik der Globalisierung, 1998.

bare – Begründungszusammenhänge gibt, die den besonderen Charakter des gegenwärtigen Globalisierungsprozesses prägen:<sup>4</sup>

- Die dynamische Entwicklung des Welthandels: Auch wenn sich der Welthandel historisch immer schon in Zyklen entwickelte, so kann eine neue Qualität nicht nur in der mit dem schnellen Wachstum einhergehenden Dynamik und Vertiefung der Handelsbeziehungen, sondern vor allem in der Verschiebung vom intersektoralen (komplementären Handel zwischen den Branchen) zum intrasektoralen Handel mit substitutivem Charakter (z.B. in den Bereichen PKW, TV, HiFi, Computer etc.) festgestellt werden. Daraus resultiert eine verstärkte Konkurrenz in den Weltmarktbranchen, die durch die wachsende Vernetzung der Produktionsstandorte und den sukzessiven Abbau von nationalen handelspolitischen Schranken und Steuerungsoptionen (Zölle, nichttarifäre Handelsmaßnahmen) im Rahmen des GATT und der WTO noch weiter verschärft wird.

- Die Möglichkeit globaler Produktion (sog. Global Sourcing): Die rapide gesunkenen Transport- und Kommunikationskosten haben in Verbindung mit den neuen Kommunikationsinstrumenten (insbesondere dem Internet) neuartige Möglichkeiten für eine weltweit vernetzte Produktion eröffnet, von denen zunehmend nicht nur die transnationalen Konzerne, sondern auch bislang national orientierte Unternehmen Gebrauch machen (als Beispiel mag der inzwischen berühmt gewordene indische Ingenieur dienen, der via Internet in seinem Heimatland für Unternehmen in Europa Software entwickelt oder Blaupausenarbeiten ausführt). Unternehmen werden dadurch zwar nicht heimatlos, können sich auf diese Weise aber sektoral den nationalen Arbeitsmärkten und Sozialsystemen entziehen.

- Die Staaten im Standortwettbewerb: Im Hinblick auf die weltwirtschaftliche Globalisierung mit immer mobileren Investoren konkurrieren die Regierungen der Staaten untereinander um investitionsfreundliche Standortbedingungen. Sie entwickeln eine angebotsorientierte Politik, die – unabhängig von vielfältigen positiven Impulsen – der latenten Gefahr ausgesetzt ist, sich dem Konkurrenzdruck auf Kosten von Gemeinwohlbelangen (Stichwort: Sozial- und Umweltdumping, Race to the Bottom) zu beugen. Die klassische Steuerung des freien Marktes durch Regulierung, seine im Allgemeininteresse liegende Flankierung durch gesetzliche Rahmenbedingungen, gerät verstärkt unter den Druck, die Standort- sprich:

---

4 Instruktiv der Überblick bei *Hoffmann*, Ambivalenzen des Globalisierungsprozesses. Chancen und Risiken der Globalisierung, Aus Politik und Zeitgeschichte B 23/99, S. 3 ff.

Kostenfaktoren durch Deregulierung zu verbessern. Paradoxerweise hat die im Interesse wirtschaftlichen Wachstums gewollte Deregulierungspolitik der Staaten seit Mitte der siebziger Jahre (GATT, WTO, EU) die entscheidende Voraussetzung für den mit der Globalisierung verbundenen Souveränitätsverlust der Staaten geschaffen.

- Hinzu kommt die Liberalisierung des internationalen Kapitalverkehrs und der internationalen Finanzmärkte samt der damit verbundenen Steigerung der Auslandsdirektinvestitionen: Im Zuge der gewachsenen Mobilität des Kapitals kommt es unter Umständen zum – in der Standortdebatte der Bundesrepublik vielbeschworenen – sog. Export von Arbeitsplätzen in Niedriglohnländer.

- Und schließlich kommt ganz allgemein hinzu, dass die nationalstaatliche Regelungskompetenz angesichts der grenzüberschreitenden Dimension vieler Regelungsprobleme – gerade im Bereich der staatlichen Uraufgabe der Gewährleistung von physischer Sicherheit (z.B. im Umweltbereich, Klimaschutz) – auch rein tatsächlich und im wahrsten Sinne des Wortes an ihre Grenzen stößt.<sup>5</sup>

Alle diese Entwicklungen beschreiben eine Entgrenzung des Staates, die zu einem Spannungsverhältnis zwischen Markt und Demokratie führt, im Zuge dessen die nationalen Gesetzgeber mit ihrer in der Regel auf die staatlichen Grenzen beschränkten Regulierungsmacht überfordert sind.

### 3. Die Dominanz der Exekutiven in der Krise

Verstärkt wird die skizzierte Entwicklung durch die Herausforderungen der Finanz- und Staatsschuldenkrise. Krisen sind immer die Stunde der Exekutive, sodass sowohl im Zuge der Finanzkrise als auch der Eurokrise die Staats- und Regierungschefs im Rahmen der G-20 und des Europäischen Rates zur gestaltenden Macht wurden.<sup>6</sup> Zusätzlich verloren die Par-

---

5 Vgl. *Scharpf*, Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts, *Politische Vierteljahresschrift* 1991, S. 621 (630); ferner *Wolf*, Die Zukunft des Nationalstaates in den internationalen Beziehungen, in: Frech/Hesse/Schinkel (Hrsg.), *Internationale Beziehungen in der politischen Bildung*, 2000, S. 122 ff.

6 Dazu *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2012), S. 115 ff.; *Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2012), S. 184 (189 ff., 211 ff.) jeweils m.w.N.

lamente bedingt durch die Krise an Einfluss über ihr Königsrecht, die Budgethoheit: Die mit der Bewältigung der Finanzkrise, insbesondere der Bankenrettung verbundene zusätzliche Staatsverschuldung hat jedenfalls Staaten wie Island, Irland, Griechenland, Portugal, Spanien, Zypern und im Ansatz Italien – wenn auch aus unterschiedlichen Gründen – an die Grenzen ihrer haushaltspolitischen Leistungsfähigkeit geführt. In der Folge von durch Sparauflagen bedingten Finanzhilfen Dritter, etwa des IWF, der EU samt ihrer Mitgliedstaaten, verlieren ihre Parlamente an Handlungsspielraum. Insoweit wird mitunter gar von Fremdherrschaft, einem Protektorat und Schlimmerem gesprochen.<sup>7</sup> Zugleich sind die Parlamente der Geberstaaten in der Gefahr, dass die Höhe der erforderlichen Finanzhilfen ihre Budgetautonomie aushöhlt.<sup>8</sup>

## II. Nichtwissen und Steuerungsgrenzen im demokratischen Rechtsstaat

### 1. Einführung

Hinzu kommt eine weitere Herausforderung, die ganz andere Ursprünge hat. Sie besteht in der dynamischen Entwicklung von Wirtschaft, Wissenschaft und Technik. Diese bringt neben den vielfältigen Chancen als unbeabsichtigte Nebenfolge auch neue Risiken, die über die Gefahren der ersten Industrialisierungsphase weit hinausgehen, mit sich. Manche Entwicklungen sind mit neuartigen Umwelt- und Gesundheitsrisiken verbunden, deren Tragweite häufig anfangs nicht vorhergesagt werden kann.

In der Vergangenheit galt häufig, dass die Verwendung von Stoffen oder Produkten erst dann eingeschränkt wurde, wenn eindeutige wissenschaftliche Belege für Schadwirkungen vorhanden waren. Beispielsweise war bis 1981 das Chemikalienrecht so ausgestaltet, dass neue Substanzen ohne vorherige Abschätzung der gesundheitlichen Wirkungen und ohne behördliche Prüfung hergestellt und auf den Markt gebracht werden konnten. Die zunächst auf dem Gedanken von „Trial and Error“ beruhende Herangehensweise, die staatliches Handeln nur unter den Bedingungen der klassi-

---

<sup>7</sup> *Hank*, Das Drama der Solidarität, FAZ am Sonntag Nr. 23 vom 12. Juni 2011, S. 33; *Beck*, Europäisch Roulette: Merkels letzte Kugel, Cicero vom 26. Mai 2010; ähnlich *Kirchhof*, *Zeit*, europäisch zu denken, FAZ Nr. 197 vom 25. August 2011, S. 8.

<sup>8</sup> Dazu *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 115 ff. und 163 ff. m.w.N.

sehen Gefahrenabwehr und damit sehr spät – ja manchmal zu spät (z.B. im Falle von Asbest) – ermöglichte, ist zunehmend in die Kritik geraten. Denn hier lernten Staat und Wirtschaft immer erst aus der Krise; dies um den Preis eines sich perpetuierenden gesellschaftlichen Vertrauensverlustes.

Da in der Forschung allenfalls begrenzt effektive Ansätze zur Selbstbegrenzung und Folgenverantwortung existieren und im Wettbewerb des freien Marktes grundsätzlich keine andere Grenze als die der Wirtschaftlichkeit gilt, wird an den Gesetzgeber eine aus den Grundrechten und Art. 20a GG folgende Schutzpflicht herangetragen, im Zuge derer er der gesellschaftlichen Risikoproduktion Grenzen zu setzen hat.<sup>9</sup>

Als Problem erweist sich in diesem Zusammenhang, wenn der Gesetzgeber mangels erfahrungsbasierter Kenntnis aller Schadensquellen und -folgen keine präzisen und wirkungssicheren Auflagen zur Schadensverhütung machen kann. Problematisch ist überdies, dass die klassischen Instrumente gesetzgeberischer Steuerung, hoheitliche Genehmigungspflichten einerseits und privater Schadensersatz andererseits, dort versagen, wo mit Blick auf die ubiquitäre Dimension potentieller Schäden entweder Verursacher und Kausalitäten nicht feststellbar sind, oder aber die Schäden ein Ausmaß erreichen, das vom Verursacher nicht finanziell zu ersetzen ist.<sup>10</sup>

## 2. Regulierung von Komplexität – Nichtwissen und Ungewissheit als Herausforderungen

Staatliche Regulierungstätigkeit ist häufig durch Informations- und Wissensdefizite des Gesetzgebers geprägt. Dadurch verschärft sich die Ungewissheit über die Effektivität eines Steuerungsmechanismus und folglich über den „richtigen“ Steuerungsansatz und die damit verbundenen Folgen.<sup>11</sup> Am Beispiel des Umweltschutzes lässt sich dies illustrieren: Hier

---

9 Ausführlich zu alledem Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 1 ff., 153 ff. und 253 ff.

10 Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 211 f.

11 Becker, Staatlich-private Rechtsetzung in globalisierten Finanzmärkten, ZG 2009, S. 129 f.; Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, S. 347.

sind es zum einen die Ökologie als komplexes, diffiziles und dynamisches System und zum anderen neue chemische Stoffe, Materialien oder Technologien (z.B. Atomenergie, Grüne Gentechnik, Nanomaterialien) hinsichtlich deren Folgen Ungewissheit herrscht, die das Recht mit neuen, veränderten und teilweise nur sehr schwer zu bewältigenden Herausforderungen konfrontieren.<sup>12</sup>

Denn im Naturhaushalt sind die Wirkungs- und Wanderungsketten von umweltbelastenden Schadstoffen im einzelnen nur sehr begrenzt vorhersehbar. Ihre akkumulativen, synergetischen und antagonistischen Wechselwirkungen führen zu einer strukturellen Unübersichtlichkeit der Zusammenhänge, die es oftmals unmöglich macht, Unmittelbarkeit, Zurechenbarkeit, Verantwortlichkeit und Schuld im rechtlichen Sinne festzustellen.<sup>13</sup> Verstärkt werden diese Schwierigkeiten noch durch die in der Regel langen Latenzzeiten zwischen den schadensauslösenden Ursachen und den erkennbaren Schadensfolgen. Weil lineare Kausalketten selten feststellbar sind, können kleine Ursachen große Wirkungen erzeugen und negative Trends selbst dann noch andauern, wenn die Primärursachen längst entfallen sind.<sup>14</sup> Hinzu kommen Informations- und Erkenntnisdefizite, wenn Maßnahmen der Umweltbeobachtung in der Regel medial getrennt bzw. unkoordiniert erfolgen oder bislang geltende Risikoabschätzungen und -bewertungen häufig einer Veränderung unterworfen sind. Altbekannte Gegenstände des täglichen Gebrauchs, z.B. Asbest oder Formaldehyd, stellen sich plötzlich als schädlich dar, oder andere, vielleicht auch neue Bewertungsmethoden bieten einen erweiterten rechtlichen Schutzzumfang.<sup>15</sup>

---

12 Dazu ausführlich *Ritter*, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 ff., insbesondere S. 643 f.; *Hoffmann-Riem*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, DVBl. 1994, S. 1381 f.; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 24 m.w.N.

13 Dazu *Reiter*, Für durch Luftverunreinigungen verursachte Distanz- und Summationsstörungen, 1998, S. 25 ff.

14 *Ritter*, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 f. m.w.N.

15 *Ritter*, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 (642 f. m.w.N.).

Die Parallelen zu einem anderen Regelungsgegenstand, dem Finanzmarkt, sind verblüffend.<sup>16</sup> So wurden die im Zentrum der Finanzkrise stehenden Derivate in Form der Collateralized Debt Obligations (CDOs) nicht von ungefähr als „synthetische Wertpapiere“, als moderne „Finanzchemie“ oder gar „neue Finanztechnologie“ bezeichnet.<sup>17</sup>

Die Bewältigung dieser neuen Formen von Komplexität, ob im Bereich der Umweltpolitik<sup>18</sup> oder der Regulierung der Finanzmärkte,<sup>19</sup> stellen sich als eine große Herausforderung für den Gesetzgeber dar. Denn dessen klassisches Steuerungsmedium, das Recht, ist nur unzureichend auf den Umgang mit Nichtwissen und Ungewissheit vorbereitet, da das in ihr vorherrschende Steuerungsmodell zumeist auf den Eingriffsmustern regulativer Politik, also dem von der Gefahrenabwehr geprägten Ordnungsrecht, beruht.<sup>20</sup>

### III. Privatisierung gesetzgeberischer Verantwortung

#### 1. Einführung

Aus den beiden vorstehend skizzierten Herausforderungen der Globalisierung und Komplexität und der daraus resultierenden „Ohnmacht“ des repräsentativen Gesetzgebers folgt eine weitere Herausforderung, die sich in einer auffallend weitreichenden „Privatisierung“ von gesetzgeberischer

---

16 Ausführlich Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 115 (136 ff.).

17 Vgl. Balzli/Brinkbäumer/Brenner/Fichtner/Goos/Hoppe/Hornig/Kneip, Der Bankraub, Der Spiegel 47/2008, S. 44 (50 ff.).

18 Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 24; Ritter, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 (643) m.w.N.

19 Eher resignativ daher Ohler, Die Finanzkrise als Herausforderung für die Nachhaltigkeit staatlicher Verschuldenspolitik, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltige Finanzstrukturen im Bundesstaat, 2011, S. 219 f.; Hellwig, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. E 45 f.; allgemein dazu Papier, Rechtsstaat im Risiko, DVBl. 2010, S. 801 ff.

20 Kritisch, teilweise allerdings widersprüchlich, Wolf, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: Beck (Hrsg.), Politik in der Risikogesellschaft, 1991, S. 378 ff.

Verantwortung Ausdruck verschafft. Diese wiederum wird zu einer (Mit-)Ursache für einen Vertrauensverlust der Gesellschaft in den Gesetzgeber, die bis hinein in das konservative Bürgertum den Eindruck gewinnt, der Gesetzgeber sei entmachtet, Unternehmen und Banken hätten mittelbar die Herrschaft übernommen.<sup>21</sup> Politik, so das nachvollziehbare Empfinden in der Gesellschaft, wirkt hilflos, ja fast schon machtlos: Sie hat „einen neuen Souverän bekommen, das sind nicht mehr wir, das Volk, das eher auf milde Weise eingreift, das sind jetzt die Finanzmärkte, die gnadenlos herrschen“.<sup>22</sup> Gibt es insoweit vielleicht gar eine „Sehnsucht der Politik nach der Verantwortungslosigkeit des Marktes“, die sich in einem problematischen Vertrauen in die Gemeinwohlkompatibilität von Märkten und Wettbewerb und einem damit einhergehenden Rückzug des Staates in die als Forschungsthema entfaltete „Gewährleistungsverantwortung“ Ausdruck verschafft?<sup>23</sup>

## 2. Überforderung des Gesetzgebers und Suche nach neuen Instrumenten der Steuerung

Will man diese Entwicklung in einem allgemeineren Kontext verorten, so kann man sie der in den Neunziger Jahren geführten staatswissenschaftlichen Debatte um eine „Überforderung des Staates“<sup>24</sup> zuordnen, oder sie aber als „Sehnsucht der Politik nach der Verantwortungslosigkeit des

---

21 Vgl. dazu die Debatte in der Öffentlichkeit: *Schirmacher*, „Ich beginne zu glauben, dass die Linke recht hat“, FAZ am Sonntag Nr. 32 vom 14. August 2011, S. 17; *Moore*, Our leaders have lost faith in the powers of their people, The Telegraph vom 29. Juli 2011; *Kurbjuweit*, Ackermanns Herrschaft, Der Spiegel 22/2011, S. 26; Politik habe „einen neuen Souverän bekommen, das sind nicht mehr wir, das Volk, ...“, das sind jetzt die Finanzmärkte, die gnadenlos herrschen“; zuvor schon *Beck*, Europäisch Roulette: Merkels letzte Kugel, Cicero vom 26. Mai 2010; ähnlich *Kirchhof*, Zeit, europäisch zu denken, FAZ Nr. 197 vom 25. August 2011, S. 8; zur Problematik der mit den Nothilfen an Griechenland verbundenen Haushaltslagen, *Hank*, Das Drama der Solidarität, FAZ am Sonntag Nr. 23 vom 12. Juni 2011, S. 33, der insoweit von einem „Protektorat“ spricht.

22 *Kurbjuweit*, Ackermanns Herrschaft, Der Spiegel 22/2011, S. 26.

23 *Lepsius*, Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? Die Wiederentdeckung des Staates, 2010, S. 27 f.

24 *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, 1994; ferner die Beiträge in Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994.

Marktes<sup>25</sup> brandmarken. Der durch Globalisierung einerseits und zunehmende Komplexität der zu regelnden Materien andererseits überlastete Staat soll durch Auslagerung in Form der Privatisierung entlastet werden,<sup>26</sup> zumal der Markt, so die ökonomische Erwartung,<sup>27</sup> die in Rede stehenden Leistungen ohnehin ökonomischer, mithin effizienter, kostengünstiger und nachfragegerechter erbringen kann. An dieser Schnittstelle treffen sich die Politikwissenschaften auf interessante Weise mit der sog. neoliberalen Ökonomie,<sup>28</sup> wengleich auch aus unterschiedlichen Begründungszusammenhängen heraus. Diese sind von der Politik auf nationaler und europäischer Ebene (dankbar) aufgenommen worden, nicht zuletzt auch, weil diese Form der Auslagerung von Verantwortung von politischen Begründungszusammenhängen entlastet, indem auf Expertenwissen, den Kompromisszwang auf internationaler Ebene oder die Anonymität des Marktes mit seinen Eigengesetzlichkeiten verwiesen werden kann.<sup>29</sup>

Privatisierung bedeutet aber nicht einen einmaligen Aufgaben- und Verantwortungstransfer durch den Staat auf die Marktakteure.<sup>30</sup> Die „Übertragung“ einer Aufgabe verbunden mit den Herausforderungen der Globalisierung und Komplexität des Regelungsgegenstandes entbindet den Staat nicht von seiner Verantwortung. Vielmehr wandelt sich das Verständnis der Aufgabenwahrnehmung. Die Rechtswissenschaft hat diese Entwicklung, nicht zuletzt in Anlehnung an die eine Privatisierung ermöglichende Änderung des Art. 87e und Art. 87f GG, aufgenommen und dem Staat insoweit eine Gewährleistungsverantwortung zugewiesen.<sup>31</sup> Die Diskussion

---

25 *Lepsius*, Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? Die Wiederentdeckung des Staates, 2010, S. 27 f.

26 Siehe *Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 75, Rn. 10.

27 Kritisch dazu und zu den Ursprüngen *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 13 ff. und 28 ff.

28 Dazu *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 33 ff.

29 Instruktiv und treffend *Lepsius*, Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel, in: Adolf-Arndt-Kreis, (Hrsg.) Staat in der Krise – Krise des Staates? Die Wiederentdeckung des Staates, 2010, S. 25 f.

30 *Schuppert*, Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, S. 83.

31 Dazu *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 898 ff., 990 ff.; *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (289 ff.); *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (316 ff., 333 f.);

wird dabei je nach deren dogmatischer Begründung, konkretem Inhalt und Umfang sowie Ausgangspunkt unter den rechtlich nicht stark determinierten (Schlüssel-) Begriffen „Gewährleistungsstaat und -recht“,<sup>32</sup> „Kontextsteuerung“<sup>33</sup>, „Privatisierungsfolgenrecht“<sup>34</sup> und „regulierte Selbstregulie-

---

*Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, *Der Staat* 42 (2003), S. 493 ff.; *ders.*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 124 m.w.N.; *Burgi*, Privatisierung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 75, Rn. 1 ff.; s. auch mit Blick auf den Finanzmarkt *Ohler*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *DVBl.* 2011, S. 1061 (1063).

- 32 *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1999, S. 18; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, 2001, S. 24 ff.; *Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: *ders.* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, S. 1 ff.; *Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, *Der Staat* 42 (2003), S. 493 ff.; *Vöbkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 63 (2003), S. 304 ff.; unter dem Begriff der Verantwortungsteilung *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 13 ff.; sowie auch *Schuppert* in seinem Beitrag.
- 33 Zusammenfassend zum Steuerungskonzept der Kontextsteuerung *Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), S. 160 ff.; grundlegend zur steuerungstheoretischen Perspektive auf das Recht *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert* (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen*, 1993, S. 65 ff.; vgl. ferner die übersichtliche Zusammenfassung der Überlegungen mit entsprechenden Nachweisen bei *Vöbkuhle*, *Neue Verwaltungswissenschaft*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl. 2012, Bd. I, § 1 Rn. 17 ff.
- 34 Zum Begriff grundlegend *Kämmerer*, Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, *JZ* 1996, S. 1042 (1047 f.); *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *VVDStRL* 54 (1995), S. 243 (279); siehe die Beiträge in *König/Benz* (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997; als Regulierungsverwaltungsrecht bezeichnet von *Masing*, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts – Constructed Markets on Networks vor verschiedenen Rechtstraditionen, *AöR* 128 (2003), S. 558 ff.

rung<sup>35</sup> geführt und damit teilweise unterschiedlich beurteilt. Gemeinsam ist den Ansätzen, dass der Staat – wie anfangs schon dargestellt – durch Privatisierung und Deregulierung Raum für wettbewerbs- und marktbezogene private Tätigkeit gibt und sich auf die Schaffung von Leitplanken, die gemeinwohlkompatible Ergebnisse gewährleisten sollen, beschränkt.<sup>36</sup>

Im Zuge dessen entsteht nach erfolgter Deregulierung und wieder durch die Gewährleistungsverantwortung sichernde Re-Regulierung ein jeweils sachspezifisches, hochkomplexes Regulierungsrecht,<sup>37</sup> das wiederum durch ein enges Zusammenspiel von privaten Akteuren und dem Staat bzw. dem Gesetzgeber gekennzeichnet ist. Der Staat passt sich den neuen Gegebenheiten an, indem die Handlungsweisen im Rahmen der Regulierungstätigkeit von einer rein hoheitlichen Regelung hin zu einem Kooperationsmodell<sup>38</sup> gehen. Private Entscheidungsrationale findet nicht mehr nur im Rahmen von Anhörungs- und Konsultationsverfahren Berücksichtigung, sondern wird auf Grund der Komplexität des Regelungsgegenstandes gezielt in verschiedenster Art und Weise in den staatlichen Prozess der

---

35 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1997, S. 300 ff.; *Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 75, S. 90 ff.; *Schmidt-Preuß* und *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff. bzw. S. 258 ff.; vgl. auch die Nachweise bei *Voßkuhle*, Regulierte Selbstregulierung – Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung Beiheft 4 (2001), S. 197 ff.

36 Siehe die Nachweise in Fn. 42; sowie *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, 2000, S. 45; *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (316 ff., 333 f.).

37 Dazu die Beiträge in *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, 2010.

38 Siehe zu einer allgemeinen Auseinandersetzung mit dem Begriff der Kooperation *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 64 ff.; *Murswiek*, Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?, ZUR 2001, S. 7 (11 ff.); *Voßkuhle*, Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht, ZUR 2001, S. 23 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 420 f.; sowie die Beiträge in Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995.

Rechtssetzung mit einbezogen.<sup>39</sup> Staatliches Recht und private Standardsetzung vermischen sich.<sup>40</sup> Die damit verbundene Koppelung von privater und staatlicher Handlungsrationalität,<sup>41</sup> schafft nicht überschaubare Übergriffe von privater und staatlicher Sphäre und führt zu einer Modifizierung der Regelungsmechanismen.

### 3. Referenzgebiete: Umwelt- und Finanzmarktrecht

Auch insoweit können das Umwelt- und Technikrecht (Definition von Standards und Grenzwerten durch privaten Sachverstand) und das Finanzmarktrecht (Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Rating-Agenturen) als Beispiel dienen.

Ausdruck findet diese „Privatisierung“ von gesetzgeberischer Verantwortung im Umweltrecht z.B. darin, dass verstärkt unbestimmte Rechtsbegriffe eingesetzt werden, deren Konkretisierung im Vollzug durch die Verwaltung – oftmals im Verbund mit privaten Akteuren – und die Rechtsprechung geleistet wird. Der Vollzug wird solchermaßen zu einer „normnachschöpferischen“ Phase. Dabei verschiebt der Gesetzgeber seine Regulierungstätigkeit von einer rein hoheitlichen Regelung oftmals hin zu einem Kooperationsmodell<sup>42</sup> mit den privaten Akteuren. Im Umwelt- und Gesundheitsrecht ist der Gesetzgeber – ebenso wie in anderen komplexen Rechtsbereichen auch – dazu übergegangen, allgemeinen Erfahrungsregeln durch wissenschaftliche Maßstäbe und Wahrheitskriterien zu erset-

---

39 *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 70.

40 *Becker*, Staatlich-private Rechtsetzung in globalisierten Finanzmärkten, ZG 2009, S. 123 spricht von einer Verbundproduktion.

41 Siehe zu einer Darstellung der unterschiedlichen Handlungsrationaltäten *Hoffmann-Riem*: in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 268 ff.

42 Siehe zu einer allgemeinen Auseinandersetzung mit dem Begriff der Kooperation *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 64 ff.; *Murswiek*, Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?, ZUR 2001, S. 7 (11 ff.); *Voßkuhle*, Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht, ZUR 2001, S. 23 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 420 f.; sowie die Beiträge in Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995.

zen, die – vermittelt über unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Stand der Technik“ oder „Stand von Wissenschaft und Technik“ – eine verobjektivierte Entscheidungsgrundlage für staatliche Eingriffe liefern sollen.<sup>43</sup>

Im Finanzmarkt- bzw. Bankenrecht rückt der bereits 1974 von den Zentralbanken und Bankaufsichtsbehörden der damaligen G-10 Staaten gegründete Basler Ausschuss für Bankenaufsicht in das Blickfeld.<sup>44</sup> Für ihn gibt es keine Rechtsgrundlage in Form eines völkerrechtlichen Vertrags oder Verwaltungsabkommens, vielmehr ist er bis hinein in die Organisation und Arbeitsweise durch Informalität geprägt. In der Folge wird der Basler Ausschuss als informales Behördennetzwerk im Bereich technischer Expertise kategorisiert.<sup>45</sup> Er umfasst heute Mitglieder aus 27 Staaten. Ihre Aufgabe ist es, im internationalen Kontext die Regulierung der Geschäftstätigkeit von Kreditinstituten zu gestalten, indem einheitliche Standards in der Bankenaufsicht erarbeitet werden. Auch wenn diese sich primär an die international tätigen Großbanken der Mitgliedstaaten richten, so sind diese doch mehr und mehr zu allgemein anerkannten Verhaltensstandards für die Finanzwirtschaft geworden.<sup>46</sup> Die originär nicht

---

43 Kritisch dazu *Wolf*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: Beck (Hrsg.), Politik in der Risikogesellschaft, 1991, S. 378 (384, 386 ff.).

44 Basel Committee on Banking Supervision of the Bank for International Settlements; dazu *Winter*, Transnationale Regulierung, APuZ 8/2009, S. 9 (11 f.).

45 Dazu *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (386 f.); *Weber*, Vom juristischen Rauschen: zur rechtlichen Geltung der Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, in: Bieber/Calliess/Langefeld/Weber/Wolf (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress, 2005, S. 1597 (1601 ff.).

46 Dazu *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (366 f.); *van Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 219 (227 ff.); *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 34 f.; *Ohler*, Finanzmarktaufsicht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 259 (263 ff.).

rechtsverbindlichen Baseler Standards<sup>47</sup> entfalten eine Rechtswirkung,<sup>48</sup> wenn sie wie die bereits erwähnten Eigenkapitalregeln von Basel I (1988) und Basel II (2004) detailgenau vom europäischen Gesetzgeber in der Bankenrichtlinie adaptiert<sup>49</sup> und im Zuge dessen dann in deutsches Recht gegossen werden.<sup>50</sup> Auf diese Weise werden von Behörden erarbeitete Standards in staatliches Recht transformiert, ohne dass die Gesetzgeber hierauf inhaltlich Einfluss hätten nehmen können. Wie problematisch das

- 
- 47 Dazu *Lee*, The Basle Accords as Soft Law: Strengthening International Banking Supervision, *Virginia Journal of International Law* 1998, S. 1 (3); *Giovanoli*, A New Architecture for the Global Financial Markets, in: ders. (Hrsg.), *International Monetary Law*, 2000, S. 3 (33 ff.); *Lastra*, Legal Foundations of International Monetary Stability, 2006, S. 453 ff.; vgl. auch *Schalast*, Lehren aus der Finanzkrise?: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Banken-RL und der geänderten Kapitaladäquanz-RL, *BB* 2010, S. 1040 (1041); *Brunner*, Why Soft Law Dominates International Finance – And Not Trade, *Journal of International Economic Law* 13 (2010), S. 623 (623, 628); *Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, S. 255 ff.; *Ferran*, Can Soft Law Bodies be Effective? The Special Case of the European Systemic Risk Board, *ELR* 35 (2010), S. 751 ff.; vgl. auch *Rost*, Die Herausbildung transnationalen Wirtschaftsrechts auf dem Gebiet der internationalen Finanz- und Kapitalmärkte, 2007, S. 253 ff.
- 48 Zu diesem Phänomen ausführlich sowie mit weiteren Beispielen *G.-P. Calliess/Renner*, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, *Ratio Juris*, Bd. 22 Nr. 2, 2009, S. 260 (262 ff.).
- 49 Richtlinie 2006/48/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (ABl. L 177/1 vom 30. Juni 2006) geändert durch Richtlinie 2010/76/EU zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefung und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (ABl. L 329/03 vom 14. Dezember 2010).
- 50 Vgl. *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 34; *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* 65 (2005), S. 351 (358); *Röhl*, Finanzmarktaufsicht, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 18, Rn. 112; *Jung*, Finanzdienstleistungsrecht, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.) *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2. Aufl. 2010, § 20, Rn. 13; vgl. auch den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie, *BT-Drs. 17/1720*, S. 26; vgl. auch *Knauff*, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2010, S. 491 ff.; dazu *Reckers*, Umsetzung der neuen Eigenkapitalvorschriften „Basel II“ in Deutschland, in: *Schäfer/Burghof/Johanning/Wagner/Rodt* (Hrsg.), *Risikomanagement und kapitalmarktorientierte Finanzierung*. Festschrift für Bernd Rudolph, 2009, S. 67 ff.

ist, zeigen die Basel II Regelungen, auf deren Entstehung die Regulierten massiv Einfluss nehmen konnten.<sup>51</sup> Sie geben den Banken die Möglichkeit, die jeweils erforderliche Eigenkapitalunterlegung auf der Basis von bankinternen Risikomodellen zu berechnen. Von zusätzlicher Brisanz ist, wenn die Bankenrichtlinie insoweit vorsieht, dass die Kreditinstitute die Ratings von Rating-Agenturen verwenden, um die der Risikogewichtung entsprechende Eigenkapitalquote zu ermitteln.<sup>52</sup> Bankeninterne Risikomodelle bergen daher die Gefahr, dass sie die Belange der Finanzmarktstabilität und des Anlegerschutzes nicht hinreichend berücksichtigen – wie sich in der Finanzkrise dann auch offenbarte.<sup>53</sup>

Die „Eins-zu-Eins“ Transformation bzw. Adoption extern erarbeiteter Standards in Rechtsregeln führt so betrachtet zu einem problematischen Auseinanderfallen von materieller Entscheidungsverantwortung und rechtlicher Bindungswirkung.<sup>54</sup> Die damit verbundenen Legitimationsdefizite werden noch dadurch verstärkt, dass diese für die Finanzmarktstabilität zentrale Rechtsetzung weitgehend intransparent ist. Die Herstellung von

---

51 *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* (65) 2005, S. 351, 357 und 382 f.; *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 36; *Ohler*, Finanzmarktaufsicht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 259 (267 f.).

52 Vgl. §§ 80 I, 96 I Richtlinie 2010/76/EU zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefung und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik, ABl. L 329/03 vom 14. Dezember 2010.

53 Kritisch daher *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 36; *Thiele*, Divergierende Risikomodelle und der Gesetzgeber, *ZG* 2010, S. 142; *Ohler*, Finanzmarktaufsicht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 259 (277).

54 Vgl. dazu *Höfling*, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 38; *Ohler*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *DVBl.* 2011, S. 1061 (1067); vgl. auch *Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, *VVDStRL* 62 (2003), S. 7 (15 ff.); *Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, *VVDStRL* 62 (2003), S. 37 (58 ff.); *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 341 ff.

Transparenz ist aber das Untermaß, das der Staat im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung schuldet.<sup>55</sup> Hinzu kommt, dass es der informellen Standardsetzung an legitimations sichernden Verfahrensregelungen wie Repräsentativität und demokratischer Allgemeinheit und Gleichheit fehlt, so dass die insoweit entwickelten Legitimationsmodelle am Maßstab der deliberativen Demokratietheorie<sup>56</sup> hieran scheitern müssen.<sup>57</sup> Nicht zuletzt ist es unter Gesichtspunkten der Legitimation bedenklich, wenn im Rahmen der Aufsicht Regeln vollzogen werden, die auf Standards basieren, an denen die Akteure der transnationalen Regelsetzung mitgewirkt haben.<sup>58</sup> Die bisher erfolgte Art des Nachvollzugs in „blinder“ Inkorporation wird folglich dem Demokratieprinzip nicht gerecht.

### *C. Schlussfolgerungen*

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der nationale Gesetzgeber und die repräsentative Demokratie in die Defensive geraten sind. Im Zuge des grenzüberschreitenden Austausches von Waren, Dienstleistungen, Kapital, Informationen usw. haben sich Handlungszusammenhänge zwischen nichtstaatlichen Akteuren herausgebildet, von denen viele der staatlichen Kontrolle in großem Umfange entglitten sind. In Reaktion darauf kommt es zu einer Internationalisierung und Europäisierung von politischen Entscheidungen.<sup>59</sup> Außerhalb der EU, wo das Europäische Parlament im Verbund mit den nationalen Parlamenten (vgl. Art. 10 Abs. 2 EUV) für die

---

55 *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 38.

56 *Slaughter*, *The New World Order*, 2004, S. 36 ff., 131 ff., 203 ff. und 213 ff.

57 *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* (65) 2005, S. 351 (382 ff.).

58 *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* (65) 2005, S. 351 (355); *van Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht, in: *Möllers/Voßkuhle/Walter* (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S. 219 (249).; *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 38; vgl. dazu ausführlich auch *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft*, 2002.

59 Ausführlich dazu *Beichelt*, *Deutschland und Europa, Die Europäisierung des politischen Systems*, 2010, S. 20 ff., 32 ff.

notwendige Legitimation sorgt,<sup>60</sup> gehen mit der Entscheidungsfindung auf internationaler Ebene in Staatenkonferenzen und Internationalen Organisationen unter verschiedenen Gesichtspunkten Demokratiedefizite einher:

Zum einen hat im Bereich der Außenpolitik, konkret der sog. Auswärtigen Gewalt, klassischerweise die Exekutive die Prärogative.<sup>61</sup> Es entscheiden hier zuvorderst Regierungen in einem demokratisch nur schwach rückgekoppelten Verfahren. Die Legislative nimmt im parlamentarischen Regierungssystem Deutschlands in der Regel „nur“ im Nachhinein Kontrollrechte wahr, ihre Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der internationalisierten Entscheidungsfindung sind auf die Verabschiedung völkerrechtlicher Verträge (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG) und eine allgemeine Kontrolle der Regierung begrenzt.<sup>62</sup>

Zum anderen fehlt es im entgrenzten Marktraum in der Regel an grenzüberschreitenden Mechanismen der Demokratie. Anders als in der EU fehlt es in den klassischen Internationalen Organisationen des Völkerrechts, etwa den Vereinten Nationen (UNO) oder der Welthandelsorganisation (WTO), an eigenen, internen demokratischen Mechanismen. Insoweit geht das Demokratiedefizit auf die historisch gewachsene Symbiose von Nationalstaat und Demokratie, die bis heute prägend für die meisten Demokratietheorien ist, zurück.<sup>63</sup>

Angesichts dessen ist die repräsentative Demokratie in theoretischer<sup>64</sup> und praktischer Perspektive fortzuentwickeln. Insoweit ist zu überlegen, wie die Parlamente in konstruktiver Weise in internationale Entscheidungsprozesse eingebunden werden können, so dass sie auf diese proaktiv einwirken können. Interessante Entwicklungen zeigen sich insoweit auf

---

60 Kritisch das Lissabon-Urteil BVerfGE 123, 267; zu alledem *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 163 ff.

61 *Calliess*, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 83, Rn. 43.

62 Allgemein *Möllers*, Demokratie, Zumutungen und Versprechen, 2009, S. 94 ff.; konkret und ausführlich *Calliess*, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 83, Rn. 24 ff., insbes. 35 ff.

63 Vgl. dazu die Ausführungen bei *Möllers*, ebenda, S. 82 f.; ferner *Nettesheim*, Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie, in: Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 143 ff., insbes. 164 ff.

64 Insoweit fehlt es nach wie vor an einer dem offenen Verfassungsstaat im Zeitalter der Internationalisierung und Europäisierung Rechnung tragenden rechtswissenschaftlichen Demokratietheorie.

Ebene der EU und – im Kontext der Krise im Euroraum – auch im deutschen Verfassungsrecht.<sup>65</sup> Auf europäischer Ebene haben die nationalen Parlamente über die Informationsrechte und die Kompetenzzüge gem. Art. 12 a) und b) EUV hinaus in sensiblen Politikbereichen ein Vetorecht (sog. „Notbremsen“), etwa im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV). Um aber sicherzustellen, dass ein nationales Veto nicht den ganzen europäischen Entscheidungsprozess über einen unbegrenzten Zeitraum blockieren kann, sollte das Veto nur aufschiebender Natur sein. Insoweit geht es darum, dass sich die europäischen Institutionen mit den Ablehnungsgründen des jeweiligen nationalen Parlaments auseinandersetzen. Sollte nach sechs Monaten kein Kompromiss gefunden werden können, könnten dann zwei Möglichkeiten bestehen: Entweder unterstützt mindestens ein Drittel der anderen nationalen Parlamente das Veto, dann wird der Vorschlag von der Agenda genommen. Wird dieses Quorum nicht erreicht, so können die europäischen Institutionen den Entscheidungsfindungsprozess fortsetzen. Im deutschen Verfassungsrecht haben sich anknüpfend an die Beteiligungsrechte gem. Art. 23 Abs. 2 bzw. 3 GG und gefördert durch das BVerfG unter den Begrifflichkeiten der „Integrationsverantwortung“ und der „Budgetverantwortung“ proaktive Beteiligungsrechte des Bundestages entwickelt, die seinen fortbestehenden Einfluss auf innerhalb des EU-Vertrages oder des ESM-Vertrages stattfindende Maßnahmen sichern. Zu Recht hat das BVerfG daher z.B. die Mitentscheidung des Bundestages im Rahmen der Entscheidungen über Finanzhilfen durch die sog. Rettungsschirme EFSF und ESM eingefordert. Damit wurde der Bundestag gegenüber der Regierung gestärkt, Einflussverluste des repräsentativen Gesetzgebers im Zuge der Krise wurden solchermaßen kompensiert.<sup>66</sup>

---

65 Dazu *Calliess*, Der Kampf um den Euro: Eine „Angelegenheit der Europäischen Union“ zwischen Regierung, Parlament und Volk, NVwZ 2012, S. 1 ff.; *ders.*, Kein Geld ohne Parlament: ESM, Budgetverantwortung und Bundesverfassungsgericht, 2012; *Calliess/Beichelt*, Auf dem Weg zum Europäisierten Bundestag: Vom Zuschauer zum Akteur?, 2013.

66 Dazu *Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, S. 41 ff.; *Calliess*, Absicherung der parlamentarischen Integrations- und Budgetverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene, in: Pechstein (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 2012, S. 53 ff.

Im Zuge der Globalisierung löst sich überdies die historisch gewachsene Trennung zwischen Innen- und Außensphäre des Staates<sup>67</sup> auf, so dass die Staaten in den Außenbeziehungen nicht mehr die alleinigen Akteure sind,<sup>68</sup> die als von der Gesellschaft getrennte, diese mediatisierende Einheiten, agieren. So lässt sich gerade im Bereich der Finanzmärkte beobachten, wie sehr der Staat rein faktisch gezwungen ist, mit den gesellschaftlichen Akteuren politisch zu kooperieren.<sup>69</sup> Das klassische zwischenstaatliche Völkerrecht samt seinem internationalem Verwaltungsrecht wird dementsprechend – unter dem politikwissenschaftlich geprägten,<sup>70</sup> juristisch allerdings kaum aufbereiteten Begriff der Governance<sup>71</sup> – um neue Formen kooperativer Rechtssetzung ergänzt.<sup>72</sup> Es entsteht ein neuartiges „transnationales“ Recht, im Rahmen dessen sich private Regelset-

---

67 Vgl. etwa *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 259; *Locke*, Two Treatises of Government, 1690, Bd. II, Kap. 12, § 146; vgl. auch *Nolte*, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), S. 129 (149).

68 Vgl. *Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004, S. 48 f., S. 62; ausführlich dazu *G.-P. Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, S. 182 ff. und 220 ff. mit Beispielen auf S. 245 ff.

69 *Ohler*, Finanzmarktregulierung und -aufsicht, in: *Ruffert* (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, Enzyklopädie Europarecht Band 5, 2013, § 10, Rn. 11; *Heun* weist des Weiteren darauf hin, dass eine effiziente Kontrolle in vielen Staaten schon an der Zersplitterung der Aufsicht scheitert: *Heun*, Der Staat und die Finanzkrise, JZ 2010, S. 53 (62).

70 *Ziirn*, Regieren jenseits des Nationalstaats, 1998, S. 166 ff.

71 Hierzu *Hoffmann-Riem*, Governance im Gewährleistungsstaat, in: *Schuppert* (Hrsg.) Governance-Forschung, 2005, S. 195 (195); *Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 95 f.; *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 30 ff.

72 Dazu *Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das öffentliche Recht, 2004, S. 21, 24 ff., 53 f.; *Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, S. 164 ff.; *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (357); *G.-P. Calliess/Renner*, Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance, Ratio Juris, Bd. 22 Nr. 2, 2009, S. 260 (261, 263 ff.); vgl. *Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), S. 1 (14) sowie die Beiträge in *Möllers/Voßkuhle/Walter* (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007; *G.-P. Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, S. 212 ff.

zung und staatliches Recht mitunter auf neuartige Weise miteinander vermischen.<sup>73</sup>

Verstärkt wird diese Entwicklung durch die Komplexität vieler Regelungsgegenstände, im Zuge derer der Gesetzgeber auf die Expertise – und damit die Kooperation – der Normadressaten angewiesen ist. Das Gesetz als klassisches Steuerungsinstrument des repräsentativen Gesetzgebers basiert aber klassischerweise auf Bausteinen wie Unmittelbarkeit, Zurechenbarkeit, Verantwortlichkeit und Schuld. Sie sind Grundlage der rechtlichen Zuordnung von Verantwortlichkeit.<sup>74</sup> Die Kollektivierung von Schäden, etwa im Bereich der Umweltschäden und Finanzkrisen, steht in einem paradoxen Verhältnis zur privaten Verantwortbarkeit und Verantwortlichkeit einzelner Personen: Wenn individuelle Entschädigungen entweder mangels Nachweis der Kausalitäten oder mangels Nachweisbarkeit eines Verschuldens nicht möglich sind, aber auch kollektivrechtliche Entschädigungslösungen sich schwierig gestalten, dann versagt das zivilrechtliche Instrumentarium des Schadensersatzes und des daran anknüpfenden Versicherungsschutzes.<sup>75</sup> In einer solchen Situation, in der die individuelle Zurechnung an einen individualisierbaren Verantwortlichen nicht gelingt, richten sich die Sicherheitserwartungen an die staatlichen Institutionen, von denen – wie vorstehend gezeigt wurde: zu Recht – vorsorgende Vorkehrungen zum Schutz vor potentiellen Schäden (Risiken) erwartet werden.

Wenn es sich bei den von Privaten gesetzten Standards um eine „Gesetzgebung über Bande“ handelt, dann muss diese Form der kooperativen Rechtsetzung aus Sicht des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips durch verfahrensrechtliche Mindestanforderungen aufgefangen werden. Sind diese nicht erfüllt, so darf der Gesetzgeber auf diese Standards weder Bezug nehmen noch sie in eine Rechtsnorm transformieren. Auf der nationalen Ebene ist statt eines automatischen ein autonomer Nachvollzug geboten, im Zuge dessen der Gesetzgeber in materieller Hinsicht die demokra-

---

73 Dazu *Ruffert*, Globalisierung als Herausforderung an das öffentliche Recht, 2004, S. 24 ff.; ausführlich *G.-P. Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, S. 212 ff.; *Renner*, Zwingendes Transnationales Recht, 2011.

74 Vgl. etwa BGHZ 102, 350 ff. für den Fall der sog. „neuartigen Waldschäden“ sowie das Urteil des BVerfGE 128, 1, 36 f. für den Fall der sog. Grünen Gentechnik.

75 *Reiter*, Entschädigungslösungen für durch Luftverunreinigungen verursachte Distanz- und Summationsschäden, 1998, S. 25 ff. und 77 ff.

tische Letztverantwortung für die Rezeption der Standards übernehmen kann.<sup>76</sup>

Wenn angesichts der Komplexität des zu regelnden Sachverhalts überdies der Vollzug von Gesetzen zu einer normnachsöpferischen Phase wird, dann muss gewährleistet sein, dass alle betroffenen Interessen und Belange berücksichtigt werden. Insoweit entfalten die Grundrechte neben ihrer materiellen auch eine prozedurale Wirkkomponente. Insbesondere dort, wo die materielle Wirkkraft der Grundrechte reduziert ist, eben wegen der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, besteht die Notwendigkeit, ihre verfahrensbezogene Dimension – quasi kompensatorisch – zu stärken. Danach muss ein Mindeststandard an Verfahrensrechten verwirklicht werden, der die Stellung eines Verfahrensbeteiligten umso stärker ausbaut, (1) je gewichtiger das betroffene grundrechtlich geschützte Gut ist, (2) je intensiver in das grundrechtlich geschützte Gut eingegriffen werden soll, (3) je größer die Wahrscheinlichkeit des Eingriffs in das grundrechtlich geschützte Gut ist und (4) je größer der Spielraum ist, den der Gesetzgeber über Ermessensspielräume und unbestimmte Rechtsbegriffe der Verwaltung eingeräumt hat.<sup>77</sup>

Diese Vorgaben gelten für alle Rechtsbereiche und betreffen im Einzelnen Informationen, Partizipation und gerichtliche Verfahren. Im Zuge dessen ist der Staat verpflichtet, mit dem Bürger als Grundrechtsträger zu kooperieren, indem er ihm die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt, ihn an Verfahren beteiligt und ihm Rechtsschutz einräumt. Der Gesetzgeber hat insoweit für die entsprechenden Verfahrensregelungen zu sorgen. Nicht von ungefähr gehört es im Bereich des Umweltrechts zu den wichtigsten Ausprägungen des sog. Kooperationsprinzips, dass die Öffentlichkeit Zugang zu Informationen über die Umwelt erhält, sich an umweltbezogenen behördlichen Verfahren beteiligen kann und die Möglichkeit hat, Entscheidungen der Behörden in Umweltangelegenheiten gerichtlich überprüfen zu lassen. Diese Vorgabe spiegelt sich im internationalen (Rio-Deklaration, Aarhus-Konvention) und europäischen Umweltrecht.

Wenn sich in komplexen Politikfeldern ein angemessenes Schutzniveau nicht unmittelbar aus wissenschaftlichen Ergebnissen ableiten lässt, dann wächst die Notwendigkeit für den Gesetzgeber, von der klassischen Ge-

---

76 Ausführlicher *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2012), S. 115 (132 ff.).

77 Vertiefend dazu *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 463 ff.

fahrenabwehr auf eine Risikovorsorge umzuschalten.<sup>78</sup> Vorsorgeentscheidungen sind jedoch durch geeignete Verfahrensregeln abzusichern. Vor allem, wenn die naturwissenschaftliche Risikoermittlung nicht zu eindeutigen Bewertungen kommt, kommt wiederum dem Entscheidungsverfahren eine wichtige kompensatorische Bedeutung zu. Prozedurale Vorgaben im Rahmen gesetzgeberischer Risiko- bzw. Vorsorgeentscheidungen sind daher:

- **Transparenz:** Durch verfahrensrechtliche Regelungen ist sicherzustellen, dass die bei der Bewertung der naturwissenschaftlichen Daten und Erkenntnisse gegebenen Einschätzungs- und Bewertungsspielräume offen gelegt werden.

- **Absenkung des Beweismaßes:** Insoweit geht es um die Frage, wem die Darlegungs- und Beweislast obliegt, wenn nicht geklärt werden kann, ob eine Risikoquelle zur Herbeiführung eines Schadens geeignet ist. Das Vorsorgeprinzip impliziert demgegenüber bereits von seinem Sinn und Zweck her eine Beweislastumkehr im Sinne einer durch den Risikoverursacher widerlegbaren Gefährlichkeitsvermutung.

- **Angemessene Beteiligung von gesellschaftlichen Gruppen:** Angesichts des immer auch politischen Charakters der Risikobewertung muss der Entscheidungsprozess einen pluralen Wertediskurs ermöglichen und daher unter institutionalisierter Beteiligung von Vertretern der am öffentlichen Leben teilnehmenden gesellschaftlichen Gruppierungen ablaufen. Die institutionalisierte Beteiligung von gesellschaftlichen Gruppen erhöht die politische Legitimität von Entscheidungen und soll erreichen, dass ein breites Spektrum an Kriterien der Risikobewertung berücksichtigt wird.

Abgesehen von den vorstehend beschriebenen Problemlagen fehlt es an rechtswissenschaftlich relevanten empirisch belegbaren Anhaltspunkten für eine „Ohnmacht“ des repräsentativen Gesetzgebers. Infolgedessen sind der repräsentative Staat und die repräsentative Demokratie in keiner Krise. Einem bloß gefühlten Vertrauensverlust von sog. „Wutbürgern“ (Stuttgart 21) können nur die politischen Akteure begegnen, nicht aber das Recht. Insoweit gilt es den verfassungsrechtlichen Rahmen der repräsentativen Demokratie auf nationaler und europäischer Ebene (vgl. Art. 10 EUV) als Erfolgsmodell wertzuschätzen und nicht zu diffamieren. Letzteres kann auch dadurch geschehen, dass die theoretischen Erwartungen an die (re-

---

78 Ausführlicher *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 153 ff.; *ders.*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2012), S. 115 (132 ff.).

präsentative) Demokratie so überzogen werden, als dass der demokratische Alltag als Dauerkrise erscheint. Insoweit lohnt es sich noch immer Alexis de Tocquevilles Klassiker „Über die Demokratie in Amerika“ zu lesen.

# Democratising South Africa: Towards a ‘Conflictual Consensus’

*Christi van der Westhuizen*

## *A. Introduction*

A significant drop in voter participation in the space of a mere two decades suggests that the representative model of democracy is in trouble in South Africa.<sup>1</sup> To make sense of this trouble, this chapter explores the potential and the possibilities of different meanings of democracy in South Africa, as proposed by the representative and deliberative models, before considering Mouffe’s conceptualisation of a radical democratic practice that approaches democracy as a ‘conflictual consensus’.<sup>2</sup>

The point of departure is to avoid the hierarchisation of democracies which positions African democracies as perversions of the ideal, Western form. Rather, democracy is approached as nowhere completely achieved – neither in Africa, nor in the West – which explains the inherent democratic deficit that representative democracy historically suffers from: ‘[R]epresentation has been the most ingenious invention constitutional designers have created to neutralise political participation by making the people a legitimising force at the instant they renounce their ruling power’.<sup>3</sup> Election as the basic mechanism of accountability in representative democracy is severely limited, in part due to its one-way communication: political elites ask voters a question, usually to confirm who should rule, and the ruled cannot ask questions back.<sup>4</sup> However, South Africans promised each other

---

1 The author thanks the organisers, hosts and participants at ‘The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads’ conference in Berlin, Germany, for lively intellectual conversation and the anonymous reviewers for their useful engagement. All errors remain the author’s.

2 *Chantal Mouffe*, *The Democratic Paradox*, London and New York, 2005, p. 103.

3 *Nadia Urbinati*, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago and London 2006, p. 4.

4 *Claus Offe*, *Political disaffection as an outcome of institutional practices? Some post-Tocquevillean speculations*, in: Mariano Torcal/José Ramón Montero (eds.), *Political disaffection in contemporary democracies. Social capital, institutions and politics*, New York 2012, p. 38.

more than merely the right to vote, as attested to by the remarkable combination of first and second-generation human rights in their social contract crafted during the democratic transition – the Constitution of 1996.<sup>5</sup>

Institutionally, measured by criteria for institutional design, the South African parliament should be a sterling example of a vehicle for deliberative democracy. The constitutional clauses providing for oversight over the executive (Section 55) and public involvement in legislative and oversight functions (Section 59),<sup>6</sup> along with the participation of parties big and small across the political spectrum, brought about by a system of proportional representation (PR), should add to the deliberative character of democracy. Institutional design is crucial for the deliberative model. As a response to the shortcomings of representative democracy, this model foregrounds voice – consultation and deliberation between the elected and the electorate – as the central requirement for the substantiation of representative democracy.<sup>7</sup>

Nevertheless, I argue that the representative and the deliberative models of democracy are both inadequate in comprehending the seemingly intensifying tumult in South African democracy. These schemas run up against politics, which they do not account for, as they emphasise proceduralism at the expense of politics. It is here ventured that South Africa's democracy is a terrain of contestation about the very terms of democracy and of representation, with different political positionalities vying for dominance. While South Africa's colonial history injects its present with different political elements to those found in the rest of Africa, what is occurring at the southern-most point of the continent has resonances with developments regionally, captured by Lust and Ndegwa in their description of the effects of the changed governance environment on the continent:

‘The first is the rise of new institutions, and changes in the significance of older ones, and the demands that citizens make in liberated spaces, which reveal gaps and tensions in state performance. The second is the rapid mutation of public spaces within which contestation occurs, especially with regards the role of the state, its autonomy, and the function that existing institutions are serving in a transformed environment. Third is a

---

5 *Republic of South Africa*, Constitution of the Republic of South Africa No. 108 of 1996, Pretoria 1996.

6 *Republic of South Africa*, note 5, p. 1279, p. 1281.

7 *John S. Dryzek/Patrick Dunleavy*, *Theories of the democratic state*, Basingstoke 2009, p. 220.

rise in uncertainty as reforms reveal the efficacy of new claims and new coalitions, but also expose the insufficiency of institutions – old and new – and the limits of change, suggesting impermanence to rules and uncertainty in presumed outcomes. This results in a tense status quo that may lead to legitimacy crises, especially when the state is unable to manage competing claims.<sup>8</sup>

Mouffe's proposition is most apt for grasping these complexities at the current juncture: that a radical democratic practice must be pursued that recognises procedures as not standing outside of politics but as part of ongoing ethico-political contestation about the terms of democracy, in the form of a conflictual consensus.<sup>9</sup> Combining this insight with Torcal and Montero's understanding of political disaffection<sup>10</sup> suggests that South African democracy suffers from institutional disaffection rather than political disengagement, an argument that is explicated below. This analysis pins the source of institutional disaffection on the ruling African National Congress's political culture and its attempts at warding off accountability with the proceduralism of the representative democratic model. This approach would explain why sections of South African society use socio-economic demonstrations as springboards for appeals targeting elected representatives, including at election time. Finally, it provides a reading for the newly emerged Economic Freedom Fighters' (EFF) direction of its political energies at the institution of parliament in the form of a hitherto unseen direct activism that breaks through the proceduralism of representative democracy. It could be read as an opportunity for a renewal of South Africa's parliament through a conflictual consensus that overturns the condition of institutional disaffection. Finally, this analysis serves as a response to Dryzek and Dunleavy's question<sup>11</sup> about how radical democratic engagement could occur in regular institutions of state, as it reveals the EFF moment as an example of such interaction.

The chapter is structured as follows. The next section examines the insufficiencies of representative democracy and their causal relationship to

---

8 *Ellen M. Lust/Stephen Ndegwa*, *The Challenges of Governance in Africa's Changing Societies*, in: *Ellen M Lust/Stephen Ndegwa* (eds.), *Governing Africa's Changing Societies. Dynamics of Reform*, Boulder/London 2012, p. 10.

9 *Mouffe*, note 2, p. 103.

10 *Mariano Torcal/Jose Ramon Montero* (eds.), *Political disaffection in contemporary democracies. Social capital, institutions and politics*, New York 2012.

11 *Dryzek/Dunleavy*, note 7, pp. 303-305.

political disaffection. The discussion then moves to the extent to which deliberative democracy provides a panacea to that which ails representative democracy. Thereafter recent developments in South Africa are sketched, pertaining to diminishing voter participation and increasing social protests. The simultaneity of these phenomena is analysed as signalling institutional disaffection, rather than political disengagement, as the ruling African National Congress (ANC) wields majoritarianism and proceduralism to weaken institutions and thereby avert accountability. It is argued that the deliberative democratic features of the parliamentary system are rendered ineffectual due to the ANC's political project. The politics pursued by the ANC is due in part to the stubborn colonial and apartheid legacies of socio-economic inequality and deprivation and in part to the vanguardist political culture of the party, both of which effects are bolstered by a prevailing neoliberal rationality. The rise of the EFF is then critically examined as a radical democratic challenge to the procedural strictures of representative democracy, particularly through a reactivation of parliament as political space. In conclusion, it is argued that reading democracy as a conflictual consensus is more productive than the models of representative or deliberative democracy in understanding South African democracy at this historical juncture.

### *B. Representative democracy's deficit*

Western governments might be called democratic but critics hold that 'their institutions were designed to contain rather than to encourage democracy'.<sup>12</sup> Urbinati describes direct participation in the system of representative democracy as an intermittent phenomenon when people make their otherwise ignored opinions heard through voting, petitions and demonstrations. The only formal rights are voting and public speaking. Elections are paradoxical moments, because at the moment of direct participation citizens delegate their power.<sup>13</sup>

Following the work of Schumpeter, a liberal consensus emerged around a model based on instrumental rationality and self-interest that emphasises procedural and institutional arrangements in opposition to participation.<sup>14</sup>

---

12 *Urbinati*, note 3, p. 1.

13 *Urbinati*, note 3, pp. 2-3.

14 *Mouffe*, note 2, p. 23, 94. *Urbinati*, note 3, pp. 18, 230.

Democracy is approached as 'a mere method for making public decisions'.<sup>15</sup> Representation is understood as internal to the state, in that consolidated democracy consists of formal procedures pursued by collective representative actors. Thus citizens do not have much of a role to play and public apathy becomes regarded as a strength, as it indicates consent and diffuse support for the regime and mode of operation.<sup>16</sup> However, critics point out that citizens' voices are reduced to an electoral numbers game. Offe quotes De Tocqueville about how a disaffected, depoliticised citizenry paves the way for despotic deformations and loss of liberty.<sup>17</sup>

Adding to the 'democratic deficit' in liberal democracies is the concurrence between economic and political power. This is unlike the Athenian model's political equality where 'every' citizen (except women and slaves) could speak and engage in law making irrespective of their class position.<sup>18</sup>

Unsurprisingly, the result of the socio-economic exclusion of citizens and the reduction of democracy to procedure is widespread political disaffection, defined as

'Estrangement or detachment from politics and the public sphere, [including] critical evaluation of their core political institutions, their representatives and the democratic political process. This attitudinal attribute is characterised by a number of specific symptoms, including a sense of personal inefficiency, cynicism and distrust, lack of confidence in representative institutions and/or the representatives elected, the belief that political elites do not care about the welfare of their citizens, and a general sense of estrangement from both politics and political processes.'<sup>19</sup>

The threat of political distancing is notable in new democracies, with further repercussions in the form of non-participatory and non-informed citizenship.<sup>20</sup> The next section discusses deliberative democracy as panacea for representative democracy's ills, and the idea of a conflictual consensus as alternative.

---

15 *Mouffe*, note 2, p. 23.

16 *Offe*, note 4, p. 30.

17 *Offe*, note 4, p. 31.

18 *Urbinati*, note 3, p. 3.

19 *Mariano Torcal/Jose Ramon Montero*, Political disaffection in comparative perspective, in: *Torcal/Montero*, note 10, p. 5.

20 *Torcal/Montero*, note. 10, p. 6.

*C. Democracy as deliberation, or as 'conflictual consensus'?*

Participatory democracy was pursued as an alternative model in the 1960s and 1970s to address the shortcomings of representative democracy. It waned and the notion of deliberative democracy came to the fore as an alternative.<sup>21</sup> Supporters of deliberative democracy believe that representative democracy is about voice: for it to work, opportunities for voice need to be multiplied. 'Presence through ideas and speech' creates the link between participation and representation as part of political action.<sup>22</sup> In deliberative democracy, votes are not the only line of transmission of public opinion. Other modes of communication exist through 'the informal discursive character of associations, political movements and opinions' that form part of deliberative action.<sup>23</sup> Citizens are free to discuss policies and ideas but their positions do not manifest in decisions, unlike the elected who have both deliberative and direct decision-making powers. Still, in Urbinati's view, political judgment is a key indirect action brought to bear on elite behaviour in representative democracy. Deliberative politics creates a relationship between the assembly and the citizenry in which the latter can 'reflect upon itself and judge its laws, institutions and leaders'.<sup>24</sup> 'Reflection' is a key concept in deliberative democracy. 'Discursive legitimacy' is achieved when policy decisions echo discourses in the public sphere, to the extent that rational, reflective actors produce these discourses.<sup>25</sup>

Critics of deliberative democracy point out its reliance on a similar mode of rationality as representative democracy with a different emphasis, namely on communicative action alongside free public reason. Mouffe argues that an emphasis on rationality excludes the essential role that affect plays in adherence to democratic values.<sup>26</sup> Emphasising proceduralism does not avoid the pluralism of competing and irreconcilable notions of the good life because procedures are not neutral processes – they involve ethical considerations and commitments. The multiplicity of human values, interconnected with passions and affects, make free, impartial and

---

21 *Dryzek/Dunleavy*, note 7, p. 213.

22 *Urbinati*, note 3, p. 3.

23 *Urbinati*, note 3, pp. 15, 218.

24 *Urbinati*, note 3, p. 16.

25 *Dryzek/Dunleavy*, note 7, p. 219.

26 *Mouffe*, note 2, pp. 90-100.

conflict-less deliberation impossible, Mouffe argues. Ultimately deliberative democracy envisages conflict-free engagement in a rational, universal consensus. This proposes creating a sphere of social relations without or outside of power relations, which is an impossibility because the existence of a pluralism of values entails antagonism. The ultimate question is therefore not 'how to eliminate power but how to constitute forms of power more compatible with democratic values', and 'not to eliminate passions [and conflict] from the sphere of the public, in order to render a rational consensus possible, but to mobilize those passions [and conflict] towards democratic designs'.<sup>27</sup> 'Democratic individuals can only be made possible by multiplying the institutions, the discourses, the forms of life that foster identification with democratic values.'<sup>28</sup> Therefore, democratic politics should recognise and validate conflict; the aim should be to create what Mouffe calls agonistic pluralism: politics that turns antagonism (struggle between enemies) into agonism (struggle between adversaries that acknowledge each other's legitimacy).<sup>29</sup> From the viewpoint of agonistic pluralism, 'the aim of democratic politics is to construct the "them" in such a way that it is no longer perceived as an enemy to be destroyed, but as an adversary, that is, somebody whose ideas we combat but whose right to defend those ideas we do not put into question.'<sup>30</sup> Mouffe agrees that a measure of consensus is necessary for a pluralist democracy to exist. However, ethico-political principles of liberty and equality are necessarily constructed through differing interpretations divided according to differing positionalities of social-democratic, neoliberal, radical-democratic, and so forth. Agonistic confrontation happens in a 'conflictual consensus' that recognises and allows varied positions competing to install their hegemony over citizen identification.<sup>31</sup> For Mouffe, contestation constitutes democracy itself, and is the opposite of authoritarianism, which seeks to suppress dissent.

Mouffe's thesis opens a way out from a discourse in the social sciences that presents African states as 'pathological deviations from the script of modern political society', due to the proposition of 'an ideal form of the modern state [where] some of us live [...] [while] the rest of us live in var-

---

27 *Mouffe*, note 2, p. 100, 103.

28 *Mouffe*, note 2, p. 96.

29 *Mouffe*, note 2, pp. 98-105.

30 *Mouffe*, note 2, p. 102.

31 *Mouffe*, note 2, pp. 103-104.

ious degrees of perversions of it, departures from it, and failures of it'.<sup>32</sup> Conteh-Morgan conjures actual existing state forms, as opposed to ideal ones, with his proposition that coercive rule, democratisation and democracy 'are not pure opposite ideal types' but rather overlap, in that repression and 'liberalism' appear in all three stages.<sup>33</sup> To avoid a hierarchisation of democracies as ideal (Western) types and pathological (African) types, Mouffe's theorisation of radical, plural democracy is useful: it moves from the recognition of 'the impossibility of the complete realisation of democracy and the final achievement of the political community. Its aim is to use the symbolic resources of the liberal democratic tradition to struggle for the deepening of the democratic revolution, knowing that it is a never-ending process.'<sup>34</sup> This approach reminds us that democracy nowhere exists as an accomplishment fulfilled once and for all but, instead, is a condition of continuous movement<sup>35</sup> as different forces seek to hegemonise the political space. As will be further discussed below, majorities are formed and re-formed all the time as they seek to make their voices count and to demand accountability from the elected.<sup>36</sup> Harrison in his discussion of sub-Saharan African politics<sup>37</sup> suggests democracy and democratisation as being overlapping conditions. Democracy is an on-going production, being 'as good as people's capacity to construct and defend it', while democratisation 'is a process of struggle to participate in the affairs of state, and this is a process which does not start and stop according to the caprice of academics' periodizations. Rather, it has a history as long as the state itself, and has been part of Africa's postcolonial politics generally'.

Therefore, the position adopted in this chapter disagrees with the insinuation of once-off accomplishment in Ishiyama's notion of democratisation as the process by which the rule of law, free and fair elections, civil society institutions and leadership accountability are 'established', with

---

32 *Suren Pillay*, *Campaigning and mobilizing*, University of Cape Town, <https://www.youtube.com/watch?v=zO19OnmDx-Y> (last accessed on 6 June 2015).

33 *Earl Conteh-Morgan*, *Democratization in Africa: The Theory and Dynamics of Political Transitions*, Westport/London 1997, p.7.

34 *Chantal Mouffe*, *Democratic Citizenship and the Political Community*, in: Chantal Mouffe (ed.), *Dimensions of Radical Democracy. Pluralism, Citizenship, Community*, London/New York 1992, p. 238.

35 *Charles Tilly*, *Democracy*, New York 2007, p. 189.

36 *Elaine Spitz*, *Majority rule*, Chatham 1984, pp. 131-132.

37 *Graham Harrison*, *Issues in the Contemporary Politics of Sub-Saharan Africa. The Dynamics of Struggle and Resistance*, Basingstoke 2002, p. 82.

democracy being the condition where all of these items occur.<sup>38</sup> It suggests a stasis that does not capture the contestation involved in democracy and imposes an impossible removal of procedure from politics. This imposition is highlighted by Ishiyama's omission from his definition of essential 'ethico-political'<sup>39</sup> determinants of the quality of democracy, such as political equality.<sup>40</sup> While he allows an 'expansion' of democracy through greater participation and competition,<sup>41</sup> this mono-directional movement fails to capture the dynamic adversarial flux that the idea of a conflictual consensus encapsulates. Perhaps the answer lies in Tilly's idea of de-democratisation alongside democratisation, with de-democratisation as the opposite of democratisation, understood as a 'net movement towards broader, more equal, more protected, and more mutually binding consultation'.<sup>42</sup> It is argued here that de-democratisation and democratisation stand in constant dynamic tension to each other.

The next section homes in on democratic contestation as it happens in South Africa, with a particular focus on the ruling ANC and its relationship with parliament as the primary representative institution in the country, before discussing a significant challenge to the proceduralism of representative democracy in the form of the newly emerged populist political party the EFF.

#### *D. South Africa: A radical democratic challenge to institutional disaffection?*

At first glance representative democracy in South Africa<sup>43</sup> exhibits typical ills associated with the model. The trouble is signalled by withdrawal from the electoral process, which is the bare minimum requirement for representation. After a mere two decades of universal franchise, voter turnout

---

38 *John T. Ishiyama*, *Comparative Politics: Principles of Democracy and Democratization*, Chichester 2012, p. 30.

39 *Mouffe*, note 2, note 32.

40 *Nicola de Jager/Pierre du Toit* (eds.), *Friend or Foe? Dominant Party Systems in Southern Africa. Insights from the developing world*, Claremont/Tokyo/New York 2013, p. 15.

41 *Ishiyama*, note 38, p. 30.

42 *Tilly*, note 35, p. 59.

43 South Africa has a national parliament and nine provincial legislatures, for which national and provincial elections take place every five years.

as a proportion of the voting age population dropped from 86% in 1994 to 57% in 2014.<sup>44</sup> The steady decrease in the overall voter participation rate since 1994 suggests that the ability of the ANC to capture the popular imagination as former liberation movement is lessening. The trends show not only a decrease in voter turnout but also a decrease in ANC support.<sup>45</sup> Its percentage of votes reached a pinnacle of 70% in 2004 to drop to 62% in 2014. Of the voting age population, its support dropped from between 39-40% for the 2004 and 2009 elections to 35% in the 2014 election.

These figures also reflect the crisis of the plethora of opposition parties, as they are unable to provide adequate alternatives to mobilise voting. The only party to significantly buck the trend, particularly with reference to the 2014 election, is the largest opposition party called the Democratic Alliance (DA), which grew its support by 39% since 1994, to 22% in 2014,<sup>46</sup> breaking through the ceiling of 20% that the National Party, which had instituted apartheid, set for opposition party support in the first democratic election in 1994.

In the rest of this section I contextualise dropping voter participation with reference to rising social protests, before making the case that it is institutional disaffection, rather than political disengagement, that grips the citizenry. Evidence is provided with reference to the ruling ANC's politicisation of institutions, which weakens or paralyses them and inhibits their ability to execute their constitutionally mandated functions. Simultaneously, the ANC attempts to demobilise and depoliticise civil society and the citizenry at large, in an echo of Schumpeterian conceptions of representative democracy, aided by a globally prevailing neoliberal rationality. The argument is made that the ANC utilises the distancing effects of representative democracy to undermine accountability, a manoeuvre that seems to have found its institutional resistance in the EFF, an opposition party that brings an unprecedented form of activism that challenges and may even expand the possibilities of parliamentary procedure.

---

44 *News24.com*, Election data 'trickery' hides ANC weakness, <http://www.news24.com/elections/news/election-data-trickery-hides-anc-weakness-20140602> (last accessed on 7 June 2014).

45 *Collette Schulz-Herzenberg*, Elections and accountability in South Africa, ISS Paper 188, Cape Town 2009, pp. 1-2.

46 *Collette Schulz-Herzenberg*, Trends in electoral participation and party support 1994-2014, ISS Post-Election Synopsi, Cape Town 2014, p. 8.

## I. Demanding accountability in the 'protest capital of the world'<sup>47</sup>

Spitz remarks that majorities are not passive, as some democratic theories seem to suggest. Rather, majorities are formed all the time as they employ 'every device at hand to make their voices count.'<sup>48</sup> Accountability from the elected is demanded through elections, petitions, demonstrations, civil disobedience, violent resistance, and competition.<sup>49</sup> In South Africa, shrinking voter turnout coincides with growing community-based protests as 'an almost daily feature',<sup>50</sup> dubbed a 'rebellion of the poor'.<sup>51</sup> Police figures show between 8000 and 11000 incidents of 'crowd management' from 2004 to 2012. Protests aimed specifically at service delivery shifted from just below 100 in 2007 to a new maximum of 218 in 2014, with specific increases in the election years of 2009 and 2014.<sup>52</sup>

The context for the related phenomena of decreasing voter participation and increasing demonstrations is that, while the ANC achieved some initial successes in overturning the legacies of apartheid, 27 million people or 46% of the population continue to live under the poverty line of R779 (59 euro) or less per person per month.<sup>53</sup> A high Gini coefficient is exacerbated by a toxic mix of structural unemployment at 35,8%<sup>54</sup> and faltering service delivery due to state incapacity, incompetence, corruption,<sup>55</sup> especially at the local government level, and neoliberal cost-recovery.<sup>56</sup> South

---

47 *Peter Alexander*, *Protests and Police Statistics: Some Commentary*, Johannesburg 2012.

48 *Spitz*, note 36, pp. 131-2.

49 *Spitz*, note 36, pp. 128-131.

50 *John Daniel*, *The politics and challenges of delivery*, in: John Daniel/Prishani Naidoo/Devan Pillay/Roger Southall (eds.), *New South African Review 1 2010: Development or decline?*, Johannesburg 2010, p. 160-161.

51 *Alexander*, note 47.

52 *Civic Protest Barometer 2007-2014*, <http://www.mlgi.org.za> (last accessed on 21 February 2015).

53 *Mail & Guardian*, *Infographic: Poverty in South Africa*, <http://mg.co.za/data/2015-02-05-infographic-poverty-in-south-africa> (last accessed 15 February 2015).

54 *Statistics South Africa*, *Quarterly Labour Force Survey Quarter 3*, Pretoria, 2014.

55 *Vino Naidoo*, *The state of the public service*, in: John Daniel/Roger Southall/Jessica Lutchman (eds.), *State of the Nation 2004-2005*, Cape Town 2005, pp. 112-134.

56 *Prishani Naidoo*, *Indigent management: A strategic response to the struggles of the poor in post-apartheid South Africa*, in John Daniel/Prishani Naidoo/Devan Pillay/Roger Southall (eds.), *New South African Review 1. 2010: Development or Decline?* Johannesburg 2010, pp. 184-204.

Africa now has the vastest social security system on the African continent which ameliorates the effects of economic policy except for those aged between 18 and 60, but the government's macroeconomic policy hinders further expansion.<sup>57</sup>

Judging by the level of electoral withdrawal, South Africa displays significant levels of political disaffection. Political disaffection exists in two permutations, according to Torcal and Montero.<sup>58</sup> First, institutional disaffection, where a confidence gap emerges due to lack of responsiveness by public representatives. Second, political disengagement, encompassing a general distrust of politics and lack of engagement with political process. In new democracies disaffection may not lead to more non-conventional political action but rather to lower political involvement. However, political disaffection does not necessarily amount to loss of support for democracy as political regime.<sup>59</sup> This seems to be true for South Africa, where political disaffection seems to take the form of institutional disaffection, rather than political disengagement. It resonates with recent evidence in other African countries indicating a shift from previous findings showing disengagement from the state when service delivery falters to a new situation where social actors persist with placing demands on the state.<sup>60</sup> In South Africa, citizens demand accountability through direct political action in the streets simultaneously with the reduction in participation in narrow electoral politics. In a further sign that political disaffection is not due to loss of trust in democracy, protestors direct their demands at elected representatives,<sup>61</sup> which suggests they remain convinced that representatives can respond to their needs using the levers of state. Also, as mentioned, protests peak in election years, suggesting a targeting to coincide with a time when politicians are most aware that their positions are contingent upon voters' choices.

The confidence gap that emerges due to institutional disaffection can be read as critical citizens advancing the transformation of democratic institu-

---

57 Haroon Borat, *An income grant to all South Africans*, United Nations Development Programme Poverty in Focus, Brasilia 2006, p. 9.

58 Torcal/Montero, note 10, pp. 6-7, 14-15.

59 Torcal/Montero, note 10, pp. 6-7.

60 Ellen M. Lust/Stephen Ndegwa (eds.), *Governing Africa's Changing Societies. Dynamics of Reform*, Boulder/London 2012.

61 Zachary Levenson, *Image and Realities of Politics: Social Movements in South Africa*, 2012, pp. 14-16; [https://www.academia.edu/10272427/Social\\_Movements\\_in\\_South\\_Africa](https://www.academia.edu/10272427/Social_Movements_in_South_Africa) (last accessed on 15 February 2015).

tions, especially the relationship between themselves and their representatives.<sup>62</sup> Offe proposes that disaffection is a consequence of institutional practices. Institutional practices condition 'the understanding of what the system is about and what the relevant alternatives are': in the ongoing tussle that is democracy, '[w]e learn what "we" the citizens "are" through the hidden curriculum of day-to-day politics and its formative impact.'<sup>63</sup> Thus political institutions 'make' citizens by engendering in them and political elites a view of obligations, opportunities and meanings. Another dimension of the hidden curriculum that elites pass on to citizens and that causes disaffection, is the strictures of globalised political economy, party-politics and media workings that circumscribe choice, with political elites opting for whatever is on offer, argues Offe.<sup>64</sup> The processes here described can be ameliorated or exacerbated by countries' histories and whether political elites comply with the letter and spirit of institutional rules.<sup>65</sup> To unpack the latter in the context of South Africa, the next section probes why the country's democracy suffers from institutional disaffection, applying the notions of institutional practices as a hidden curriculum and the challenge of multiplying democratic practices to produce democratic individuals. It discusses the ruling ANC and the lessons it hopes to teach the citizenry with its politics.

## II. Lessons in 'democracy' from the African National Congress

Deliberative democracy foregrounds voice – consultation and deliberation between the elected and the electorate – as the central requirement for the substantiation of representative democracy. Institutional design is crucial for deliberation.<sup>66</sup> Measured by Dryzek and Dunleavy's criteria for institutional design,<sup>67</sup> the South African system should add to the deliberative character of democracy. The system features a multi-party parliament, including parties with single digit support, brought about by the system of proportional representation (PR), and a plethora of parliamentary commit-

---

62 *Torcal/Montero*, note 10, p. 5.

63 *Offe*, note 4, p. 34.

64 *Offe*, note 4, pp. 44.

65 *Offe*, note 4, p. 35.

66 *Dryzek/Dunleavy*, note 7, p. 220.

67 *Dryzek/Dunleavy*, note 7, pp.220-221.

tees to thrash out laws and hold the executive to account. Public consultation is enshrined in the Constitution (Section 59). The public participation model of the South African parliament should be a sterling example of a vehicle for deliberative democracy. In the first few years of the democratic parliament, it seemed like the body lived up to its potential – for example, with the extensive public consultation when parliament doubled as constitutional assembly from 1994-1996 and MPs drafted the 1996 Constitution.<sup>68</sup> However, by 2006 the Constitutional Court declared two laws invalid due to insufficient public consultation.<sup>69</sup> Thereafter, instead of embracing consultation anew, parliament became painstaking in following the letter but not the spirit of public consultation. Parliament goes through the motions of alerting the public to a new bill, asking for public comment through newspaper advertisements, inviting public submissions, and hosting public hearings. Nevertheless, there would be scant indication of public inputs influencing the proposed law if the impetus for the law derives from a political conundrum internal to the ruling party which it seeks to resolve. These conundrums frequently involve corruption which is used as a political weapon in factional infighting in the party. Examples in this regard include the dismantlement in 2008 of a hybrid police and prosecutorial unit known as the Directorate of Special Operations, or ‘Scorpions’,<sup>70</sup> and the adoption of the Protection of State Information Bill in 2013. These will be discussed in greater detail below but, suffice to say, public submissions in these processes were treated with outright animosity by elected representatives and a minimum of the inputs found their way into the final versions of the laws.<sup>71</sup> Another example is the Traditional Courts Bill, which seeks to reward traditional leaders, a key constituency of the ruling ANC, with greater powers in return for rural black votes.<sup>72</sup> The bill’s effect would be a violation of the principle of equality before the law as traditional leaders’ ‘subjects’ would be relegated to a parallel system of law without the same rights as urban South Africans. At the flawed public hearings, democratic procedures were undermined by ANC representatives’ politically expedient reverence for traditional leaders, which had the

---

68 *Christi van der Westhuizen*, Working Democracy. Perspectives on South Africa’s Parliament at 20 Years, Cape Town 2014, pp.10-20.

69 This next section draws on *van der Westhuizen*, note 68.

70 *Van der Westhuizen*, note 68, pp. 117-128.

71 *Van der Westhuizen*, note 68, pp.178-195.

72 *Van der Westhuizen*, note 68, pp. 234-245.

effect of silencing the voices of marginalised rural people negatively affected by the bill, among other problems.<sup>73</sup> The consultation was marred by the hosting of multiple rounds of public hearings in an apparent approach of 'consult until you get the answer you want'.<sup>74</sup> Still, a robust civil society effort caused the bill to fail twice in parliament. At the time of writing, its third return was mooted.<sup>75</sup> Therefore, proceduralism advancing deliberative democracy runs up against politics and passions that demonstrate the converse of democratic identification, as per Mouffe's proposal.

Why has the institutional design of parliament not delivered on the promises of deliberative democracy? A step back is necessary, to look at the national context. Two related factors spilled into political messiness that proves proceduralism wanting. The first is socio-economic inequality. Tilly<sup>76</sup> argues that citizen-state engagement that is arranged according to prevailing social inequality – in this case South Africa's colonial and apartheid legacies – weakens democratic politics. This happens through the uneven distribution of political resources, giving advantaged groups the means to reinforce disparities when democratic outcomes do not accord with their interests. Tilly adds that South Africa's transition to democracy signals only a 'partial' removal of public politics from inequality. Democracy is threatened by the country's inordinately high level of inequality. The effects of this inequality are demonstrated directly in relation to parliament: inequality and vast geographical distances make access for poor people, who are frequently rural and mostly female and black, difficult. Later more on this.

The second is corruption. The turning point was in the year 2000 when the fledgling democracy's nemesis arose in the form of a R60 billion (4.5 billion euro) arms deal.<sup>77</sup> The decision of parliament's most powerful watchdog committee, the standing committee on public accounts, to inves-

---

73 *Alliance for Rural Democracy*, Third round of hearings on the TCB fails to change minds, 22 November 2013, [www.customcontested.co.za](http://www.customcontested.co.za) (last accessed on 13 June 2015).

74 *Custom Contested*, NCOP in disarray over TCB, 12 February 2014, [www.customcontested.co.za](http://www.customcontested.co.za) (last accessed on 13 June 2015).

75 *Sindiso Mnisi Weeks*, South Africans braced for new confrontation with government over controversial law, *The Conversation*, 8 June 2015, <http://theconversation.com/south-africans-braced-for-new-confrontation-with-government-over-controversial-law> (last accessed on 13 June 2015).

76 Tilly, note 35, pp. 110-120, p. 130.

77 This next section draws on *Van der Westhuizen*, note 68.

tigate allegations of mass corruption against ANC officials in government was systematically undermined by the speaker's office acting on behalf of the presidency, hobbling the committee and undermining the course of the law. The interests of the party elite were elevated to the detriment of the rule of law and constitutional institutions. This inaugurated a period in which political control over institutions became paramount. Parliament has since been utilised to provide a legal veneer when the ANC's majority is used to weaken key institutions protected by the Constitution. Examples include the dismantlement of the highly effective anti-corruption unit the 'Scorpions' and the dismissal of the National Director of Public Prosecutions, Vusi Pikoli, in 2009 for refusing to postpone the prosecution of the police commissioner on corruption charges. The Scorpions had an impressive success rate in criminal corruption cases until its path crossed with the political forces' intent on elevating then ANC deputy president Jacob Zuma to the country's presidential office, which was achieved in 2009. In order to prevent prosecution of Zuma on myriad charges of corruption related to the above-mentioned arms deal, the Scorpions was implicated in internal power politics involving Zuma's predecessor as president of country, Thabo Mbeki. This served as justification for its disbanding using a process driven through parliament. The Scorpions' replacement, the Directorate for Priority Crime Investigation, or 'Hawks' police unit, does not enjoy the Scorpions' unique combination of policing and prosecutorial powers, the reason for the Scorpions' efficacy. The Constitutional Court has since found the independence of the Hawks wanting because it is not sufficiently insulated from political interference.<sup>78</sup> Regarding parliament's decision to dismiss Pikoli, this followed after he failed to heed then President Mbeki's pressure to postpone the prosecution of the National Police Commissioner Jackie Selebi on charges of corruption. Pikoli's removal paved the way for the politicisation and fatal weakening of the National Prosecuting Authority, along with the police, as the factional infighting in the ruling party spilled over into state institutions.<sup>79</sup> Subsequently, after

---

78 *Mail & Guardian*, Concourt: Hawks not sufficiently independent, 27 November 2014, <http://mg.co.za/article/2014-11-27-concourt-hawks-not-sufficiently-independent> (last accessed on 13 June 2015).

79 *Van der Westhuizen*, note 68, pp. 141-144, pp. 159-162; *Mail & Guardian*, Hawks boss offered R3m to walk away, 27 March 2015, accessed at <http://mg.co.za/article/2015-03-27-hawks-boss-offered-r3m-to-walk-away> (last accessed on 13 June 2015).

mounting revelations of corruption in the media, parliament adopted the controversial Protection of State Information Bill to suppress the exposure of malfeasance in the public sector by criminalising the possession or publicising of public information even if in the public interest. Its effect will be to hinder citizens' access to state information and discourage whistleblowing and investigative journalism.

For the above events to unfold in this way, the ANC had to use its preponderant majority in parliament.<sup>80</sup> In short, political decisions and laws subverting the functioning of institutions include the dissolution or removal of politically inconvenient agencies and officials, the appointment of pliant officials, the obstruction of those institutions beyond the party's political reach, and the extension of security powers. That institutions hold the potential to provide accountability is therefore attested to in the negative in South Africa, in the sense that the ruling party weakens institutions to prevent full functioning and hence their ability to demand accountability.

The ANC response to the challenge of corruption in party ranks seems a dangerous version of political elite manoeuvres around the demands of contemporary politics – manoeuvres that contribute to citizen disaffection.<sup>81</sup> It is here argued that such elite opportunism is informed by the political culture of a party. A short discussion of ANC internal culture is warranted: a salient feature of ANC culture is its aim of establishing 'a hegemony of ideas' across 'all social strata' for a 'national democratic revolution' (NDR),<sup>82</sup> led by itself as vanguard party in Leninist mould. It exhibits an intolerance of pluralism, as it does not exhibit 'an unconditional acceptance that other parties have a right to organise and to compete with the dominant party irrespective of arguments over the historical record.'<sup>83</sup> The quest for hegemony, playing out in the unfolding events de-

---

80 A complexification is needed because the ANC also used its majority in parliament to ensure the passage of laws that advance and give effect to the Constitution, e.g. the Choice on Termination of Pregnancy Act and the Civil Union Act legalising gay marriage. In these cases, the overbearing executive and party leadership used the parliamentary majority of the party to give effect to the Constitution.

81 *Offe*, note 4, p. 35.

82 *Joel Netshitenzhe*, *The State, Property Relations and Social Transformation*, Umrabulo 5, Marshalltown 1998.

83 *James Hamill/John Hoffman*, *The African National Congress and the Zanufication debate*, in: John Daniel/Prishani Naidoo/Devan Pillay/Roger Southall (eds.) *New South Africa Review 2. New Paths, Old Compromises*, Johannesburg 2011, p. 58.

scribed above, is characterised by the conflation of party and state, which includes the confusion of party interest with public interest, the politicisation of state institutions and the privileging of the role of party functionary above that of public representative. In the Constitution, Section 42 (3) reads that the 'National Assembly is elected to represent the people and to ensure government by the people under the Constitution'. This constitutional mandate runs up against the ANC's conception of itself as 'the people'. The ANC imagines itself in the image of the NDR, which replaces the objective of a democratic society with that of a narrowly defined nation consisting of selected persons.<sup>84</sup> The cult of the leader looms large, a vestige from the ANC's period in exile when 'criticisms of the leader [were] an attack on the movement and its legacy'.<sup>85</sup> This strengthens conformism and censorship within and outside the party, ensuring an inordinate elevation of the party elite in relation to the rank and file and, generally, a top-down approach to politics and, ultimately, democracy.

Parliament is a key institution for the elaboration of the ANC's vanguard, elite-driven politics of capturing all 'strata'. It serves as one of the institutions with which patronage is extended through posts – so necessary to gain access to state resources. With the so-called deployment of cadres<sup>86</sup> the state is turned into a loyalty scheme. The PR system might enhance representation of many positions in a fractured society but its other outstanding characteristic is to disproportionately empower party leaderships in relation to parliamentarians and, ultimately, vis-à-vis citizens. Ascendance to parliament depends on party lists controlled by party leaderships. Control is exerted by awarding the most senior positions in the executive arm of the state to the most senior ruling party officials. In this way, the ruling party's headquarters and the executive become the highest authorities in determining parliamentarians', and ultimately parliament's, agenda.<sup>87</sup> Indeed, these two centres of power become interchangeable. Cadre deployment ensures loyalty to the party, and the PR system

---

84 *Ivor Chipkin*, *Do South Africans exist? Nationalism, Democracy and the identity of 'the people'*, Johannesburg 2007, p. 119.

85 *William Gumede*, *Building a democratic political culture*, in: William Gumede/Leslie Dikeni (eds.), *The poverty of ideas. South African Democracy and the retreat of intellectuals*, Auckland Park 2009, p. 17.

86 *Sam Sole*, *State of corruption and accountability*, in: John Daniel/Roger Southall/Jessica Lutchnan (eds.), *State of the Nation 2004-2005*, Cape Town 2005, p. 109.

87 *Van der Westhuizen*, note 68.

ensures that such comradely behaviour can be rewarded, while the reverse is also true. In the process appointments are made irrespective of competence – and are even made *despite* substantive indications of lack of fitness. Compromised individuals are seemingly more likely to be appointed to significant posts to do the bidding of jostling party factions. In the parliamentary context, certain individuals were promoted to committee chair-personships *after* implication in Travelgate (widespread fraud in which MPs colluded with travel agents to cash in on false travel claims).

As the social pressures of high inequality build while state capacity falters in meeting the needs of the ANC's primary constituency, 'the rebellion of the poor' intensifies. In response, the ANC adopts an increasingly defensive posture. Zuma promised that the ANC 'will rule until Jesus returns'. Deliberation is highly constrained, as the ruling elite seeks to tighten its hold on power in the face of a multiplicity of contrary positions. As part of its counter-offensive, a public discourse of majoritarianism vs constitutionalism circulates, drawing on its NDR vision of hegemonisation. The Constitution and the Constitutional Court are positioned as fetters on the 'will of the people', as personified by the ANC leadership. This discourse serves to legitimise anti-democratic moves, such as the imposition of the Protection of State Information Bill. The discourse draws new lines of exclusion, in which a critical stance towards the ANC is met with claims of anti-majoritarianism and serves to disqualify the critic from belonging to 'the people', the ANC's nation.<sup>88</sup> A related strand in the ANC dismisses the Constitution and its principles of separation of power, of equality before the law and of the division of party and state as bourgeois ruses designed to maintain white privilege and rob 'the majority' of their democratically earned right to rule.<sup>89</sup>

The exclusionary discourse can be traced back to the 1990s, when a demobilisation of civil society occurred,<sup>90</sup> with the ANC's encouragement,

---

88 This section draws on *van der Westhuizen*, note 68.

89 For example, see *Ngoako Ramathodi*, ANC's fatal concessions, *The Times*, 1 September 2011, <http://www.timeslive.co.za/opinion/commentary/2011/09/01/the-big-read-anc-s-fatal-concessions> ((last accessed on 21 February 2015).

90 *Devan Pillay*, The stunted growth of South Africa's developmental state discourse, *Africanus – Journal of Development Studies* 37/2 (2007), pp. 198-215; *John Appolis*, The transformation of the South African trade union movement and the challenges, in: Gorm Gunnarsen, Patrick M. Manus/Morten Nielsen/Hans Erik Stolten (eds.), *At the end of the rainbow. Social identity and welfare in the new South Africa*. Copenhagen 2007, pp. 103-113; *Shireen Hassim/Amanda Gouws*,

given that ‘the people now ruled’. These moves suggest that the ANC prefers the truncated version of democracy originally supported by French and American elites when representative government gained traction two centuries ago.<sup>91</sup> Its rhetoric of demobilisation is bolstered by the neoliberal practice of technocratic responses, which seek to remove politics from governing. The neoliberal mode latches onto the democratic deficit of participative democracy in its Schumpeterian form where democracy is a mere mode of decision-making to be executed by technocrats; apathy is therefore deemed a strength. South Africa, similar to other postcolonial states, experiences a ‘displacement of the political’.<sup>92</sup> In the neoliberal frame, politics becomes disaggregated and flattened into a plethora of ‘issues’, without overarching normative principles that could bind these ‘issues’ together in a coherent plan or set of priorities.<sup>93</sup> Rights and obligations are reduced to costs and interests and, as cost calculating requires technical ‘expertise’ that many citizens do not possess, public policy and action becomes technical exercises.<sup>94</sup> ‘Under ANC rule, the category [people] has been thoroughly depoliticised. The people have become a succession of numbers, countless services to be delivered by a clientelist state that treats its citizens as dependants.’<sup>95</sup>

To conclude this section, Offe proffers an idea of day-to-day institutional practices as a hidden curriculum teaching citizens the extent of democratic possibilities, which resonates with Mouffe’s proposal that democracy requires practices that encourage identification in an ongoing, dynamic process of *making* democracy. Offe<sup>96</sup> further posits that an overwhelming majority hinders political challenge, which causes mediocrity and opportunism at the elite level and, at mass level, conformism and lack of free-

---

Redefining the public space: women’s organisations, gender consciousness and civil society in South Africa, *Politikon: South African Journal of Political Studies* 25:2 (1998), p. 69.

91 *Pierre Rosanvallon*, *Counter-democracy, Politics in an age of distrust*, Cambridge 2008, pp. 292-293.

92 *Jean Comaroff/John Comaroff*, *Naturing the Nation: Aliens, Apocalypse and the Postcolonial State*, *Journal of Southern African Studies* 27:3 2001, p. 636.

93 *Offe*, note 4, p. 36.

94 *Offe*, note 4, p. 37.

95 *Achille Mbembe*, *Juju prances into the gaps left by ANC*, *Mail & Guardian* <http://mg.co.za/article/2014-07-31-juju-prances-into-the-gaps-left-by-anc> (last accessed on 28 August 2014).

96 *Offe*, note 4, p. 31.

dom of opinion. We have seen in this section ample evidence of mediocrity and opportunism at the political elite level, not only due to majority rule but due to an ideology of majoritarianism. These manoeuvres are incompatible with democratic values and stymie identification with democratic forms of citizenship. Nonetheless, despite the ANC's efforts at demobilisation of civil society and depoliticisation of the citizenry, the 'rebellion of the poor' suggests that the expected conformism and lack of freedom of opinion have not gripped 'the people', even if members of parliament may be in thrall to their leaders. This accords with findings on the changing governance in African states, with citizens taking up newly liberated public spaces to make claims on public goods – as opposed to patronage.<sup>97</sup> In the process, 'gaps and tensions in state performance' are revealed. Contestations arise about the state and state-society relations, and defining the autonomy and authority, which require resolution through institutions.<sup>98</sup> In the South African context, resolution through institutions is complicated by institutional disaffection. The next section discusses the emergence of a political party that seemingly sparks changes that could overturn institutional disaffection and produce new parliamentary modes for democratic identification. It brings a populist politics of the street into the hallowed chambers of representative democracy, otherwise known as parliament.

### III. Activist politics in parliament: Conflictual consensus in action?

The previous section foregrounded how the ANC engages the twin phenomena of persistent, prevailing inequality and related socio-political disquiet, on the one hand, and mounting corruption, on the other. It pursues a politics that seeks to shore up its ruling position amid rising conflict among different political positionalities by capitalising on representative democracy's democratic deficit, as exacerbated by neoliberal depoliticisation. These permutations of ruling power are lately subject to a new challenge in parliament, despite the ANC's preponderance in parliament and despite institutional disaffection in the South African democratic system. An opposition party called the Economic Freedom Fighters (EFF) gained

---

97 *Lust/Ndegwa*, note 8, p. 10.

98 *Lust/Ndegwa*, note 8.

seats in the 2014 general election. Its promise is to give voice to the economically excluded and to advance inclusion through land expropriation and other interventions. South Africa's extreme inequality and its socio-economic consequences manifest in lack of access to public forums, including parliament: 'important positions are easily shut out because those holding such opinions are too poor to influence party leaders or gain access to institutions such as the media or parliament'.<sup>99</sup>

The EFF phenomenon hints at what Offe calls 'strong causes with low confidence as to the capacity of established political institutional processes to respond to and process the issues that make up these causes'.<sup>100</sup> The outcome is 'non-conventional' politics developing new and mostly legal forms of representation, in addition to existing practices. However, Offe's discussion is of new social movements. The EFF, a breakaway group from the ruling ANC bloc, entered parliament for the first time after the 2014 election, as the third largest party with 6.35% of the votes and 25 seats out of the total of 400. Its leader Julius Malema was known for rambunctious and populist politics as youth leader of the ANC, contributing to his expulsion from the party. It therefore represents a fraction of the dominant classes. Hart, drawing on Laclau, points out the distinction between populism-from-above and populism-from-below: the former is always repressive because, while the existing parliamentary regime seeks to stem popular, insurrectionary politics, the populism of the fraction seeks to exacerbate the antagonism but only insofar as it serves its own narrow, class-based agenda.<sup>101</sup> Malema's rise to ANC youth leader happened on the back of factional violence within the ANC Youth League. He was instrumental in Zuma's ascension to the top of the ANC, threatening opponents that he would 'kill for Zuma'. His penchant for materialist trappings confirms his class position. However, Mbembe argues that even if the EFF might be 'simply simulating identification with the proletariat and, in the process, trying to con the poor', the qualification for fascism would be populism accompanied by violence in the service of the middleclass and big capital. Instead, the EFF fosters 'a new wave of politicisation and radicalisation of subaltern classes and ... escalating political contestation'.<sup>102</sup>

---

99 *Gumede*, note 85, p. 20.

100 *Offe*, note 4, p. 42.

101 *Gillian Hart*, *Rethinking the South African crisis. Nationalism, Populism, Hegemony*, Scottsville 2013, p. 195.

102 *Mbembe*, note 95.

The party potentially provides a voice to an economically excluded majority of young citizens who are marginalised and frequently jobless due to their lack of economic and social capital. Mbembe's evaluation occludes three significant elements: the EFF's position as splinter from the dominant bloc; the use of violence in the Malema grouping's political advancement; and the grouping's indulgence in conspicuous consumption. Indeed, Mbembe does not address the Malema grouping's discourse which during its ascent bore the hallmarks of an exclusionist populism seeking to rid 'the people' of all foreign elements, as per Rosanvallon's analysis of counter-democratic populism.<sup>103</sup> Finally, EFF leaders cut their political teeth in the ANC. As shown above, the ANC's political culture includes lessons in the denial of democratic accountability.

But, perhaps under the impression of his political fortunes being directly contingent upon voters, rather than the ANC party leadership, Malema changed tack with his arrival as EFF leader in parliament. Some suggest that the party's parliamentarians rejuvenate portfolio committee meetings with serious and critical engagement with policies and laws as part of the exercise of oversight over government departments. Added to that, the EFF introduced an unprecedented activist politics to National Assembly sessions from late 2014 onwards. In what could be read as a democratisation of proceduralism, EFF MPs extended democratic engagement to enable accountability, all the while acting within and using the very procedures of representative democracy and related constitutional protections. EFF MPs repeatedly asked Zuma 'to pay back the money'. This demand was based on the finding by the Public Protector, an oversight entity created in terms of Chapter 9 of the Constitution, that Zuma should reimburse the state, after the office's investigation implicated him in the abuse of R246 million (18,7 million euro) in public monies to expand his private homestead in rural Nkandla. The EFF first stated this demand on 21 August 2014, to which the speaker instructed them to leave the house. The police – an agency of the executive – illegally entered the premises, at the behest of the police minister, and maintained a threatening presence.<sup>104</sup> At the second session on 13 November 2014, where the ANC wielded its majority to adopt a report exonerating Zuma from wrongdoing in the Nkandla

---

103 *Rosanvallon*, note 91, p. 266.

104 *Mail & Guardian*, Mapisa-Nqakula: EFF's partly actions a national security threat, 27 August 2014, <http://mg.co.za/article/2014-08-27-mapisa-nqakula-effs-partly-actions-a-national-security-threat> (last accessed on 15 February 2015).

corruption, public order police injured four MPs in their attempt to remove an EFF MP who called Zuma a ‘thief’. The EFF and the DA pursued a strategy of filibustering within the ambit of parliament’s rules during that session, tabling a record number of notices of motions and motions without notice, respectively 166 and 41, over three-and-a-half hours.<sup>105</sup> Another significant intervention came during the president’s annual state of the nation address on 12 February 2015, when EFF MPs used parliamentary rules on raising points of order and of privilege in an unprecedented way to demand accountability on Nkandla, acting within a legally defensible interpretation of the rules.<sup>106</sup> In response, parliament’s presiding officers illegally commandeered the police to remove elected representatives, a move afterwards justified with an interpretation of the Powers, Privileges and Immunities of Parliament and Provincial Legislatures Act of 2004. As during the previous time, MPs sustained injuries – the member who previously called Zuma a thief was severely assaulted – and charges were due to be laid against the police.

The presiding offices, including the speaker of parliament and the chairperson of the national council of provinces, acted in conjunction with the executive through the irregular deployment of police to prevent members of the legislative arm from exacting accountability from the executive, particularly the president. Through their political activism, the EFF managed to draw renewed attention to the hollowing out of parliament as a democratic institution. Specifically, the EFF demonstrated how parliament serves as a ‘rubberstamp’ that the ANC wields at its own whim, using its majority. The ANC’s partiality to the Schumpeterian-type inhibition of democracy was reconfirmed, in that it emphasised and used procedural techniques to justify interference with accountability. Moreover, in its media response afterwards, the ANC sought to depoliticise its leadership’s violently repressive action against its parliamentary opponents as mere adherence to rational deliberation: ‘...the EFF does not see parliament and

---

105 *Mail & Guardian*, Parliament in a brawl as police remove EFF MP, 14 November 2014, <http://mg.co.za/article/2014-11-14-parliament-in-a-brawl-as-police-remove-eff-mp> (last accessed on 15 February 2015).

106 *City Press*, Parliament vs EFF: What do the rules say? <http://m.news24.com/news24/Archives/City-Press/Parliament-vs-EFF-What-do-the-rules-say-20150429>; *Pierre de Vos*, SONA chaos: Preliminary legal and strategic points, 13 February 2015, <http://constitutionallyspeaking.co.za/category/eff> (last accessed on 15 February 2015).

legislatures as forums for the contestations of ideas, advancement of superior arguments and space for pursuit of alternative policies [instead] their opinions are forced unto others through thuggery, mayhem and dastardliness'.<sup>107</sup> ANC doubletalk – calling the EFF's actions 'thuggery' while unleashing thuggery by police on elected representatives, in contravention of Section 58 of the Constitution – extended to the executive insisting that the procedures of and by themselves are in fact the quintessence of democracy: the EFF's disruption of procedures during the first sitting 'undermined the institution of parliament, it undermined the Constitution and everything we are representing here,' according to the defence minister at a briefing held after the first incident.<sup>108</sup> The police minister justified calling in the police as necessary 'because the order of the house had degenerated'; police action against MPs is about 'how we execute and enforce the provision that we have in the law'.<sup>109</sup>

The EFF's non-conventional politics of parliamentary activism is an unexpected expansion of the possibilities for deliberative democracy's aim to bring discourses in the public sphere into the institutional space where policy decisions are taken. In another example, EFF MPs staged a silent protest in the National Assembly by displaying cards with bold letters demanding 'Release Marikana Report', with reference to an official commission report on the worst case of police violence in the democratic era when 34 miners were killed.<sup>110</sup> The problem of representation in parliament and alternative – mostly procedural – ways of confronting hindrances to accountability were introduced into the public discourse. The failure to translate these discourses into policy decisions is indicative of the constraints of deliberative democracy. Deliberative democracy as model is inadequate in the face of a defensive majoritarianism elaborating itself through the messiness of politics.

The EFF's attempts to expand representative democracy within the rules and formalities of the parliamentary system heighten contestation in

---

107 *Daily Maverick*, The day madness ruled: Mayhem in parliament as EFF demands Zuma #PayBackTheMoney, <http://www.dailymaverick.co.za/article/2014-08-22-the-day-madness-ruled-mayhem-in-parliament-as-eff-demands-zuma-payback-the-money/#.VXxQxIJHnCQ> (last accessed on 15 February 2015).

108 *Mail & Guardian*, Note 104.

109 *Mail & Guardian*, Note 104.

110 *The Citizen*, EFF interrupts Zuma in National Assembly again, 26 May 2015, <http://citizen.co.za/390560/eff-interrupts-zuma-in-national-assembly-again/> (last accessed on 15 February 2015).

unprecedented ways. The party's reactivation of parliament as political space returns the institution to the midst of political struggles, from which the ANC attempted to insulate it. This new style of opposition refreshed choices for the official opposition party, the Democratic Alliance (DA), and other smaller parties regarding the options for opposition in parliament. The DA with its significant presence of 89 seats stepped forward in support of the EFF action. It collaborated with the EFF in November 2014 in using filibustering to voice resistance at the ANC using its majority to absolve Zuma from the Public Protector findings. In February 2015, when police under the guise of 'security personnel' forcefully removed all 25 EFF MPs during the president's state of the nation address, the DA staged a walkout from the National Assembly in protest. It took this further in a court challenge to explicate whether police<sup>111</sup> may be deployed against elected representatives, with the High Court declaring the relevant clause in the Powers, Privileges and Immunities of Parliament and Provincial Legislatures Act unconstitutional.<sup>112</sup>

The EFF moment could be an answer to Dryzek and Dunleavy's<sup>113</sup> questioning of the practicability of radical democratic engagement in regular state institutions. It could be read as an example of radical democratic practice in state institutions, as it brings a previously excluded voice that is socio-politically marginalised into the parliamentary discourse and, with its activism, multiplies the discourses that form democratic citizens. Laclau and Mouffe propose a radical democratic practice in which 'the political struggle is not unified... but always remains decentralised and in a state of ferment, as new oppressions are discovered, old ones refined, and new possibilities for linking different movements combined'.<sup>114</sup> This seems a model that captures the flux and fury of South African democratisation and the potentials for new alignments. The EFF's parliamentary activism enables an unexpected political realignment of opposition parties that links new possibilities of configurations of power. In particular, the

---

111 The white-shirted 'security personnel' turned out to be police in unmarked clothing.

112 *Democratic Alliance*, DA wins court case to keep police out of parliament, 12 May 2015, <http://www.da.org.za/2015/05/da-wins-court-case-to-keep-police-out-of-parliament>. See also [http://parliament.gov.za/live/content.php?Item\\_ID=7510](http://parliament.gov.za/live/content.php?Item_ID=7510) for Parliament's official rejection of the court finding and its intention to appeal (last accessed on 15 February 2015).

113 *Dryzek/Dunleavy*, note 7, p. 303-305.

114 *Dryzek/Dunleavy*, note 7, p. 303.

strategic collaboration between the EFF and the DA might be an example of Mouffe's agonistic pluralism. The DA and EFF are, on the face of it, ideologically far removed from each other – that is, if the EFF leader remains steadfast with his leftist populism, as opposed to the DA's liberal individualism and neoliberal capitalism. Time will tell, but presently these two former foes-turned-adversaries defend each other's right to put forward their ideas. This represents a position of conflictual consensus that is a radical departure from the 'kill for Zuma' stance that Malema previously held as member of the ANC. It is notable that the EFF MPs' actions in parliament are expressly addressing parliament's dysfunctional accountability and has been non-violent throughout.<sup>115</sup> At this stage, the EFF's activism in parliament can cautiously be understood as allowing for an open confrontation of democratic positions. It also mobilises political passions towards an identification with the democratic value that members of the executive and legislative arms must be answerable to those who elected them and to constitutional oversight bodies protecting the public. That said, this radical democratic moment risks being thwarted by the political origins of the EFF and its leaders.

### *E. Conclusion*

The suggestion that democracy is never completely won, is borne out by the stubborn democratic deficit of representative democracy. Deliberative democracy seeks to alleviate this ailment but also flounders due to its insistence on rational deliberation. Therefore, like representative democracy, it seeks to exclude passions and politics from democracy, an impossibility. In South Africa, the vanguardist ruling ANC capitalises on the limits of representative democracy to avoid accountability for its growing inability to address socio-economic inequality and exclusion, exacerbated by rampant corruption. This deteriorating situation is not prevented by the deliberative democratic design of the parliamentary system, despite the constitutional entrenchment of public involvement in parliamentary processes.

---

115 *Africa Check*, Fact Sheet: Is it legal for 'security forces' to be deployed in South Africa's parliament?, February 2015, <http://africacheck.org/factsheet/factsheet-is-it-legal-for-security-forces-to-be-deployed-in-south-africas-parliament> (last accessed on 13 June 2015).

Nevertheless, the (anti-)democratic teachings of the ANC through its institutional practices have not produced a people depoliticised, as desired. While institutional disaffection besets the citizenry, as more and more citizens withdraw from representative democracy's one-way communication in the form of elections, political engagement surges upward in what is dubbed a 'rebellion of the poor' in the 'protest capital of the world'. A new opposition party, the EFF, could provide a political escape valve for disaffected voters, bringing the vast numbers of socially, politically and economically excluded people into institutional representation, but its political genesis casts a shadow over this potential.

Still, the EFF moment of unprecedented parliamentary activism serves as an example of Mouffe's concept of radical democratic practice in state institutions, as it multiplies the discourses for citizens to identify with democratic values of the accountability of the elected to those who elected them. Moreover, the unexpected political realignment of opposition parties links new possibilities of configurations of power. The EFF moment is an actualisation of politics that addresses the criticism that radical democratic practice is impossible in the regular institutions of state. Indeed, South Africa 20 years into democracy undermines the notion of rational consensus that underpins representative democracy in its procedural form. Rather, the country exemplifies an understanding of democracy as a conflictual consensus in that confrontations among different ethico-political interpretations compete for citizens' identification. This practice is the opposite of authoritarianism, which seeks to suppress conflict. The dynamism of possibilities at this historical juncture speaks to democracy as unceasing process. It holds expansionary potential for democracy beyond representative democracy's fatal limits.

## Perspektiven der repräsentativen Demokratie

*Jan Philipp Schaefer*

Die Demokratie ist ohne Feinde.<sup>1</sup> Kein politisches System weltweit möchte heute mehr „undemokratisch“ sein.<sup>2</sup> Demokratie ist in allen großen westlichen Staaten im Wesentlichen repräsentativ organisiert, teilweise mit plebiszitären Einsprengseln. In der politischen Philosophie lange mit Skepsis betrachtet,<sup>3</sup> hat sich die Herrschaft des Demos – Projektionsfläche politischer Affekte<sup>4</sup> – von einer „Kultur des Westens“<sup>5</sup> zum universalen Leitbild guter Ordnung gewandelt. Der Vertrauensvorschuss, den die Demokratie als solche genießt, erstreckt sich jedoch nicht gleichermaßen auf alle ihre Varianten. Unter dem Eindruck von Privatisierungs- und Supranationalisierungstendenzen greift unter Politikwissenschaftlern eine mit dem Schlagwort „Postdemokratie“ umrissene Skepsis um sich, die sich besonders auf die mittelbare Demokratie bezieht.<sup>6</sup> Dies gibt Anlass, die Perspektiven demokratischer Repräsentation näher auseinanderzusetzen. Die

---

1 M.G. Schmidt, *Geschichtliche Entwicklungslinien der Demokratie* in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 21 (22).

2 P.M. Huber, *Demokratie in Europa – Zusammenfassung und Ausblick* in: H. Bauer/ders./K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 491 (492).

3 Siehe dazu den Abriss bei: I. Blühdorn, *Simulative Demokratie*, 2013, S. 35 ff. M. Greven, *War die Demokratie jemals modern? Oder: des Kaisers neue Kleiner*, Berliner Debatte Initial 2009, S. 67 (73) erschien die Demokratie noch vor kurzem als „Relikt der Vormoderne“.

4 I. Blühdorn, *Simulative Demokratie*, 2013, S. 24 f. meint, dass man von „Demokratie“ im Plural sprechen müsse. Siehe auch ders. aaO, S. 41: „Demokratie“ als „grundlegend umstrittener Begriff“ und „historisch offenes Projekt“.

5 So noch die implizite These des Sammelbandes von M. Greven (Hrsg.), *Demokratie – eine Kultur des Westens?*, 1998.

6 Es griffe allerdings zu kurz, wollte man die postdemokratische Skepsis gegen die repräsentative Demokratie auf ein Lob des Plebiszits zuspitzen. Indem die Postdemokratie-These behauptet, dass Vermachtungsprozesse innerhalb der Gesellschaft die parlamentarischen Institutionen zur Theaterbühne verkommen lassen, wird (wenn auch versteckt) eine Spitze gegen die direkte Demokratie geäußert. Denn diese kann man auffassen als eine besonders selektive Repräsentation: die der gesellschaftlich einflussreichsten Subjekte, deren Fragemacht das Volk zu einer Antwort herauszufordern vermag (E.-W. Böckenförde, *Demokratische Willensbildung*

folgenden Überlegungen beruhen auf vier gedanklichen Schritten: Ansetzend am Befund eines weltweiten Triumphs der Demokratie (I.) wird die Krise ihrer repräsentativen Form erläutert (II.). Mit Bezug zum Grundgesetz wird sodann untersucht, was die postdemokratische Wende für die repräsentative Demokratie bedeuten könnte (III.). Endlich gilt ein Ausblick den Begriffen „Souveränität“ und „Legitimation“, die in ähnlicher Weise wie „Repräsentation“ unter postdemokratischen Druck geraten (IV.).

## I. Vom Triumph der Demokratie zu ihrer postdemokratischen Infragestellung

Historisch in der Glorious Revolution, im nordamerikanischen Unabhängigkeitskampf sowie im revolutionären Frankreich radiziert,<sup>7</sup> hat die Demokratie jeden Despotismusverdacht widerlegt. Dass der globale Triumph der Regierung des Volkes durch das Volk und für das Volk (Abraham Lincoln) ihre Befürworter jeglicher Begründungs-, Beweis- und Rechtfertigungslasten enthebt, legt die wissenschaftliche Unergiebigkeit einer Reflexion auf ihre Bedingungen und Prinzipien nahe: „Ce qui va de soi n’a pas besoin d’être pensé“.<sup>8</sup> Doch diese Argumentationsweise schließt Konkordanz mit Konsens kurz. Demokratie ist selbstreflexiv, insoweit Zweifel an ihr demokratieadäquat und für die Anpassungsfähigkeit des politischen Systems unerlässlich sind.<sup>9</sup> Jüngste Äußerungen, wonach die Demokratie manchem unter der Last der Auseinandersetzung mit autoritären Gegenentwürfen zur „lahmen Dame“ wird,<sup>10</sup> legen eine erhebliche Diskursdynamik in Politik- und Rechtswissenschaft offen. Im Anschluss an die Ent-

---

und Repräsentation in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Auflage 2005, § 34, Rn. 7).

7 U. Volkmann, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), S. 575 (579).

8 L. Heuschling, Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 33 (44) zur französischen rechtswissenschaftlichen Demokratietheorie.

9 S. Augsberg, Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie unter Bedingungen komplexer Gesellschaften in: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 27 (29).

10 H. Münkler, Lahme Dame Demokratie: Wer siegt im Systemwettbewerb?, Internationale Politik 65/3 (2010), S. 10 ff.

scheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Sachen „Maastricht“ und „Lissabon“ diskutiert man fachübergreifend soziokulturelle Demokratieprämissen. Ernst-Wolfgang Böckenförde nennt folgende Einflussfaktoren gelingender Demokratie:<sup>11</sup>

- die Garantie persönlicher Freiheit in einer von tradierten Stammes- und Sippenstrukturen emanzipierten Gesellschaft,
- die Abwesenheit theokratischer Legitimationsmuster der öffentlichen Gewalt, insbesondere eines religiösen Fundamentalismus,
- ein entwickeltes Schulsystem und eine urteilsfähige Aktivbürgerschaft,
- angemessene Komplexität und Beurteilbarkeit von Entscheidungsparametern,
- transparente, allzeit abrufbare Informationen über das politische Geschehen sowie ein ergebnisoffener, vorurteilsfreier Austausch über öffentliche Belange,
- Steuerbarkeit der Gesellschaft durch allgemein-politische Entscheidungen,
- ein demokratisches Ethos wechselseitiger Rücksichtnahme und Verständigungsbereitschaft.

Erneut wird auch das Verhältnis der Demokratie zum Rechtsstaat hinterfragt.<sup>12</sup> Die jüngsten Demokratiebewegungen im Nahen Osten („Arabellion“) und in Europa („Occupy“, „Democracia Real YA!“ etc.) rufen nach *Rule of law* mit weniger Verve als sie politische Mitbestimmung einfordern; menschenrechtliche Garantien werden tendenziell für selbstverständlicher genommen als demokratische Gleichheit. Der Aufmerksamkeitsvorsprung, den Mitbestimmung vor Menschenrechten genießt, scheint mir auf einen Kult der Parteinahme (durchaus mit dem Beigeschmack eines Klassenkampfes) zurückzuführen. Indem wir im öffentlichen Raum aufgefordert werden, uns zu unseren Meinungen zu bekennen, appelliert die Demokratie an unsere Selbstgewissheit, auf der „richtigen Seite“ zu stehen. Sie spornt uns an, Freiheit als Wagnis und Wettstreit zu begreifen. Demgegenüber relativiert der Liberalismus demokratische Gestaltungsoptionen unter zwei sich ergänzenden Gesichtspunkten. Die Verfassungsbindung der parlamentarischen Gesetzgebung nimmt uns die Angst vor der in kontingenter Dezision eines bindungslosen Volkes aufscheinenden Anarchie.

---

11 E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 24, Rn. 60 ff.

12 C. Mouffe, *The Democratic Paradox*, 2005.

Grund- und Menschenrechte antworten auf unser Unbehagen an der Mehrheitsregel, indem sie der politischen Freiheit (Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, Wahl- und Petitionsrecht) durch großzügig bemessene, „in dubio pro libertate“ auszulegende Schrankenbestimmungen einen in seinem Innersten unantastbaren Deliberationsraum einrichten. Wenn eine Entgegensetzung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie richtig ist, dann besteht sie in einer Differenz der Haltungen, nicht des Herkommens oder der Strukturen. Ebendies kommt in der gängigen Rede vom „demokratischen Rechtsstaat“ zum Ausdruck. Rechtsstaatlichkeit entspringt der Furcht: der Abwehrhaltung des Menschen, der sich seiner Freiheit unsicher ist. Demokratie ist Folge der Zuversicht in die eigene Gestaltungsfähigkeit. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind voneinander ebenso wenig teilbar wie die Bedürfnisse des Menschen, auf die sie antworten.

## II. Von den Häutungen der Gesellschaft zur Krise der repräsentativen Demokratie

Demokratie ist ein interdisziplinärer Verbundbegriff par excellence. Demokratiewissenschaften sind neben der Staats- und Völkerrechtslehre primär die Politikwissenschaft und die Ökonomik. Juridische<sup>13</sup> und politikwissenschaftliche<sup>14</sup> Zugänge überkreuzen sich in der Beschreibung des Volkes als „Konstitutions-, Legitimations- und Wirkeinheit“<sup>15</sup> sowie in der

---

13 Zum rechtswissenschaftlichen Demokratiediskurs: J.P. Terhechte, Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft – Europäisierung und Internationalisierung als Herausforderung in: H.M. Heinig/ders. (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, S. 193 (197 ff.).

14 A. Benz, *Politikwissenschaftliche Diskurse über demokratisches Regieren* in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 253 (256 ff.). Benz fasst die im politikwissenschaftlichen Diskurs herausgearbeiteten Funktionsbedingungen der Demokratie in folgenden Topoi zusammen: (1) Bestehen einer Kommunikationsgemeinschaft, (2) Minimum an Gemeinsamkeiten zwischen den Bürgern („unkontroverser Sektor“), (3) ausgebildete Strukturen der Zivilgesellschaft. Siehe auch: K.-P. Sommermann, *Demokratiekonzepte im Vergleich* in: H. Bauer/P.M. Huber/ders. (Hrsg.) aaO, S. 191 (203).

15 R. Grawert, *Staatsvolk und Staatsangehörigkeit* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Auflage 2004, § 16, Rn. 27.

Rekonstruktion der das Demokratieprinzip strukturierenden Schlüsselbegriffe: Souveränität, Legitimation, Repräsentation.<sup>16</sup>

In der Politiktheorie dominierte zunächst der Republikbegriff.<sup>17</sup> „Demokratie“ schien dem Bürgertum, Trägerschicht der republikanischen Revolutionen in England, den USA und vor allem Frankreich, auf Grund ihres egalitären, auf das allgemeine Wahlrecht drängenden Charakters suspekt.<sup>18</sup> Demokratische Ordnungsstrukturen sind entwicklungs offen,<sup>19</sup> weil sie auf dynamischen gesellschaftlichen Voraussetzungen aufbauen.

- 
- 16 Freilich trifft eine Übersetzung interdisziplinärer Inklusion in methodische Beliebigkeit im rechtswissenschaftlichen Schrifttum auf Kritik. Exemplarisch: S. Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 2: „Während der Phantasie der politischen Philosophie (...) keine Grenzen gesetzt sind (...), ist die Verfassungsrechtswissenschaft in ihren Antwortmöglichkeiten begrenzt: Wo die maßgeblichen Normen nicht hinführen, ist ihr der Weg versperrt“. Siehe auch ders. aaO, S. 86 f. Unger formuliert aaO, S. 247 schließlich: „Thema des grundgesetzlichen Demokratiebegriffs ist (in Abgrenzung zu einem politikwissenschaftlichen – weiten – Demokratiebegriff) alleine die Legitimation politischer Herrschaft durch Inklusion der Beherrschten, nicht hingegen die inhaltliche Anleitung und Limitierung dieser Herrschaft“. Siehe dazu auch: E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR 116 (1991), S. 329 (330): „Die Verbindungen zur politischen Ideengeschichte und zum gesamten Kanon der beteiligten Wissenschaften dürfen für den Rechtsbegriff nicht abreißen“. Mit anderem Fokus (Verbundenheit von Staat und Demokratie): U. Volkmann, *Setzt Demokratie den Staat voraus?*, AöR 127 (2002), S. 575 ff. Während Politikwissenschaft und Staatsphilosophie die Grenzen der Demokratie in freier Deliberation ausmessen, wobei der besondere Reiz dieses Vorgehens in der Kontrastierung der auf diese Weise gewonnenen Ergebnisse mit verfassungstextlichen Befunden bestehen kann, legt die strikt textgebundene staatsrechtliche Analyse die begriffliche Offenheit des Demokratieprinzips auf ein näher definiertes Konzept fest. Dies geschieht weniger durch persuasive Rhetorik als durch Verstetigung einer sich an plakativen Zuspitzungen orientierenden Rechtsprechung. Engführungen demokratietheoretischer Reflexionen sind deshalb im Staatsrecht unumgänglich.
- 17 K.-P. Sommermann, *Demokratiekonzepte im Vergleich* in: H. Bauer/P.M. Huber/ders. (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 191 (199). Für Spanien: P. Cruz Villalón, *Eine Anmerkung zur Demokratie in Spanien* in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.) aaO, S. 139 (140).
- 18 L. Heuschling, *Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich* in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 33 (38).
- 19 K. Hesse, *Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage 1995, Rn. 127 f.; G. Frankenberg, *Vorsicht Demokratie! Kritik der juristischen Versicherung einer Gesellschaft gegen die Risiken der Selbstregierung* in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000, S. 177 ff.

Demokratie lässt sich unterhalb einer hohen Abstraktionsebene kaum vergleichend analysieren,<sup>20</sup> besitzt doch jeder demokratische Staat seine eigene politische Kultur.<sup>21</sup> Während sich in der Bundesrepublik eine ausgefeilte, dennoch gegenüber wissenschaftlichen Innovationen offene Demokratiedogmatik entwickelt hat, dominiert in unseren Nachbarländern ein eher pragmatischer Umgang mit dem Demokratieprinzip.<sup>22</sup> „Demokratie“ ist

- 
- 20 M. Nettesheim, Demokratisierung der EU und Europäisierung der Demokratie-theorie – Wechselwirkungen bei der Herausbildung eines europäischen Demokratieprinzips in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 143 (162). K.-P. Sommermann, Demokratiekonzepte im Vergleich in: H. Bauer/P.M. Huber/ders. (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 191 (199) weist auf eine gemeineuropäische Einigkeit über Kernelemente des Demokratieprinzips hin: „Ausgehend von der Idee der freien Selbstbestimmung sich wechselseitig als gleichberechtigt anerkennender Bürger unter den Bedingungen gesellschaftlichen Zusammenlebens zählen dazu jedenfalls regelmäßige freie und gleiche Wahlen, eine auf Meinungs-, Presse-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit basierende freie Meinungsbildung des Volkes, ein Mehrparteiensystem und die Verwirklichung des durch Minderheitenschutz gemäßigten Mehrheitsprinzips“.
- 21 H. Bauer, Demokratie in Europa – Einführende Problemskizze in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 1 (2) mit Verweis auf Karl Doehring's Staatslehre. Siehe auch: M. G. Schmidt, Geschichtliche Entwicklungslinien der Demokratie in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.) aaO, S. 21 (27 f.).
- 22 K.-P. Sommermann, Demokratiekonzepte im Vergleich in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 191 (203); M. Jestaedt, Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation? in: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 3 (7 f.). Als Beleg lässt sich für Frankreich L. Heuschling, Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 33 (40) anführen: Heuschling merkt an, „dass der spezifische Inhalt des Begriffs Demokratie nur in der Verkopplung und/oder Konkurrenz mit anderen Termini (*République, souveraineté nationale, liberté politique, État de droit*, etc.) herausgeschält werden kann. Das Ideal einer scharfkantigen Abgrenzung des Sinninhaltes eines jeden Wortes (...) erscheint jedoch vom wissenschaftlichen Standpunkt aus nicht nur utopisch, sondern auch bis zu einem gewissen Grade unnützlich. Rechtsdogmatische Falllösungen hängen selten von einem einzigen Wort (oder Prinzip) ab, sie bedingen meistens die Inbetrachtung der verschiedenen, formell mit gleichem Verfassungsrang ausgestatteten und inhaltlich miteinander verzahnten Grundprinzipien der politischen Ordnung (...)“. Für Großbritannien: G. Smith, The Structure of Democracy in the United Kingdom and Problems of Development in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.) aaO, S. 69 (75). Für die Schweiz betont G. Biaggini, Ausgestaltung und Entwicklungsperspektiven des demokratischen Prinzips in der Schweiz in: H. Bauer/

der vielleicht missverständlichste Begriff der politischen Theorie.<sup>23</sup> Seine schillernde Unbestimmtheit sperrt jeden Eigentlichkeitsdiskurs. Die jüngere Forschung ersinnt demnach Strategien, die assoziative Vielfalt in Mehrschichtenmodellen<sup>24</sup> abzubilden. Mag über das Ungenügen eines formalistischen Ansatzes – die Demokratie ist kein Gegenstand der Arithmetik – noch Einigkeit zu erzielen sein, so lassen sich beim Substanziellen Mehrdeutigkeiten nicht vermeiden. „Volksherrschaft“ kann verstanden werden als

- Souveränitätsprinzip: Verteilung politischer Macht zu Händen des Volkes, wobei zwischen dem Volk als Träger der Staatsgewalt und dem Aktivdemos unterschieden wird;
- Identitätsprinzip: Identität der Regierenden mit den Regierten,<sup>25</sup> Garantie subjektiver Freiheit im und Versöhnung des Individuums mit dem Kollektiv;
- Steuerungs- und Organisationsprinzip:<sup>26</sup> Verfahrenskodex der Republik, wonach Freiheit und Gleichheit mit dem Ziel der Programm- und Elitenauswahl in Einklang zu bringen sind;

---

P.M.Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.) aaO, S. 107 (110) ebenfalls den eher „beiläufigen“ Charakter der Evokation des Demokratieprinzips in der juristischen Diskussion: „Hier kommt eine gewisse Abneigung der Schweizerinnen und Schweizer gegenüber (allzu) abstrakten ‘Prinzipien’ zum Ausdruck. Dass und inwieweit die Schweiz eine Demokratie ist, soll sich aus möglichst konkret gefassten Verfassungsbestimmungen ergeben, welche die einzelnen Instrumente der Mitentscheidung und der demokratischen Kontrolle möglichst klar regeln und verfassungsrechtlich absichern, nicht aus einem ‘Verfassungsprinzip’“. Zu Spanien: P. Cruz Villalón, Eine Anmerkung zur Demokratie in Spanien in: H. Bauer/P.M.Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.) aaO, S. 139 (140).

23 Zur thematischen Unschärfe des Demokratieprinzip: S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 85 m.w.N.

24 Beispielhaft: M. Jestaedt, Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation? in: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 3 ff.

25 C. Schmitt, Verfassungslehre, 3. Auflage 1957, S. 234 ff.

26 T. Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 32 (34). Am Beispiel der Entscheidung des BVerfG zum Mitbestimmungsgesetz des Landes Schleswig-Holstein (BVerfGE 93, 37) erläutert Blanke aaO, S. 38 ff. die demokratietheoretischen Implikationen einer an Modellen hierarchischer Exekutivsteuerung ausgerichteten Verwaltungsorganisation.

- Friedensprinzip, wobei die Chance zum friedlichen periodischen Regierungswechsel mindestens ebenso bedeutsam ist wie die Garantie eines öffentlichen Meinungswettstreits ohne Repressalien und Partizipationshürden.

Begriffliche Unschärfen beschwören Thesen vom „Wandel der Demokratie“ herauf. In immer exotischeren Neologismen<sup>27</sup> weist die Wissenschaft ihre Sprachlosigkeit vor den Häutungen der Gesellschaft<sup>28</sup> aus. Betrifft Demokratie nur die unter Hoheitlichkeitsvorbehalt (Art. 33 IV GG) stehende Staatsgewalt<sup>29</sup> oder beeinflusst sie die gesamte Staatsorganisation<sup>30</sup>? Muss sie vielleicht sogar darüber hinaus – wie Rundfunk- und Pressewesen belegen – als ein Funktionselement gesellschaftlicher Selbstregulierung aufgefasst werden?<sup>31</sup> Sind nicht auch die Sitzungssäle des Bundes-

---

27 Eine kleine „Sammlung“ findet sich bei: D. Michelson/F. Walter, Unpolitische Demokratie. Zur Krise der Repräsentation, 2013, S. 111.

28 I. Blühdorn, Simulative Demokratie, 2013, S. 159, 203 schreibt zutreffend vom „Formwandel“ der Demokratie bzw. der demokratischen Repräsentation.

29 Zu dieser Auslegungsmöglichkeit des Begriffes „Staatsgewalt“ in Art. 20 II 1 GG: E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (339).

30 So BVerfGE 47, 253 (273); 77, 1 (40).

31 Unbesehen der politikwissenschaftlichen Diskussion – Demokratie als Gesellschaftsmodell bzw. „Lebensform“ – sprechen aus staatsrechtlicher Perspektive gegen eine „Sozialisierung“ des Demokratieprinzips Art. 21, 9 III GG. Die genannten Vorschriften nehmen mit politischen Parteien, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden Vereinigungen, die für die gesellschaftliche Selbstorganisation von wesentlicher Bedeutung sind, vom Anwendungsbereich des Demokratiegebots (Art. 20 I, II GG) aus. Es ist gerade dieser Gesichtspunkt, der die politische mit der koalitionsären Selbstregulierung verbindet. Das Grundgesetz stellt damit klar, dass sich auf dem Boden des Verfassungsrechts weder politische Parteien noch Interessenverbände des Wirtschaftslebens auf einen legitimatorischen „Vorschuss“ gegenüber dem Bürger, gar auf einen Status als „Teilvolk“ berufen können. Aufschlussreich ist insoweit die Formulierung des Art 21 I 2 GG, wonach die innere Ordnung politischer Parteien demokratischen Grundsätzen „entsprechen“ muss, jedoch – die Parteibasis ist nicht das „Volk“ im Sinne des Art. 20 GG – nicht „demokratisch“ stricto sensu sein kann. Verfassungsrechtsdogmatisch ist mithin eine Ausdehnung demokratieprinzipieller Vorgaben auf die gesellschaftliche Mitbestimmung fragwürdig (in der Konsequenz auch: BVerfGE 93, 37). So auch: E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (347). Siehe ferner: T. Groß, Grundlinien einer pluralistischen Interpretation des Demokratieprinzips in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 93 (100); R. Herzog in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 II, Rn. 115; P.M. Huber, Demokratie in Europa – Zu-

verfassungsgerichts, des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Orte der Demokratie?<sup>32</sup> Und schließlich: Darf man Defizite repräsentativ-parlamentarischer Verfahren mit Vorzügen administrativer Partizipation saldieren, mithin gegen die parlamentarische Öffentlichkeit eine mehr informale Publizität ins Spiel bringen? Mit der demokratischen Repräsentation ist die Art und Weise, wie das Volk seinen Willen artikuliert, angesprochen. Dieser Problembezug führt mitten hinein in Kontroversen um die repräsentativ-parlamentarische Regierungsform, anhand derer sich unterschiedliche demokratietheoretische Ansätze erschließen.<sup>33</sup> Repräsentation ist auf mittlerer

---

sammenfassung und Ausblick in: H. Bauer/ders./K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 491 (493).

- 32 So die These von P. Rosanvallon, Demokratische Legitimität, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 170 ff., wonach der Verfassungsgerichtsbarkeit (präziser: der von ihr ausgeübten kassatorischen Normenkontrolle) eine spezifische demokratische Legitimität, die Legitimität der Reflexion, zukommt. In der Politikwissenschaft wird die demokratische (bzw. demokratietheoretische) Relevanz der Verfassungsgerichtsbarkeit stärker reflektiert als in der Staatsrechtslehre. Siehe dazu: D. Michelson/F. Walter, Unpolitische Demokratie. Zur Krise der Repräsentation, 2013, S. 42 m.w.N. Siehe auch bei Rosanvallon aaO, S. 171 das Zitat von Benjamin Constant, der in der Verfassungsgerichtsbarkeit eine „bewahrende Gewalt“ (*pouvoir préserveur*) sieht. Rosanvallon wendet sich aaO, S. 171 explizit gegen Hans Kelsens Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Normenkontrollauftrag sich als negative Gesetzgebung verstehe, deren Sinn sich in der Affirmation einer juristischen Normenhierarchie erschöpfe und die daher für die Bereitstellung demokratischer Legitimation nicht fruchtbar zu machen sei. Siehe auch: L. Heuschling, Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 33 (62) mit Bezug auf Dominique Rousseau. Kritisch, mit Blick auf die „counter-majoritarian difficulty“: A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Neuausgabe 1986 (1962), S. 16 ff.
- 33 Freilich bleibt dabei ein für die zeitgenössische Diskussion bedeutsamer Strang der Demokratiekritik: die mit der Staatsaufgabenlehre in Zusammenhang stehende Demaskierung von „Steuerungsdefiziten“ wahlweise der Gesetzgebung oder ihrer exekutiven Umsetzung außer Betracht. Zur Verknüpfung steuerungs- und demokratietheoretischer Überlegungen: C. Hohmann-Dennhardt, Schranken des Demokratieprinzips in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 102 (107). Hiernach resultiert der Bedarf nach Vereinbarung demokratischer Repräsentation mit plebiszitär-partizipativen und sonstigen Legitimationsurrogaten daraus, „dass der demokratische Staat, der dem Wohl aller und der Wahrung der Grundrechte seiner Bürger verpflichtet ist, mit seinen klassischen Handlungsformen und –instrumentarien, wie auch mit seinem Aktionsradius nicht mehr mit der dynamischen Entwicklung der in die Globalisierung entlassenen

Ebene zwischen Staatstheorie und juristischer Dogmatik angesiedelt. Repräsentationstheorien übersetzen die grundrechtlich-demokratische Freiheitsidee in die Dogmatik des verfassungsrechtlichen Demokratiegebots, legen unter der Oberfläche der rudimentären,<sup>34</sup> in Art. 20 I, II, 21 I, II, 38 I, II GG angelegten Verfassungsstrukturbestimmungen Staatsziele und Organisationsmodelle frei. Sie ermöglichen somit eine Relationierung von vorverständnisoffenen (einer „juridischen Deliberation“ zugänglichen) Elementen der Verfassungsauslegung und ihren bedeutungsfesten Ausgangspunkten.<sup>35</sup> Die repräsentative Demokratie versöhnt den Anspruch jedes einzelnen auf gleiche politische Einflussnahme<sup>36</sup> mit dem Gesetz der kleinen Zahl.<sup>37</sup> Auf Grund der Entfernung ihres Legitimationsziels – die treuhänderische Übertragung der Regierungsgewalt an ein Repräsentativorgan – vom Einzelfall sieht sich parlamentarische Repräsentation allerdings in ungleich größerem Maße Rechtfertigungsanfragen ausgesetzt als ihre plebiszitäre (besser: referendumsdemokratische) Schwester.<sup>38</sup> Die Mehrdeutigkeit des Demokratiebegriffs gestattet ein Spiel mit Assoziationen, ein Hin- und Herwenden der Begrifflichkeit zwischen Verfassungs-

---

Wirtschaft, der Wissensproduktion und –vermarktung (...) Schritt hält und damit rapide Steuerungsfähigkeit innerhalb seines Verantwortungsbereichs einbüßt“.

- 34 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rn. 129.
- 35 E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (334 f.) entwickelt komplementär zu dem von mir vertretenen Ansatz ein Modell von „Wirkungsstufen“ des grundgesetzlichen Demokratiegebots.
- 36 P. Badura, Die parlamentarische Demokratie in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 25, Rn. 31 f.
- 37 H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität in: U. Matz (Hrsg.), Grundprobleme der Demokratie, 1973, S. 7 (10).
- 38 E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Auflage 2005, § 34, Rn. 1. Andere kritisieren die „versteckte Repräsentationsstruktur“ der plebiszitären Demokratie (S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 63 mit Fn. 258, dort Nachweise zum Streitstand). Oft mischen sich in das Hohelied von der plebiszitären Demokratie Missklänge einer überzogenen Skepsis gegen die Institutionen der repräsentativen Demokratie, insbesondere gegen politische Parteien. Zu den Wurzeln derartiger Kritik in der Französischen Revolution: P. Rosanvallon, Demokratische Legitimität, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 153.

prinzip und Regierungsform,<sup>39</sup> Herrschafts- und Lebensmetaphorik.<sup>40</sup> In diesem assoziativen Feld gilt Repräsentation dem einen als „geistiges Feigenblatt“ für Klassenkampf und Kolonialismus,<sup>41</sup> dem anderen als Essenz gleicher, demokratischer Freiheit.<sup>42</sup> Konstanten der Auseinandersetzungen um das Demokratiegebot des Grundgesetzes sind

- dessen Bezugspunkte zu einem pluralistischen Gemeinwohlverständnis,<sup>43</sup>
- Forderungen nach Mitentscheidung des Bürgers bei der Ausübung von Staatsgewalt,<sup>44</sup>

- 
- 39 G. Agamben, Einleitende Bemerkungen zum Begriff der Demokratie in: ders. u.a., Demokratie? Eine Debatte, 2012, S. 9 (9); ebenso: J.-L. Nancy, Begrenzte oder unendliche Demokratie in: Agamben aaO, S. 72 (72): „Letztlich kann `Demokratie` alles bedeuten – Politik, Ethik, Recht, Zivilisation – und bedeutet folglich überhaupt nichts“; K. Ross, Demokratie zu verkaufen in: Agamben aaO, S. 96 (96). W. Brown, Wir sind jetzt alle Demokraten ... in: Agamben aaO, S. 55 (56 f.) sekundiert: Demokratie sei ein „unvollendetes Prinzip – sie legt weder genau fest, *welche* Gewalten unter uns geteilt werden müssen, damit die Volksherrschaft ausgeübt werden kann, noch *wie* diese Herrschaft organisiert sein muss, noch durch *welche* Institutionen oder zusätzlichen Bedingungen sie ermöglicht oder gesichert wird“.
- 40 M. Nettesheim, Demokratisierung der EU und Europäisierung der Demokratietheorie – Wechselwirkungen bei der Herausbildung eines europäischen Demokratieprinzips in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 143 (150). Siehe auch: I. Blühdorn, Simulative Demokratie, 2013, S. 83 mit Verweis auf Benjamin Barber.
- 41 K. Ross, Demokratie zu verkaufen in: G. Agamben u.a., Demokratie? Eine Debatte, 2012, S. 96 (111).
- 42 K.-P. Sommermann, Demokratiekonzepte im Vergleich in: H. Bauer/P.M. Huber/ders. (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 191 (211): Das Repräsentationsprinzip im Verbund mit der Gewaltenteilung als „Voraussetzung für ein `government of laws and not of men`“, wobei eben „government“ rechtsstaatliche Freiheit und staatsbürgerliche Gleichheit miteinander versöhnt.
- 43 Dieses stößt freilich in der Politikwissenschaft mitunter auf polemische Kritik. Siehe bspw. das Zitat von Elmer Eric Schattschneider aus dem Jahr 1960: „Das Problem bei dem himmlischen Bild, das die Pluralisten werfen, besteht darin, dass der Chor der Engel mit einem starken Oberklassenakzent singt“ (nach: I. Blühdorn, Simulative Demokratie, 2013, S. 97 f.).
- 44 R. Walter/W. Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 147 ff., 179 ff. T. Groß, Grundlinien einer pluralistischen Interpretation des Demokratieprinzips in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 93 (98) deutet die „pluralistische“ Variante des Demokratieprinzips zutreffend als Rechtfertigung „verschiedene(r) Gestaltungsformen der politischen Willensbildung (...) zur Erweiterung individueller Selbstbestimmung durch Mitwirkung“. Allgemein zu „Rahmenbedingungen (...)“

- die Abgrenzung repräsentativer zu plebiszitären Demokratievarianten,
- die Voraussetzungen effektiver demokratischer Legitimation,
- formale und materiale Aspekte des Demokratiebegriffs.<sup>45</sup>

Im aktuellen staatsrechtlichen Problemfokus stehen – mit starkem Bezug zu Verwaltungsrecht und Verwaltungsreformen, zum Gesetzmäßigkeitsprinzip als Konsequenz sachlich-inhaltlicher Legitimation – ministerialfreie Räume und verselbständigte Verwaltungseinheiten,<sup>46</sup> funktionale Selbstverwaltung<sup>47</sup> und autonome Legitimation,<sup>48</sup> Parlaments- und Wesentlichkeitsvorbehalt,<sup>49</sup> privatrechtsförmige Verwaltung<sup>50</sup> sowie allgemein die demokratische Bindung der dritten Gewalt,<sup>51</sup> insbesondere an der Grenze zwischen Gesetzesauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung.<sup>52</sup> Die genannten Diskussionspunkte lassen sich sämtlich auf die Repräsentationslehre zurückführen. In diesem Lichte erscheinen sie als pathologische Fälle einer auf die Einsetzung von Amtsträgern und behördliche Einwirkungseffizienz zugeschnittenen Parlamentarismuskonzeption. Sie fügen sich zwanglos in eine Verfallserzählung ein, deren institutionen-

---

die Legitimationsdefizite der Demokratie zu reduzieren helfen“: C. Hohmann-Dennhardt, Schranken des Demokratieprinzips in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) aaO, S. 102 (109).

- 45 M. Kotzur, Die Demokratiedebatte in der deutschen Verfassungsrechtslehre in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 351 (367 ff.).
- 46 W. Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung in: ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Auflage 2012, Rn. 53 ff.
- 47 H.-H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Auflage 2012, § 6, Rn. 20, 48, 82 ff.
- 48 E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (344).
- 49 F. Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Auflage 2012, § 9, Rn. 47 ff.
- 50 M. Burgi, Rechtsregime in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Auflage 2012, § 18, Rn. 56 ff.; M. Heintzen/A. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 221 ff., 266 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (346 ff.).
- 51 G. Roellecke/C. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976) S. 7 ff., 43 ff.
- 52 H. Bauer, Demokratie in Europa – Einführende Problemskizze in: ders./P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 1 (3, 12 ff.).

theoretische Variante beim Parlament als Zentrum des Politischen angesiedelt ist, während eine steuerungstheoretisch grundierte Alternativfassung von der sinkenden Relevanz des parlamentarischen Gesetzes handelt. Hatten zunächst noch Wettbewerbstheorien ein der politischen Ökonomie entlehntes Demokratieverständnis<sup>53</sup> geprägt<sup>54</sup> (wobei „Wettbewerb“ sowohl als Konsequenz der Gleichheit der demokratischen Subjekte wie auch als Instrument einer Bestenauslese an potentiellen Amtsträgern verstanden werden kann),<sup>55</sup> dominieren seit Ende der neunziger Jahre Thesen von einer „postfordistischen Politik“<sup>56</sup> oder – mit stärkerem Bezug zur politischen Form – „Postdemokratie“.<sup>57</sup> Dieser aus dem französisch- und englischsprachigen Raum importierte Streit verschmilzt hierzulande mit dem Anliegen einer „neue[n] Politie“,<sup>58</sup> bildet die Prognosebasis einer „Rück-

---

53 Dazu: G. Kirsch, *Neue Politische Ökonomie*, 5. Auflage 2004, S. 201 ff. Klassisch: A. Downs, *Ökonomische Theorie der Demokratie*, 1968; J.M. Buchanan, *Die Grenzen der Freiheit zwischen Anarchie und Leviathan*, 1984; R.A. Posner, *Pragmatism and Democracy*, 2003.

54 Diese verstehen sich durchaus nicht nur als Metaphern, sondern als „analytische Kategorie, die es erlaubt, Erkenntnisse der Ökonomie für das bessere Verständnis und die Optimierung politischer Entscheidungsprozesse fruchtbar zu machen“ (A. Hatje, *Demokratie als Wettbewerbsordnung*, VVDStRL 69 (2010), S. 135 (143)). Als solche umschreiben die Begriffe der Wettbewerbstheorie „ein ganz allgemein bestehendes soziales, deshalb nie ideales Beziehungsmuster“ (M. Kotzur, *Demokratie als Wettbewerbsordnung*, VVDStRL 69 (2010), S. 173 (183)). Kotzur macht aaO, S. 188 auf den stärker werbenden Charakter des politischen Wettbewerbs aufmerksam, auf den hin die übrigen Wettbewerbsfunktionen ausgerichtet sind.

55 P. Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 72.

56 I. Blühdorn, *Simulative Demokratie*, 2013, S. 69.

57 J. Rancière, *Demokratie und Postdemokratie* in: ders./A. Badiou (Hrsg.), *Politik der Wahrheit*, 1996, S. 119 ff.; S. Wolin, *Tocqueville Between Two Worlds. The Making of a Political and Theoretical Life*, 2001, S. 561 ff.; C. Crouch, *Postdemokratie*, 2008. Kritik bei: I. Blühdorn, *Simulative Demokratie*, 2013, S. 116 ff. (besonders S. 116: „Postdemokratie“ als „Kampfbegriff“). Analyse der postdemokratischen Konstellation bei: G. Hermet, *Willkommen im nachdemokratischen Zeitalter*, *Internationale Politik* 63/4, S. 108 ff. Eine überraschende Parallele des Postdemokratiediskurses zu Oswald Spengler zieht J.P. Terhechte, *Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft – Europäisierung und Internationalisierung als Herausforderung* in: H.M. Heinig/ders. (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, S. 193 (206 mit Fn. 61).

58 D. Sternberger, *Die neue Politie. Vorschläge zu einer Revision der Lehre vom Verfassungsstaat*, *JöR n.F.* 33 (1984), S. 1 ff.

kehr der Demokratiefrage“.<sup>59</sup> Zwar gibt es auch affirmative Modelle der repräsentativen Demokratie,<sup>60</sup> doch es überwiegt die Skandalisierung der vermeintlichen Macht der Medienbranche zum Agenda Setting<sup>61</sup> und der angeblichen Überfülle lebensweltlicher Komplexität außerhalb der demokratischen Institutionen. Mancher Autor mischt in diesen Cocktail einen Schuss Gesellschaftskritik hinein. So tritt auf der post-demokratischen Bühne die Masse auf, die in der Demokratie nichts anderes zu sehen vermöge als einen Selbstbedienungsbetrieb und eben dadurch die Wurzeln des auf gleicher Freiheit gründenden Gemeinwesens vergifte.<sup>62</sup> Zuzugeben ist, dass Jacques Rancière, Sheldon Wolin und Colin Crouch – Hauptpropagandisten der Postdemokratie – mit ihren Überlegungen einen Nerv der Nach-Wende-Zeit trafen. Immer neue Beiträge zu „Bedrohungen der Demokratie“<sup>63</sup> variieren die seit Jürgen Habermas’ „Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus“ (1973) intonierte Melodie von der technizistischen Selbstreferentialität einer expertokratischen Ordnung. Zuletzt kreist die Debatte unter dem Eindruck der Finanz- und Haushaltskrise im Euroraum um das Verhältnis von Demokratie und „neoliberaler“ Netzwerkgesellschaft, um die Entlarvung der Globalisierung als politische Ideologie,<sup>64</sup> um demokratische Räume jenseits des Staates.<sup>65</sup> Teilweise schließt man

---

59 M. Zürn, Die Rückkehr der Demokratiefrage. Perspektiven demokratischen Regierens und die Rolle der Politikwissenschaft in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 56/6 (2001), S. 63 ff.

60 S. Augsberg, Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie unter Bedingungen komplexer Gesellschaften in: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, S. 27 (37 ff.).

61 E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR III*, 3. Auflage 2005, § 34, Rn. 36 ff.

62 A. Badiou, Das demokratische Wahrzeichen in: G. Agamben u.a., *Demokratie? Eine Debatte*, 2012, S. 13 (19).

63 Siehe beispielsweise: A. Brodocz/M. Llanque/G.S. Schaal (Hrsg.), *Bedrohungen der Demokratie*, 2008; S. Braun/A. Geisler (Hrsg.), *Die verstimmte Demokratie. Moderne Volksherrschaft zwischen Aufbruch und Frustration*, 2012. Affirmativ: D. Jörke, *Auf dem Weg zur Postdemokratie*, *Leviathan* 33 (2005), S. 482 ff. Skeptisch: C. Mouffe, „Postdemokratie“ und die zunehmende Entpolitisierung, *APuZ* 1-2/2011, S. 3 (12).

64 H. Albert, *Ökonomische Theorie als politische Ideologie: Das ökonomische Argument in der ordnungspolitischen Debatte*, 2009.

65 Klassisch: T.M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, *AJIL* 86 (1992), S. 46 ff.

von den Schwächen des Parlamentarismus<sup>66</sup> auf eine Dysfunktionalität demokratischer Staatsorganisation. Die post-demokratische Erzählung verheißt der repräsentativen Demokratie nichts Gutes. Repräsentation wird zur Schimäre, wo der Begüterte bestellt, was er durch Parteispenden und Lobbyarbeit bezahlt hat. Die parlamentarische Debatte ist Spiegelfechterei, wenn die Abgeordneten nicht (mehr) über Positionen, sondern allenfalls (noch) über Personalien abstimmen. Wo postdemokratischer Pessimismus die Oberhand gewinnt, sucht sich das Volk neue Wege, um seine Stimme zu erheben. Die „Perspektiven der repräsentativen Demokratie“<sup>67</sup> hängen allerdings nicht davon ab, ob sich postmodernistische Abgesänge ihre Wirklichkeit selbst zu schaffen vermögen. Demokratische Repräsentation ist Nomos; ihre Verstehensfäden sind aus Normen gewirkt. Im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Analyse ist mithin zu zeigen, wie sich die postdemokratische Konstellation im Recht widerspiegelt. *Sedes materiae* ist das Demokratiegebot des Grundgesetzes.

### III. Repräsentative Demokratie – postdemokratisch gewendet

Mit Peter Häberle ist Demokratie die organisatorische Konsequenz aus der Menschenwürde.<sup>67</sup> Das Volk konstituiert sich im Spannungsfeld von politischer Imagination und Herrschaftspraxis<sup>68</sup> als staatsrechtliches Zurechnungssubjekt, als „Handlungs- und Wirkeinheit“.<sup>69</sup> Eine substanzontologische Definition des Volkes wird ebenso zurück gewiesen wie eine radikal-idealistische Perspektive, die im Demos nurmehr eine regulative Idee erkennen will.<sup>70</sup> Im Grundgesetz kommt die der Demokratie implizite Gestaltungsfreiheit am deutlichsten in Art. 38 III GG zum Vorschein. Das Wahlsystem steht nicht im Kleingedruckten des Gesellschaftsvertrags, sondern entscheidet über die Form der politischen Ordnung. Mehrheits-

---

66 M. Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Auflage 2005, § 44, Rn. 55 ff.

67 P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 22, Rn. 67.

68 P. Badura, Die parlamentarische Demokratie in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 25, Rn. 28.

69 E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Auflage 2005, § 34, Rn. 9.

70 E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Auflage 2005, § 34, Rn. 31 ff.

oder Verhältniswahl samt ihren Zwischenformen sind keine beliebigen, da austauschbaren Platzhalter in einer variablen Geometrie. Vielmehr stützen sie jeweils unterschiedliche Varianten der Volksherrschaft. Eingedenk der Tragweite der Elektoralprämissen hat der Verfassungsgeber mit Art. 38 III GG Weitblick bewiesen. In Konsequenz der mit Art. 20 I GG weit gefassten Prinzipienentscheidung belässt er wesentliche Konkretisierungsvorbehalte in der Kompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers. Es täte sich anderenfalls ein Wertungswiderspruch auf. Wer an der einen Stelle mit der Prinzipialisierung der Demokratie (Art. 20 I GG) die Evolutivität des politischen Systems betont, kann nicht an anderer Stelle die Entscheidung über die Regeneration dieses Systems – Bedingungen und Verfahren der Wahl – durch konstitutionelle Verregelung einfrieren. Indem Art. 38 III GG das Wahlrecht der politischen Opportunität öffnet, wird eine große Bandbreite an demokratischen Formen auf den Boden der Verfassung gestellt. Auf der Grundlage des verfassungsfesten repräsentativen Mandats (Art. 38 I 2 GG) sind Kombinationen der Mehrheits- mit der Verhältniswahl, der repräsentativen mit der plebiszitären Demokratie verfassungsrechtlich statthaft, solange man urteilen kann: „The representatives act not as agents of the people but simply instead of them“.<sup>71</sup> Somit ist sichergestellt, dass ein wachsender Bedarf nach politischer Mitsprache in die Textur des Staatsrechts eingewoben werden kann. Von wissenschaftlicher Unbestrittenheit weit entfernt und dennoch allgemein akzeptiert, hat der Bundesgesetzgeber das Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland auf die Grundsätze „einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ (§ 1 I 2 BWahlG) festgelegt. Die Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers für die repräsentative Demokratie ist somit doppelt abgesichert: verfassungsrechtlich durch Art. 38 I 2 i.V.m. Art. 20 II 2 („Wahlen“) GG sowie einfach-gesetzlich. „Repräsentation“ ist mit den Worten Hanna Pitkins „the making present in some sense of something which is nevertheless not present literally or in fact“.<sup>72</sup> Anders gesagt: „Repräsentation“ ist die Umsetzung der gegen politische Akteure erhobenen Forderung nach Responsivität („Abbildung der Werte und Interessen der Bürger durch ihre Repräsentanten“)<sup>73</sup> in ein Verfahren der Verständigung über Probleme-

---

71 H. Pitkin, *Representation and Democracy: Uneasy Alliance*, *Scandinavian Political Studies* 27 (2004), S. 335 (339).

72 H. Pitkin, *The Concept of Representation*, 1967, S. 8 f.

73 I. Blühdorn, *Simulative Demokratie*, 2013, S. 208.

schreibungen und Wertorientierungen.<sup>74</sup> Argumente für das Repräsentationsprinzip sind

- die mangelnde Praktikabilität deliberativer Aushandlungsprozesse in bevölkerungsmäßig größeren politischen Einheiten;<sup>75</sup>
- die Komplexität der politischen Sachentscheidungen;
- der mangelnde Wille oder das mangelnde Verständnis mancher Bürger, an politischen Angelegenheiten teilzunehmen;
- die Angewiesenheit eines politischen Gemeinwesens auf Repräsentativorgane, um zu einer Handlungseinheit zu gelangen.<sup>76</sup>

Ausgehend von einer kritischen Sichtweise auf die oligarchische Grundierung der repräsentativen Demokratie,<sup>77</sup> bewegen uns die von der Postdemokratie-These ausgehenden Analysemuster zum Nachdenken darüber, was es bedeutet, dass die Staatsgewalt<sup>78</sup> vom Volke ausgeht, jedoch nicht von ihm ausgeübt wird.<sup>79</sup> Sie erinnern uns an die Konfusion zweier Demokratiebegriffe: „Demokratie“ als Regierungsform und als gesellschaftlicher Status.<sup>80</sup> Sie setzen diese Doppelwertigkeit des Demoskonzepts (verstanden zugleich als in der „Gesamtheit der Deutschen“ idealisiertes

---

74 I. Blühdorn, *Simulative Demokratie*, 2013, S. 208 f.

75 Kritisch: H. Münkler, *Regierungsversagen, Staatsversagen und die Krise der Demokratie*, *Berliner Republik* 5/2010, S. 49 (51) mit der Warnung, dass sich die deliberative unter der Hand in eine dezisive Demokratie verwandeln könnte. Siehe auch I. Blühdorn, *Simulative Demokratie*, 2013, S. 104: „Was sich als herrschaftsfreier Diskurs und Kraft des besseren Arguments darstellt, ist in Wahrheit nicht viel mehr als die erklärende Vermittlung des vermeintlich Alternativlosen und des im Sinne der gesellschaftlichen Elite Vernünftigen“.

76 K.-P. Sommermann, *Demokratiekonzepte im Vergleich* in: H. Bauer/P.M. Huber/ders., *Demokratie in Europa*, 2005, S. 191 (209).

77 K. Ross, *Demokratie zu verkaufen* in: G. Agamben u.a., *Demokratie? Eine Debatte*, 2012, S. 96 (114).

78 BVerfGE 93, 37 (68); 83, 60 (73 f.).

79 P. Badura, *Die parlamentarische Demokratie* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Auflage 2004, § 25, Rn. 34.

80 In letzterem Sinne ist Demokratie – nach Ernest Renan – ein *plébiscit de tous les jours*, aus dem sich jedoch keine Anknüpfungspunkte für die tatsächliche Handhabung der Staatsgewalt ergeben. In der Zwischenkriegszeit hatten utopische Visionen von einer plebiszitär-demokratischen Gesellschaftsordnung Konjunktur, während die Republik zunächst in die Anarchie und dann in den Totalitarismus abglitt. Die Entwicklung der Jahre 1932/33 führt jedem vor Augen, dass das Plebiszit stets fiktiv, losgelöst von einer konkret-empirisch wahrnehmbaren Bezugsgröße, wohingegen politische Herrschaft real ist.

Staatsvolk, wie in Art. 20 II 1 GG angesprochen,<sup>81</sup> und aktivbürgerschaftlicher Bezugspunkt der Staatsgewalt, Art. 20 II 2 GG)<sup>82,83</sup> der Eindimensionalität personalistischer Zurechnungsmuster („Repräsentations- und Legitimationsketten“) entgegen, weisen damit jede Eindeutigkeit demokratischer Repräsentation zurück. Die Ergänzung parlamentarischer durch plebiszitäre und partizipatorische Beteiligungsformen<sup>84</sup> geht mit einer Zerfaserung hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung zwischen kommunaler, nationaler und supranationaler Ebene einher.<sup>85</sup> In der Postdemokratie kann „Repräsentation“ als

- Elitenherrschaft,<sup>86</sup>
- effektive Einwirkung auf die Staatsgewalt („die Fähigkeit, etwas tun zu können“),<sup>87</sup>
- Spaltung des politischen Systems in Regierung und Opposition,<sup>88</sup>

---

81 BVerfGE 83, 37 (51); 83, 60 (71 f.).

82 BVerfGE 13, 54 (95); 83, 37 (50 f.).

83 Siehe zu den Spannungen zwischen empirischem und normativem Demosbegriff auch: C. Möllers, Drei Dogmen der etatistischen Demokratietheorie in: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 131 (132).

84 Dazu im Allgemeinen: H. Rossen-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVVr II, 2. Auflage 2013, § 29, Rn. 1 ff. A. Rinken, Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 125 (135) kennzeichnet Betroffenenpartizipation aus Sicht der vom BVerfG beispielhaft in E 93, 37 vertretenen „monistischen“ Demokratiekonzeption in kritischer Absicht als „demokratisches Ärgernis“. Ablehnung durch BVerfGE 83, 37 (51). Vermittelnd: E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (349); Der Gedanke der Betroffenenpartizipation gehöre den ideellen Schichten des Demokratieprinzips an.

85 F.C. Mayer, Kommentar: Vom Demokratiediskurs zum Identitätsdiskurs – gefühlte Demokratie und die Folgen in: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 19 (22).

86 J. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 8. Auflage 2005, S. 427 ff. In Schumpeters Tradition: A. Körösenyi, Political Representation in Leader Democracy, Democracy and Opposition 40 (2005), S. 358 ff.

87 K. Ross, Demokratie zu verkaufen in: G. Agamben u.a., Demokratie? Eine Debatte, 2012, S. 96 (104).

88 N. Luhmann, Soziologische Aufklärung IV, 1987, S. 126 ff.

- Deliberation der Aktivbürgerschaft,<sup>89</sup>
- politischer Versuch und Irrtum,<sup>90</sup>
- permanenter Skandal<sup>91</sup>

ausbuchstabiert werden.

Die repräsentativen Institutionen überbrücken eine der Demokratie eigentümliche Spannung zwischen der ins Kollektiv ausstrahlenden Willensmacht Einzelner und der den Einzelnen beschränkenden Souveränität des Kollektivs. Die repräsentative Demokratie macht aus der Menge ein Volk,<sup>92</sup> verwandelt Mitgliedschaft in Zugehörigkeit.<sup>93</sup> Nur im Wahlakt sind die Staatsbürger einander wirklich gleich.<sup>94</sup> Nimmt man die Postdemokratie-These ernst, vermag aber gerade diese Staatsbürgergleichheit „demokratischen“ Ansprüchen an eine deliberativ-pluralistische Gesellschaft nicht zu genügen. In ähnlichem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht in den Maastricht- und Lissabon-Urteilen verlangt, dass dem Aktivbürger eine substantielle Wahl: eine Auswahl zwischen Personen *und* Konzepten bleiben muss.<sup>95</sup> Aber das Postdemokratie-Argument führt noch weiter. Versteht man das Forum demokratischer Öffentlichkeit als *tabula rasa*, als eine von gesellschaftlicher Vermachtung frei gehaltene Spiegel-

---

89 J. Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 349 ff. Dazu: R. Forst, *The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy*, *Ratio Juris* 14 (2001), S. 345 ff.; C. Stamatis, *The Idea of Deliberative Democracy. A Critical Appraisal*, *Ratio Juris* 14 (2001), S. 390 ff.; M. Nettesheim, *Demokratisierung der EU und Europäisierung der Demokratietheorie – Wechselwirkungen bei der Herausbildung eines europäischen Demokratieprinzips* in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 143 (151 f.). Kritik bei: C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Auflage 2012, S. 43: „Gute Gründe schaffen keine demokratische Legitimation“.

90 M. Kotzur, *Demokratie als Wettbewerbsordnung*, *VVDStRL* 69 (2010), S. 173 (185) im Anschluss an Karl Popper und Ralf Dahrendorf.

91 D. Bensaïd, *Der permanente Skandal* in: G. Agamben u.a., *Demokratie? Eine Debatte*, 2012, S. 23 ff.

92 In der oben eingeführten Terminologie von P. Rosanvallon ließe sich statt von „Menge“ und „Volk“ von einer Spannung zwischen „Ideal-Volk“ und „Sozial-Volk“ sprechen (so ders., *Demokratische Legitimität*, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 182).

93 R. Grawert, *Staatsvolk und Staatsangehörigkeit* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Auflage 2004, § 16, Rn. 5 mit Verweisen auf Georg Jellinek.

94 So die Interpretation der „monistischen“ Demokratietheorie bei: A. Hanebeck, *Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip*, *DÖV* 2004, S. 901 (902).

95 *BVerfGE* 89, 155 (171 f.); 123, 267 (330).

fläche der „wirklichen“ Wünsche des Volkes, ist Sinnbild der Demokratie nicht der Parlamentsabgeordnete, dessen Gewissensvernunft das Gemeinwesen leitet, sondern der „Wutbürger“, der mit Erhebung seiner Stimme einen Lehrsatz des Marquis de Sade beherzigt: Der Aufstand müsse der Dauerzustand der Republik sein.<sup>96</sup> Somit weist die Postdemokratie-These jede (in der Tradition der Federalist Papers stehende)<sup>97</sup> (V-)Erklärung der repräsentativen zur „eigentliche(n) Form der Demokratie“<sup>98</sup> zurück. Sie moniert, dass die mit der Repräsentationstheorie verbundene Fiktion eines ideell einheitlichen Volkes die Demokratie mit dem Schatten einer „Metaphysik der Präsenz“ sowie einer „Metaphysik des Gesetzes als idealer Ausdrucksform des repräsentativ ermittelten Allgemeinwillens“ belege.<sup>99</sup>

#### IV. Souveränität und Legitimität unter den Bedingungen der Postdemokratie

Mit der Prekarität der repräsentativen Demokratie erodiert ihr Fundament: die Volkssouveränität. Wandern substanzielle Entscheidungen aus dem Einwirkungsbereich des Volkes in privat-publizistische Arrangements oder auf Ebenen jenseits des Staates ab, schwächt dies die Legitimation der repräsentativ-demokratischen Institutionen. Postdemokratische Analysen können deshalb nicht bei einer Repräsentationskepsis ihr Bewenden haben, sondern müssen sich mit einem modernen Verständnis von Volkssouveränität und Legitimation befassen.

---

96 Dazu P. Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, BPPB-Sonderausgabe 2013, S. 155.

97 J. Madison (Publius) in: A. Hamilton/ders./J. Jay (hg. von B. Zehnpfennig), *Die Federalist Papers*, 2007, Nr. 10, S. 93 ff. (besonders S. 99).

98 So der programmatische Titel des Beitrags von E.-W. Böckenförde, *Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie* in: *Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, S. 301 ff.

99 G. Frankenberg, *Vorsicht Demokratie! Kritik der juristischen Versicherung einer Gesellschaft gegen die Risiken der Selbstregierung* in: *Redaktion Kritische Justiz* (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000, S. 177 (181).

## 1. Souveränität

Das Souveränitätsprinzip findet seinen verfassungsrechtlich verbindlichen Ausdruck in Art. 20 II 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Ergänzend werden die Präambel und Art. 146 GG hinzu gezogen.<sup>100</sup> Vom Volk kann als empirische Größe oder geistige Abstraktion,<sup>101</sup> als Gesamtheit der Staatsangehörigen<sup>102</sup> oder Betroffenheitsgemeinschaft<sup>103</sup> die Rede sein. Das Souveränitätsprinzip verbindet die Demokratie mit ihrer Wirklichkeitsform, dem Staat.<sup>104</sup> Demokratie ist die „Konsequenz und Wirklichmachung des Prinzips der Volkssouveränität“;<sup>105</sup> Souveränität ist der normative Kern der demokratischen Staats- und Regierungsform.<sup>106</sup> Das moderne Souveränitätsverständnis stellt auf die Unabhängigkeit, nicht auf die Schrankenlosigkeit der Staatsgewalt ab.<sup>107</sup> Kritiker wenden ein, dass in der Formulierung des Art. 20 II 1 GG nicht deutlich genug zum Ausdruck komme, dass die Ausübung der Souveränität über den Wahlakt hinaus „permanenten Charakter“ habe.<sup>108</sup> Die Zentrierung der Staatsgewalt auf

- 
- 100 R. Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 16, Rn. 27.
  - 101 L. Heuschling, Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 33 (47).
  - 102 BVerfGE 83, 37 (51); 83, 60 (71). Siehe auch: E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 24, Rn. 26; R. Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) aaO, § 16, Rn. 20 ff.; M. Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR III, 3. Auflage 2005, § 44, Rn. 25.
  - 103 B.-O. Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWStP 5 (1994), S. 305 ff.; ders., Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59 ff.; U. Volkman, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), S. 575 (586). Kritisch: S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 43, 59 ff.
  - 104 U. Volkman, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), S. 575 (583 f.).
  - 105 E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 24, Rn. 7.
  - 106 P. Badura, Die parlamentarische Demokratie in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 25, Rn. 27.
  - 107 A. Randelzhofer, Staatsgewalt und Souveränität in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Auflage 2004, § 17, Rn. 23.
  - 108 So S. Biernat, Demokratieprinzip im polnischen Verfassungssystem in: H. Bauer/P.M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 79

das Volk hatte zunächst den Sinn, das Trägersubjekt politischer Herrschaft gegen konkurrierende Mächte, insbesondere gegen das Gottesgnadentum zu bestimmen. In zeitgenössischem Kontext wendet sich das Souveränitätsprinzip gegen die Informalität politischer Entscheidungen im Gewande der Expertise.<sup>109</sup> Mit der Postdemokratie-These lässt sich behaupten: Würde man heute erneut eine Unabhängigkeitserklärung verfassen, müsste sie als Absageerklärung an die Alternativlosigkeit technizistischer Politikprozesse formuliert werden. Entsprechend der Doppelwertigkeit des Demosbegriffs (s.o.) wird der dem Staatsangehörigkeitsband aufgeprägte Zugehörigkeitsgedanke<sup>110</sup> als „freie Selbstbestimmung aller“<sup>111</sup> gedeutet. Hier nach ist „souverän“ die Effektivität der Tat,<sup>112</sup> nicht die Inklusion/Exklusion von Entscheidungsträgern. Der Volksbegriff wird mit dem Verfassungsbegriff verwoben, wenn – in Anlehnung an Bruce Ackerman – die Prävalenz der Verfassung vor dem einfachen Gesetz mit dem Vorrang des verfassungsmäßigen Willens eines „ewigen“ Volkes vor den temporären Launen einer sich von Tag zu Tag Gesetze gebenden „sterblichen“ Generation begründet wird.<sup>113</sup> Dieser Kompass führt jedoch mit Friedrich August von

---

(81 f.) mit Blick auf die polnische Verfassungsdiskussion, die am aktuellen Wortlaut des Art. 4 I der polnischen Verfassung vom 2. April 1997 („Die oberste Gewalt in der Republik Polen steht dem Volk zu“ – so die Übersetzung auf <http://www.verfassungen.eu/pl/index.htm>; zuletzt besucht am: 17. April 2015; Biernats Alternativübersetzung aaO, S. 80 lautet: „Die hoheitliche Gewalt in der Republik Polen gehört dem Volk“) mit rechtsvergleichendem Blick auf Art. 20 II 1 GG das Souveränitätselement betone.

- 109 Dazu: C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Auflage 2012, S. 104.
- 110 P. Kirchhof, *Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsform der Zugehörigen in: J. Isensee/ders. (Hrsg.), HStR IX*, 1. Auflage 1997, § 221.
- 111 B.-O. Bryde, *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz*, 2000, S. 59 (60) mit Verweis auf BVerfGE 5, 85 (147); 44, 125 (142).
- 112 Zum Souveränitätsprinzip als Effektivitätsgebot: BVerfGE 47, 253 (275); 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66 f.). Dazu: E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II*, 3. Auflage 2004, § 24, Rn. 11. Kritisch (im Effektivitätsgebot vermischten sich normative mit deskriptiv-empirischen Kriterien): T. Blanke, *Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz*, 2000, S. 32 (41 f., 46).
- 113 B. Ackerman, *La démocratie dualiste in: M. Troper/L. Jaume (Hrsg.), 1789 et l'invention de la Constitution*, 1989, S. 191 ff. Dazu: L. Heuschling, *Krise der Demokratie und der juristischen Demokratielehre in Frankreich in: H. Bauer/P.M.*

Hayeks „Demarchie“ in autoritäres Fahrwasser. Die Demarchie weist eine Reihe überzeitlich-gültiger konstitutioneller Prinzipien aus, in deren Rahmen eine Elite von Politikern die sachnotwendigen Entscheidungen trifft.<sup>114</sup>

## 2. Legitimation

Der Volksbegriff stellt die Weichen zur Definition des „legitimen“ Zustands einer politischen Einheit. Pierre Rosanvallon differenziert zwischen drei Formen demokratischer Legitimität, denen drei jeweils unterschiedliche Volksbegriffe entsprechen:

- das Wahl-Volk (*peuple-électoral*) erzeugt auf der Grundlage der Wahlrechtsgleichheit und –allgemeinheit eine in der Gewissensprägung des repräsentativen Mandats aufscheinende Legitimität der Unparteilichkeit;
- das Ideal-Volk (*peuple-principe*) trägt zu einer Legitimität der Reflexivität bei, als deren Treuhänder Kontrollinstanzen, insbesondere die Verfassungsgerichtsbarkeit, fungieren;
- das Sozial-Volk (*peuple-social*) gebiert durch seine reale Präsenz in Verwaltungsverfahren und Volksgesetzgebung eine Legitimität der Nähe.<sup>115</sup>

Offen bleibt dabei freilich, ob Demokratie in der Tradition neuzeitlicher politischer Ethik Richtigkeit,<sup>116</sup> gar Wahrheit erreichen soll oder ob es ihr

---

Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 33 (59 f.). Zur französischen, im 19. Jahrhundert mit antidemokratischem Unterton geführten Debatte um das „generationenübergreifende Volk“: P. Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 183. Ähnlich P. Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 176: Der Vorrang der Verfassung entstehe auf Grund ihrer „Funktion (...) für eine offene Zukunft zu sorgen, damit sich das Verhältnis zwischen Mehrheit und Minderheit nicht verfestigt“.

114 F.A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty Vol. 3 (The Political Order of a Free People)*, 1982, S. 38 ff.

115 P. Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 15, 161 f. und passim.

116 So auch noch für das moderne Staatsrecht mit einem Schwerpunkt auf demokratieprinzipiell radizierten Verfahrensgarantien: A. Bleckmann, *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, 1993, § 9, Rn. 273, 277, 282 gegen eine von ihm als

vornehmlich um die „Symmetrie zwischen bürgerschaftlichen Lasten und Berechtigungen“<sup>117</sup> gehen soll.<sup>118</sup> Unentschieden bleibt auch, ob Legitimation als ein relativistisches Konzept zu begreifen ist – legitim ist dann jede Art von Entscheidungsinhalt, sofern ein formaler Zurechnungszusammenhang zum Souverän hergestellt ist – oder ob sie hoheitliches Handeln auf die Wahrung der Menschenrechte, Essentiale der Republik, festlegt. Auf diese Grundspannung ist ein Gutteil der (bis in die französische Revolutionszeit zu Condorcet und seinen Vorstellungen von einer „komplexen Souveränität“ zurück führenden)<sup>119</sup> Auseinandersetzungen um die Rolle funktionaler Legitimationskriterien bzw. eines „pluralistischen“, an Output-Aspekten orientierten Legitimationsverständnisses zurückzuführen.<sup>120,121</sup> Legitimationstheorien gehen klassischerweise davon aus, dass das Volk ein Mandat auf Zeit erteilt, zur Herrschaft nach dem Mehrheitsprinzip (Art. 42 II 1, 52 III 1, 54 VI 1, 61 I 3, 63 II 1, 67 I 1, 68 I 1, 79 II, 115a I 2, 115e I, 115h II i.V.m. Art. 121 GG) in einem durch den Nationalstaat konfigurierten Solidaritätsraum ermächtigt. Herrschend ist noch im-

---

rousseauistisch eingestufte moderne Tradition der Demokratie als kollektiver Selbstbestimmung.

117 E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (355).

118 Siehe dazu auch: H.-H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Auflage 2012, § 6, Rn. 5.

119 Dazu: P. Rosanvallon, Demokratische Legitimität, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 159.

120 Zum pluralistischen Legitimationsmodell und seinen begrifflichen Voraussetzungen: H.-H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Auflage 2012, § 6, Rn. 21 ff.; M. Jestaedt, Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation? In: H.M. Heinig/J.P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 3 (9, 12 ff.).

121 Kritik an der Output-Legitimation bei: C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Auflage 2012, S. 22: Da die Demokratie kein gutes Leben verspreche, könne dessen Gelingen oder Misslingen auch keine Auswirkungen auf die demokratische Legitimation haben.

mer ein volksmonistisches<sup>122</sup> (nicht parlamentsmonistisches)<sup>123</sup> – um das Volk als Legitimationssubjekt, nicht um das Parlament als prävalentes Entscheidungsgremium zentriertes – Legitimationsverständnis, das mit pluralistischen, für eine Vielzahl verschiedener Legitimationsquellen offenen Legitimationstheorien konfrontiert wird.<sup>124</sup> Mit dem demokratischen Monismus verbindet sich der Gedanke einer „repräsentative(n) Wählerdemokratie“, in deren Wahlakten der Gemeinwille „unmittelbar und uneingeschränkt“ zum Ausdruck komme.<sup>125,126</sup> Postdemokratische Analysen betrachten demgegenüber die unter der Oberfläche des Demos zu verzeichnende Aufsplittierung in politische Parteien und Verbände, abzulesen an der föderal vermittelten Segmentierung des Bundesvolks in politische Untereinheiten auf Wahlkreisebene.<sup>127</sup> Sie betonen, dass demokratische Legitimation wesentlich von Verfahren abhängt. Dadurch verbietet sich jedes Ausspielen von Legitimität gegen Legalität. Zugleich validiert das

- 
- 122 Diese „volksmonistische“, auf die Einheit des Staatsvolks abstellende Konzeption läuft im föderal gegliederten Staat auf die merkwürdige Pointe hinaus, dass das Bundesvolk die Landesvölker konsumiert. Somit sind die Bundesländer (und ebenfalls die kommunalen Gebietskörperschaften) Beispiele „für demokratische Strukturen außerhalb der eigentlichen Staatssphäre“ (S. Augsberg, *Wer ist das Volk?*, ZG 2012, S. 251 (258)). Anders jedoch BVerfGE 83, 60 (74).
- 123 P. Badura, *Die parlamentarische Demokratie* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Auflage 2004, § 25, Rn. 6. Eine parlamentsmonistische Legitimationstheorie würde die historische Differenzierung zwischen Trägerschaft der Staatsgewalt und Form der Selbstregierung verkennen (Badura aaO, Rn. 7).
- 124 Zum Streitstand: S. Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 55 ff.; H. Kube, *Zu Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und der Autonomie rechtlicher Rationalität – im Spiegel der Haushaltsrechtsreform*, DV 35 (2002), S. 507 (517 f.).
- 125 P. Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 152. Diese Definition von „Demokratie“ beruhe, so Rosanvallon aaO, auf drei Prämissen: „der Gleichsetzung des Wählerwillens mit dem Gemeinwillen, der Identifizierung der Wähler mit dem Volk und der Einordnung der politisch-parlamentarischen Tätigkeit in die Kontinuität der Wahlen“.
- 126 Zum geistesgeschichtlichen Hintergrund der mit „Monismus“/„Etatismus“ und „Pluralismus“ bezeichneten Legitimationskonzepte: T. Groß, *Grundlinien einer pluralistischen Interpretation des Demokratieprinzips* in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000, S. 93 (95): Der „Monismus“ führe auf Hobbes, der „Pluralismus“ auf Locke zurück.
- 127 D. Schefold, *Gewaltenteilung und alternative Modelle demokratischer Legitimation* in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000, S. 148 (154).

Verfahren eine Reihe unterschiedlicher Legitimationswege.<sup>128</sup> An die organisatorisch-personelle Legitimationskette<sup>129</sup> lagern sich Stränge sachlich-inhaltlicher und funktional-institutioneller Legitimation an.<sup>130, 131</sup> Ungeklärt bleibt freilich,

- ob einer der genannten Legitimationsmodi als vorrangig zu betrachten ist,<sup>132</sup>
- inwiefern Defizite einer Legitimationsform durch korrelierende Legitimationsbeiträge kompensiert werden können,
- schließlich, ob neben der demokratischen Legitimation im engeren Sinne autonome Legitimationsformen zur Demokratie beitragen können.

---

128 H.-H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR I*, 2. Auflage 2012, § 6, Rn. 7 ff.

129 E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR III*, 3. Auflage 2005, § 34, Rn. 17 ff. Dazu: N. Petersen, Demokratie und Grundgesetz. Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit, *JöR n.F.* 58 (2010), S. 137 (150 ff.; dort auf S. 159, Fn. 136 weitere Nachweise zur (Um-)Deutung der Legitimationskettentheorie als Konzeption politischer Responsivität).

130 BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88).

131 BVerfGE 83, 60 (72). Siehe auch: E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Auflage 2004, § 24, Rn. 14 ff.

132 Während ältere, strikt monistische Demokratiemodelle die Prävalenz der personal wirksamen Weisungs- und Unterrichtungskette gegenüber gesetzlicher Programmierung oder funktional legitimierter Selbstprogrammierung der Staatsgewalt in den Vordergrund stellen (wie das Gericht in formalem Rechtsstaatsverständnis als *bouche de la loi* auftritt, so das Parlament im demokratietheoretischen Formalismus als Steuermann, der seine Mannschaft – die Exekutive – befiehlt), so kommt es nach neuerer Rechtsprechung auf ein insgesamt zureichendes Legitimationsniveau, auf eine in der Summe effektive Herrschaftsvermittlung an (BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66); 107, 59 (87); BVerwGE 106, 64 (74)). Dazu: E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, *AöR* 116 (1991), S. 329 (366 ff.); H.-H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR I*, 2. Auflage 2012, § 6, Rn. 56 f. Die Argumentation mittels des Legitimationsniveaus wird vor dem Hintergrund einer vom BVerfG in E 93, 37 vertretenen monistischen Demokratiekonzeption als unhaltbar kritisiert von T. Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip in: Redaktion *Kritische Justiz*

Die hierzu parallel geführte Debatte in der Politikwissenschaft legt den Abschied von der personalen Einsetzungslegitimation, die Abstandnahme von der liberalistischen Imagination des Volkes als großes Individuum und von demokratischer Freiheit als der Individualfreiheit komplementäre Gestaltungsmacht nahe; dies jedoch nicht, weil normativ nicht vertretbar, sondern auf Grund einer vermeintlichen Überholung liberalistisch-personalistischer Legitimationsmaßstäbe durch die Wirklichkeit. Statt der „unbestimmte(n) Allgemeinheit“<sup>133</sup> des Demos streichen sie die Gestaltungsmacht des einzelnen Demokraten heraus. Somit erlangen Grundrechte auf freie Meinungsäußerung, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit eine besondere „bürgerrechtliche“ Funktionalität für die demokratische Willensbildung.<sup>134</sup> Sie spiegeln den bislang in die tieferen Schichten des Demokratieprinzips gebannten individualistischen Aspekt öffentlicher Einflussnahme wider. In einer freiheitlichen, rechtsstaatlich umrahmten Demokratie bedarf die öffentliche Willensbildung der diskursiven Offenheit,<sup>135</sup> sichergestellt durch Grundrechte auf politische Kommunikation (*voice*).<sup>136</sup> Mit Christoph Möllers: „Demokratien sind nicht repräsentativ, sondern expressiv“; sie bilden keinen demokratischen Willen ab, sondern erzeugen diesen durch ein auf freier Gleichheit beruhendes Verfahren der Willensbildung.<sup>137</sup> In jüngerer Zeit wird die Input-Output-Orientierung des demokratiethoretischen Legitimationsdiskurses in der Politikwissenschaft in eine rechtstheoretisch-rechtsdogmatische Auseinandersetzung um den Prinzipien- oder Regelcharakter des Art. 20 II 1 GG<sup>138</sup> übersetzt.

---

(Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000, S. 32 (46): „Lediglich bei (Machtfragen, Anm. J.S.) lässt sich (...) eine graduelle Abstufung nach Effektivitäts- und Niveaukriterien vornehmen. Demgegenüber bewähren sich Legitimationen, normative Rechtfertigungen wie moralische Urteile generell nach einem 'Alles oder Nichts-Schema': Entweder sie tragen oder sie versagen, entweder sind sie wahr oder falsch“.

133 BVerfGE 83, 37 (55).

134 BVerfGE 7, 198 (208); 12, 113 (125); 20, 56 (97); 35, 202 (221 f.); 59, 231 (266). Siehe auch: E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Auflage 2004, § 24, Rn. 36 ff.

135 E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR II*, 3. Auflage 2004, § 24, Rn. 40.

136 Klassisch: BVerfGE 7, 198 (205 ff.). Zum Einfluss der öffentlichen Meinung auf die Staatsorgane: BVerfGE 20, 56 (99). Dazu: S. Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 27, 31.

137 C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Auflage 2012, S. 28.

138 S. Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 104 ff.

Postdemokratie bildet sich mit Blick auf verselbständigte Verwaltungseinheiten und ministerialfreie Räume<sup>139</sup> in einem Legitimationspluralismus ab. Daraus erhellt, dass sich demokratische Legitimität nicht auf einen „Ableitungspurismus“<sup>140</sup> reduzieren lässt, sondern je nach zu legitimierender Gewaltausübung stärker die soziale Anerkennung von Herrschaft<sup>141</sup> oder das Ergebnis des Legitimationsvorgangs in den Mittelpunkt rückt.<sup>142,143</sup> Eine weitere Facette dieser Auseinandersetzung ist die von Léon Duguit und Maurice Hauriou im Frankreich der zwanziger Jahre angeführte Diskussion um die funktionale Legitimation der Staatsgewalt, die man in der Befriedigung der gesellschaftlichen Bedürfnisse sah (und in deren Konsequenz der *service public* zum zentralen Legitimationstopos wurde).<sup>144</sup>

## V. Schluss

Es besteht kein Anlass, der repräsentativen Demokratie das Totenglöckchen zu läuten. Die postdemokratisch-repräsentationskritische Analyse legt zwar manche Schwachstellen des Parlamentarismus offen, formuliert jedoch keine grundstürzenden Einsichten gegen die hergebrachte verfassungsrechtlich fundierte politische Praxis. Da die Postdemokratie-These auf die Legitimationsprobleme des beginnenden 21. Jahrhunderts antwortet, könnte schon bald eine Diskussion über das Ende der Postdemokratie oder über eine Renaissance der Repräsentation geführt werden. Letzteres wäre zu wünschen.

---

139 T. Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 32 (50 f.).

140 T. Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 32 (52).

141 H.-H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR I*, 2. Auflage 2012, § 6, Rn. 2; S. Müller-Franken, Die demokratische Legitimation öffentlicher Gewalt in Zeiten der Globalisierung, *AöR* 134 (2009), S. 542 (547).

142 A. Voßkuhle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, *JZ* 2002, S. 673 (674).

143 Zu verschiedenen Legitimitätsbegriffen: N. Petersen, Demokratie und Grundgesetz. Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit, *JöR n.F.* 58 (2010), S. 137 (142 ff.).

144 Klassisch: L. Duguit, *Les Transformations du droit public*, 1913, S. 52. Dazu: P. Rosanvallon, *Demokratische Legitimation*, BPB-Sonderausgabe 2013, S. 52 f.

## The South African “Secrecy Act”: Democracy Put to the Test

*Jonathan Klaaren*

*The ongoing debate and consideration of the Protection of State Information Bill (often termed the “Secrecy” Bill or Act) has provided a true test for the postapartheid South African democracy. Using a case study of that legislation’s period of consideration over more than six years, this paper will propose three ways in which the Bill tested democracy in South Africa. The legislation tested South Africa’s structures of representative democracy in showing up the failure of the National Assembly to oversee the intelligence services, in showing the lack of individual accountability for representatives in South Africa’s postapartheid democracy, and in pointing to the as yet clumsy modes of incorporating elements of the national debate from provincial and local level in the National Council on Provinces (the second legislative chamber which, together with the National Assembly, makes up Parliament). The dominant democracy framework is not as helpful in analysing these developments as an analysis attending to the symbolic politics of transparency between the intelligence services and the media. This article thus explores the complex field within which the politics of the Secrecy Bill has played itself out in South Africa. Finally, the article also goes beyond the metaphor of balancing and argues that transparency and secrecy are not two concepts separate from each other. The insight that transparency and opacity are mutually implicated allows us to understand better how both are supported and nurtured within a constitutional democracy.*

### *A. Introduction*

While it seems that we often live in interesting and testing times, it is easily arguable that the passage of the Protection of State Information Bill (the Secrecy Bill) has provided a true test for the postapartheid South African democracy. There are five goals pursued by this legislation. First, the Bill aims for the repeal and replacement of the existing state information classification law. It therefore provides for the repeal in its entirety of the Pro-

tection of Information Act 84 of 1982. A second object of the Bill is to reconcile the necessity for a classification and information security regime with the constitutional principles of transparency and accountability in governance, as well as with individual rights. At one point, the Bill declared that it was one of its objects to “harmonise the implementation of this Act with the Promotion of Access to Information Act, 2000”. In its third principal object – the Bill attempts to put into law a government duty of confidentiality that goes beyond the conventionally narrow protection of national security information. In this sense, the Bill was understood as a statutory mirror of Promotion of Access to Information Act (PAIA). Whereas PAIA provided rules for government information disclosure, the Bill would provide rules for non-disclosure of government information, consistent with the PAIA. The fourth and fifth goals of the Bill fall in the category of effecting important policy reforms. With respect to the fourth, as the Explanatory Notes to the 2008 Bill stated: “[t]he aim of the current reforms is to significantly reduce the volume of information classified but at the same time to strengthen the protection of state information that truly requires protection. A comprehensive statutory foundation for the classification and declassification of information is likely to result in a more stable and cost-effective set of policies and a more consistent application of rules and procedures.” Finally and fifthly, the Ministry of Intelligence Services also noted that there was no statutory crime of espionage and only a weak regime of common law criminalization (due in part to constraints placed on such criminalization by courts during the operation of the apartheid regime) and thus included the purpose to provide for an appropriate statutory scheme of criminal offences and penalties. In order to achieve these five goals, the Bill contains 54 sections organized into thirteen chapters.

In its current version, B6H-2010, the legislation has progressed out of Parliament and is awaiting Presidential signature.<sup>1</sup> An indication of its controversial nature is the fact that it is the only one of the forty-one bills introduced into Parliament in 2010 that have not yet been finalized and signed into law. Using a case study of that legislation’s period of consideration over more than six years, this paper will propose three ways in which the Bill tested democracy in South Africa.

---

1 Protection Of State Information Bill, <http://bills.pmg.org.za/bill/282/> (last accessed on 23 June 2014).

The first testing by the Bill of democracy has been at a mostly formal and abstract level. The consideration and eventual passage of the Bill has been in part a battle over the processes of representative democracy. This battle has engaged with a number of institutional stress points in the scheme of the existing Constitution: Parliamentary oversight (particularly of the security sector), the supremacy of the party over both individual members of Parliament (MPs) and even the Presidency, and the relative place and effectiveness of the two houses of the South African Parliament, the National Assembly and the National Council of Provinces in national debate. In each of these stress points, the German comparison can be instructive.

The second testing by the Bill of democracy has been around the content of the contest. The debate over the Secrecy Bill was largely a prospective debate over the likely consequences of the passage of the Bill. The primary set of concerns were that the Bill might be used to aid and abet illegality by covering up corruption, to strengthen the power of the ruling power to use patronage to entrench its own dominant position in a dominant democracy, and to further increase the power of the security services within the factional battles of the dominant party. Proponents of this line of argument (especially the first two components) include, at least implicitly, Sujit Choudhry<sup>2</sup> and Samuel Issacharoff.<sup>3</sup> This debate over the consequences of the Bill for accountability to a certain degree has paralleled the first referenced debate over formal representative democracy in South Africa. The content of this debate could be framed within the balance metaphor – what is the appropriate balance between national security and transparency? Here, it is interesting to explore whether and where South Africa fits within the range of democracies on this score.<sup>4</sup> The challenge

---

2 *Sujit Choudhry*, “He Had a Mandate”: The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy, *Constitutional Court Review* 2 (2009), pp. 1-86.

3 *Samuel Issacharoff*, *The Democratic Risk to Democratic Transitions*, *Constitutional Court Review* 5 (2013), pp. 1-31.

4 *Jonathan E. Klaaren*, *The Promotion of Access to and Protection of National Security Information in South Africa*, Center for the Study of Law and Society Jurisprudence and Social Policy Program (2003), <http://escholarship.org/uc/item/18c3p5kd> (last accessed on 23 June 2014).

of striking the balance between national security and openness is one that faces nearly all constitutional democracies.<sup>5</sup>

The third testing by the Bill of democracy is interior to the Bill and is implicit in the entangled concepts of transparency and secrecy. Arguably, both concepts encompass elements of trust and control. These concepts are exemplified in the South African jurisdiction by two statutes, neither of which has arguably been implemented even though one has been on the books for over ten years now. The one is the PAIA and the other is of course the Secrecy Bill. It would be possible to operationalize (or frame) the contest of these two concepts expressed in statutory form through an examination of the balance between national security and openness or through an examination of a particular structure such as bureaucracy. However, I wish in this section to take this opportunity to examine the more critical debate between and among these concepts as normative political values.

### *B. Background and Context*

Before we dive into these three testings, let us get a further sense of the Secrecy Bill with some attention to its sociolegal context.

The story of the Bill can perhaps begin with four legal texts – indeed the first of these arguably engendered the following three. The first text is one of the Constitutional Principles placed into the interim Constitution, which South Africa adopted in 1993 and that provided both guidance and constraints on the text of the final Constitution, adopted in 1996. Constitutional Principle IX provided:

“Provision shall be made for freedom of information so that there can be open and accountable administration at all levels of government.”<sup>6</sup>

The second text is the right of access to information, included as part of the Bill of Rights in the 1996 Constitution. Section 32 of the 1996 Constitution provides:

---

5 *Peter Galison et al.*, What We Have Learned about Limiting Knowledge in a Democracy, *Social Research* 77 (2010), pp.1013–1048.

6 Constitution of the Republic of South Africa, 1993, Schedules, <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/interim/schedules.html#sched4> (last accessed on 7 July 2014).

"32. Access to information. (1) Everyone has the right of access to – (a) any information held by the state; and (b) any information that is held by another person and that is required for the exercise or protection of any rights. (2) National legislation must be enacted to give effect to this right, and may provide for reasonable measures to alleviate the administrative and financial burden on the state."

The wording of this right actually changed slightly between the interim and the 1996 Constitutions but its substance remained the same.<sup>7</sup> The third text is a Cabinet policy document approved on 4 December, 1996 as "national information security policy", the Minimum Information Security Standards (MISS).<sup>8</sup> The fourth text is the law mandated by subsection 32(2) of 1996 Constitution: South Africa's access to information law, the PAIA.<sup>9</sup>

If the story of the Bill began with this opening burst of opening legal texts, the next significant moment was undoubtedly marked by the closing themes of the longrunning sagas of the Truth and Reconciliation Commission and the arms deal. The first is significant since it was the state effort to unearth the past. It failed of course to do this completely yet it had enough successes along the way to achieve a power to defang the retrospective argument against the still existing secrecy legislation, the Protection of Information Act of 1982.<sup>10</sup> Indeed, this apartheid-era national security information legislation to a great extent weathered the storm of openness. At more or less the same time, the arms deal saga (where claims were made of corruption into the large scale post-apartheid purchases of military equipment) showed that the military complex retained great power and particularly retained a power to draw a cloak over its activities. Only now since 2013/2014 has there been a judicial inquiry into these allegations.<sup>11</sup> It is perhaps an understatement to observe that it is not yet clear that this judicial inquiry will get to the bottom of these allegations.

---

7 Iain Currie & Jonathan Klaaren, *The Promotion of Access to Information Act*, Commentary, Cape Town 2002.

8 Klaaren, note 4, pp.191–194.

9 Promotion of Access to Information Act 2000, [http://www.saflii.org/za/legis/consol\\_act/poatia2000366/](http://www.saflii.org/za/legis/consol_act/poatia2000366/) (last accessed on 7 July 2014).

10 Deborah Posel & Graeme Simpson, *Commissioning the Past: Understanding South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Johannesburg 2002.

11 Andrew Feinstein, Paul Holden & Hennie van Vuuren, Seriti probe's cautious style risks hiding dirty secrets, *Open Secrets*, 26 February 2014, <http://opensecrets.org.za/seriti-probes-cautious-style-risks-hiding-dirty-secrets/> (last accessed on 7 May 2014).

The genesis of the Secrecy Bill may be located soon after 2000. As noted above, one source for the Bill was the growing state acknowledgement of the unconstitutionality of the 1982 secrecy legislation. Running alongside this acknowledgement was a parallel recognition of the increasing lack of fitness of the MISS. As Sandy Africa has pointed out, “the MISS is a post-1994 initiative, but is based on an administrative instrument inherited from the apartheid era.”<sup>12</sup> Against this background, a commission appointed by the Minister of Intelligence Services in 2001 investigated the need for a classification and declassification framework aligned to the Constitution.<sup>13</sup> Another significant moment in the initiation of the Bill came from a successor intelligence Minister, focused on aligning the operations of the intelligence services to the Constitution and to executive oversight. Preparations for what became the Secrecy Bill thus began in earnest around 2005.<sup>14</sup> In August 2005, the Minister of Intelligence Services appointed a task team to “look into a range of proposed changes to intelligence legislation”.<sup>15</sup> This initial drafting effort resulted in the first version of a Secrecy Bill being introduced into Parliament in 2008. After several months of Parliamentary exposure, this first version of the Secrecy Bill was then withdrawn.

Yet another intelligence Minister (now titled the Minister of State Security) tabled a significantly redrafted and much more intelligence services oriented Bill in the National Assembly in March 2010.<sup>16</sup> Moving from the National Assembly to the National Council of Provinces to the National Assembly and then to the National Council of Provinces and back to the National Assembly again, the Secrecy Bill was then significantly changed by the consideration of the relevant Parliamentary committees. This change occurred in a drawn-out process with fair degree of public input and debate, albeit filtered often through legal language.<sup>17</sup>

---

12 *Sandra Elizabeth Africa*, *Well-kept Secrets: The Right of Access to Information and the South African Intelligence Services*, Johannesburg 2009, p. 151.

13 *Id.* at 92.

14 *Id.* at 92–93; *Barry Gilder*, *Songs and Secrets*, Auckland South Africa 2012, p. 412.

15 *Gilder*, note 14, p. 408.

16 Protection Of Information Bill [B6-2010], Parliamentary Monitoring Group, <http://www.pmg.org.za/node/21973> (last accessed on 7 July 2014).

17 *Pierre De Vos*, *Bizos & Kerfoot*: LRC submission on Secrecy Bill – Constitutionally Speaking, 22 February 2012, <http://constitutionallyspeaking.co.za/bizos-kerfoot-lrc-submission-on-secrecy-bill/> (last accessed on 13 October 2015); DA:

The Secrecy Bill was finally passed by Parliament in 2014.<sup>18</sup> The Bill’s legislative passage included a final turn of events where President Zuma sent the Bill back to Parliament for extremely limited revision – essentially fixing a couple of typographical errors – which the Parliament did. As mentioned above, the current state of affairs is thus the Bill passed by Parliament is waiting for Presidential assent. Without a doubt, this piece of legislation is heading for the Constitutional Court.<sup>19</sup> The top advocates are already lined up.

### *C. First Testing*

The first testing the Secrecy Bill provides is with respect to the operation of representative democracy in South Africa. I would argue that there are three stress points of South African representative democracy that the consideration of the Bill has highlighted.

The first stress point is the limited degree of effective oversight by Parliament over the security sector. The 1996 Constitution put into place a complex Parliamentary structure for overseeing the security services. But the implementation of this system never really took hold.<sup>20</sup> The 2010 and 2011-2012 annual reports of the intelligence inspector-general were released only in the dying days of the Fourth Parliament in March 2014, showing that not even the basic annual reports were completed and sub-

---

Statement by Dene Smuts, DA Shadow Minister of Justice and Constitutional Development, welcomes improvements to Secrecy Bill but constitutional problems remain, Polity.org.za, 23 March 2013, <http://www.polity.org.za/article/da-statement-by-dene-smuts-da-shadow-minister-of-justice-and-constitutional-development-welcomes-improvements-to-secrecy-bill-but-constitutional-problems-remain-13032013-2013-03-13> (last accessed on 24 April 2013); Secrecy Bill fears unfounded – Dlomo, Polity.org.za, 16 October 2013, <http://www.polity.org.za/article/secrecy-bill-fears-unfounded-dlomo-2013-10-16> (last accessed on 26 November 2013).

18 Protection Of Information Bill [B6G-2010], Parliamentary Monitoring Group, <http://www.pmg.org.za/bill/20131015-protection-information-bill-b6g-2010> (last accessed on 7 July 2014).

19 ConCourt action will be secrecy Bill activists’ last resort, The M&G Online, 28 November 2012, <http://mg.co.za/article/2012-11-28-00-info-bill-will-go-to-con-court-say-experts/> (last accessed on 23 April 2013).

20 *Laurie Nathan*, Intelligence Bound: The South African Constitution and Intelligence Services, *International Affairs* 86 (2010), pp. 195–210.

mitted to Parliament.<sup>21</sup> Thus, the only degree of somewhat effective oversight when the line in respect of political intelligence was overstepped amidst the battle among various ANC factions came from the Minister of Intelligence Services and the judiciary, rather than through Parliament.<sup>22</sup>

To see the relative place of transparency, we may go to the conceptual arguments for Parliamentary oversight in the first place. In a standard delegation understanding, through statutes Parliament delineates broad policy for the country but then also delegates to the intelligence services the implementation of that policy. In terms of being able to exercise control over its agent, transparency may be presumed to assist Parliament, providing greater information that Parliament may use to hold the intelligence services to account for and thus limit the degree of deviations the agent takes from the policy. Thus, transparency assists in ensuring the intelligence services are accountable to Parliament. Indeed, to some extent, the Minister at the time used the forum provided by Parliament in 2008 to publicly articulate an initial policy on classification of information and then allowed for that policy to be refined through public debate. This is particularly shown by the Minister's tabling in front of Parliament a document largely supportive of the potential for a public interest defence to a criminal charge of disclosing state secrets – a key demand made by civil society in relation to the Secrecy Bill.<sup>23</sup> The tabling of this document was a significant concession to the tone of the public debate. Still, the initiation of policy development is worth noting – even here it is the Minister using the legislative forum rather than the Parliamentary committee driving the events.

A second stress point is around the lack of individual accountability of members of Parliament. Party accountability figures in the Secrecy Bill story in several ways and does so against the background of a majority party, the ANC, being understood as dominant. In perhaps the most dramatic way, party accountability underlies the withdrawal of the 2008 version of the Secrecy Bill in 2008 after several months' consideration. This

---

21 Why is no one watching the watchmen?, The M&G Online, 14 March 2014, <http://mg.co.za/article/2014-03-13-why-is-no-one-watching-the-watchmen/> (last accessed on 8 July 2014).

22 *Gilder*, note 14.

23 *Iain Currie & Jonathan Klaaren*, Evaluating the Information Bills: A Briefing Paper on the Protection of Information Bill (2011), [http://www.nelsonmandela.org/images/uploads/Info\\_bills\\_evaluation\\_final.pdf](http://www.nelsonmandela.org/images/uploads/Info_bills_evaluation_final.pdf) (last accessed on 8 July 2014).

withdrawal occurred simply because the Minister's principal, President Thabo Mbeki, resigned under pressure after losing the support of the ANC at this point.<sup>24</sup>

In another way, party accountability was highlighted in a key vote on the Secrecy Bill. An ANC stalwart and one other MP did the exceptional and abstained from a Parliamentary vote without party permission, thus avoiding voting in favour of the Secrecy Bill in a key vote in November 2011.<sup>25</sup> This is the only time such public flouting of ANC party discipline has happened. By the final vote on the Secrecy Bill, the stalwart MP was voting reluctantly in favour, citing the certainty of a Constitutional Court review of the legislation.<sup>26</sup> This plays into a key theme of critique of the current South African democracy – the call for electoral reform to address the lack of individual accountability for MPs.<sup>27</sup>

A third stress point is around the institution of the National Council of Provinces, the second house of Parliament. Most of the debates over the Secrecy Bills introduced in both 2008 and 2010 was led by and focused around National Assembly structures including the ad hoc committee. The Constitution does, however, give the National Council of Provinces a role in national debates – though not in oversight. This is true for national legislation not affecting the provinces as well as under different legislative procedures for national legislation affecting the provinces. Indeed, a legal point relating to the correctness of the procedures followed may be crucial to the next step in the journal of the Secrecy Bill. If the National Council of Provinces did not follow the correct procedures in considering the Bill, the Constitutional Court in its inevitable case may well send it back to Par-

---

24 *Frank Chikane*, Eight Days in September: The Removal of Thabo Mbeki, Johannesburg 2012; *Jonathan Klaaren & Theunis Roux*, The Nicholson Judgment: An Exercise in Law and Politics, *Journal of African Law* 54 (2010), pp. 143–155.

25 *Gaye Davis & Shanti Aboobaker*, Turok facing censure over secrecy bill snub, IOL.co.za, 24 November 2011, <http://www.iol.co.za/the-star/turok-facing-censure-over-secrecy-bill-snub-1.1185506#.U7v44fvNyBp> (last accessed on 8 July 2014).

26 *Sarah Evans*, Secrecy Bill: Ben Turok won't defy ANC this time, The M&G Online, 25 April 2013, <http://mg.co.za/article/2013-04-25-secrecy-bill-turok-wont-defy-anc-orders-this-time/> (last accessed on 8 July 2014).

27 Report of the Electoral Task Team, Cape Town 2003, <http://db3sqepoi5n3s.cloudfront.net/files/docs/Van-Zyl-Slabbert-Commission-on-Electoral-Reform-Report-2003.pdf> (last accessed on 8 July 2014); "Electoral system needs overhaul" – Politics | IOL News | IOL.co.za., <http://www.iol.co.za/news/politics/electoral-system-needs-overhaul-1.1413064#.U7v6afvNyBo> (last accessed on 8 July 2014).

liament. Indeed, the objection that the Bill treads onto exclusive provincial competence was by early 2013 the “main constitutional objection” of the official opposition, the Democratic Alliance.<sup>28</sup> Perhaps most extraordinarily however was the utilization of the National Council of Provinces as a mechanism to hold a series of public hearings on the Secrecy Bill at key point in its Parliamentary passage in early 2012.<sup>29</sup> Framed as a genuine exercise in participatory democracy, these hearings done with the authority of the National Council of Provinces appeared to be largely a rushed inconclusive symbolic exercise.<sup>30</sup> They may nonetheless be a harbinger of province-level participatory politics to come.

### *A brief comparison with German parallels*

In understanding further two of these three stress points, a brief comparative look to the German constitutional position is helpful. With respect to the National Council of Provinces and the Bundesrat, beyond acknowledging the clear institutional debt of the South African body on the German one and the structural similarity, a valuable comparative study would require greater space.<sup>31</sup>

With respect to Parliamentary oversight of the intelligence services, Parliamentary scrutiny of federal intelligence activities in Germany is enshrined in constitutional law by Article 45d of the Basic Law. This is a relatively recent development, being put into the Basic Law largely as a codification of existing law in 2009. It is a multiparty body with the members elected upon criteria of particular trustworthiness.<sup>32</sup> The formal situation

---

28 DA, note 17.

29 *Andisiwe Makinana*, NCOP won't rush through secrecy Bill hearings, THE M&G ONLINE, 20 January 2012, <http://mg.co.za/article/2012-01-20-ncop-wont-rush-through-secrecy-bill-hearings/> (last accessed on 8 July 2014).

30 “Amandla”, “viva” banned at secrecy bill hearings, City Press, <http://www.citypress.co.za/news/amandla-viva-banned-at-secrecy-bill-hearings-20120214/> (last accessed on 8 July 2014); War of words erupts at secrecy bill hearings, City Press, <http://www.citypress.co.za/news/war-of-words-erupt-at-secrecy-bill-hearings-20120217/> (last accessed on 8 July 2014).

31 *Christina Murray*, NCOP: Stepchild of the Bundesrat, in: Bundesrat (ed.), 50 Jahre Herrenchiemseer Verfassungskonvent, Zur Struktur des deutschen Föderalismus. Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium vom 19. bis 21. August 1998 im Kloster Seon, Nördlingen 1999.

32 *Id.* at 218.

in South Africa is not so different. The specific institutions set up by the Constitution include the Office of the Inspector General. The appointment of the Inspector General of Intelligence is done through the Intelligence Services Oversight Act.<sup>33</sup> The Office of the Inspector-General has a certain degree of independence, with "line or functional accountability to parliament and an administrative accountability towards the Minister for Intelligence Services."<sup>34</sup> The Constitution mandates establishment of a body to carry out civilian oversight of the intelligence services, providing for "civilian monitoring of the activities of [the intelligence] services by an inspector appointed by the President, as head of the national executive, and approved by a resolution adopted by the National Assembly with a supporting vote of at least two thirds of its members."<sup>35</sup> In addition to the civilian oversight body, the Constitution requires legislation setting up a multiparty parliamentary committee for oversight of intelligence services as part of the security services of South Africa.<sup>36</sup> The implementation of these structures has not been complete, with reports to Parliament, for instance, often overdue.

With respect to the lack of accountability of individual members of Parliament, it is important to recognize the positive and significant role granted to political parties in the German Basic Law. From 1949, Germany regarded parties as a positive contribution to and a vehicle for democratization. Instead of being a hindrance, parties were an enhancement of self-government and the formation of the political will. This was a departure from the constitutional tradition in places like the United States, where parties were not an explicit part of the constitution.<sup>37</sup> Indeed, parties have become a defining concept for the notion of democracy. As has been

---

33 Intelligence Services Oversight Act 40 of 1994, sec. 7, <http://www.ssa.gov.za/Portals/0/SSA%20docs/Legislation/Intelligence%20Services%20Oversight%20Act%20of%201994.pdf> (last accessed on 5 May 2015).

34 *Imtiaz Fazel*, Who shall guard the guards? Civilian operational oversight and the Inspector General of Intelligence, in: Lauren Hutton (ed.), *To Spy or Not to Spy? Intelligence and Democracy in South Africa*, ISS Monograph 157 (2009), p. 35; accessible at: <http://www.issafrica.org/uploads/Mono157Full.pdf>.

35 Constitution of the Republic of South Africa, 1996, sec. 210 (b), <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/english-2013.pdf> (last accessed on 27 November 2013).

36 Constitution of the Republic of South Africa, 1996, sec. 199(8).

37 *Mark Tushnet*, *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, Portland 2009.

observed, “key democratic principles such as political participation, representation, pluralism and competition have come to be defined increasingly, if not almost exclusively, in terms of party.”<sup>38</sup> The German role for parties thus goes beyond the role of the parties in electoral participation. In so doing and doing so through constitutional means, Germany has effectively made the parties into constitutional or public entities.<sup>39</sup>

South Africa’s take-up of the Germany model of party democracy is decidedly partial. As one observer has noted for South Africa:

“There are no significant constitutional provisions or legislation dealing with political parties.”<sup>40</sup>

There is of course some regulation of political parties. The law regarding party registration is contained in the Electoral Commission Act and the Electoral Act. Both of these statutes are enforced through the Independent Electoral Commission, a body itself with constitutional standing.<sup>41</sup> The closest the Constitution comes to the German philosophy is in a section titled “Other Matters” under a heading of “Funding for political parties”. Here, the Constitution provides for state funding of political parties “to enhance multi-party democracy”.<sup>42</sup> This has been given effect to with the Public Funding of Represented Political Parties Act 103 of 1997. There have also been similar laws enacted in at least six provinces.<sup>43</sup> Once one moves away from the funding question, however, there is much less explicit parallels and much less significant regulation. The party funding provisions are implemented.

---

38 *Ingrid Van Biezen*, *Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-war Europe*, *British Journal of Political Science* 42 (2012), pp. 187–212.

39 *Id.* at 196.

40 *Iain Currie & Johan De Waal*, *The Bill of Rights Handbook*, Cape Town 2005, p. 422.

41 Constitution of the Republic of South Africa, 1996, sec. 190–191, <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/english-2013.pdf> (last accessed on 27 November 2013).

42 *Id.* at 236.

43 ANC seeks more party funding, *City Press*, 27 July 2014, <http://www.citypress.co.za/politics/anc-seeks-party-funding/> (last accessed on 28 July 2014).

*D. Second Testing*

The second theme of testing is the content of the debate. In a significant development, both proponents and opponents conducted the debate over the Secrecy Bill in presentist/futurist rather than historical-regarding terms. That is, the Bill's stance on transparency and secrecy and their appropriate interaction was not evaluated in terms of the substantive light that such a balance would reveal about the specific actions taken in the past, and specifically under the apartheid regime. Implicitly, the need for light into South Africa's past was regarded as having been addressed and sufficiently addressed by the TRC process. This orientation towards the present and the future made the Secrecy Bill more into a metric or proxy for South Africa's democracy – and a herald of its possible future – than might have otherwise been the case.

What were the terms of the debate? The primary set of concerns were that the legislation might be used to aid and abet by covering up corruption, to strengthen the power of the ruling power to use patronage to entrench its own dominant position in a dominant democracy, to weaken the role of the media in South Africa's democracy, and to further increase the power of the security services within the factional battles of the dominant party.<sup>44</sup> While the first two of these concerns are championed by an analysis of South Africa as a dominant party democracy, the concerns over the weakening of the media and the strengthening of the intelligence services more directly engage the values of transparency and secrecy. Indeed, it would not be too far-fetched to characterize the contest over the Bill as a proxy war conducted by the media (in particular the print media) and the security services over their centrality and symbolic power within the South African democracy.

*Transparency and the dominant democracy analysis as applied to South Africa*

To begin with the concerns about corruption and ruling party dominance, Choudhry and Issacharoff have in separate analyses articulated deep con-

---

44 Guide: Why the Secrecy Bill still fails the Freedom Test, Right2Know Campaign, 28 November 2012, <http://www.r2k.org.za/2012/11/28/guide-why-secrecy-bill-fails/> (last accessed on 8 July 2014).

cern regarding the so-called dominant place of the ANC within South Africa's polity, the tension between that dominance and the spirit of the Constitution, and the potential for entrenchment or extension of the ANC's dominant position through unconstitutional means. Specific mechanisms identified by Choudhry and Issacharoff in their critiques include the mechanism of cadre deployment on the one hand and the undermining of the independence of the state institutions supporting constitutional democracy such as the Public Protector and the Human Rights Commissions (called Chapter 9 institutions in South Africa) and the judiciary on the other hand.

Interestingly enough, Choudhry mentions transparency only once in his analysis, as part of characterizing the dynamics of politics in a dominant party democracy. For Choudhry, dominant party democracy "has the effect of pulling politics into the party, and into processes that lie outside constitutionally created institutions of liberal democracy, and which need not comply with the same norms of transparency and participation. The relative importance of Parliament, and through it, electoral democracy, declines."<sup>45</sup> Similarly, Issacharoff also mentions transparency in setting out the pathologies of unconstitutional incumbent power: "The greater the scale of government enterprise the more it rewards those who can master its byways in a process that is non-transparent to the public and that resists either monitoring or accountability."<sup>46</sup>

As shown by these examples, transparency figures largely by its absence in the dominant democracy analysis. Where mentioned, it serves only by contrast to point out the evils of a dominant party democracy. This is quite interesting in these two pieces that advocate a robust pro-democracy jurisprudence from the Constitutional Court. Openness does not figure as a strand in an argument from first principles.

At least one sustained South African analysis partaking of the dominant democracy analysis engages with the specifics of secrecy and transparency in South Africa.<sup>47</sup> Dale McKinley identifies an intensification in autocratic power since the ascension to control of the state of the Zuma ANC faction in 2007-2008. He delineates a three-pronged secrecy-power matrix. The first side is a "conscious, politically and materially driven closing down of the constitutionally-enshrined right of access to information under the Zuma-led ANC/state ... The second side is the militarisation and centralisa-

---

45 *Choudhry*, note 2, p. 35.

46 *Issacharoff*, note 3, p. 17.

47 Gilbert Khadiagala et al. (eds.), *New South African Review* 4 (2014), pp.150–166.

tion of power within the coercive forces of the state alongside the massive and largely de-regulated growth of the private security industry. ... The third side of the matrix is the law, past, and pending. ... What better way to buttress those walls of secrecy around the physical representations of state and private (capitalist) power than to dust off and actively employ [the National Key Points Act 102 of 1980]. This apartheid dinosaur gives the minister of police the power to declare any place a “national key point” if it is considered vital to “national security”. Once a site is declared, a range of strict anti-disclosure provisions which criminalise any person disclosing “any information” in “any manner whatsoever” about security measures of a national key point comes into effect as does the curtailment of the right of assembly in or near any key point.”<sup>48</sup> While McKinley references a close cousin to the secrecy legislation the Secrecy Bill is designed to replace rather than the Secrecy Bill itself, the outlines of his analysis are clear. This analysis is clearly as much a polemic as it is empirical- yet it adds helpful evidence to this discussion. In addition to detailing an uptick in the relative power of the Zuma/securocrat network in the South African polity in 2007-2008, a development coinciding with and indeed causing the withdrawal of the first version of the Secrecy Bill in 2008, McKinley makes explicit what is implicit in the dominant democracy analysis – that there is a “symbiotic relationship between secrecy and power”.<sup>49</sup>

What is not examined in this line of argument may be as significant as what is examined, if not more so. There are a number of lines of credible research that argue that transparency does not deliver its promised effects and may even have unintended consequences.<sup>50</sup> For instance, one recent study found the counter-intuitive effect of greater transparency increasing corruption, through its effect of lessening support for anti-corruption initiatives by demonstrating that corruption is indeed rife, everyone is doing it, and sending the message that it is not worth trying to counter the corruption.<sup>51</sup> Further, there is little comparative evidence that greater transparency would lead to greater opposition party competitiveness and reduce

---

48 *Id.* at 160–161.

49 *Id.* at 151.

50 *Clare Birchall*, *Transparency, Interrupted Secrets of the Left, Theory, Culture & Society* 28 (2011), p. 64..

51 *Monika Bauhr & Marcia Grimes*, *Indignation or Resignation: The Implications of Transparency for Societal Accountability, Governance* 27 (2014), pp. 291–320.

whatever degree of electoral dominance is enjoyed by the majority party. One might look to the American jurisdiction where, both before and perhaps even more so after the key Supreme Court case of *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), a high degree of transparency about what funding flows from private corporations to political parties co-exists comfortably with a high degree of influence by those corporations in politics, arguably strengthening rather than weakening party structures as those corporations seek to reduce agency and transactions costs by working with the two established American political parties. The relevance for South African politics is that what some term the “unconstitutional” practice of funding of political parties (including but not limited to the ANC) by provincial governments may well exist side by side with legislative accountability and transparency.<sup>52</sup>

Leaving transparency aside for a moment, the dominant party democracy as applied to South Africa is also worth critically examining on its own terms.<sup>53</sup> There is of course the relatively simplistic rejoinder that the ANC has become dominant through the vote of the majority of the citizens of the country in terms of free and fair elections – itself presumably the purest and strongest rejoinder within the discourse of representative democracy. Beyond this, one might argue that the ANC is simply not in as dominant a position as this argument would have it. What a difference the steadfast and principled engagement of the current Public Protector (a South African Chapter 9 institution) and a shaky 2014 ANC electoral victory make. A number of recent developments – the small but steady erosion of support from the ANC, the evident vitality of at least some of the Chapter 9 institutions and the policy trend against cadre deployment – undercut the concerns articulated by Choudhry and Issacharoff and the specific mechanisms they discerned operating.

*The relative place of the media and the intelligence services in postapartheid South African democracy*

We turn now to a consideration of the direct politics of transparency and openness, picking up on the concerns that the Secrecy Bill entrenches the

---

52 Khadiagala et al. (eds.), note 47, p. 159.

53 *Jonathan Klaaren*, *Dominant Democracy in South Africa? A Response to Choudry*, *Constitutional Court Review* 2 (2009), pp. 87–96.

power of the intelligence services and that it impedes the democratic role of the media. Here, we may examine the place and the relative place of the media and the intelligence services in the South African constitutional democracy. As implied above in relation to the lack of oversight exercised by Parliament over the intelligence services, insufficient attention has been paid to the place of the intelligence services in post-apartheid South Africa. Most of the relevant academic literature is concerned with the specifics of structuring the security sector. And much of this literature is concerned to argue within a framework of increasing the efficacy and efficiency of the sector – in particular the fight against crime (and indeed corruption). Insufficient research and analysis has been directed to the role that the intelligence services have played and play within the ANC and within South Africa's politics. This is unfortunate since the current of politics runs strong between the intelligence services and the ruling party. As the former coordinator of the national intelligence bureaucracy has observed: "Perhaps it is an unavoidable force of nature in a young democracy such as ours – a democracy attained through a struggle that engendered the twin emotions of passionate enmity and commitment – that the turbulence and cross currents that surged through the liberation-movement-turned-ruling-party should breach the harbour wall between party and government and break, in particular, against the ramparts of the intelligence community."<sup>54</sup>

There has perhaps also not been sufficient attention paid to the place of the media in South Africa's democracy.<sup>55</sup> This is of concern since it should be acknowledged that the role played by the media is not a simple one of reinforcing the virtues of representative democracy through the multiplier effect of transparency. There is of course that aspect and the media is quite skilled at noting the significance of their place in a representative democracy. However, the role of the media goes beyond an enabler of transparency understood as greater quantitative flow of information.

The place of the media also includes its own role as a powerful social institution and, in what is perhaps a further distinct role, a reservoir of symbolism, of signs and conceptual understandings. For instance, Michael McCann's *Rights at Work* articulates the often quite powerful influence

---

54 *Gilder*, note 14, p. 413.

55 *Sean Henry Jacobs*, *Public Sphere, Power and Democratic Politics: Media and Policy Debates in Post-apartheid South Africa*, London 2004.

that the media may play with respect to litigation campaigns for social and economic rights, such as the equal pay movement in the United States in the 1970s.<sup>56</sup> Even where the specific objective of a particular campaign was not achieved, over time the conceptual understanding of what constitutes equal pay was transformed, leading to significant reductions in the pay received by women and minorities, (if not still not fully equal pay). The media creates, disseminates, and stores cultural images and stories that exert their own power over time, even long after the event that generated them. South African analyses which could be considered in this vein include Jackie Dugard's study of the Phiri community's struggle for water as well as to some extent Belinda Bozzoli's *Theatres of Struggle and the End of Apartheid*.<sup>57</sup> It may well be that the campaign against the Secrecy Bill will be best analysed within this framework.

In a fashion similar to the intelligence services, the media had its own institutional interests to protect during the consideration of the Secrecy Bill. Those interests include the media's profitable and politically powerful role filtering and shaping the news and opinion of a well-resourced segment of South African society. In this respect, what is of particular interest is the contest that the media and the intelligence services engaged in with respect to the Bill.

An episode arguably illustrating a number of the above points occurred with respect to the perceived overlap between the Secrecy Bill and an initiative of the ANC to blunt the power of the media, the media tribunal initiative. As a policy proposition, this initiative can be sourced to a resolution taken at the ANC's conference in Polokwane, the same one where Zuma ousted Mbeki. This initiative, while not succeeding in its initial terms, nonetheless did result in a significant change in the self-regulatory structure of the print media, following a non-judicial commission of inquiry chaired by former Chief Justice Pius Langa.<sup>58</sup> Most but not all media ob-

---

56 Michael W. McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago 1994.

57 Belinda Bozzoli, *Theatres of Struggle and the End of Apartheid*, Ohio 2004; Jackie Dugard, *Rights, Regulation and Resistance: The Phiri Water Campaign*, *South African Journal on Human Rights* 24 (2008), p. 593.

58 Glenda Daniels, *Media tribunal rejected, but major press reforms mooted*, *The M&G Online*, 26 April 2012, <http://mg.co.za/article/2012-04-26-major-press-reforms-mooted/> (last accessed on 10 July 2014).

servers felt that the changes suggested by Langa were appropriate and served to bolster good journalistic ethics.

Of interest here is the degree to which the media repeatedly conflated the Secrecy Bill and the media tribunal initiative. The joining of the two policy initiatives and in many cases their conflation served to fan the flames of the conspiracy view of the ANC, of it exercising dominant party power arbitrarily. For instance, the noted author Andre Brink wrote in an opinion piece published in the *New York Times*:

“South Africa faces its starkest challenge yet in the form of two pieces of anti-press legislation that would make even the most authoritarian government proud. One, cynically named the Protection of Information bill, would give the government excessively broad powers to classify information in the ‘national interest’; the other, which would create a media appeals tribunal” to regulate the printed and electronic press, is written in language chillingly reminiscent of that used by the apartheid regime to defend censorship in the 70s.”<sup>59</sup>

The conflation of these two initiatives drew the ire of observers including the Nelson Mandela Foundation, which noted that “[c]ontrary to popular belief, the [Secrecy] Bill is not an offshoot of the ANC’s Polokwane resolutions on the media and does not contain provisions for a media tribunal.”<sup>60</sup> As an example of the conflation, the Nelson Mandela Foundation noted a cartoon by a well-known South African political cartoonist. The cartoon shows a distant figure wearing a banner “Press Freedom” menaced by two rifle-bearing assassins, one wearing a jacket saying “Protection of Information Bill” and the other “Media Tribunal”.<sup>61</sup> This conflation served the interests of the media, wrapping the protection of its own interests in the opposition to the Secrecy Bill.

In the institutional politics of the media and the intelligence services, the interplay of transparency and opacity are directly implicated. Indeed,

---

59 *André Brink*, Silence in South Africa, *The New York Times*, 11 September 2010, <http://www.nytimes.com/2010/09/12/opinion/12brink.html> (last accessed on 10 July 2014).

60 *Iain Currie and Jonathan Klaaren*, Evaluating the Information Bills: A Briefing Paper on the Protection of Information Bill, University of the Witwatersrand, Johannesburg, 17 June 2011, [http://www.nelsonmandela.org/images/uploads/Info\\_bills\\_evaluation\\_final.pdf](http://www.nelsonmandela.org/images/uploads/Info_bills_evaluation_final.pdf) (last accessed on 8 July 2014).

61 ANC’s new policy towards the media, *Cartoon*, *Sunday Times*, 1 August 2010, accessible at <https://zapiro.org/cartoons/100801st> (last accessed on 20 October 2015).

the two institutions are nearly polar opposites—the spy as the epitome of the secret and the journalist understood as the apostle of transparency. There is a collective dimension here as well: the set of organisations in the media field will wish to push out the bounds of transparency, at least symbolically, and push up against the limits of secrecy. The media was thus for instance particularly vociferous in the debate around the Secrecy Bill with respect to the provisions in various drafts that call for a duty of returning secrets that have found their way outside the protection of the state to the security agencies and criminalizes mere possession of such secrets.<sup>62</sup> These provisions touch on a core media concept and received much attention. Nonetheless, as already demonstrated above, this is not to say that the spies always push secrecy and the journalists always push transparency. Rather both institutions play both values.

*The balance between national security and transparency*

As a final point in relation to the contest over the content of the Secrecy Bill, consider the balance struck between national security and transparency/openness. This metaphor is the usual framing metaphor for discussions of this policy in constitutional democracies. While the metaphor could have been employed to demarcate the symbolic boundary between the media and the intelligence services, it was not prevalent in the debate over the Secrecy Bill. Perhaps this reflected the still-developing and relatively inchoate nature of South African democratic politics. In any case, most provisions of the version of the Bill finally enacted by the Parliament arguably fall within the zone of tolerance in terms of the balance metaphor. As mentioned above, the official opposition's main constitutional objection at this point in time relates to a procedural and not a substantive con-

---

62 Clause 15 of the B version of the 2010 Bill provided: Report and return of classified records. 15. A person who is in possession of a classified record knowing that such record has been unlawfully communicated, delivered or made available other than in the manner and for the purposes contemplated in this Act, except where such possession is for any purpose and in any manner authorised by law, must report such possession and return such record to a member of the South African Police Service or the Agency to be dealt with in the prescribed manner.” Clause 44 then provided: “Failure to report possession of classified information. 44. Any person who fails to comply with section 15 is guilty of an offence and liable to a fine or imprisonment for a period not exceeding five years.”.

stitutional violation.<sup>63</sup> The clause attempting to harmonize between the bureaucratic procedures of the Secrecy Bill and the procedures of the PA-IA (discussed more fully below) was an explicit attempt to balance secrecy and transparency. Indeed, the call for the public interest defence can itself be interpreted as a call for balance, since it was commonly understood to include a proportionality element within this doctrinal device. However several of the clauses of the Bill that were dropped along the way were clearly outside the zone of tolerance (and were nearly certainly unconstitutional). One particular example was a clause which would have allowed the security agencies themselves to classify information and various subject matters but provided no objective criteria whatsoever by which this would be done.

According to the dominant democracy analysis, there is a symbiotic relationship between secrecy and power. There are reasons to question the potency of that simple understanding, just as there are reasons to question and demand proof for the positive democratic effects of transparency. As noted below, it is important to problematize the relationship between transparency and trust: "Transparency certainly destroys secrecy: but it may not limit the deception and deliberate misinformation that undermine relations of trust. If we want to restore trust we need to reduce deception and lies rather than secrecy. Some sorts of secrecy indeed support deception, others do not. Transparency and openness may not be the unconditional goods that they are fashionably supposed to be. By the same token, secrecy and lack of transparency may not be the enemies of trust." In any case, a different kind of analysis of democracy, of the symbolic politics of transparency between the intelligence services and the media, has revealed a more complex field within which the politics of the Secrecy Bill has played itself out.

### *E. Third Testing*

The third testing of democracy in South Africa is interior to the Bill itself and may be tracked by the entanglement of the transparency and opacity.

---

63 One of the provisions that caused the most controversy among the South African public would be judged relatively tame by Western developed nations – the penalties of up to 25 years for espionage.

In my view, this cultural contest may, with only a small degree of loss of accuracy, be neatly represented by two statutes, transparency being associated with the PAIA and opacity with the Secrecy Bill. The initial drafting effort within the Ministry of Intelligence Services drew in several lawyers or legal academics with human rights background (including this paper's author). One doctrinal achievement in which this drafting team took pride at that point in the legislative process was a mechanism – section 28 – which operated to harmonize the freedom of information implementation procedures of the PAIA with the classification regime of the Secrecy Bill. This was done through granting authority to directors general (the executive but not political heads of the South African departments of the public administration) to strike the balance between the right to access to information and its limits. The criteria for this exercise in substantive balancing to be used by these bureaucrats in the actual implementation of this section were never very clear but were to be drawn from both statutes.

This harmonization clause itself shows how the two concepts of transparency and opacity are intertwined with each other. This can be shown from the point of view of either of the statutes. From the point of view of PAIA, the right of access to information is justifiably limited by a number of policy reasons – confidentiality, national security, privacy etc. The balance is struck already within the structure and operation of the PAIA. From the point of view of the Secrecy Bill, the need for secrecy is abridged by a number of demands of justification according to specific criteria (such as the need to pass certain tests of necessity in order to retain a classification for more than a five year period) and by the entrenchment of transparency as to the reasoning of those safeguards. The balance is struck already within the structure and operation of the Secrecy Bill. Beyond the metaphor of balancing, I wish to suggest that transparency and secrecy are not two concepts separate from each other. The insight that transparency and opacity are mutually implicated allows us to understand better how both are supported and nurtured within a constitutional democracy.

Some work in the field of cultural studies has deepened this line of analysis, focusing it directly on the power of secrecy as well as transparency.<sup>64</sup> Claire Birchall's argument examines the value of transparency from the point of view of the Left. Given the near-universal adulation given to transparency, it makes sense, she says, to examine and at least discover

---

64 *Birchall*, note 50.

what politics, if any, this global diffusion of transparency precludes. This leads Birchall to cite work by Onora O'Neill problematizing the relationship between transparency and trust: "Transparency certainly destroys secrecy: but it may not limit the deception and deliberate misinformation that undermine relations of trust. If we want to restore trust we need to reduce deception and lies rather than secrecy. Some sorts of secrecy indeed support deception, others do not. Transparency and openness may not be the unconditional goods that they are fashionably supposed to be. By the same token, secrecy and lack of transparency may not be the enemies of trust."<sup>65</sup> After examining two fields where transparency does not reign supreme, Birchall concludes: "In both psychoanalysis and poetry we can see that it is not just that secrecy is productive, but that it is constitutive. A violence is performed in current discourse, therefore, when transparency is advocated as an alternative to secrecy or as a method by which secrets will be eradicated. Secrecy is always already at work in transparency."<sup>66</sup> Birchall then offers a way to "recuperate" secrecy and develop its laudable constitutive qualities, thinking through the notion of secrecy as a commons.<sup>67</sup>

To further develop this line of analysis within the South Africa post-apartheid context, we may be able to use the metaphor of entanglement. For Sarah Nuttall, entanglement is "a condition of being twisted together or entwined, involved with; it speaks of an intimacy going, even if it was resisted, or ignored or uninvited."<sup>68</sup> Drawn by its use in human relationships, Nuttall has used it to explore a number of topics, including the secrets and lies that white South African have told themselves growing up under apartheid.<sup>69</sup> She writes further: "Entanglement offers, for me, a rubric in terms of which we can begin to meet the challenge of the "after apartheid". ... It enables a complex temporality of past, present, and future; one which points away from a time of resistance towards a more ambivalent moment in which the time of potential, both latent and actively surfacing in South Africa, exists in complex tandem with new kinds of closure and opposition. It also signals a move away from an apartheid op-

---

65 *Id.* at 66.

66 *Id.* at 71.

67 *Id.* at 72–77.

68 Sarah Nuttall, *Entanglement: Literary and Cultural Reflections on Post-apartheid*, Johannesburg 2009, p.1.

69 *Id.* at 58–82.

tic and temporal lens towards one which reifies neither the past nor the exceptionality of South African life.”<sup>70</sup>

### *F. Conclusion*

A prominent opposition party MP claimed that the Secrecy Bill was “South Africa’s first real exercise of democracy”.<sup>71</sup> Was it? Or was it a herald of things to come? Either democracy or its demise? This article has suggested above that the Secrecy Bill did test South Africa’s structures of representative democracy in three particular ways – in showing up the failure of the National Assembly to oversee the intelligence services, in showing the lack of individual accountability for representatives, and in pointing to the as yet clumsy modes of incorporating elements of the national debate from provincial and local levels of the National Council of Provinces.

These three stress points do not add up to a conclusive argument that representative democracy has reached its end in South Africa. But they do add force to the notion that we should consider closely forms of democracy – such as participatory democracy and direct democracy – that are less concerned with the legitimacy often claimed from the moment of electoral blessing by a state’s citizen and more concerned with the issues of compliance on an everyday timescale – with citizens’ interaction with the bureaucracies and agencies of the state.<sup>72</sup> This is not a startling new insight. For one scholar closely identified with the drafting of South Africa’s interim Constitution, it was the importance of moving beyond the austerity of snapshot democracy to a more fulsome vision of responsive democracy – a vision identified as ambiguous and analysed with respect to participation and accountability.<sup>73</sup>

Was the genesis and continuing consideration of the Secrecy Bill an episode that should be understood as a fight against the dominant role of

---

70 *Id.* at 11.

71 Secrecy bill fight “SA’s first real exercise of democracy”, City Press, 28 September 2013, <http://www.citypress.co.za/politics/secrecy-bill-fight-sas-first-real-exercise-democracy/> (last accessed on 8 July 2014).

72 *Edward L. Rubin*, *Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton 2005, p. 141.

73 *Etienne Mureinik*, *Reconsidering Review: Participation and Accountability*, *Acta Juridica* 35 (1993).

the ANC in South Africa's democracy? Or in the truest form of deliberative democracy, was the movement against the Bill an instance whereby the results of national discourse in civil society was transmitted by some set of mechanisms and struggles to elected officials in Parliament who then responded appropriately?<sup>74</sup> Perhaps neither. Indeed, the dominant democracy analysis is wanting in several respects – that the ANC is simply not so dominant, that the focus on electoral dominance misses the everyday sphere where citizens live with the South African state, and that dominant democracy analysis does not provide a nuanced account of the place and role of secrecy and transparency in the South African democracy. This article hopes to have offered some steps towards such a more nuanced account, using the case of the Secrecy Bill to outline the symbolic politics of transparency and secrecy between the intelligence services and the media.

---

74 Rubin, note 72, pp. 159–160; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA 1998, pp. 354–359.



## Das Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung im demokratischen Staat

*Elke Gurlit*

Am 11. Oktober 1987 wurde Uwe Barschel, der damalige Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein, tot in der Badewanne eines Hotelzimmers in Genf aufgefunden. Seinem Tod war eine politische Affäre vorausgegangen, in deren Verlauf Barschel, der Bespitzelung eines politischen Konkurrenten verdächtigt, seine Unschuld mit einem „Ehrenwort“ beteuert hatte. Die These, ein Mann habe auf den befürchteten Verlust seiner bürgerlichen Ehre nur im Suizid einen Ausweg gesehen, war von Beginn an umstritten. Ermittlungen wurden nachlässig geführt, Beweismittel nicht sorgfältig dokumentiert. Barschel hatte Insiderkenntnisse von anrüchigen Geschäften, etwa der Iran-Contra-Affäre und dem illegalen Verkauf von U-Boot-Zeichnungen an das südafrikanische Apartheid-Regime. Ein später die Ermittlungen führender Staatsanwalt ist überzeugt, dass Barschel ermordet wurde.<sup>1</sup> Seine Ermittlungen wurden behindert, die Mord-These lebt weiter. Die Barschel-Affäre ist nicht nur einer der größten politischen Skandale der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch eines ihrer größten Geheimnisse.

Geheimnisse gehören zu den Narrativen vieler Staaten. Sie sind indes nicht nur Stoff für Legenden und Verschwörungstheorien, sondern auch Quelle für Bedrohungsgefühle und Ängste. Als Gegenbild zum arkanen Staat erscheint der transparente Staat, der sein Wissen mit den Bürgern teilt. Indessen liegt auf der Hand, dass ein geheimnisloser Staat nicht vorstellbar, auch nicht wünschbar ist, weil politische Gestaltung ebenso wie ihre administrative Umsetzung auf Freiräume angewiesen sind. Transparenz und Geheimhaltung bilden deshalb ein Spannungsfeld. Ein Medium für die Zuordnung von Publizitäts- und Geheimhaltungssphären ist das Recht.

---

1 *Wille*, Ein Mord, der keiner sein durfte, 2011.

## A. Verfassungsrechtliche Determinanten und legislative Spielräume

### I. Die Verfassung als Rahmen

Das Grundgesetz ist eine Rahmenordnung, innerhalb deren sich Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung entfalten.<sup>2</sup> Dies schließt zwar nicht aus, dass die Verfassung auch strikte Handlungsaufträge enthält; einen Gesetzgebungsauftrag zur Schaffung eines allgemeinen Informationszugangsrechts der Bürger gegenüber Verwaltung und Regierung enthält das Grundgesetz – anders als die südafrikanische Verfassung<sup>3</sup> – hingegen nicht, und ein derartiges Recht besteht auch nicht verfassungsunmittelbar als Grundrecht.<sup>4</sup> Allerdings ist die grundlegende Transparenz staatlichen Handelns Ausfluss des demokratischen Prinzips. Zudem fordert das Rechtsstaatsprinzip die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns und stellt damit ebenfalls Publizitätsanforderungen. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sind als Staatsstrukturprinzipien tragende Säulen der Verfassung, ohne indessen das gebotene Handeln des Gesetzgebers detailliert vorzuzeichnen.<sup>5</sup>

Orientierungen erhält der Gesetzgeber allerdings auch durch verfassungsrechtliche Anforderungen an die Geheimhaltung. Diese beziehen sich sowohl auf geschützte öffentliche Belange als auch auf private Geheimhaltungsinteressen. So ist insbesondere ein unausforschbarer Kernbe-

---

2 Zum Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung grundlegend *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2089.

3 Section 32 (2) Constitution of the Republic of South Africa.

4 So auch im Ergebnis *Sonja Wirtz/Stefan Brink*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit, NVwZ 2015, S. 1166. Das Grundrecht der Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährt Zugang zu allgemein zugänglichen Informationsquellen. Amtliche Informationen sind allgemein zugänglich, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist, BVerfGE 103, S. 44 (61); zur grundrechtsdogmatisch verfehlten Schutzbereichsbestimmung *Elke Gurlit*, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl. 2003, S. 1121; s.a. *Friedrich Schoch*, IFG-Kommentar, 2009, Einleitung Rn. 153. Aus der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG soll ein verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch der Presse folgen, BVerwGE 146, S. 56.

5 Weitergehend *Arno Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 291 ff., der von einem demokratischen Verteilungsprinzip ausgeht, demzufolge eine Regelvermutung für die freie Zugänglichkeit staatlicher Informationen besteht.

reich exekutiver Eigenverantwortung der Regierung anerkannt.<sup>6</sup> Dem grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie unterfallen schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse,<sup>7</sup> die allerdings zugunsten legitimer Gemeinwohlbelange eingeschränkt werden können. Engere Fesseln werden dem Gesetzgeber für Beschränkungen des grundrechtlich gewährleisteten personenbezogenen Datenschutzes angelegt.<sup>8</sup>

## II. Informationszugangsgesetzgebung als Akt rechtspolitischer Gestaltung

Die Schaffung von Transparenz und von Informationsrechten ist nach alledem in wesentlichen Teilen *Rechtspolitik*, die durch die Verfassung Orientierungen, aber keine strikten Handlungsaufträge erhält.<sup>9</sup> Der Bundesgesetzgeber bedurfte hierzu allerdings einiger Anstöße. So verpflichtete ihn in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts die europäische Umweltinformationsrichtlinie, ein voraussetzungsloses Informationszugangsrecht der Bürger zu Umweltinformationen der Behörden zu schaffen.<sup>10</sup> Nachdem einige Bundesländer durch allgemeine Informationsfreiheitsgesetze die Zugangsrechte der Bürger zu den Informationsbeständen der Landes- und Kommunalbehörden über den engeren Rahmen der Umweltinformationen hinaus geöffnet hatten, folgte der Bund den drängender werdenden Rufen<sup>11</sup> nach einem allgemeinen Informationsfreiheitsgesetz des Bundes.

---

6 BVerfGE 67, S. 100, 139; 110, S. 199, 216; 124, S. 78 jeweils im Verhältnis zu parlamentarischen Untersuchungsausschüssen.

7 BVerfGE 115, S. 205, 229, 248 zum Schutz nach Art. 12 Abs. 1 GG; zum Schutz als Eigentum BVerwG BeckRS 2014, 45857, Rn. 8.

8 BVerfGE 65, S. 1, 43 f. für das informationelle Selbstbestimmungsrecht; dies gilt gleichermaßen für das Telekommunikationsgeheimnis und die Unverletzlichkeit der Wohnung, dazu *Elke Gurlit*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, S. 1035.

9 So auch die Einschätzung von *Schoch*, Fn. 4, Einl. Rn 47.

10 Richtlinie 90/313/EWG vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABl. EG L 158/56; nunmehr Richtlinie 2003/4/EG vom 28. Januar 2003, ABl. EU 2003.

11 Einflussreich war der Professorenentwurf von *Friedrich Schoch/Michael Kloepfer*, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002; s.a. die Habilitationsschriften von *Scherzberg*, Fn. 5; *Dieter Kugelmann*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001; *Andreas Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002; *Matthias Rossi*, Informationsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004; *Bernhard Wege-*

Das zum 1. Januar 2006 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)<sup>12</sup> hat einen echten Paradigmenwechsel eingeleitet.<sup>13</sup> Denn der zuvor geltende Grundsatz der „beschränkten Aktenöffentlichkeit“<sup>14</sup> sah Informationsansprüche nur für diejenigen vor, die als Beteiligte eines Verwaltungsverfahrens die Kenntnis der Akten zur Geltendmachung ihrer subjektiven Rechte benötigten, war also materiellrechtsakzessorisch ausgestaltet. Bürokratisches Arkandenken, das auf Abschottung der Wissensbestände von den Bürgern gerichtet ist, erscheint im Internetzeitalter jedoch nicht nur anachronistisch, sondern offenbart sich auch nur allzu oft als dysfunktional, wenn nämlich Geheimhaltung nicht mehr als Mittel zur Verfolgung von Zielen eingesetzt, sondern zum Selbstzweck wird. Indes ist staatliche Geheimhaltung teilweise auch Voraussetzung für das Funktionieren staatlicher Einrichtungen, wie etwa das Sozial- und das Steuergeheimnis erweisen: Gesetzgeberische Klugheit muss Transparenz- und Geheimhaltungsbelange zum Ausgleich bringen.

## *B. Der Ausgleich von Transparenz- und Geheimhaltungsinteressen nach dem IFG*

### I. Voraussetzungslosigkeit des Informationsanspruchs

§ 1 Abs. 1 IFG schafft einen voraussetzungslosen Anspruch für jedermann auf Zugang zu amtlichen Informationen der Bundesbehörden. Die Transparenz staatlichen Handelns wird hierbei nicht als Selbstzweck gesehen, sondern vor allem als Instrument bürgerschaftlicher Verwaltungskontrolle. In ihr verwirklicht sich auch der Gedanke demokratischer Teilhabe.<sup>15</sup> Wenn die Gerichte vielfach die Anspruchsteller als Sachwalter der Allge-

---

ner, *Der geheime Staat. Arkantradition und Informationsfreiheit in Deutschland*, 2006.

12 Gesetz v. 5.9.2005, BGBl. I S. 2722.

13 *Friedrich Schoch*, Das Informationsfreiheitsrecht in der gerichtlichen Praxis, VBIBW 2010, S. 333; *Matthias Rossi*, Das Informationsfreiheitsrecht in der gerichtlichen Praxis, DVBl. 2010, S. 555.

14 BT-Drs. 7/910, S. 52.

15 BT-Drs. 15/4493, S. 6 nennt zudem die Akzeptanz des Verwaltungshandelns und die effektive Korruptionsbekämpfung als Gesetzesziele; zu den Funktionen s.a. *Schoch*, Fn. 4, Einl. Rn. 34 ff.

meinheit bezeichnen,<sup>16</sup> so rechtfertigt dies allerdings nicht den Umkehrschluss, eigennützige Informationsbegehren hätten keine Berechtigung. Vielmehr folgt aus der Voraussetzungslosigkeit des Informationsanspruchs die Unbeachtlichkeit des Informationsmotivs.<sup>17</sup> Dass Antragsteller das IFG zum Teil weniger als Instrument der Verwaltungskontrolle nutzen, sondern vor allem zur Aufdeckung des Fehlverhaltens staatlich beaufsichtigter Unternehmen mit dem Ziel der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen,<sup>18</sup> ist deshalb nicht rechtsmissbräuchlich.<sup>19</sup> Zudem können eigennützige Anträge ebenso wie Informationsbegehren zivilgesellschaftlicher Organisationen und der Presse einen Beitrag zur Verwaltungstransparenz leisten.

## II. Schutz öffentlicher Belange

Die Crux eines jeden Informationszugangsrechts sind seine Schranken. Das IFG schützt sowohl private als auch öffentliche Geheimhaltungsinteressen, für die nach dem gesetzgeberischen Verteilungsprinzip jeweils das Gebot enger Auslegung gilt.<sup>20</sup> Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den Schutz öffentlicher Geheimhaltungsbelange, die in einem umfangreichen Katalog in § 3 IFG normiert sind. Der Gesetzgeber hat – anders als insbesondere für den privaten Belang des personenbezogenen Datenschutzes – für den Schutz öffentlicher Belange keine Abwägung mit überwiegenden öffentlichen Interessen an der Offenlegung vorgesehen, son-

---

16 BVerwGE 130, S. 236, 246; BVerwG NVwZ 2009, S. 1114, 1116.

17 BVerwGE 135, S. 34, 38; VGH Kassel NVwZ 2010, S. 1036, 1038.

18 Zu Informationsanträgen an die BaFin als Äquivalent einer gesetzlich nicht vorgesehenen *pre-trial discovery* Elke Gurlit, Informationsfreiheit und die Verschwiegenheitspflichten der BaFin, NZG 2014, S. 1161; in einer weiteren Fallgruppe erfragen Insolvenzverwalter Zahlungseingänge bei gesetzlichen Krankenkassen als ihren potentiellen Anfechtungsgegnern: BVerwG NVwZ 2011, S. 235; OVG Münster NZI 2008, S. 699; dazu Andreas Nitschke, Auskunftersuchen des Insolvenzverwalters und Informationsfreiheit, DÖV 2014, S. 1049.

19 Allenfalls Schikane- oder Schädigungsabsicht können den Einwand unzulässiger Rechtsausübung mobilisieren. Ein rechtsmissbräuchliches Handeln liegt noch nicht in anwaltlich veranlassten identischen Massenansprüchen, VG Berlin, Urt. v. 23.10.2013 – 2 K 294.12 –, Rn. 44 (juris).

20 BT-Drs. 15/4993, S. 9.

dem ordnet im Umfang des Vorliegens eines Geheimhaltungsgrundes zwingend die Ablehnung eines Informationsgesuchs an.<sup>21</sup>

## 1. Bereichsausnahme für Nachrichtendienste

Nach § 3 Nr. 8 IFG besteht der Informationszugangsanspruch nicht gegenüber den Nachrichtendiensten sowie Bundesbehörden, soweit sie Aufgaben im Sinne des § 10 Nr. 3 Sicherheitsüberprüfungsgesetz wahrnehmen. Hierdurch wurden das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), der Bundesnachrichtendienst (BND) und der Militärische Abschirmdienst (MAD) mittels einer Bereichsausnahme vom Gesetz ausgenommen.<sup>22</sup> Sie müssen deshalb auch nicht solche Informationen offenlegen, die keinerlei Sicherheitsrelevanz besitzen. Die Bereichsausnahme soll den Sicherheitsbehörden jeglichen Begründungsaufwand hinsichtlich der Geheimhaltungsbedürftigkeit ersparen.<sup>23</sup>

Die legislative Erwägung überzeugt (mich) nicht. Gegen sie spricht nicht nur die Struktur des Gesetzes, die für die Geheimhaltung als Ausnahme zum Informationszugangsanspruch gerade eine behördliche Begründung verlangt. Vielmehr erscheint die Bereichsausnahme auch in Anbetracht des emanzipatorischen Anliegens des Transparenzprinzips kontraproduktiv. Zwar mag durch die denkbare Offenlegung geheimdienstlichen Fehlverhaltens das bürgerschaftliche Vertrauen in den Nutzen und die Ef-

---

21 Hierin wird teilweise ein Systembruch gesehen: Einerseits sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen sich überwiegende Informationsinteressen über öffentliche Belange hinwegsetzen sollten, dazu *Schoch*, Fn. 4, Rn. 44 ff.; andererseits ist ein Abwägungsvorbehalt hinsichtlich des Schutzes personenbezogener Angaben wegen des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgebots nicht unproblematisch, dazu *Johannes Masing*, *Transparente Verwaltung – Konturen eines Informationsverwaltungsrechts*, VVDStRL 63 (2004), S. 399; krit. im Hinblick auf den Gleichheitssatz *Michael Kloepfer/Kai von Lewinski*, *Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes*, DVBl. 2005, S. 1283 f.

22 Eine nur aufgabenspezifische Ausnahme folgt aus § 10 Nr. 3 SÜG i.V.m. § 1 SÜFV für die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt, die Bundeswehr und das Zollkriminalamt.

23 Der Schutz insbesondere nach § 3 Nr. 1 lit. a und c, Nr. 2 IFG wurde nicht als ausreichend angesehen, da er fiskalisches Handeln nicht erfasse und zudem den Sicherheitsbehörden einen Begründungsaufwand auferlege, BT-Drs. 15/4493, S. 12.

fektivität der Nachrichtendienste weiter erodieren;<sup>24</sup> hierbei handelt es sich aber gerade um legitime Folgen einer auch der Verwaltungskontrolle dienenden Öffentlichkeit.<sup>25</sup> Ungleich größer erscheint hingegen die Gefahr weiterer Ansehensverluste durch die informatorische Abschottung geheimdienstlicher Tätigkeit. Die Fetischierung von Geheimnissen bindet nicht nur erhebliche Teile der verfügbaren Arbeitsressourcen der Dienste, sondern kann sich auch zum Folgeschaden fortfressen, indem Gerüchte als funktionales Äquivalent an die Stelle vorenthaltener Informationen treten.<sup>26</sup>

## 2. Vorrang spezieller Geheimhaltungsgesetze

Der Informationsanspruch ist nach § 3 Nr. 4 IFG des Weiteren ausgeschlossen, wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift oder durch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlusssachen geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht unterliegt. Mit dem legislativen Desiderat, das Geheimnis im Zusammenhang mit dem Spezialgesetz zu schützen, das bereichsspezifisch über Art und Umfang des Geheimnisschutzes entscheidet,<sup>27</sup> wird die Reichweite des Informationszugangsrechts letztlich in die Disposition des Fachgesetzgebers gestellt.<sup>28</sup> Der Vorrang spezialgesetzlichen Geheimnisschutzes läuft quer zur Kategorisierung öffentlicher und privater Schutzgüter, und er gilt unabhängig davon, ob der spezialgesetzli-

---

24 Siehe die parallelen Erwägungen von *Jonathan Klaaren*, The South African ‘Secrecy Act’: Democracy Put to the Test, in diesem Band, S. 131, 145 zur kontraproduktiven Wirkung der Offenlegung korruptiver staatlicher Strukturen, die Vertrauen und Normgeltung weiter zerstört.

25 Hierin liegt auch der Unterschied zur präventiven Wirkung strukturellen Nichtwissens wie strafrechtlicher Dunkelziffern, dazu *Heinrich Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1980: Das vollständige Wissen um Normabweichungen würde die Geltung des Normen- und des Sanktionssystems ruinieren.

26 Dazu instruktiv *Burkhard Sievers*, Geheimnis und Geheimhaltung in sozialen Systemen, 1974, S. 73 ff.; zur Geheimhaltung als sozialer Technik immer noch lesenswert *Georg Simmel*, Das Geheimnis und die geheime Gesellschaft, in: ders., Soziologie, 1908, S. 38 ff.

27 BT-Drs. 15/4493, S. 11.

28 Krit. zu § 3 Nr. 4 IFG als bloßer Rezeptionsnorm *Schoch*, Fn. 4, § 3, Rn. 135.

che Geheimnisschutz enger oder weiter als derjenige nach dem IFG ist.<sup>29</sup> Besonderen gesetzlichen Schutz genießen etwa das Steuer-, Sozial- und Statistikgeheimnis.<sup>30</sup> Da die Nachrichtendienste ohnehin schon durch § 3 Nr. 8 IFG vom Gesetz ausgenommen sind, kommt den für sie geregelten Geheimhaltungstatbeständen keine weitere Bedeutung zu.<sup>31</sup>

Den ebenfalls durch § 3 Nr. 4 IFG vorgesehenen Vorrang der Geheimhaltungspflicht aufgrund einer entsprechenden Einstufung nach der Verschlussachen-Anweisung des Bundesministeriums des Innern hat hingegen die Rechtsprechung zu Recht begrenzt: Geheimnisschutz wird Dokumenten nicht schon durch eine entsprechende Klassifizierung zuteil; maßgeblich ist vielmehr, dass die Klassifizierung auch den in der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zugrunde gelegten Einstufungskriterien entspricht, was im Streitfall vom Verwaltungsgericht zu überprüfen ist.<sup>32</sup>

### 3. Schutz von Sicherheitsbelangen

Dass nicht eine formale Klassifizierung, sondern die materielle Geheimhaltungsbedürftigkeit maßgeblich ist, kommt auch in den weiteren Vorschriften zum Schutz von Sicherheitsbelangen zum Ausdruck: Die internationalen Beziehungen und die innere und äußere Sicherheit berechtigen die Bundesbehörden nur insoweit die Geheimhaltung, als das Bekanntwerden der begehrten Informationen nachteilige Auswirkungen auf diese Schutzgüter haben kann (§ 3 Nr. 1 lit. a und c IFG), und nur eine durch Offenbarung drohende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit befugt die Behörden zur Geheimhaltung (§ 3 Nr. 2 IFG). Die Rechtsprechung legt für eine Gefährdung des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit polizeirechtlich inspirierte Maßstäbe an, indem sie den Behörden eine faktenbasierte Darlegung auferlegt, weshalb Belange der öffentlichen Sicherheit tatsäch-

---

29 § 9 KWG, § 8 WpHG als spezialgesetzliche Verschwiegenheitspflichten der BaFin schützen in erster Linie die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der beaufsichtigten Unternehmen, bleiben aber im Schutzzumfang hinter § 6 IFG zurück, dazu *Gurlit*, Fn. 18, S. 1164 f.

30 § 30 AO, § 35 SGB I, § 16 BStatG; zum Statistikgeheimnis s. VG Wiesbaden GewArch 2013, S. 255.

31 Anders wohl BT-Drs. 15/4493, S. 11; als nachrichtendienstliche Geheimhaltungsregeln kommen im Übrigen allein die Beschränkung von Auskunftsansprüchen nach § 15 Abs. 2 BVerfSchG, § 9 BNDG und § 7 MADG in Betracht.

32 BVerwG NVwZ 2010, S. 326; NVwZ 2010, S. 321, 324 ff.

lich durch das Bekanntwerden von Informationen gefährdet werden.<sup>33</sup> Durch diesen Maßstab wird sichergestellt, dass die Geheimhaltung von Informationen begründungsbedürftige Ausnahme ist.

Wesentlich großzügiger bestimmt hingegen das Bundesverwaltungsgericht den Schutz internationaler Beziehungen. Im Streit um die Offenlegung von Flugbewegungen, die Aufschluss geben konnten über vermutete – und inzwischen längst bestätigte<sup>34</sup> – Gefangenentransportflüge der US-amerikanischen CIA in Deutschland, billigte das Gericht der Bundesregierung nicht nur einen Beurteilungsspielraum für die Gestaltung und Ziele der auswärtigen Beziehungen zu, sondern erstreckte diesen darüber hinaus auf die Annahme der nachteiligen Auswirkungen einer Offenlegung: Deren Prognose – gemessen am diplomatischen Ziel der Vermeidung weiterer „Verstimmungen“ des Bündnispartners – bedürfe nicht der Darlegung von Tatsachen, sondern könne auf Einschätzungen gestützt werden, die ihrerseits gerichtlich nicht überprüfbar sind.<sup>35</sup> Mit dieser Anerkennung eines gerichtlich kontrollfreien Raums dürfte angesichts der zahlreichen Felder internationaler Kooperation der Regierung ein veritabler Geheimhaltungsgrund zugewachsen sein.<sup>36</sup>

#### 4. Schutz des behördlichen Entscheidungsbildungsprozesses

§ 3 Nr. 3 lit. b IFG schützt die vertraulichen Beratungen von Behörden, § 4 IFG sieht als Sollvorschrift die Ablehnung von Informationsanträgen für Entwürfe und vorbereitende Dokumente vor, soweit und solange durch die

---

33 OVG Koblenz NVwZ 2008, S. 1141, 1143: Angabe über Unternehmen, die der Störfall-Verordnung unterliegen, darf nicht pauschal unter Hinweis auf die Gefahr terroristischer Anschläge abgelehnt werden; zur Maßgeblichkeit der polizeirechtlichen Maßstäbe auch BVerwG NVwZ 2011, S. 1072, 1073; in gleichem Sinne verfährt die Rechtsprechung bei der Anwendung von § 3 Nr. 1 lit. d IFG, s. VGH Kassel NVwZ 2010, S. 1036, 1039 f.; s.a. BVerwG NVwZ 2012, S. 112, 114 f. im Rahmen von § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO.

34 Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses vom 31.3.2009, BT-Drs. 16/13400, S. 397, 481.

35 BVerwG NVwZ 2010, S. 321.

36 Zu Recht krit. *Matthias Goldmann*, Urteilsanmerkung, JZ 2010, S. 572; für die Ablehnung des Zugangs zum Terminkalender der Bundeskanzlerin wurde ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich nachteiliger Auswirkungen auf die innere und äußere Sicherheit i.S.v. § 3 Nr. 1 lit. c IFG anerkannt, OVG Bln-Bbg NVwZ 2012, S. 1196, 1199.

vorzeitige Bekanntgabe der Erfolg der behördlichen Maßnahme vereitelt würde. Die prozedural ausgerichteten Geheimhaltungsgründe<sup>37</sup> lassen sich nur schwer voneinander abgrenzen. § 3 Nr. 3 lit. b IFG will in erster Linie den unbefangenen und freien zwischen- und innerbehördlichen Meinungsaustausch schützen, während § 4 IFG an die externen Wirkungen einer frühzeitigen Offenbarung anknüpft. Die Vorschriften unterscheiden sich zudem in der zeitlichen Erstreckung des Schutzes. Kann die notwendige Vertraulichkeit von behördlichen Beratungen möglicherweise auch dann Schaden nehmen, wenn die Beteiligten befürchten müssen, dass nach Verfahrensabschluss Informationen offenbart werden, so ist der Schutz nach § 4 IFG von vornherein auf laufende Verwaltungsverfahren beschränkt.<sup>38</sup> Die von den Gerichten für § 3 Nr. 3 lit. b IFG vorgenommene Differenzierung zwischen geschützten entscheidungsvorbereitenden Dokumenten und solchen Informationen, die als Tatsachenmaterial offenzulegende Grundlage der Entscheidung sind,<sup>39</sup> wird sodann im Wortlaut des § 4 Abs. 1 S. 2 IFG für laufende Entscheidungsverfahren aufgegriffen. Im Ergebnis stellen die Gerichte hohe Anforderungen an die Berufung auf die Vertraulichkeit des innerbehördlichen Entscheidungsbildungsprozesses.

## 5. Unausforschbarer Kernbereich der Regierung

Der vom Bundesverfassungsgericht geschöpfte Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, der einen nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich der Regierung umfasst, ist zwar im IFG nicht als Geheimhaltungsgrund geregelt, wird aber als ungeschriebener verfassungsunmittelbarer Schutz auch dem Informationsanspruch entgegengehalten.<sup>40</sup> Da sich das Regierungshandeln aber im Rahmen des IFG als behördliche Aufgabenwahrnehmung darstellt, ist es nicht per se dem Anwendungsbereich des Gesetzes entzogen.<sup>41</sup> Vielmehr gilt hier wie auch bei der Verwaltungstätigkeit im Übrigen, dass es der Begründung bedarf, wes-

---

37 BVerwG NVwZ 2010, S. 194, 195; BVerwG NVwZ 2010, S. 1495, 1496.

38 BVerwG NVwZ 2011, S. 1072; BVerwG ZUR 2012, S. 183, 186; *Schoch*, Fn. 4, § 3 Rn. 130, § 4 Rn. 31 f.

39 OVG Münster NWVBl. 2014, S. 268, 270; VG Berlin JZ 2012, S. 796, 797.

40 BT-Drs. 15/4493, S. 12; BVerwG ZUR 2012, S. 183, 187; VG Berlin JZ 2012, S. 796, 797 f.

41 BVerwG ZUR 2012, S. 183, 184 ff.; BVerwG NVwZ 2012, S. 251, 254 – Akten des Bundesministeriums der Justiz sind vom IFG erfasst.

halb die Offenlegung zu einer Störung des inneren Entscheidungsprozesses der Regierung führt.<sup>42</sup> Hierbei ist die Annahme eines absolut geschützten Kernbereichs bei ministeriellen Vorbereitungsarbeiten zu Gesetzen eher fernliegend.<sup>43</sup> Mit der Durchsetzung der Transparenz auch des Regierungshandelns haben die Gerichte dem IFG einen Bereich erschlossen, der insbesondere für die demokratische Teilhabe der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung ist.<sup>44</sup>

### III. Zur Wirksamkeit des Informationszugangsrechts

Wurde mit dem IFG das Transparenzprinzip durchgesetzt und staatliche Geheimhaltung zur begründungsbedürftigen Ausnahme? Der umfangliche Katalog von Ausnahmen zum Schutz öffentlicher Belange lässt daran zweifeln. Er ist Folge der Durchsetzung von Ressortegoismen bei der interministeriellen Gesetzesvorbereitung und gilt als „Verlustliste der Informationsfreiheit“.<sup>45</sup>

Gleichwohl zeigt sich, dass das Informationsfreiheitsgesetz inzwischen im Alltag der Behörden angekommen ist: Wurden im Jahr 2006 nur knapp 2.300 Informationsanträge an die Bundesbehörden gerichtet, so ist diese Zahl im Jahr 2014 auf nahezu 8.700 Anträge angewachsen.<sup>46</sup> Informationsverweigerungen der Behörden sorgten dafür, dass das vergleichsweise schmale Gesetz auch eine steile gerichtliche Karriere gemacht hat. Als pathologische Spitze vermitteln gerichtliche Entscheidungen zwar kein verlässliches Bild der Struktur der Nutzer des Gesetzes und der Natur der von ihnen begehrten Informationen. Sie zeigen aber, dass das Gesetz durchaus

---

42 BVerwG ZUR 2012, S. 183, 187 bezweifelt, dass es in Anbetracht von § 3 Nr. 3 lit. b IFG des Rückgriffs auf die ungeschriebene Figur des Kernbereichs bedarf; ähnlich VG Berlin JZ 2012, S. 796, 797; s.a. *Schoch*, Fn. 4, Vorb. §§ 3-6, Rn. 27.

43 BVerwG ZUR 2012, S. 183, 187 sah im ministeriellen Vorbringen „das Bild einer Ministerialverwaltung mit einem eher geringen Selbstbewusstsein“.

44 *Benedikt Assenbrunner*, Bürgerbeteiligung bei der Kontrolle der Ausübung von Regierungsgewalt, DÖV 2012, S. 547; s.a. *Hans-Peter Roth*, Regierungstätigkeiten im Lichte der Informationsfreiheit, DÖV 2012, S. 717.

45 *Kloepfer/von Lewinski*, Fn. 21, S. 1280; *Schoch*, Fn. 4, Vorb. § 3, Rn. 7 ff.

46 Zum Antragsaufkommen aufgeschlüsselt nach Ministerien und Behörden s. IFG-Statistik des Bundesministeriums des Innern, abrufbar unter <http://www.bmi.de>. Hinzu treten Informationsanträge nach dem Verbraucherinformationsgesetz (VIG) und den Umweltinformationsgesetzen von Bund und Ländern.

auch von den Medien und zivilgesellschaftlichen Organisationen genutzt wird<sup>47</sup> und damit von Interessenten, die als Multiplikatoren die Verwaltungstransparenz verstärken.

Die Zahl verwaltungsgerichtlicher Judikate ist allerdings auch Beleg dafür, dass der Informationszugang immer noch teilweise gegen eine Verwaltungskultur durchgesetzt werden muss, die den interessierten oder auch nur neugierigen Bürger als Störenfried wahrnimmt, der die Verwaltung von der Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgaben abhält. Die Verwaltungsgerichte verstehen sich hierbei aber als Sachwalter der Öffentlichkeit und folgen ganz überwiegend dem Grundsatz, dass Transparenz die Regel, Geheimhaltung hingegen die Ausnahme sein soll.<sup>48</sup>

### *C. Informationszugangsrechte als Element einer Informationsrechtsordnung*

Wenn das Informationsfreiheitsgesetz Verwaltungstransparenz und legitime Geheimhaltungsinteressen zum Ausgleich bringen muss, so ist dies Ausdruck der Tatsache, dass verfassungsrechtlich das eine nicht ohne das andere zu haben ist.<sup>49</sup> Das IFG ist damit Element einer Informationsrechtsordnung im weiteren Sinne, die nicht nur die Regeln für die Verteilung von Informationen, sondern auch für ihre Erzeugung und für ihre weitere Verarbeitung bereithält. Gegenstand einer Informationsrechtsordnung sind dabei nicht nur staatlich geschöpfte Informationen, sondern auch privat verwaltete Wissensbestände, wie etwa diejenigen der Informationsgiganten Facebook, Google und Co. Derartige Regeln muss nicht nur

---

47 Zu Informationsanträgen von Journalisten s. nur beispielhaft BVerwG NVwZ 2010, S. 321: Antrag betr. Aktivitäten der CIA in Deutschland; OVG Bln-Bbg NVwZ 2012, S. 1196: Antrag betr. Einladungsliste der Bundeskanzlerin zu ihrer Geburtstagsfeier; OVG Bln-Bbg K&R 2014, S. 141: Antrag betr. Rechtsgutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages; s.a. die empirische Untersuchung von *Jan Ziekow/Alfred Debus/Elisabeth Musch*, *Bewährung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts*, 2013.

48 *Elke Gurlit*, *Das Informationsverwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, *Die Verwaltung* 44 (2011), S. 102 f.

49 *Jonathan Klaaren*, *The South African 'Secrecy Act': Democracy Put to the Test*, in diesem Band, S. 131, 152, kleidet die Wechselbezüglichkeit von Transparenz und Geheimhaltung in die Metapher des *entanglement* politischer Werte.

das Verwaltungsrecht bereitstellen.<sup>50</sup> Vielmehr leisten auch die weiteren Teile der Rechtsordnung in Ausfüllung verfassungsrechtlicher Vorgaben ihren jeweiligen Beitrag. Wesentliche Impulse setzt überdies das Europarecht.

Rechtspolitisch ist hierbei der Trend zu mehr staatlicher Transparenz nicht mehr aufzuhalten. Hierfür steht die innovative *open data*-Gesetzgebung einiger Bundesländer, die den Bürger nicht mehr auf Informationssuche verweist, sondern aktiv ihre Wissensbestände über Internetportale zugänglich macht und die Interessenten zur Nutzung und Weiterverarbeitung auch von *raw data* im Interesse des Gemeinwohls anhält.<sup>51</sup> Verteilungsregeln findet sich indes nicht nur in Informationszugangsgesetzen, sondern auch im Datenschutzrecht. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist dabei nicht allein ein Instrument zur Abschottung von Informationen, sondern umfasst gerade auch das Recht zu wissen, wer was über einen weiß.<sup>52</sup> Muss die Informationsrechtsordnung insbesondere auch der Erkenntnis Rechnung tragen, dass Gefährdungen individueller Freiheit nicht nur von staatlichen Sicherheitsbehörden ausgehen, sondern auch von Facebook, Google und Co, so stellen sich informationsrechtliche Anforderungen an das die privaten Rechtsbeziehungen leitende Zivilrecht.<sup>53</sup> Ein neuerer Trend ist etwa, das privatrechtliche Wettbewerbsrecht zur Sanktionierung von Datenschutzverstößen von Unternehmen einzusetzen.<sup>54</sup> So können nunmehr Verbraucherschutzverbände mit Unterlassungs-

---

50 Zu einem Informationsverwaltungsrecht *Rainer Pitschas*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 219; s.a. *Masing*, Fn. 21, S. 432; *Friedrich Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S. 158.

51 *Christoph Schnabel*, Das neue Hamburgische Transparenzgesetz, NordÖR 2012, S. 431; in Rheinland-Pfalz wurde am 27. November 2015 das Landestransparenzgesetz beschlossen.

52 BVerfGE 65, S. 1, 43.

53 Verfassungsrechtlicher Hebel ist hierbei die staatliche grundrechtliche Schutzpflicht, die in den Rechtsverhältnissen Privater zum Tragen kommen muss, dazu BVerfGE 84, S. 192, 195; BVerfGE 89, S. 214; zum verfassungsgebotenen Datenschutz im privaten Versicherungsrecht BVerfGK 9, S. 353, 358 ff.; BVerfGK NJW 2013, S. 3086; s.a. § 213 VVG; zu den unionalen Anforderungen nach Art. 7, 8 GRCh EuGH NVwZ 2014, S. 857 – González; zuvor EuGH EuZW 2010, S. 939 – Schecke.

54 Zu Datenschutzvorschriften als Marktverhaltensregeln i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG s. OLG Karlsruhe NJW 2012, S. 3312.

klagen unternehmerische Datenschutzverstöße unterbinden.<sup>55</sup> Sowohl für die Erzeugung als auch für die Nutzung von Informationen leisten überdies die Instrumente des gewerblichen Rechtsschutzes wie das Urheber- und Patentrecht einen Beitrag.<sup>56</sup> Schließlich kann auch das Strafrecht Regeln für die Zulässigkeit von Informationsverarbeitungen und -verteilungen bereithalten.

In der Fortentwicklung einer konsistenten Informationsrechtsordnung liegt ein anspruchsvolles Arbeitsprogramm für Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis. Packen wir es an!

---

55 Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzes vom 7. Februar 2016, BGBl. I S. 233.

56 Erzeugung und Verteilung wird verknüpft in dem neuen urheberrechtlichen Instrument des *open access* nach § 38 Abs. 4 UrhG, das den wissenschaftlichen Urhebern ein Zweitveröffentlichungsrecht einräumt.

**2.**

**Reformmöglichkeiten:**

**Wege zu verbesserter Repräsentation /**

**Curing the System: The Road to Better Representation**



## Migration, Representative Democracy and Residence Based Voting Rights in Post-Apartheid South Africa and Post-Unification Germany (1990-2015)

*Wessel le Roux\**

*Over the past 25 years migration has surfaced as one of the core features of globalisation to impact on established constitutional democracies from the North (such as Germany) and young constitutional democracies from the South (such as South Africa). Nancy Fraser claims that migration has forced all self-proclaimed democracies into a state of 'abnormal justice' by placing the meaning of 'the people' or the demos in the representative State into question. The 'abnormal' nature of contemporary constitutional jurisprudence is perfectly illustrated by a number of recent voting rights cases in South Africa and Germany. These cases reveal two Constitutional Courts caught up in the transition between two constitutional models of political participation. The old model of citizenship places nationality (naturalisation) and the principle of 'equal citizenship' central; the new model of denizenship places residence and the principle of 'all affected persons' central. The case law discussed below is marked by tensions, contradictions, unexplained shifts and inversions as the Constitutional Courts of South Africa and Germany struggle in search of a new principled basis to regulate the voting rights of migrants.*

---

\* The research for this article was made possible by a staff mobility grant from the Erasmus Mundus action 2 South Africa (ema2sa) programme. I owe much more than the normal word of thanks to Dr. Dominik Steiger and Dr. Nils Schaks for their warm hospitality during my stay at the FU Berlin during the winter of 2013-2014. I also wish to thank Dr. Helmut Aust for alerting me to the complex modalities of postnational democracy and representation.

## A. Introduction

The members of the Bundestag in Germany and the National Assembly in South Africa are elected to represent ‘the people’ of each Republic.<sup>1</sup> It is no longer clear what this basic tenet of representative democracy entails. Globalisation and migration have placed both ‘the people’ and the modalities of its representation into question.<sup>2</sup> Nancy Fraser claims that we find ourselves in the midst of an era of ‘abnormal justice’.<sup>3</sup> As Sofia Näsström puts it, in this era ‘the people’ has changed from constitutional ‘presupposition’ to constitutional ‘problem’; constitutional law has shifted its focus from ‘rule-making’ to ‘people-making’.<sup>4</sup>

In this context, demands for democratic inclusion and representation are increasingly posed by or on behalf of four distinguishable groups of people: (i) citizens residing inside the borders of the State; (ii) citizens residing outside the borders of the State; (iii) foreigners residing inside the borders of the state; and (iv) foreigners residing outside the borders of the state.

The task of the national legislature was traditionally confined to the first issue. The democratisation of representative democracy has unfolded on the assumption that the national legislature has the duty to equally represent all citizens. This assumption sustained many struggles for equal voting rights during the 20<sup>th</sup> century (not least the armed struggle in South Africa against apartheid). Given this history, many States have tried to resolve the new democratic claims of the other three categories mentioned above on the basis of the old and established model of equal citizenship.

---

1 Basic Law for the Federal Republic of Germany, 1949, article 38(1) read with article 20(2); Constitution of the Republic of South Africa, 1996, section 42(3).

2 I restrict my focus here to the right to be represented in the national legislature. I also restrict my focus to the right to direct or actual representation (as opposed to virtual representation). The question of ‘the people’ thus becomes the question of ‘the electorate’ or the right to vote. See *Frank Michelman*, Traces of self-government, Harvard LR 100 (1986), pp. 50-55 (on virtual representation), and *Elizabeth Cohen*, Dilemmas of representation, citizenship, and semi-citizenship, Saint Louis University Law Journal 58 (2014), p. 1047 (on virtual representation as a form of trusteeship).

3 *Nancy Fraser*, Transnationalizing the public sphere, Cambridge, 2014, p. 36. The abnormality stems from the fact that membership of the people itself is contested, not only the rights members owe each other.

4 *Sofia Näsström*, The challenge of the All-Affected Principle, Political Studies 59 (2011), p. 116.

The paper below explores the success of this strategy by comparing the impact of migration on the voting rights jurisprudence of post-apartheid South Africa and post-unification Germany. Both jurisdictions are marked by a conflict between an old and a new constitutional paradigm for the political integration of migrant workers. The old model continues to allocate voting rights to migrants on the basis of equal citizenship, broadly resulting in voting rights for non-resident citizens (category two claims above) but not for resident non-citizens (category three claims above). The new model seeks to allocate voting rights to migrants on the basis of equal residence or denizenship, broadly resulting in the voting rights of resident foreigners (category three claims) but not for non-resident citizens (category two claims).

After exploring the tension between the two models in South African law (section B) and German law (section C), I argue in conclusion (section D) that the tension between the two models should be resolved at the national level in favour of the new model of denizenship or universal residence based voting rights. This model has the potential to revitalise and enhance the democratic legitimacy of national representative governments by including ‘all affected persons’ in the demos. Only the latter principle is able to inspire a transnational democratic response to inter-regional migration (and other challenges of globalisation, such as global capitalism and global climate change) by recognising the political right of non-resident foreigners to be represented when laws and policies are made that directly affect them (category four claims above).<sup>5</sup>

---

5 This does not mean that non-resident foreigners must be allowed to vote in national elections. Even if the right of non-resident foreigners to be included in the demos is recognised, the modalities of membership and participation still need to be determined. I return to this issue below in Section E. For more detail refer to *David Owen*, Transnational citizenship and the democratic state: On modes of membership and rights of political participation, in *Satvinder Juss* (ed.), *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, 2013, p. 689; *Eyal Benvenisti*, Sovereigns as trustees of humanity: on the accountability of states to foreign stakeholders, *American J Int L* 107 (2013), p. 295; *Robert Goodin*, Enfranchising all affected interests, and its alternatives, *Philosophy and Public Affairs* 35 (2007), p. 40; and *Arash Abizadeh*, Democratic theory and border coercion: No right to unilaterally control your borders, *Political Theory* 36 (2008), p 37.

*B. The voting rights of migrant workers in post-apartheid South Africa*

During the first quarter of a century after apartheid five national elections took place in South Africa. Not two of those elections applied the same voter eligibility criteria to migrant workers. On the contrary, the history of voting rights in South Africa is characterised by often dramatic and unexpected policy shifts. Here is the story.

I. Celebrating residence: the 1994 elections

After decades of violent struggle for equal political rights in South Africa, the interim Constitution of 1993 contained not one, but two provisions regulating the right to vote. Each provision strangely contained its own set of voter eligibility criteria. On the one hand, section 21(1) of the Bill of Rights stipulated that '[e]very citizen shall have the right to vote', implying that foreign nationals may not be granted the right to vote. Section 6(a) (ii) of the Constitution, on the other hand, provided explicitly that an Act of Parliament may extend the right to vote in national elections to foreign nationals. Read together, the interim Constitution neither mandated nor prohibited the inclusion of foreigner nationals. The matter was entirely left to the discretion of Parliament. Parliament responded by extending the right to vote to two groups of migrant workers: foreigners with permanent resident status in South Africa, and foreign residents without such status but who had entered the Republic before 13 June 1986.<sup>6</sup> Because the first post-apartheid elections did not include a voter registration process, eligible voters without official South African documents could apply for a temporary voter card and proceed to vote. More than 3.5 million temporary voter's cards were issued on this basis. According to standard estimates, this number included 500 000 foreign nationals who voted in the 1994 national and provincial elections.<sup>7</sup>

How should we understand this almost unprecedented embrace of foreigner voting rights immediately after the end of apartheid? One answer is that it was a conscious constitutional decision to rebuild post-apartheid South Africa on the basis of a radically post-nationalist and post-colonial

---

6 Section 15 read with section 1 of the Electoral Act 202 of 1993.

7 *Susan Booysen and Grant Masterson*, Chapter 11: South Africa, in: *Denis Kadima and Susan Booysen* (eds.), Johannesburg, 2009, p. 405-406.

model of representative democracy (in direct reaction to the perverted Christian Nationalism of the former apartheid regime). In terms of this post-nationalist constitutional model, the task of the National Assembly was decidedly not to represent the South African nation, but to represent the resident population of South Africa. By extending full voting rights to foreign residents, the interim Constitution of 1993 separated nation and state and completed the disaggregation of citizenship into denizenship.<sup>8</sup>

There are both pragmatic and principled reasons why this preference for denizenship would have made good sense at the beginning of the 1990s. In a deeply divided society on the verge of a civil war, democracy could hardly have been conceived in nationalist terms (ethno-cultural or civic). Political participation on the basis of ‘constitutional patriotism’ provided the only possibility for the future social and cultural integration (and transformation) of society.<sup>9</sup> Political participation in a peaceful election on the basis of residence became the precondition for national-building and socio-cultural integration.

Secondly, a truly transformative political rights jurisprudence in post-apartheid South Africa was only possible on the basis of denizenship. Apartheid constitutionalism was a disastrous attempt to solve the problem of equal voting rights through the manipulation of migration and immigration law. The solution was to turn all black South Africans into foreign residents by converting their nationality into that of a number of independent black homelands. (White) South Africa thereby became the ‘host country’ of millions of migrant workers from a number of (black) neigh-

---

8 *Seyla Benhabib*, *The rights of others: Aliens, Residents and citizens*, Cambridge, 2004, p. 171 describes ‘disaggregated citizenship’ both as a reality and normative ideal in the era of globalisation. The end-point of this disaggregation process is denizenship. The post-apartheid Constitutions mandate the disaggregation of citizenship by extending all rights to ‘everyone’ under the territorial jurisdiction of the state. One exception was the right to vote. Under the 1993 Constitution, the disaggregation of voting rights was not mandated (under section 19(1)) but permissible (under section 6). The same position applies arguably under the 1996 Constitution as well. Resistance to disaggregated citizenship or denizenship is not limited to political rights. In *Khosa v Minister of Social Development; Mahlaule v Minister of Social Development* [2004] ZACC 11; 2004 (6) SA 505 (CC) Ngcobo J ruled that the right of all residents to social security need not be strictly implemented, but can be limited to citizens only, in order to encourage the naturalisation of foreigner nationals.

9 *Jan-Werner Müller*, *Constitutional patriotism*, Princeton, 2006, pp. 46-90.

bouring 'home countries'.<sup>10</sup> This constitutional model (or grand apartheid) rested on the traditional constitutional distinction between citizens and foreign residents, and the equally traditional doctrine that foreign nationals do not have a legitimate claim to political rights in host countries. This controversial constitutional model was officially abandoned in 1986.<sup>11</sup> Between 1986 and 1994 South Africans negotiated a relatively peaceful transition to an alternative democratic constitutional model.

Two alternatives to apartheid constitutionalism presented themselves. According to the citizenship model, the problem with grand apartheid was the sharp distinction between black and white citizens. The solution required the recognition and normalisation of equal citizenship. According to the denizenship model, the problem with grand apartheid was the sharp distinction between foreign residents and citizens. The solution to apartheid required the complete disaggregation of citizenship rights, that is, the recognition of political rights as constitutive of the dignity of all residents as participatory subjects of law, as opposed to objects of state power. The deeper logic of apartheid could be transformed only if the nationalist model of equal citizenship was also transformed. Hence the extension of voting rights to all residents in the first post-apartheid elections.

Attractive as this interpretation of the voting rights provisions of the 1993 Constitution and the significance of residence based voting rights might be, a number of South African constitutional scholars tell a different story about the first democratic elections. Jonathan Klaaren and Claire Robinson both insist that the recognition of foreigner voting rights in these elections was no more than a strategic deal between the major negotiating

---

10 See the Bantu Homelands Citizenship Act 26 of 1970. Between 1976 and 1981, four homelands (Transkei, Venda, Bophuthatswana, and Ciskei) were declared 'independent' and eight million black South Africans lost their South African citizenship. The apartheid framework included not only the homelands, but also the hinterlands of white South Africa (Malawi; Mozambique; Zambia). It was from here that the majority of migrant mine labourers came. The failure to implement a truly transformative model of political rights (read denizenship) means that the apartheid model of hinterlands remains in place.

11 *Sampie Terreblanche*, *Lost in transformation: South Africa's search for a new future since 1986*, Johannesburg, 2012, pp. 7-16 explains from a slightly different angle why 1986 was the real turning point in South Africa's transformation. As part of a comprehensive new legislative framework, The Matters Concerning Admission to and Residence in the Republic Amendment Act 53 of 1986 came into operation on 13 June 1986. The Act introduced the possibility for black foreigners to acquire South African citizenship through naturalisation.

parties.<sup>12</sup> The agreement was simple: keep voter exclusions to a minimum, thereby avoiding potential incidences of election violence and enlarging the support-base of all parties. Pacheka Ncholo suggests (less cynically) that the recognition of foreigner voting rights was simply a pragmatic response to the various unjust nationality regimes which were applicable in South Africa at the end of apartheid.<sup>13</sup> Far from celebrating an alternative post-apartheid model of denizenship, the granting of voting rights to foreign residents was simply the first step towards the normalisation of the conventional model of equal citizenship. The strongest support for Ncholo's interpretation is the fact that the post-apartheid experiment with foreigner voting rights did not survive the drafting of the final Constitution of 1996 into the next national elections.

## II. Combining residence with nationality: the 1999 elections

South Africa's current Constitution (the so-called final Constitution of 1996) was drafted between the 1994 and 1999 national elections. While the preamble of the Constitution confirmed that 'South Africa belongs to all who live in it', and section 1 declared that 'universal adult suffrage' was a foundational value, and the Bill of Rights again extended disaggregated citizenship rights to 'everyone' within the borders of South Africa, the Constitution did not again make provision for the voting rights of foreign nationals as required by the model of denizenship. On the contrary, the wording of the right to vote in section 19(3) of the Bill of Rights returned to the model of equal citizenship by limiting the right to vote to all adult citizens. The Electoral Act 73 of 1998 dramatically confirmed the exclusivity which the new constitution ascribed to the right to vote. In sharp contrast with its predecessor, the new Act explicitly prohibited the registration of foreign nationals as voters.<sup>14</sup> The Act nevertheless retained some commitment to residence from the discarded denizenship model. It

---

12 *Jonathan Klaaren*, Contested citizenship in South Africa, in: *Penelope Andrews and Stephen Allman* (eds.), *The post-apartheid Constitutions*, Ohio, 2001, p. 309; *Claire Robertson*, Contesting the contest: negotiating the election machinery, in: *Steven Friedman and Doreen Atkinson*, *The small miracle: South Africa's negotiated settlement*, Johannesburg, 1994, p. 44.

13 *Pacheka Ncholo*, The right to vote, in: *Nico Steytler* (ed.), *Free and Fair Elections*, Kenwyn, 1994, p. 64.

14 Section 8(2)(b) of the Electoral Act, 1998.

stipulated that citizens could only be registered as voters if they were ordinarily resident in South Africa, and that registered voters had to vote at their places of ordinary residence.<sup>15</sup>

Apart from disenfranchising migrant workers in South Africa, the combination of the ordinary residence and citizenship requirements also had far-reaching consequences for South African migrant workers abroad. The Act effectively divided migrant workers abroad into those who were temporarily abroad with an obligation to return (without permanent residence status abroad), and those with the intention and right to permanently remain abroad (emigrants or expatriates with permanent residence status abroad). Citizens in the first category remained ordinarily resident in South Africa and thus eligible to register and vote. Citizens in the second category had to be deregistered as voters. As a result, migrant workers abroad either lost their right to vote in South Africa, or became constructively disenfranchised (given that the Act did not contain a generally accessible absentee voting rights procedure).

This dramatic restriction of the right to vote reflected the view that citizenship had finally been normalised. It was thus no longer necessary to accommodate special groups of migrants outside the norm (by then exiles had returned home and migrant workers from the hinterlands of South Africa had been naturalised through a series of immigration amnesties).<sup>16</sup> The new Electoral Act also reflected a negative policy stance towards migration in general and towards the unprecedented skills drain from South Africa which tended to reflect racial contours and thus resulted in large, mostly white, South African expatriate communities abroad.

While the disenfranchisement of foreign nationals during the 1999 elections went by unchallenged (another sign of normalisation?), the constitutionality of the ordinary residence requirement and its disenfranchising effect on citizens soon made its way to the Constitutional Court. In *August v Electoral Commission* (the Court's first voting rights case) the South African Constitutional Court (SACC) was faced with the task of establish-

---

15 Section 8(2)(e) of the Electoral Act, 1998 prescribed that only citizens who were 'ordinarily resident' in South Africa could be registered as voters.

16 This conviction was so pervasive that the Constitutional Court boldly ruled that citizens who had by then not yet obtained the apartheid era bar-coded identification book (an ironic sign of normalisation) could justifiably be excluded from participating in the 1999 election, see *New National Party v Government of the Republic of South Africa* [1999] ZACC 5; 1999 (3) SA 191 (CC).

ing whether, and if so why, residence was significant enough to trump citizenship as voter eligibility criteria.<sup>17</sup> The case involved citizens detained in prisons. The Electoral Commission (EC) had simply assumed that prisoners were not ordinarily resident in prison and that prisoners were thus prevented by their personal circumstances from voting in the 1999 election. No steps were taken to register prisoners or to set up polling stations in prisons. Prisoners claimed that this omission violated their right to vote. The Court ruled in favour of the prisoners, but judiciously avoided the broader debate about the constitutional significance of the residence requirement by ruling that prisoners were ordinarily resident in prison, and that the EC therefore had to ensure that all prisoners could register and vote in prison.

The willingness of the Court to manipulate, if not ignore, the ‘ordinary residence’ requirement in order to avoid the disenfranchisement of prisoners set the tone for many of the Court’s subsequent voting rights cases. In *August* the Court explicitly celebrated voting rights as the ‘badge’ which distinguished dignified citizens (including prisoners) from mere residents.<sup>18</sup> This celebration of the equal dignity of citizens resulted in a very truncated understanding of the constitutional significance (and implied constitutionality) of the ordinary resident requirement in the new Act:

*The purpose of the phrase ‘ordinarily resident’ is to facilitate the electoral process. It will, for example, enable the allocation of voters to voting districts, each with their own polling stations, so that an identified and relatively small number of voters resident in that district during the period of registration and voting will vote in it. [...] This will facilitate easy and accurate identification on voting day and prevent long queues.*<sup>19</sup>

While a full exploration of the constitutional meaning of residence was not required to decide the *August* case, residence based voting was reduced in the case to a logistical consideration, important enough to exclude certain citizens, but only in order to ensure that elections based exclusively on citizenship were properly administrated. The full effects of this subtle judicial dismantling of denizenship by the Court in its first vot-

---

17 *August v Electoral Commission* [1999] ZACC 3; 1999 (3) SA 1 (CC) para 27.

18 *Henk Botha*, The rights of foreigners: dignity, citizenship and the right to have rights, *South African Law Journal* 130 (2013), p. 837.

19 *August*, note 17, para 27.

ing rights case were not immediately felt in the *August* case, but became clear in later voting rights cases, especially those involving the voting rights of absent and non-resident citizens.

### III. Contesting residence: the 2003 and 2009 elections

Before the 2004 election, the Electoral Commission requested the government to recognise external voting rights and formalise an absentee voting procedure for the benefit of citizens abroad. As a result of this request, the Electoral Act was amended in 2003 to extend external voting rights to citizens who were unable to vote at their place of residence due to a ‘temporary absence’ abroad as a result of a holiday, business trip, sports event, or tertiary studies.<sup>20</sup> Citizens who were temporarily working overseas were noticeably not included on this list. This omission was not a legislative oversight. The drafting of the list was inspired by the same anti-migration stance that informed the Electoral Act as a whole. During the parliamentary debate on the new provision, migrant workers abroad were repeatedly singled out as unpatriotic and disloyal citizens who did not deserve to be encouraged or rewarded with the right to vote.<sup>21</sup>

This negative stance became the subject of judicial scrutiny shortly before the 2009 elections, when a South African citizen who was working in London as a teacher on a three year contract contested the fact that he had to travel back to his place of ordinary residence in South Africa in order to vote in the election.<sup>22</sup> In *Richter v Minister of Home Affairs* the Court ruled that the state had a positive obligation to extend external voting rights to all registered voters abroad, thus taking a far more progressive stance on the issue of external voting rights than the European Court of

---

20 Section 33(1)(e) of the Electoral Act, 1998 (as amended in 2003).

21 For the full debate in the standing committee, see <https://pmg.org.za/committee-meeting/2833/> (last accessed 20 February 2015). The drafting history is described and criticised in more detail in *Richter v Minister of Home Affairs* [2009] ZAG-PhC 21; [2009] 2 All SA 390 (T), para 11.

22 *Richter v Minister for Home Affairs* [2009] ZACC 3; 2009 (3) SA 615 (CC), para 52. See *Wessel le Roux*, Migration, street democracy and expatriate voting rights, South African Public Law 24 (2009), p. 370 for a fuller discussion and critique of the judgment.

Human Rights, for example.<sup>23</sup> In the process the Court explicitly discredited any suggestion that citizens living and working abroad had deserted their duties of citizenship and could thus be denied their right to vote as part of a policy to discourage migration.<sup>24</sup>

The *Richter* judgment was widely hailed for its attempt to encourage the ongoing political participation of citizens abroad. In the process of doing so, the Court again failed to appreciate or attach any constitutional weight to the residence requirement in the Act. The Court's failure to do so resulted in confusion about the implications of its order. Without hearing argument on the issue or providing reasons for its judgment, the Court held that registered citizens no longer needed to establish that they were only temporarily absent from (that is, that they are still ordinary resident in) the country, when applying for a special absentee ballot. It was unclear whether this meant that the Court thereby extended external voting rights to expatriate (non-resident) citizens as well. The expatriate voting rights lobby seized the opportunity to argue that it did. In the hope of getting clarity on the issue, a number of opposition parties and expatriate lobby groups decided to directly attack the constitutionality of the ordinary residence requirement. In *AParty v Minister of Home Affairs* the Court was again faced with the task of exploring the constitutional and democratic significance of ordinary residence as a voter eligibility criterium.<sup>25</sup> Once

---

23 Compare the position of the Constitutional Court with that of the European Court of Human Rights which ruled recently in *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v Greece* (ECHR case 42202/07), 12 March 2012, para 69, that the right to vote under the European Convention does not include the right to cast an absentee ballot. The same applied, according to the Court, in international and regional human rights law (para 72).

24 *Richter*, note 22, para 69: '[W]e now live in a global economy which provides opportunities to South African citizens and citizens from other countries to study and work in countries other than their own. The experience that they gain will enrich our society when they return, and will no doubt enrich, too, a sense of a shared global citizenship. The evidence before us, too, shows that many South African citizens abroad make remittances to family members in South Africa while they are abroad, or save money to buy a house. To the extent that citizens engaged in such pursuits want to take the trouble to participate in elections while abroad, it is an expression both of their continued commitment to our country and their civic-mindedness from which our democracy will benefit'.

25 *AParty v Minister for Home Affairs, Moloko v Minister for Home Affairs* [2009] ZACC 4; 2009 (3) SA 649 (CC).

again the Court managed to avoid the issue, this time by denying the applicants direct access.

The *Richter* and *AParty* judgments left the ordinary residence requirement in place for the 2009 elections, but with serious doubts whether the requirement served any democratic purpose beyond its role in facilitating the effective administration of national elections (in which case it could hardly continue to justify the exclusion of any citizens on the basis of their migration status). The ongoing failure of the Court to understand and its refusal to clarify the constitutional significance of residence as a principle of democratic inclusion (and exclusion), left the principle vulnerable and finally resulted in its abolition shortly before the 2014 national elections.

#### IV. Dispensing with residence: the 2014 elections

After the *AParty* case, the expatriate voting rights lobby abandoned their litigation campaign and concentrated their attention on the political process. Buoyed by the global trend towards the recognition of expatriate voting rights,<sup>26</sup> and by the turn of the African Union towards the African diaspora as a catalyst for Africa's future economic, cultural and political development,<sup>27</sup> the lobby called for a complete repeal of the ordinary residence requirement in national elections (some extended the call to provincial elections as well). In December 2013 the government made an about-turn in its attitude towards migrant workers abroad and amended the Electoral Act to allow all expatriate citizens to register as voters and vote in national elections. The amended and current Electoral Act does so by creating an overseas section in the national common voters roll (a tenth province as it were). Any citizen who is not ordinarily resident in South Africa has the right to have his or her name registered in this overseas section of the voters roll,<sup>28</sup> and to apply for an absentee vote before each election.<sup>29</sup>

---

26 Also noted in *Richter* note 22, para 77.

27 African Union: Agenda 2063, para 68. Available at [http://agenda2063.au.int/en/sites/default/files/agenda2063\\_popular\\_version\\_05092014\\_EN.pdf](http://agenda2063.au.int/en/sites/default/files/agenda2063_popular_version_05092014_EN.pdf) (last accessed 10 March 2015).

28 Section 8(3) of the Electoral Act, 1998.

29 Section 33(4) of the Electoral Act, 1998.

Under South African nationality law which recognises the *ius sanguinis*,<sup>30</sup> the amendment of the residence requirement extended voting rights to second and third generation emigrants purely on the basis of their formal status as South African citizens. In spite of its potential reach, only 6789 expatriates registered as overseas voters during the 2014 general elections (a total of 18 446 special absentee ballots were cast by overseas voters, including those of temporary absent voters).<sup>31</sup> Nevertheless, the original residence requirement had finally lost its character as a voter eligibility requirement. It was no more than a logistical factor which determined the mode and place of voting.

## V. Conclusion

The post-apartheid response to the voting rights of migrant workers is neatly framed by the 1994 and 2014 national elections. In twenty short years, South Africa has moved from a model of denizenship in which voter eligibility was based purely on residence, to a model of citizenship in which voter eligibility is based purely on nationality. What stands out from the brief discussion above is the spectacular manner in which South Africa has embraced the broader global trend towards the granting of voting rights to non-resident citizens, not only by simply neglecting the voting rights of resident non-citizens, but by actively disenfranchising foreign nationals on a large scale. The constitutionality of this dramatic shift has not yet been tested. It remains an open question whether it would be constitutional under the 1996 Constitution to reintroduce foreigner voting rights, or to revoke expatriate voting rights. An answer to these questions would require a proper engagement with the merits of residence as a principle of democratic inclusion. It is precisely such an engagement which is absent from the Constitutional Court's voting rights jurisprudence.

To compensate for this absence and to dispel what Theunis Roux describes as the 'democratic agnosticism' of the South African voting rights jurisprudence,<sup>32</sup> I turn in the next section to the migrant voting rights cases

---

30 Section 2(1)(b) of the Citizenship Act of 1995.

31 <http://www.elections.org.za/content/NPEPublicReports/291/Voter%20Turnout/National.pdf>.

32 *Theunis Roux, The politics of principle: The first South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge, 2013, p. 334.

of the Federal Constitutional Court of Germany in the period after re-unification. As is the case in South Africa, this jurisprudence is marked by a tension between the model of citizenship and denizenship, or in the terms of the German debate, between *Volksdemokratie* and *Betroffenheitsdemokratie*, each with its own understanding of the constitutional significance of residence as basis for political participation.

### C. The voting rights of migrant workers in post-unification Germany

#### I. The voting rights of resident foreigners

The German Federal Constitutional Court (FCC) controversially ruled in 1990 that the extension of voting rights to foreign residents at local government level undermined the democratic character of the German state and was thus unconstitutional under the Basic Law.<sup>33</sup> This judgment rested on the claim that the Basic Law implicitly defined ‘the people’ as the German nation (all German citizens) and not as the general resident population of Germany. Naturalisation was the only available means of securing the democratic congruence between ‘the people’ (the electorate of formally equal citizens) and the rest of the resident population (those subject to state authority on a standing basis). Under the Basic Law, the political marginalisation of migrant communities had to be addressed by reforming German immigration law, not electoral law.<sup>34</sup>

This line of reasoning continues to provide the constitutional framework for the political integration of migrant workers 25 years later. The equal citizenship model has been supported by a new generation of constitutional judges,<sup>35</sup> constitutional scholars,<sup>36</sup> and successive CDU/CSU gov-

---

33 BVerfGE 83, 37 [51]; BVerfGE 83, 60 [71].

34 BVerfGE 83, 37 [52].

35 In its *Lisbon* judgment (BVerfGE 123, 267 [para 292]) the FCC confirmed that ‘the democratic legitimation of political rule is [...] not assessed according to the number of those affected’. *Patricia Mindus and Marco Goldini*, *Between democracy and nationality: Citizenship policies in the Lisbon ruling*, *European Public Law*, 18 (2012), pp. 358-364 criticises the Court for its ongoing focus on equal citizenship as opposed to the affected population as basis for democratic legitimacy.

36 *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration*, *VVDStRL* 72 (2013), p. 51.

erning coalitions.<sup>37</sup> In line with the citizenship model, the requirements for naturalisation were twice relaxed during the past 25 years, first on 1 January 2000 to introduce naturalisation through residence, and most recently on 20 December 2014 to allow for naturalisation with dual nationality. From this perspective, the post-apartheid experiment with denizenship and foreigner voting rights at national level would have been (and remains) constitutionally untenable in Germany. Even so, a closer look at the German constitutional argument *against* the recognition of foreigner voting rights might bring to light what was at stake in that short-lived experiment, and, ironically, provide the impetus for its revival.

The case in Germany for the constitutionality of foreigner voting rights was and remains based on the claim that the principle of democracy requires that ‘all affected persons’ must be included in the demos. At local government level, this means all permanent residents, regardless of their nationality status. The case thus forced the Court to determine the democratic merits of residence as a principle of political inclusion (and exclusion). As noted above, unlike its South African counterpart, the Court used its two 1990 judgments to explore the meaning of democracy and ‘the people’ in the context of voting rights and explicitly rejected the ‘all affected persons’ principle as basis of democratic inclusion.

In his academic support of the Court at the time, Ernst-Wolfgang Böckenförde presented a scathing attack on the ‘all affected persons’ principle and what he pejoratively called *Betroffenheitsdemokratie*.<sup>38</sup> Böckenförde argued that the principle could not be translated into operational constitutional law with sufficient precision to enable ‘the people’ to play the legitimating function ascribed to it by the Basic Law. For the people to play its

---

37 The official policy of the CDU/CSU and its coalition partners remains that the right to vote cannot serve as the precondition or catalyst of the successful political and socio-cultural integration of migrants (as argued by the SPD, DIE LINKE and BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN); voting rights is the consequence of a process of integration or naturalisation. The political debates around the issue of foreigner voting rights cannot be further explored here. Suffice to say that the last three German parliaments all considered, but rejected, legislative proposals enfranchising foreign residents. Most recently, on 12 November 2014, DIE LINKE again tabled a Bill extending voting rights to foreigners (after five years of lawful residence, at all three levels of government). See Bundestag, Drucksache 18/3169, 12 November 2014.

38 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 2004, p. 461.

foundational constitutional role, it has to form a closed and bounded unity (an assumption which eventually forced Böckenförde to naturalise the nation as a pre-political cultural, linguistic (if not ethnic) unity).<sup>39</sup> Democratic legality required a formal membership rule. Only nationality was able to meet this demand. Nationality is a permanent and formal status; being affected a subjective and temporal state. As a result, the latter inevitably resulted in a demos which shifted from issue to issue, undermined the formal equality between citizens by grading participation according to the degree of affectedness, and left the demos boundless. Böckenförde warned, *reductio ad absurdum*, that the principle implied that non-resident foreigners (in category four above) would gain the right to vote in the Bundestag and so determine Germany's immigration policy.<sup>40</sup>

### 1. Redefining the 'all affected persons' principle

Democratic theorists have adopted two main strategies in response to Böckenförde's criticism of the 'all affected persons' principle. The first strategy is to refine and reformulate the principle to limit its scope.<sup>41</sup> The second strategy, which I wish to highlight here, has been to combine or supplement the 'all affected persons principle' with other principles of democratic self-government to achieve the same result. Robert Dahl already suggested in 1970 that the wide reach of the 'affected interests' principle needed to be 'curbed' by criteria of competence, size (economy of scale), and political equality in order to arrive at a workable definition

---

39 Böckenförde, note 38, p. 466.

40 Robert Goodin, note 5, p. 64 agrees that the 'all possibly affected persons principle' means that 'we should give virtually everyone a vote on virtually everything everywhere in the world'. Unlike Böckenförde he regards this transnational effect of the principle as one of its strengths, not weaknesses. Goodin pulls the sting of the *reductio* by conceding that a worldwide franchise for non-resident foreigners is impractical. Other modalities of participation and representation need to be found. Goodin suggests two possibilities: an upwards appeal to a transnational level of government and a lateral claim to compensation for decisions that directly affect outsiders (category four claims).

41 Nancy Fraser, note 3, p. 36 (all persons subjected to a regime of governance); Rainer Baubock, Stakeholder citizenship and transnational political participation: A normative evaluation of external voting, Fordham LR 75 (2007), p. 2421 (all persons with a stake in the future of a polity). These reformulations do not affect the principle of universal residence based voting rights.

of ‘the people’ as a self-governing constitutional subject.<sup>42</sup> This approach to the ‘all affected persons principle’ was taken up again by Brun-Otto Bryde in the 1990s, in order to arrive at a pluralistic principle of democracy.<sup>43</sup>

Bryde’s pluralistic conception of democracy combines competing principles of inclusion in order to secure an optimal degree of democratic self-government. In sharp contrast to the approach of Böckenförde, this approach treats democracy as an aspirational principle and not a legitimacy rule. Bryde nevertheless shares Böckenförde’s concern with the boundless nature of the demos associated with the ‘all affected persons’ principle. Bryde’s answer is that not everybody who might possibly be affected needs to be included in the demos, not because it is logically incoherent or absurd to apply the principle so strictly,<sup>44</sup> but because the criteria of affectiveness (the quantity of participants) must be balanced with the criteria of self-government (the quality of the participation). How the optimal balance and degree of democratic self-government can be achieved is a political judgment. Depending on the context, the optimum level of self-government may lie either beyond the level of the state (in a transnational public sphere) or below the level of the state (in a large city).

Sarah Song recently presented her own version of a pluralistic conception of democracy and the ‘all affected persons’ principle.<sup>45</sup> Song insists that the demos must remain bounded to the territorial state for much the same reasons Bryde did earlier. She adds that the quality of self-government requires that the ‘all affected persons’ principle must be balanced with issues of size, stability, and solidarity.

When these added considerations are accounted for, the restated ‘all affected persons’ principle can operate effectively as a principle of democratic inclusion *at the national level*. As Bryde reminds us, at lower levels

---

42 Robert Dahl, *After the revolution? Authority in a good society*, New Haven, 1970, p. 66.

43 Brun-Otto Bryde, *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe*, in: Thomas Blanke and Christina Lüttmann (eds.), *Demokratie und Grundgesetz*, Baden-Baden 2000, p. 59; Brun-Otto Bryde, *Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, JZ 44 (1989), p. 257.

44 As argued against the principle by Fredrick Whelan, *Prologue: Democratic theory and the boundary problem*, in: James Pennock and John Chapman (eds.), *Liberal democracy*, New York, 1983, p. 22.

45 Sarah Song, *The boundary problem in democratic theory: why the demos should be bounded by the state*, *International Theory* 4 (2012), p. 39.

of government the principle far out-performs the principle of citizenship, which cannot explain the democratic gain that is achieved by the constitutional devolution of power in order to ensure optimal democratic governance at local government level. The same applies at higher levels of government above the state, where citizenship is equally incapable of (if not subversive of) achieving optimal levels of democratic governance under conditions of globalisation. In short, when dealing with local issues the principle of citizenship is over-inclusive; when dealing with global issues, such as migration and climate change, the principle of citizenship is under-inclusive.<sup>46</sup> I return to this point later.

Limiting our attention for the moment to the national level, Bryde and Song both accept that residence provides the best measure across the range of considerations mentioned above (size, stability and solidarity) for the constitutional operationalization of their reformulated ‘all affected persons’ principle at local and national levels of government. Once the principle of ‘all affected persons’ is operationalised through permanent residence, it turns out to do the same work that Böckenförde claimed only nationality could do. In fact, residence better captures the full range of persons directly affected over an electoral period by the legislative authority within a state, without thereby sacrificing the stability and solidarity required of a territorially bounded self-governing demos.<sup>47</sup>

The rehabilitation and operationalisation of the ‘all affected persons principle’ on the basis of residence is today supported by a large and growing number of German constitutional theorists of *Betroffenheitsdemo-*

---

46 Nancy Fraser, *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Cambridge, 2008, p. 21 describes this exclusionary effect as the ‘injustice of misframing’. She claims, p. 65, that the injustice can only be overcome if the ‘all subjected persons principle’ is applied directly to issues such as global migration, without mediation of the principle of citizenship. The upshot is that the political injustice inherent in national migration laws and policies can only be overcome, according to Fraser, p. 69, by imagining ‘new global democratic institutions’. Böckenförde’s *reductio* is resolved by granting foreign nationals voting rights, not in the national legislature, but in a transnational or global legislature.

47 This claim remains contested but cannot be debated in more detail here. I have relied on the work of Jane Jacobs to argue that (urban) residence indeed generates its own form of political solidarity, or what I call ‘street democracy’. See Wessel le Roux, *Planning law, crime control and the spatial dynamics of post-apartheid street democracy*, SA Public Law 21 (2006), p. 25.

*kratie*.<sup>48</sup> The debate among these constitutional theorists is no longer whether democracy implies universal residence based voting rights, or not, but whether voting rights should be limited to permanent,<sup>49</sup> and lawful,<sup>50</sup> residents.

All this can be (and has been) conceded by those who claim that foreigner voting rights remain undemocratic and unconstitutional under the German Basic Law. The point is not whether, in principle or theory, all lawful and permanent foreigners have a democratic right to be represented, but whether this model of denizenship is compatible with the definition of ‘the people’ in the Basic Law. The outcome of the debate about this issue is not decisive for the future of denizenship under the post-apartheid constitution. It is nevertheless instructive to briefly look into this aspect of the German response to migration as well. As will be seen below, the principle of affected interests (or ordinary residence) plays a surprisingly prominent role in what is usually regarded as judicial celebration of German nationality.

## 2. Reinterpreting the Basic Law

At the end of the foreigner voting rights cases of 1990, the Court qualified its own interpretation of article 28(1) of the Basic Law by stating that the judgment does not exclude the possibility of a constitutional amendment to introduce foreigner voting rights as part of Germany’s ongoing political

---

48 See *Thomas Groß*, Das demokratische Defizit bei der Grundrechtsverwirklichung der ausländischen Bevölkerung, KJ 3 (2011), p. 303 (residence based voting rights are mandated at the national level by basic human rights norms); *Christian Walter*, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVD-StRL 72 (2013), p. 7 (residence based voting rights are permissible at the national level); *Jürgen Bast*, Denizenship als rechtliche Form der Inklusion in eine Einwanderungsgesellschaft, 33 (2013) ZAR, p. 353 (voting rights are permissible at national level).

49 *Ludvig Beckman*, Is residence special? Democracy in the age of migration and human mobility, in: *Ludvig Beckman and Eva Erman*, (eds.), *Territories of citizenship*, London, 2012, p.18 (tax law, as opposed to immigration law, should form the basis of residence based voting rights).

50 *Ludvig Beckman*, Irregular migration and democracy: the case for inclusion, *Citizenship Studies* 17 (2013), pp. 48 and 55 (irregular immigrants should be given participatory rights because they are equally subject to or affected by the norms of the legal system).

integration into the European Union.<sup>51</sup> The anticipated amendment to the Basic Law took place in 1992 when article 28(1) was amended to recognise the right of resident foreigner to vote (provided they were European citizens). Did this amendment render the earlier judgments obsolete (as the Court itself seemed to suggest)? Could the Basic Law be reinterpreted and further amended to extend voting rights to all foreigners at all levels of government according to the principle of democratic inclusion?

After years of uncertainty about the ongoing authority of the 1990 judgments, the Constitutional Court of Bremen ruled on 31 January 2014 that the interpretation of the Federal Constitutional Court remains operative.<sup>52</sup> As a result, the Court again declared unconstitutional a new attempt to extend voting rights in the city state of Bremen to foreigners from European member states, and at the level of neighbourhood councils within Bremen to all resident foreigners. The judgment nevertheless contains an important dissenting voice in which all the major arguments in favour of the constitutionality of foreigner voting rights are incorporated. Sacksofsky J ruled that the pre-Maastricht Treaty judgments of 1990 were no longer authoritative, that article 28(1) had to be re-interpreted in light of the 1992 amendment, that the starting point for the re-interpretation was the principle of democracy, and that under the Basic Law this principle meant the following:<sup>53</sup>

*Those who are subject to the authority of the State should have a free and equal say in how this authority is exercised. It follows from the principle of democracy that everybody who is affected by the exercise of state power should participate in constituting this power. The key element in this right of co-determination is participation on the basis of a universal, free and equal right to vote. [...] The claim to free and equal participation in all public authority is moored to the dignity of all human beings.*

The majority and minority judgments differ on the question whether German constitutional law has, over the past 25 years, undergone a shift from a nationalistic understanding of democracy and the people (citizenship) to a post-nationalist conception of the people (denizenship), or from a *Volksdemokratie* to a *Betroffenenheitsdemokratie*. However this question is

---

51 BVerfGE 83, 37 [59].

52 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 31. Januar 2014 (St 1/13).

53 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 31. Januar 2014 (St 1/13), p.24.

finally resolved, the German foreigner voting rights cases provide the link between residence based voting and democracy that remains unarticulated in the post-apartheid voting rights jurisprudence.

What then about the right of migrant workers abroad or non-resident citizens? If the Basic Law indeed entrenches a nationalist conception of the people, does German law provide further support for the recent recognition of expatriate voting rights in South Africa?

## II. The voting rights of non-resident (expatriate) citizens

According to article 12(1) of the Federal Election Law, citizens are only eligible to vote in an election if they had their place of residence or habitual abode in Germany for three months immediately before that election. This surprisingly strict durational residence requirement automatically disenfranchises all Germans living abroad, whether temporarily or permanently. German electoral law thus surprisingly imposes a far stricter residence requirement than ever applied under post-apartheid law. How can this strict residence test be reconciled with the strict nationality test which the Basic Law imposes on voters? What is it about being a resident that trumps being a citizen when it comes to inclusion in ‘the people’?

Since the re-unification of Germany in 1990, the Bundestag has tried on a number of occasions to limit the exclusionary effect of the strict durational residence requirement by inserting an exception in favour of non-resident citizens into article 12(2) of the Act. At the time of re-unification, article 12(2) provided that German citizens who lived abroad in Europe could still vote in national elections, provided they had lived in Germany for three months before moving abroad. German citizens who lived outside Europe, could do the same, but had to have lived in Germany for three months within the last 10 years (extended to 25 years in 1998). The Act was again amended shortly before the 2009 election when a uniform prior residence requirement of three months was imposed on all Germans living abroad.

On 4 July 2012, the Court declared the exception in article 12(2) unconstitutional.<sup>54</sup> The judgement left all non-resident citizens disenfranchised

---

54 BVerfGE 132, 39. This does not mean that the extension of voting rights to non-resident citizens is unconstitutional in itself. Voting rights for non-resident citizens are neither mandated nor prohibited under the Basic Law.

shortly before the 2013 national election. The 2012 judgment followed a long series of cases dating back to 1956 in which the Court repeatedly held that the durational residence requirement (and its exceptions) did not violate the equal right to vote under the Basic Law.<sup>55</sup> The Court initially explained the constitutionality of the residence requirement as a practical consequence of the post-war division of Germany,<sup>56</sup> and later as a historical feature of German constitutional law (dating back to 1869).<sup>57</sup> In its 2012 judgment, the Court added two additional explanations for the residence requirement. In terms of the first, the residence requirement serves to secure the democratic character of German elections or the ‘communicative function’ of voting.<sup>58</sup> The actual and prior residence requirements test the ‘capacity’ of citizens to participate meaningfully and deliberatively in German politics.<sup>59</sup> In this sense the residence requirement is similar to the age and mental capacity requirements. In the case of second and third generation emigrants, who can acquire citizenship via the *ius sanguinis*, the ability to contribute meaningfully to public opinion and political debate (which includes elections) can only be cultivated by actually living in Germany.<sup>60</sup> The purpose of the residence requirement is to distinguish active deliberative citizens from formal and virtual citizens.<sup>61</sup> Once the constitutionality of this policy objective is accepted, the reason for the Court’s concern with the blanket three months prior residence test becomes clear. The test did not properly differentiate between those expatriate citizens who had acquired the capacity to contribute meaningfully to public opinion and those who had not. For example, an expatriate citizen

---

55 BVerfGE 5, 2; BVerfGE 36, 139; BVerfGE 58, 202.

56 BVerfGE 5, 2 [6].

57 BVerfGE 36, 139 [142] and BVerfGE 58, 202 [205].

58 BVerfGE 132, 39 [50].

59 BVerfGE 132, 39 [52]. Capacity testing is typical of the republican tradition of constitutionalism, see *Jacob Cogan*, The look within: Property, capacity, and suffrage in nineteenth-century America, *Yale LJ* 107 (1997), 473.

60 BVerfGE 132, 39 [54].

61 The Court accepted the view that social media and other communication media do not suffice to cultivate the capacity to participate in expatriate citizens (BVerfGE 132, 39 [53]). Once actual residence is foregrounded in this manner, a potential incoherence in the German response to the voting rights of migrants becomes clear: if a second or third generation emigrant can undergo the necessary acculturation by temporarily living in Germany for three months as a teenager, why is the same not possible for a first generation immigrant who permanently lives in Germany as an adult?

who had lived in Germany as a baby would meet the three months prior residence test, but would not thereby have acquired an understanding of German politics.<sup>62</sup>

The second explanation of the residence test is of direct concern to our discussion. The Court explicitly considered, but eventually held that it was unnecessary to decide,<sup>63</sup> whether the residence requirement may also be used to exclude non-resident citizens who are not ‘equally affected by’ or equally ‘subject to German sovereignty’ when compared to citizens who live in Germany.<sup>64</sup> The ‘all affected persons’ principle resurfaces again. This time it is embraced by the Court itself as a potentially valid and decisive principle of democratic inclusion. While the Court did not explicitly rule that the ‘all affected persons’ principle overrides the ‘equal citizenship’ principle, the Bundestag accepted that it did and explicitly adopted the ‘all affected persons’ principle as voter eligibility criteria when it re-enacted a new residence test before the 2013 national elections. In terms of the current test, unless a non-resident citizen can prove that he or she has direct personal experience of, and is ‘affected by’ the German political process (*‘von ihnen betroffen sind’*), he or she can only vote in a national election if he or she has lived in Germany (i) for an uninterrupted period of three months, (ii) within the past 25 years, (iii) as a teenager or adult (after his or her 14<sup>th</sup> birthday).<sup>65</sup>

It is worth noting here that Germany’s disqualification of migrant workers abroad was approved by the erstwhile European Commission of Human Rights in *Luksch v Germany*.<sup>66</sup> The Commission held that the exclusion of non-resident citizens from elections did not violate the right to vote

---

62 The merits of this attempt to link residence with the deliberative character of democracy falls outside the focus of this essay and must be left for another occasion. On the distinction between statistical and deliberative democracy in the post-apartheid context, see *Democratic Alliance v Masondo* [2002] ZACC 28; 2003 (2) SA 413 (CC).

63 Even if it was legitimate to apply the ‘all affected persons’ test to exclude non-resident citizens, the three months prior residence test provided no indication of who were affected and who not.

64 BVerfGE 132, 39 [52]. Even if this objective was legitimate, the three months prior residence test would remain an arbitrary test for voter eligibility (being equally affected by the legislative authority of the Bundestag).

65 Article 12(2) of the Federal Elections Act (as amended by the 21<sup>st</sup> Amendment Act on 3 May 2013).

66 *Luksch v Germany* [1997] ECHR 198, 21 May 1997 (application 35385/97).

because democracy implied a direct ‘correlation between the right to vote and being directly and equally affected by the acts of the political bodies so elected’. The Commission held that a State need not establish, on an individualised basis, whether a person is ‘directly affected’ by the acts of a particular political body. States are allowed to apply a uniform residence test to establish the correlation between representation and affectedness. The Commission concluded that, as a general rule, a non-resident citizen ‘cannot claim to be affected by the acts of political bodies to the same extent as resident citizens’. This line of reasoning was recently confirmed by the European Court of Human Rights in *Shindler v UK*.<sup>67</sup> The Court confirmed that the right to vote was not violated by an expatriate voter eligibility test which required prior residence in the UK during the past 15 years. As the Court put it, the prior residence requirement was justified as a means to confine the parliamentary franchise of a State to those citizens ‘who would [...] be most directly affected by its laws’.<sup>68</sup>

### E. Conclusion

The discussion above reveals how two leading democracies, one from the developed and one from the developing world, are caught between two constitutional models of democracy and political representation. The model of citizenship places nationality (naturalisation) and the principle of ‘equal citizenship’ central; the model of denizenship places residence and the principle of ‘all affected persons’ central. The case law discussed above is marked by tensions, contradictions, unexplained shifts and inversions as the Constitutional Courts of South Africa and Germany struggle to navigate their way between these models in search of a new principled basis to regulate the voting rights of migrants.

The discussion above focused on the participation of migrant workers in national elections. I argued that at this level the principle of denizenship

---

67 *Shindler v UK* (2013), See also *Hilbe v Lichtenstein* (1999); *Doyle v United Kingdom* (2007); *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v Greece* (2012).

68 *Shindler* note 67, para 118. It should be noted that the European Commission does not share this view. The Commission issued a Recommendation to member states on 29 January 2014 that expatriate citizens should retain the right to vote (C(2014) 391). According to the Commission, the willingness of an expatriate citizen to register as a voter before each election is sufficient to establish the membership link needed to found the right to vote.

does an equal, if not better, job than the principle of citizenship as voter eligibility criterion. During the course of the argument the question arose whether the principle of citizenship can also secure political justice in local and global processes of governance. The European extension of voting rights to resident foreigners at local government level provides an answer to the first part of the question. What about the second?

Only the ‘all affected persons principle’ makes a comprehensive democratic response to migration possible, firstly by integrating migrant workers into the national political process of the representative state as residents, secondly, by inviting transnational democratic contestations of the very distinction between visitors, residents and nationals upon which even this denizenship model of representative democracy would still depend. The political injustice towards resident foreigners cannot be remedied by simply extending voting rights to naturalised citizens, or even denizens, without first finding a democratic answer to the question who should count as lawful residents and illegal foreigners in the first place. According to scholars such as Nancy Fraser,<sup>69</sup> Robert Goodin<sup>70</sup> and Arash Azibadeh,<sup>71</sup> this question cannot be answered unilaterally at the national level, without committing the political injustice of excluding foreigners outside the state who are directly affected by the migration laws and policies of the state. As the recent Mediterranean crisis sadly illustrates, the same applies where migration laws and policies are developed at a regional or European level. The principle of equal national or community citizenship is inherently unjust when it comes to the democratic regulation of global migration. This is so because the principle of naturalisation and equal citizenship ‘misframes’ the problem of migration as the last vestige of national sovereignty to be decided by the nation of citizens alone (as opposed to the transnational or cosmopolitan demos of all possibly affected migrants).<sup>72</sup>

This claim takes us into the contested terrain whether a cosmopolitan demos (humanity as a political category) is conceptually attractive and even possible.<sup>73</sup> Even if it is not, about which I do not express any opinion here, the point remains that a politically just or democratic solution to mi-

---

69 *Fraser*, note 46, p. 25.

70 *Goodin*, note 5, p. 59.

71 *Azibadeh*, note 5, p. 37.

72 *Fraser*, note 46, p. 18.

73 *Jacques Derrida*, *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, London, 2001, p. 51.

gration, whether at a national or regional level, will have to include foreigners outside the state or the region who are directly affected by border closures and restrictive residence and naturalisation policies (category four claims above). How these foreigners might find political representation within the political decision-making processes of the representative state is a crucial but complex question which I cannot explore in more detail within the space available to me.<sup>74</sup> The point is simply that the principle of equal citizenship makes it impossible to even raise the participation of foreigners outside the state as a problem of social justice facing the representative state.

It is precisely this (self-imposed) democratic disempowerment which predator states and other governance networks have exploited during the first decades of globalisation. When new social movements try to reassert a right to democratic accountability, they do not do so on the basis of an extension of the principle of national citizenship. They do so in reaction to national citizenship and the representative state, often in the form of a radical anti-institutional participatory political resistance, precisely because the nation state and its representative institutions have become a straight-jacket for transformative political energies.<sup>75</sup> The ‘all affected persons’ principle, by contrast, provides a link between the national and transnational phases of the democratic struggle for social justice. In a developing country like South Africa, which is particularly vulnerable to the effects of globalisation and neo-colonisation,<sup>76</sup> it is crucial to keep this link alive. The dramatic shift from denizenship to citizenship in South Africa’s

---

74 See above footnote 5. For an overview of these options and defence of an administrative law model (as opposed to the constitutional law) model see *Eyal Benvenisti*, *Sovereigns as trustees of humanity: on the accountability of states to foreign stakeholders*, *American J Int L* 107 (2013), p. 295. See also my comments on *Goodin* in footnote 40 and *Fraser* in footnote 46 for other modalities of participation short of equal or weighted voting rights for non-resident foreigners in national legislatures (Böckenförde’s *reductio*).

75 *Chantal Mouffe*, *Agonistics: thinking the world politically*, London, 2013, p. 65; *Judith Butler and Athena Athanasiou*, *Dispossession: the performative in the political*, Cambridge, 2013, p. 140; *Manuel Castells*, *Networks of outrage and hope: social movements in the internet age*, Cambridge, 2012, p. 110.

76 *John Saul and Patrick Bond*, *South Africa: The present as history*, Johannesburg, 2014, p. 247 writes that ‘recolonization – not by some individual empire but by the Empire of Global Capital itself – is what now confronts ordinary South Africans’.

voting rights jurisprudence over the past 20 years have, unfortunately, done exactly the opposite.



# Ende der repräsentativen Demokratie? Eine Staatsform vor der Alternative ihrer selbst

*Otto Depenheuer*

## *A. Demokratiedämmerung?*

Die Demokratie des Grundgesetzes versteht sich als „wehrhafte“.<sup>1</sup> Nie wieder sollen die Feinde der Demokratie diese freiheitlichste je auf deutschem Boden realisierte Staatsform mißbrauchen dürfen. Zahlreich die Vorkehrungen, das Trauma der Deutschen von 1933 – die „legale Macht-ergreifung“ – vorbeugend zu verhindern. Doch wie so oft in der Geschichte: die Gefahr kommt nicht von dem Feind, den man vermutet und gegen den man sich gewappnet hat. Gefahr erwächst der grundgesetzlichen Demokratie still, allmählich, fast unmerklich, strukturell unpolitisch, als Konsequenz geschichtlicher Entwicklung: unaufhörliche Komplexitätssteigerungen der Entscheidungslagen, entsprechend zunehmende Ausbildung technokratischer Subsysteme, potenziert durch überstaatliche Problembewältigungsherausforderungen und internationale Normgenerierung. Parlamentarisch zu bewältigende Entscheidungslagen werden parallel dazu immer komplexer und diffuser. Regelmäßig verbunden mit extremem zeitlichem Entscheidungsdruck führen diese Rahmenbedingungen im Ergebnis zu einer weitgehenden faktischen Entmachtung der nationalen Parlamente.<sup>2</sup> Aber nicht nur das Substrat des demokratischen Entscheidungs-

---

1 Vgl. Markus Thiel (Hg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003; Jürgen Becker, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts (HStR)*, Bd. VII (1992), § 167; Otto Depenheuer, *Wehrhafte Republik*, in: Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hg.), *Freistaatlichkeit. Prinzipien eines europäischen Republikanismus*, 2011, S. 211 ff.

2 Ausführlich Analyse: Quirin Weber, *Parlament – Ort der politischen Entscheidung?*, Basel 2011. Vgl. auch Otto Depenheuer, *Demokratie zwischen Effizienz und Legitimation*, in: Günther Nonnenmacher/Andreas Rödder (Hg.), *Kapitalismus und Demokratie*, Vierte Tendenzwende-Konferenz der FAZ am 15. und 16. November 2012 in Berlin, 2013, S. 24-30; ders. *Demokratie und Staatsvolk. Die Bindung des Wahlrechts an die Staatsangehörigkeit*, in: Gornig/Horn/Murswiek (Hg.), *Nationales Wahlecht und internationale Freizügigkeit*, 2015, S. 39 ff.

prozesses verschwimmt im Dunstkreis maximaler Komplexität, zeitgleich wird auch das Subjekt der Demokratie immer undeutlicher. Der Begriff des Volkes ist längst nicht mehr so klar wie er einmal erschien: im Zeitalter von Internationalisierung und Globalisierung, von supranationaler Integration und immer größeren weltweiten Migrationsströmen verliert der demokratisch verfaßte Nationalstaat den Quellgrund, auf dem eine demokratische Organisation politischer Macht ihrer Begrifflichkeit nach beruht: den Demos, d.h. das Volk.<sup>3</sup> Dieser Befund bezeichnet ein demokratietheoretisches Problem. Wenn Demokratie Herrschaft des Volkes ist, dann kann es nicht folgenlos bleiben, wenn das Volk als prinzipiell feste Größe fragwürdig wird, seine Substanz sich ändert und eine zahlenmäßig erhebliche Diskrepanz zwischen dem deutschen Volk als der Summe aller Staatsangehörigen einerseits und der innerhalb des Bundesgebietes ansässigen Bevölkerung andererseits festzustellen ist. Was wird aus der „Herrschaft des Volkes“, wenn der Begriff des Volkes „undeutlich“ wird, der spezifische Legitimationsquell der Demokratie verdunstet, diffus wird, nicht mehr abgrenzbar ist? Der Bundestag hat den angezeigten Wandel baulich bereits verarbeitet: er sieht sich nicht mehr nur – wie an der historischen Stirnfront des Reichstagsgebäudes bekundet – „dem Deutsche Volke“ verpflichtet, sondern – etwas versteckt im Innenhof – ebenso auch „der Bevölkerung“.<sup>4</sup> Der Beitrag von *Wessel le Roux* zielt in gleicher Weise darauf ab, die gegenwärtigen Probleme der repräsentativen Demokratie in Südafrika durch eine Ersetzung des Volksbegriffs als Kern der Demokratie durch den Begriff der Bevölkerung, also die Ersetzung der Staatsangehörigkeit durch die der Betroffenheit der im Staatsgebiet Lebenden, zu ersetzen. Gegenüber derartigen vorschnellen Antworten auf einen Wandel der realen Verhältnisse scheint mir ein gehöriges Maß an Skepsis angebracht. Um diese zu verdeutlichen, darf ich zunächst die Problemanalyse noch etwas verbreitern und vertiefen. Insoweit möchte ich daran erinnern, daß nur ein in der Wirklichkeit vorfindbares, bestimmtes oder bestimmbares Kollektiv repräsentiert werden kann. Sodann soll die unverzichtbare politische Dimension des Problems der Unterscheidung zwischen Staaten und ihren

---

3 Josef Isensee, Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, in: Dieter Schwab u.a. (Hg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift für Paul Mikat, 1989, S. 705.

4 Dokumentation der öffentlichen Debatte bei Michael Diers/Kaspar König (Hg.), Der Bevölkerung, 2000.

Staatsvölkern zumindest ansatzweise rekonstruierend skizziert werden. Am Ende soll schließlich ein durchaus unpräziser Lösungsvorschlag vorgestellt werden, der im Ergebnis wenig aufregend darauf hinzielt, es im Wesentlichen so zu belassen, wie es gegenwärtig ist.

### *B. Wen repräsentiert die repräsentative Demokratie?*

Im Kontext von Globalisierung und Migrationsbewegungen, wie wir sie gegenwärtig erleben, stellt sich in der Tat die Frage, welchen rechtlichen Status die Zuwanderer in den Zuwanderungsstaaten haben sollen. Da sie keine Staatsangehörigen und deshalb von Wahlen ausgeschlossen sind,<sup>5</sup> werden sie demokratisch nicht repräsentiert. Das rechtspolitische Votum vieler Beobachter geht deshalb dahin, daß sie, weil sie von den Entscheidungen des Aufenthaltsstaates betroffen seien, repräsentiert werden sollten, deshalb Bürgerstatus erlangen sollten, damit sie derart auch zum demokratischen Souverän gehören, folglich integriert und repräsentiert sind. Diese modulare Problemlösungsstrategie erscheint indes etwas unterkomplex: sie trägt den Voraussetzungen jeder Repräsentation nicht hinreichend Rechnung, nämlich dem Bestehen einer Entität, die überhaupt repräsentiert werden kann.

#### I. Das Volk als „unsichtbares Sein“

*Carl Schmitt* hat in seiner Verfassungslehre<sup>6</sup> den Begriff der Repräsentation wie folgt definiert: „Repräsentieren heißt, ein unsichtbares Sein durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar zu machen und zu vergegenwärtigen.“ Repräsentation bedeutet also, ein unsichtbares Sein, nämlich das Sein des Staates oder des Volkes durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar zu machen, zu vergegenwärtigen. Ähnlich formulierte *Heinrich Triepel*, „Repräsentieren heißt die Darstellung eines schwer erkennbaren Seins durch eine leichter erfassbare Wirklichkeit.“<sup>7</sup> Diese beiden exemplarischen Definitionen verweisen also auf etwas, das überhaupt repräsentiert werden kann: das Dasein einer abstrakten Entität. Herkömmlich erfolgt in-

---

5 BVerfGE 83, 37, 50 ff. – Ausländerwahlrecht.

6 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 209.

7 Heinrich Triepel, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942, S. 129.

soweit konkretisierend der Verweis auf das Volk. Das Volk als eine vorgegebene, gedachte, aber auch real erfahrbare, durch Sprache, Geschichte, Kultur allmählich gewachsene, Orientierung stiftende und Heimat vermittelnde Größe. Auf dieser Grundlage kann Demokratie als die Selbstbestimmung des Kollektivs „Volk“ begriffen und real erfahrbar werden. Die Bürgerschaft in der antiken Polis praktizierte in diesem Sinne „demokratische Selbstbestimmung“ ebenso wie die demokratischen Bestrebungen im 19. Jahrhundert, in denen das Volk nach und nach zum nicht mehr abzuweisenden politischen Faktor wurde und sich anschickte, sich selbst regieren zu wollen. Diese Idee der „Demokratie“ ist eine aus der Geschichte der Staatsformenlehre gegenwärtig und auch in Zukunft nicht hinwegzudenkende Legitimationskategorie politischer Herrschaft.

## II. Die Geburt der Demokratie im Schoße des Nationalstaates

In eher statischen Zeiten war der unscharfe Begriff des Volkes als Chiffre einer gegebenen Gemeinschaft im Prinzip kaum umstritten. Das änderte sich, als sich allmählich die Idee der Menschenrechte entwickelte und sich der Volksbegriff in Gegenbewegung dazu rechtfertigen mußte. Denn die Idee der Menschenrechte kennt nur ebenso abstrakte wie individuelle Menschen, aber keine kollektive Einheiten von Menschen. So entstanden im 19. Jahrhundert die manigfaltigen Narrative der europäischen Völker und grundierten derart den aufkommenden Nationalismus. Dieses erzählte „Volk“ war zwar niemals das, was der Nationalismus des 19. Jahrhundert daraus gemacht hatte. Stets war „Volk“ ein Sammelbegriff für ein sich ständig wandelndes, durch Zu- und Abwanderung, durch Eroberungen oder Gebietsverluste sich veränderndes Substrat. Aber über alle Kontinuitätsbrüche und Wandlungsprozesse hinweg bezeichnete das Volk stets ein gegebenes Substrat einander – mehr oder weniger, tatsächlich oder nur eingebildet – vertrauter Menschen. Mit und seit der französischen Revolution wurde dieses Volk auch als politische Größe immer wieder real als „verfassunggebende Gewalt“ wirksam: „Wir sind das Volk“ skandierten die Bürger der DDR und erzwangen die politische Einheit Deutschlands. Und diese zwar im einzelnen undeutliche, aber real vorhandene Größe „Volk“ wurde dann über das Recht der Staatsangehörigkeit rechtlich in Form gebracht, formalisiert. Auf den Punkt gebracht: die neuzeitliche Geburt der Demokratie entstand aus dem Geiste und im Schoße des National-

staates.<sup>8</sup> Demokratie ist Selbstbestimmung von Völkern, d.h. nur einer Teilmenge der gesamten Menschheit, nicht Teilhabe beliebiger, zufällig und zeitweise räumlich anwesender Menschen. Diese Konnektivität wird durch zwei Entwicklungen faktischer Art immer mehr in Frage gestellt: den Prozeß der Individualisierung und weltweite Migrationsbewegungen.

### III. Auflösung des „Volkes“ durch Individualisierung

Unter Individualisierungsdruck verdunstet gegenwärtig in den westlichen Gesellschaften immer mehr die Vitalität von prinzipiell vorgegebenen und lebenslang bindenden Gemeinschaften. Schon 1887 diagnostizierte *Ferdinand Tönnies* hellsichtig die sich abzeichnende Schwächung von Gemeinschaften – staatlichen, religiösen, familiären – und ihre Ersetzung durch zweckorientierte Gesellschaften und selbstbestimmte Zusammenschlüssen von Individuen zu bestimmten Zwecken und auf selbstbestimmte Zeit.<sup>9</sup> Im Ergebnis unterliegen die Menschen heute den sich teils widersprechenden Logiken unterschiedlicher Systeme, von denen das politische System nur eines unter vielen ist. Aber auch innerhalb der Systeme wird heute stete Veränderungsbereitschaft erwartet und gelebt: wenn Projekte gelaufen sind, der Zweck erfüllt, zerfällt der Zusammenschluß, um sich gegebenenfalls anderweitig mit anderen Partnern mit anderen Zielen neu zu formieren. Dieser Entwicklung zu einer hochgradig ausdifferenzierten und maximal flexiblen Gesellschaft eröffnet dem Einzelnen historisch unvergleichliche Handlungsoptionen: wenn das Individuum scheitert oder es neue Präferenzen setzt, wechselt es den Handlungszusammenhang: den Partner, den Verein, den Staat, die Religion. Pate hinter dieser Entwicklung steht ein die Gegenwart prägender Zeitgeist: der moderne Mensch scheut sich, seine individuelle Freiheit in verbindliche Bindungen zu überführen, sondern ist bestrebt, sich möglichst alle Optionen so lange als möglich offenhalten. Daher das Sterben der Vereine, der Rückgang der Parteimitglieder, die Marginalisierung der Ehe, die begehrte Mehrstaatsangehörigkeit, um nur einige Felder zu nennen. An ihre Stelle treten Projekte, Bindungen und Partnerschaften auf Zeit, Optionsangebote wie Schnupperparteimitglied-

---

8 Vgl. dazu näher Depenheuer, Fn. 2, S. 39.

9 Vgl. Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887; Norbert Elias, *Die Gesellschaft der Individuen*, 2001; Markus Schroer, *Das Individuum der Gesellschaft*, 2001.

schaften in Parteien oder optionale Staatsangehörigkeiten etc. Unterfüttert und befeuert wird dieser Wandlungsprozeß durch die umfassende Digitalisierung aller Lebensbereiche, die den Einzelnen scheinbar souverän stellt. Dieser Prozeß der Individualisierung stellt an die Idee der demokratisch organisierten Repräsentation des Volkes eine existenzielle Frage: kann eine Summe von Individuen überhaupt repräsentiert werden? Steht das Selbstverständnis der Individuen der Idee der Repräsentation eines Kollektivs nicht fundamental entgegen? Kann eine beliebige Ansammlung von Menschen repräsentiert werden? Oder läßt sich in einer Gesellschaft von Individuen doch noch ein gemeinsames Sein erkennen, das sich repräsentieren ließe?

#### IV. Auflösung des „Volkes“ durch Migration?

Der ursprüngliche Gleichklang von Volk und Demokratie wird im Zeitalter von Globalisierung und Migration noch in einer weiteren Hinsicht, diesmal gleichsam „von außen“, immer fragwürdiger. Deutschland hat sich faktisch zu einem Einwanderungsland entwickelt. Ausgehend von früher ungeahnten Reisemöglichkeiten über diverse Wellen des Zuzugs von Gastarbeitern bis hin zu weltweiten Wanderungsbewegungen in erheblichem Umfang verfügen in Deutschland gegenwärtig 20% der Gesamtbevölkerung über einen Migrationshintergrund. In manchen Stadtteilen und Schulen liegt der Ausländeranteil bei über 50%. Zwei Drittel der ausländischen Bevölkerung leben seit über 10 Jahren in Deutschland, nahezu 40% seit über 20 Jahren und ein Viertel seit über 30 Jahren.<sup>10</sup> Ebenso wie Individualisierungs- lassen sich auch Migrationsprozesse als Ausdrucksformen der Individualisierungsschübe moderner Gesellschaften verstehen: denn es wandern nicht Völker, sondern Menschen, nicht Kollektive, sondern Individuen. Jedenfalls bezeichnet dieser Befund ein demokratietheoretisches Problem. Was also wird aus der „Herrschaft des Volkes“, wenn das Substrat des Volkes „undeutlich“ wird?

Nun haben Juristen eine symphatische Scheu, sich mit der Wirklichkeit auseinander setzen zu müssen. Ihr Hoheitsgebiet ist das Reich des Sollens, das sich in Normen zeigt. Deshalb können sie die Frage, was das Volk so-

---

10 Einzelheiten: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Migrationsbericht 2010, S. 179 f.

ziologisch ist, dadurch umgehen, daß sie rechtlich definieren, was das Volk ist. Ergebnis: „Deutscher im Sinne dieses Gesetzes ist, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt“ (§ 1 StAG). Aber dadurch wird das dahinterstehende Problem nicht gelöst, sondern nur dissimuliert. Denn die Frage lautet: sollen alle, die faktisch da sind, auch rechtlich dazugehören? Kann man also auf das Institut der Staatsangehörigkeit als Voraussetzung der demokratischen Staatsform verzichten? Immerhin sind beide Entwicklungen – Individualisierung innerhalb der staatlichen Gemeinschaft, weltweite grenzenüberschreitende Migrationsbewegungen andererseits – faktische Gegebenheiten, die überkommene Rechtsvorstellungen und -institute in Frage stellen. Gerade deshalb bilden sie eine ernsthafte Herausforderung für die Zukunft der repräsentativen Demokratie in der Gegenwart.

In Deutschland besteht insoweit die Neigung, die Probleme wohlwollend zu marginalisieren und diese Entwicklungen als Nebenwirkungen einer politisch erfreulichen Zeit zu interpretieren, einer entpolitisierten Zeit, in der es – spätestens seit dem Zusammenbruch der kommunistischen Staaten – keine wirklich politischen Probleme mehr zu geben scheint: aus Staatsbürgern werden Menschen, aus kulturellen Unterschieden erwächst eine „bunte Gesellschaft“, aus Monokulti wird Multikulti. Tatsächlich entfaltet sich Individualisierung und Zuwanderung in Deutschland im Kontext und als Folge einer hochgradig entpolitisierten Wirklichkeit. Deutschland war militärisch besiegt, durch die Alliierten besetzt, in zwei Staaten geteilt. Es verfügte über keine Souveränität, stand aber unter dem Schuttschirm der NATO. Derart vor politischen Fährnissen weithin behütet entwickelte es sich zu einer Hochburg des angenehmen, ethisch allzeit korrekten, unpolitischen Lebens: immer mehr Wohlstand im „Wirtschaftswunderland“, immer mehr Freiheitsräume für den Einzelnen, immer sensiblere Deutungen der „unantastbaren Menschenwürde“, immer rechtsstaatlicher und freiheitsfreundlicher, immer friedlicher, immer sozialer, immer internationaler, immer offener, immer inklusiver, immer bunter – Leben im politischen Schlaraffenland. Doch diese schönen unpolitischen Zeiten dürften allmählich ihrem Ende entgegengehen. Und damit könnten auch jene Bedingungen entfallen, die die Entpolitisierung der Gesellschaft ermöglichten. Dann könnte auch das von vielen vernachlässigte Problem der politischen Dimension des Volkes wieder zum Thema werden.

### C. Die politische Dimension des Volkes

Es gibt noch Staaten auf diesem Globus. Die Feststellung klingt trivial, zeitigt aber Konsequenzen: solange es nämlich eine Vielzahl von Staaten gibt – und das dürfte allen Tendenzen zur Bildung von Staatengruppierungen zum Trotz noch einige Zeit so bleiben –, solange wird es auch Politik geben.<sup>11</sup> Politik bezeichnet bekanntlich die Möglichkeit, ja die Wahrscheinlichkeit von Interessengegensätzen zwischen Staaten und Staatengruppen, mögen sie Umwelt- und Energiefragen, wirtschaftliche oder politische Einflußsphären betreffen. Daraus entspringen Interessengegensätze, die zu Rivalitäten und Koalitionen, d.h. zu „Machtfragen“ werden können. Diese können bekanntlich friedlich durch Verhandlungen oder Schiedsentscheide zu einem (vorübergehenden) Arrangement auf Zeit oder aber auch unfriedlich bis hin zu bewaffneten Konflikten einer Lösung zugeführt werden. Ich verzichte darauf, die gegenwärtig (2015) zahlreichen aktuellen bewaffneten Konflikte aufzuzählen und die divergierenden – offenen wie latenten – Interessenlagen zu skizzieren, die zu weiteren Konflikten führen könnten. Noch wännen sich viele in Deutschland außerhalb dieser Konflikte. Aber das kann sich schneller ändern als uns das lieb ist. Entscheidend aber ist hier nur, daß es diese Konflikte latent immer gibt und sie aus gegebenem Anlaß auch militärisch eskalieren können, sich zur Unterscheidung von Freund und Feind verdichten.<sup>12</sup> Und weil es diese politischen Gegensätze zwischen Staaten gibt, unterscheiden wir rechtlich wie faktisch zwischen Staaten und zwischen den Bürgern dieser Staaten: sie befinden sich entweder auf der einen oder anderen Seite. In derartigen Ausnahmefällen wird jeder – nolens volens – Partei und dann stellt sich die Frage nach der Loyalität der Bevölkerung: steht sie hinter dem eigenen Staat oder nicht.

### D. Funktion und Bedeutung der Staatsangehörigkeit

Eine Antwort darauf könnte das Institut der Staatsangehörigkeit sein. Die rechtlich definierte Staatsangehörigkeit bezeichnet die formalisierte Basis des Bürgerstatus und bedeutet politische Vollmitgliedschaft im Gemein-

---

11 Politik im Sinne von Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* [1928], 1963, S. 20 ff.

12 Ebenso klassische wie umstrittene Begriffsbildung Schmitt, Fn. 11, S. 26 ff.

wesen.<sup>13</sup> Sie bildet die Grundlage gleicher politischer Teilhabe aller Bürger bei der politischen Willensbildung und der dadurch demokratisch legitimierten Kreation der Staatsorgane durch Wahlen und Abstimmungen (Art. 20 Abs. 2 GG). Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Die Staatsangehörigkeit ist die rechtliche Voraussetzung für den gleichen staatsbürgerlichen Status, der einerseits gleiche Pflichten, zum anderen und vor allem aber auch die Rechte begründet, durch deren Gewährleistung die Staatsgewalt in der Demokratie legitimiert wird.“<sup>14</sup> Dieser formal-demokratische Bürgerbegriff öffnet den Zugang zu den politischen Institutionen und demokratischen Verfahren, um die Art, Form und Regeln des politischen Zusammenlebens demokratisch zu gestalten und zu verändern. Solange die Staaten primärer Bezugspunkt demokratischer Herrschaftsausübung sind, ist die konstitutive Bedeutung der Staatsangehörigkeit für die demokratische Herrschaftsform ebenso unvermeidbar wie die dadurch bewirkte Unterscheidung zwischen Staatszugehörigen und Fremden.

Die rechtliche Bedeutung der Staatsangehörigkeit erschließt sich indes nicht aus dem Status als solchem, sondern aus den Rechtsfolgen, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen. Insoweit werden wir gegenwärtig Zeugen einer weitgehenden rechtlichen Marginalisierung der Staatsbürgerschaft als exklusivem Statusrecht. Scheinbar unaufhaltsam wird der tatsächliche Rechtsstatus von Staatsangehörigen und Ausländern immer gleicher.<sup>15</sup> Ein kursorischer Überblick mag diesen Befund illustrieren: das Aufenthaltsrecht ist heute praktisch kein exklusives Privileg der Staatsangehörigen mehr. Aufenthaltsentscheidungen werden unions-, grund- und menschenrechtlich überlagert. Unionsbürgern wird qua Binnenfreizügigkeit ein Recht auf Aufenthalt garantiert. Mit der Gewährung von Gebietszugang eines jeden Ausländers verfestigt sich dessen Status im Aufenthalt. Der ursprünglich als vorübergehend konstruierte Aufenthaltsstatus geht über in ein Bündel von Aufenthaltstiteln, die der Tendenz nach zu einem

---

13 Einzelheiten: Stefan Haack, Staatsangehörigkeit – Unionsbürgerschaft – Völkerrechtssubjektivität, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Deutschland in der Staatengemeinschaft, Bd. X, 3. Aufl., 2012, § 205, Rn. 7 ff.

14 BVerfGE 113, 27 (294).

15 Zum Folgenden jeweils m.w.N. Christian Walter und Klaus Ferdinand Gärditz, Der Bürgerstatus im Licht von Migration und europäischer Einwanderung, in: VVDStRL 72 (2013), S. 7 ff., 49 ff.

rechtlich gesicherten Daueraufenthalt führen können: das Aufenthaltsrecht des Ausländers kann gleichsam „durch Ersitzung“ erworben werden.

Aber auch der Status des rechtmäßig in Deutschland verweilenden Ausländers wird dem der deutschen Staatsangehörigen immer ähnlicher: die Gleichstellung von In- und Ausländern als Wirtschaftssubjekte ist durchgehend verwirklicht, für Unionsbürger bildet sie gar die Essenz der Grundfreiheiten. Allein der Arbeitsmarktzugang für drittstaatsangehörige Ausländer ist noch reguliert. Der Zugang zum öffentlichen Dienst ist für Unionsbürger in weitem Umfang geöffnet. Nur Justiz, Diplomatie und innere Sicherheit bilden letzte Reservate, die exklusiv Staatsangehörigen vorbehalten sind, wenngleich auch hier erste Öffnungen zu beobachten sind. Im übrigen unterliegen In- wie Ausländer in gleicher Weise der allgemeinen Gehorsamspflicht gegenüber geltendem Recht, haben beide Gruppen gleichen Anspruch auf soziale Teilhabe: Leistungen werden einfachgesetzlich entweder nach Versicherungsprinzip oder nach Bedürftigkeit organisiert, in der Regel jedoch nicht nach Staatsangehörigkeit. Elementare Sozialleistungsansprüche sichern das in der Menschenwürde wurzelnde und damit das statusunabhängige soziale Existenzminimum: Mensch ist nämlich jeder. So hat das Bundesverfassungsgericht jüngst den Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger mit nur vorübergehenden, humanitär motivierten Aufenthaltstiteln von Bundeserziehungs- und Bundeselterngeld für gleichheitswidrig erklärt: wer rechtmäßig in Deutschland verweilt, bekommt sozialstaatlich das der Menschenwürde je gemäße.<sup>16</sup> Auch die staatliche Schutzverpflichtung erfaßt alle – Staatsangehörige wie Fremde – gleichermaßen: eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit ist grundrechtlich zwar bei Deutschengrundrechten zulässig, wird jedoch einfachrechtlich regelmäßig neutralisiert.

Fazit: Die festzustellende allmähliche Annäherung des Status von In- und Ausländern – überlagert von der Differenzierung zwischen Unionsbürgern sowie sonstigen privilegierten Drittstaatsangehörigen – bewirkt eine Auffächerung der vormals exklusiv durch die Staatsangehörigkeit vermittelten Statusverhältnisse. Die Bedeutung des Staatsangehörigkeitsstatus nimmt korrespondierend ab. Nicht zufällig nehmen gleichzeitig entsprechend mehrfache Staatsangehörigkeiten zu. Unverfügbarkeit und Unentrinnbarkeit des Staatsangehörigkeitsbandes verlieren somit immer mehr an Bedeutung. Eine Bestandsaufnahme der Rechtsentwicklung zeigt ein-

---

16 BVerfG, NVwZ 2012, S. 1024.

mal mehr: Statusunterschiede zwischen In- und Ausländern verblassen mit Verfestigung des Aufenthalts und werden in der Folge zu Details des Verwaltungsrechts, das die aus den Uneindeutigkeiten der rechtlichen Zugehörigkeiten entstehenden Probleme im Einzelfall abarbeiten muß. Wenn also die aus der Staatsangehörigkeit fließenden Rechte mit denen immer ähnlicher werden, die aus dem rechtmäßigen Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet resultieren, dann stellt sich unvermeidlich die weitergehende Frage, welche Konsequenzen daraus für das Wahlrecht folgen. Noch markiert das demokratische Wahlrecht den entscheidenden Statusunterschied zwischen Staatsangehörigen und Ausländern. Aber kann das so bleiben oder müssen nicht vielmehr alle Ausländer, insbesondere wenn sie längere Zeit im Bundesgebiet ansässig sind, Steuern zahlen, im sozialen Leben integriert sind, dann nicht auch demokratisch am politischen Gemeinwesen partizipieren dürfen? Haben sie nicht gar einen menschenrechtlichen Anspruch auf demokratische Teilhabe? Ist ihre demokratische Exklusion ein verfassungsrechtliches Relikt und deswegen überholt?

#### *E. Demokratische Exklusion von Ausländern als Verfassungsgebot*

Nimmt man das positive Verfassungsrecht zur Grundlage für die Beantwortung dieser Fragen, dann ist der Befund eindeutig. Im Hinblick auf demokratische Teilhabe und Repräsentation besteht die fundamentale Statusdifferenz zwischen Staatsangehörigen und Ausländern bis heute verfassungsrechtlich fort. Das Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), ist die Summe der Staatsangehörigen, die insoweit das demokratische Zurechnungs- und Legitimationssubjekt konstituieren und Herrschaftslegitimation personalisieren. In der Konsequenz dieser rechtlichen Vorgaben bleibt Ausländern das aktive Wahlrecht zu Landesparlamenten und zum Deutschen Bundestag, das Herzstück des status activus, verschlossen. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1990: „Der Verfassungssatz ‚Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus‘ enthält [...] nicht allein den Grundsatz der Volkssouveränität. Vielmehr bestimmt diese Vorschrift selbst, wer das Volk ist, das in Wahlen, Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung Staatsgewalt ausübt: Es ist das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland. [...] Als demokratischer Staat kann sie nicht ohne die Personengesamtheit gedacht werden, die Träger und Subjekt der in ihr und durch ihre Organe ausgeübten Staatsgewalt

ist. Diese Personengesamtheit bildet das Staatsvolk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG hat daher nicht zum Inhalt, daß sich die Entscheidungen der Staatsgewalt von den jeweils Betroffenen her zu legitimieren haben; vielmehr muß die Staatsgewalt das Volk als eine zur Einheit verbundene Gruppe von Menschen zu ihrem Subjekt haben. Das Volk, von dem die Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland ausgeht, wird nach dem Grundgesetz von den deutschen Staatsangehörigen und den ihnen nach Art. 116 Abs. 1 gleichgestellten Personen gebildet. Die Zugehörigkeit zum Staatsvolk der Bundesrepublik wird also grundsätzlich durch die Staatsangehörigkeit vermittelt. Die Staatsangehörigkeit ist die rechtliche Voraussetzung für den gleichen staatsbürgerlichen Status, der einerseits gleiche Pflichten, zum anderen und insbesondere aber auch die Rechte begründet, durch deren Ausübung die Staatsgewalt in der Demokratie ihre Legitimation erfährt. [...] Schließlich weist Art. 146 dem deutschen Volke die Entscheidung über eine das Grundgesetz zu gegebener Zeit ablösende Verfassung zu. In nicht zu übersehender Parallelität erklären die Präambel und Art. 146 GG das deutsche Volk zum Träger und Subjekt des Staates der Bundesrepublik Deutschland. [...] Ist also die Eigenschaft als Deutscher nach der Konzeption des Grundgesetzes der Anknüpfungspunkt für die Zugehörigkeit zum Volk als dem Träger der Staatsgewalt, so wird auch für das Wahlrecht, durch dessen Ausübung das Volk in erster Linie die ihm zukommende Staatsgewalt wahrnimmt, diese Eigenschaft vorausgesetzt.“<sup>17</sup>

Die Einführung eines allgemeinen Ausländerwahlrechts ist auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts in seiner maßgeblichen Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht also unzulässig. Das schließt andere Formen der Ausländerpartizipation (Ausländerbeiräte etc.) nicht aus; aber diese sind kein Ausdruck demokratischer Teilhabe und deshalb auch nicht geeignet, Entscheidungen demokratisch zu legitimieren. Die Staatsangehörigkeit entfaltet damit für die Teilhabe an der demokratischen Staatswillensbildung nach wie vor eine verfassungsrechtlich vorgegebene und politisch zu respektierende Exklusionswirkung.

---

17 BVerfGE 83, 37, 50 ff. – Ausländerwahlrecht.

*F. Demokratische Inklusion von Ausländern als politische Herausforderung*

Dieser verfassungsrechtliche Befund bereitet vielfach rechtspolitisches Unbehagen. Als bedeutende Exportnation stehe das wohlhabende Deutschland im Zentrum des Prozesses von Globalisierung und Internationalisierung, von Migrationsbewegungen und Integrationsprozessen. Dadurch entwickelten sich die der Herrschaftsgewalt Unterworfenen und die Mitglieder des Legitimationssubjekts Volk auseinander. Die im Bundesgebiet wohnhaften Ausländer verfügten über kein Wahlrecht, seien nicht Mitglied der politischen Gemeinschaft. Ihre Anliegen seien nicht die eines Wählers und würden deshalb auch nur verzerrt oder gar nicht berücksichtigt. Obwohl sie die Lasten von Herrschaft mittrügen, seien sie von politischer Mitbestimmung ausgeschlossen. Der dauerhafte Aufenthalt von Ausländern ohne Wahlrecht wird derart als schwärendes Partizipationsproblem wahrgenommen. Wer Steuern und Abgaben zahle, müsse auch politisch mitbestimmen dürfen. Die Parole des amerikanischen Unabhängigkeitskrieges „No Taxation without Representation“ verdeutliche die politische Sprengkraft dieses Korrelationsverhältnisses. Aus diesen Überlegungen wird dann die rechtspolitische Forderung nach verfassungsrechtlicher Inklusion von in Deutschland lebenden Ausländern abgeleitet. Eine repräsentative Begründung liest sich wie folgt:<sup>18</sup> Die unbestrittene Entwicklung, daß Ausländer zahlreiche Möglichkeiten haben, einzelne oder gar einen großen Teil der mit der Staatsbürgerschaft üblicherweise verbundenen Statusrechte zu erwerben, „entbündele“ die Statusrechte. Die materiellen Rechte der Staatsbürgerschaft, insbesondere ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, würden weitgehend unabhängig von der Staatsangehörigkeit zugewiesen. Dies führe dazu, daß sich Migranten mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht hinsichtlich des Bürgerstatus in der Praxis letztlich nur noch beim Wahlrecht von den Staatsangehörigen unterscheiden. Solange die Statusrechte überwiegend gebündelt mit dem Bürgerstatus verliehen wurden, hätte der Bürgerstatus Gleichheit auch hinsichtlich der Partizipationsmöglichkeiten garantieren können. In dem Maße, in dem der Bürgerstatus entbündelt und der dauerhafte Aufenthalt unabhängig von der Staatsangehörigkeit ermöglicht werde, drohten Ungleichheiten, die sich als demokratisches Mitwirkungsproblem darstellten. Für die repräsentative Demokra-

---

18 Walter, Fn. 15, S. 32 f.

tie könne das zum Krisenfall werden, denn es drohe eine Inkongruenz „zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen“.

Das hier verwandte Argumentationsmuster ist bekannt: eine Entwicklung wird festgestellt (Einwanderung), die Richtung ihrer rechtlichen Bewältigung analysiert (Entkopplung von Statusrechten und Staatsangehörigkeit), die weitere Entwicklung interpoliert und hochgerechnet (Funktionslosigkeit des Staatsangehörigkeitsrechts), schließlich der status futurus skizziert (Ablösung des Wahlrechts von der Staatsangehörigkeit), dessen ohnehin zu erwartender Eintritt dann auch schon hier und heute als „historisch zwingend“ politisch und rechtlich vorweggenommen werden könne (demokratische Partizipation). Allenfalls über die rechtstechnische Umsetzung des als überfällig Erkannten kann dann noch diskutiert werden. So werden für die rechtspolitisch erwünschte demokratische Inklusion von Ausländern denn auch mehrere Lösungswege angeboten. Der erste hält rechtstechnisch an der Statuslösung fest, setzt aber auf erleichterte Einbürgerung, gegebenenfalls auch unter vermehrter Hinnahme von doppelten Staatsangehörigkeiten. Alternativ soll das Wahlrecht von der Staatsangehörigkeit abgekoppelt, der Prozeß der Entbündelung der Statusrechte vollendet und das Wahlrecht für die Bevölkerung, also jeden im Inland lebenden Ausländer eingeführt werden, um derart Deutschland endlich wieder demokratisch werden zu lassen. Ich beschränke mich auf letzteren Vorschlag.<sup>19</sup>

### *G. Allgemeines Wahlrecht der „Bevölkerung“?*

Der Vorschlag, die schon weit fortgeschrittene Entbündelung des Bürgerstatus endlich zu vollenden und auch das Wahlrecht nicht mehr an den Status, sondern an den dauerhaften Aufenthalt zu knüpfen,<sup>20</sup> wird trotz der insoweit deutlichen Absage des Bundesverfassungsgerichts auf der rechtspolitischen Tagesordnung gehalten. Diese Tatsache ist in Ansehung der Möglichkeit erleichterten Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit mehr als nur erstaunlich. Zwar wurde von der erweiterten Möglichkeit der Ein-

---

19 Zu den anderen Strategien vgl. Depenheuer, Fn. 2, S. 46 ff.

20 Vgl. etwa Walter, Fn. 15, S. 37 ff.

bürgerung nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht,<sup>21</sup> das zentrale Ziel der Reform, dem Auseinanderfallen von Wohnbevölkerung und Staatsbürgern durch erweiterte Einbürgerungsmöglichkeiten entgegenzutreten, aber nicht erreicht. Doch muß man dies nicht als Ausdruck einer freien Entscheidung der adressierten Ausländer in Ansehung einer rechtlichen Option interpretieren? Zeigt sich in der Nichtwahrnehmung der Einbürgerungsoption, daß die betreffenden Ausländer offensichtlich keinen erhöhten Wert darauf legen, Deutsche zu werden und demokratische Partizipationsrechte wahrzunehmen? Könnte man dies nicht auch politisch akzeptieren, statt ihnen ein fortgesetztes Leiden an fehlenden politischen Partizipationsproblemen in ihrem Wohnsitzland anzudichten? Wer die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben könnte, die Option aber nicht ergreift, wird dafür sicherlich seine wohlerwogenen Gründe haben. Vielleicht spüren oder wissen die betreffenden Ausländer besser als die Verfechter einer staatsangehörigkeitsrechtlichen Inklusion, daß hinter der Entscheidung für oder gegen eine Staatsangehörigkeit potentielle Loyalitätskonflikte stehen, die auch einmal zum Schwur kommen könnten. Daß niemand Diener zweier Herren sein kann, ist nicht nur uralte, schon im Matthäus-Evangelium bezeugte Wahrheit und Weisheit.<sup>22</sup> Und die Staatsangehörigkeit bezeichnet eine politische Loyalitätsbindung, deren Potential nicht in Sonnenscheinzeiten, sondern in Konfliktlagen sichtbar, relevant und entscheidend werden kann. Welches Konfliktpotential sich dabei aufbauen und entladen kann, zeigte mehr als deutlich der Aufruf des türkischen Ministerpräsidenten, der 2008 in Köln und in Gegenwart des deutschen Innenministers an „seine deutschen Landsleute“, die die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen haben: „Assimilierung ist ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit“. Die in Deutschland lebenden Türken sollten auch als Staatsbürger anderer Länder zuerst ihre Muttersprache lernen und ihre Kultur beibehalten. Hier wird das Dilemma doppelter Loyalitäten in nuce erkennbar. Im Ernstfall, d.h. wenn sich die zwei Herren mal in die Haare bekommen, wird die Tiefenstruktur der Staatsangehörigkeit sichtbar: sie bezeichnet diejenige politische Gemeinschaftsbindung, der man sich im

---

21 Der politisch erwartete Erfolg der Reform hielt sich in Grenzen. Die Quote der Gesamtzahl der eingebürgerten Ausländer in Deutschland beläuft sich insgesamt auf 2,44%, bei türkischen Staatsangehörigen auf 2,0%. Vgl. Walter, Fn. 15, S. 33 ff. m.w.N.

22 Matthäus 6, 24.

existenziellen Grenzfall verbunden weiß.<sup>23</sup> Und dann heißt die Alternative: entweder man ist Türke in Deutschland oder Deutscher türkischer Abstammung. Tertium non datur. Es entspräche daher freiheitlicher Tugend und demokratischer Toleranz, die Entscheidung der adressierten Ausländer gegen den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit schlicht zu respektieren und zu akzeptieren. Doch die Freunde der Inklusion sind auf die Einführung eines Ausländerwahlrechts fixiert.

Verfassungsrechtliches Vehikel dieser partizipativen Zwangsbeglückung soll nunmehr die Menschenwürde des Grundgesetzes sein. Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung einen engen Bezug zwischen Demokratie und Menschenwürde hergestellt: „Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert.“<sup>24</sup> Doch ist es kühn, von dieser Sentenz auf eine Relativierung, wenn nicht Überwindung der Vorstellung zu schließen, nach der es einer vorrechtlich geprägten Homogenität unter einer Gruppe von Menschen nicht mehr bedarf, um sich im Zeichen der Demokratie zu einer politischen Einheit zusammenzuschließen.<sup>25</sup> Denn die öffentliche Gewalt, von der das Gericht in diesem Zusammenhang spricht, ist die durch das Grundgesetz konstituierte, also diejenige, die sich – nach der Präambel – das deutsche Volk gegeben hat. Die grundgesetzliche Menschenwürde gegen die vom Deutschen Volk konstituierte Staatlichkeit, gegen die vom Deutschen Volk sich gegebene Verfassung und gegen die verfassungsrechtlich normierte Selbstbestimmung des Deutschen Volkes auszuspielen, ist ein schlechter verfassungsrechtlicher Taschenspielertrick. Daher geht die auf diesen Satz aufbauende Forderung in elementarer Weise fehl: „Die zentrale Bedeutung der Menschenwürde für die deutsche Verfassungsordnung müsse auch zu einer

---

23 Vgl. Schmitt, Fn. 11, S. 26 ff.

24 BVerfGE 123, 267 (341). Kritisch gegen einen apriorischen Gleichklang von Demokratie und Menschenrechten Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Unwahrscheinliche wollen, in: FAZ v. 2.5.1996, S. N 6.

25 Vgl. Josef Isensee, Nachwort zu: Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: J. Isensee (Hg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 2. Aufl. 1994, S. 122: „Ohne ein gewisses Maß an Homogenität kann kein Staat bestehen. Der Wille zur politischen Einheit, der eine Menschengruppe zum Volk als Nation und damit zum möglichen Subjekt demokratischer Selbstbestimmung werden läßt, knüpft an objektive Vorgegebenheiten an, etwa geopolitische Lage, wirtschaftliche Interessen, Geschichte, Sprache, zivilisatorische Standards, Ethos, Kultur, Religion.“.

größzügigeren Herangehensweise an die Interpretation des Volksbegriffs in Art. 20 Abs. 2 GG<sup>26</sup> führen.<sup>26</sup> So wird Verfassungsinterpretation zum Modus einer rechtspolitisch erwünschten großzügigen Sozial- und Integrationspolitik.

#### *H. Demokratie ohne Demos – Auf dem Weg in die Fremdherrschaft?*

Gegenüber derartigen Uminterpretationen des Grundgesetzes gilt es als normativen Bestand festzuhalten: solange „das Volk sich als politisches Herrschaftssubjekt nicht nach dem Menschsein schlechthin, sondern nach selbst geschaffenen normativen Kriterien ein[setzt]“, bedeutet das reziprok immer auch „den Ausschluss derjenigen von der politischen Herrschaft, die nicht Bestandteil des durch demokratisches Recht definierten Volkes sind“.<sup>27</sup> Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes entfaltet sich auf der Grundlage politischer Einheit, nicht umgekehrt. Die Demokratie des Grundgesetzes ist somit konkretisierte Menschenwürde, indem sie die Identität von Herrschern und Beherrschten etabliert und einen realen Verantwortungszusammenhang statuiert, der durch regelmäßige demokratische Wahlen etabliert und realisiert wird. Nur dann liegt „ein Verantwortungszusammenhang der wirklichen, ernstesten Art [sc. vor], in dem nicht nur Worte zu wechseln, sondern auch, von Wählern wie Gewählten, Konsequenzen des eigenen Entscheidungsverhaltens zu tragen sind.“<sup>28</sup> Solange es ein Pluriversum von Staaten gibt, gibt es Politik, gibt es politisch zu unterscheidende Völker, zu denen man gehört oder nicht gehört, gibt es die Unterscheidung demokratischer Selbstbestimmung oder undemokratischer Fremdbestimmung. Staatlichkeit als politische Schicksalsgemeinschaft läßt sich nicht menschenrechtlich unterlaufen: Mensch wird der Mensch nur in politisch kontingenter Gemeinschaft.<sup>29</sup>

Das einzigartige politische Experiment der Europäischen Union könnte hier ein neues Kapitel der Geschichte der Demokratie schreiben. Die europäischen Staaten der Gegenwart zielen auf eine wirtschaftliche und

---

26 So Walter, Fn. 15, S. 39 f.

27 K.F. Gärditz/C. Hillgruber, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, 872 ff. (873).

28 Lübke-Wolf, abw. Meinung BVerfG, NVwZ 2012, 1167 (1173).

29 Grundsätzlich zum Problem: Panajotis Kondylis, Planetarische Politik nach dem Kalten Krieg, 1992, S. 114 ff.

politische Union, öffnen sich gegenüber Staaten und Bürgern anderer Staaten. Gleichwohl bewahren sie ihre Eigenständigkeit in einem durch Geburt und Herkunft verwandten Staatsvolk, einem ihm zugehörigen Raum und der kulturellen Gemeinsamkeit von Sprache, Religion, Kunst und geschichtlicher Erfahrung. Die dadurch unvermeidlich bewirkte Erosion demokratischer Substanz bei den Mitgliedsstaaten ist ebenso unübersehbar wie ein kompensierender Aufbau noch fehlender demokratischer Strukturen auf der Ebene der Europäischen Union. Ob sich in dieser Lage die Völker Europas in der gegenwärtigen Situation schon auf dem langen Weg zur Verschmelzung zu einem Europäischen Volk befinden, um sich als solches demokratisch selbstbestimmen zu können, oder ob sie eher noch, um wahrhaft Demokratien bleiben zu können, eine Renationalisierung von Entscheidungsbefugnissen erstreben, ist einstweilen offen. Höchst unwahrscheinlich aber dürfte sein, daß sich die Völker Europas, solange sie sich als kategoriale politische Größe begreifen, einer Form der Fremdbestimmung unterwerfen werden. Ein von Technokraten herbeigewungenes und beherrschtes Europa wird es als legitimes nicht geben. Wohlmeinende Rechtfertigungen solcher unübersehbaren Tendenzen könnten latentes Revolutionspotential schüren, das sich beim Scheitern einer kompetentiell entgrenzten und damit demokratisch nicht legitimierten europäischen (Währungs-) Politik unversehens entladen könnte.

# Institutional Renaissance or Populist Fandango? The Impact of the Economic Freedom Fighters on South Africa's Parliament

*Richard Calland/Shameela Seedat*

*Twenty one years into its democratic life, modern South Africa faces a number of 'growing pains'. While the ruling African National Congress (ANC) has decisively won five national elections in a row since 1994, never falling below 62% of the national vote, fears that dominant party syndrome will diminish the independence, and undermine the constitutional mandate, of key institutions such as parliament are balanced by the increasingly combative tone and character of opposition parties, especially the new kid on the block, the Economic Freedom Fighters (EFF) that are led by 'firebrand' former ANC Youth League leader Julius Malema. The sudden emergence of a more competitive form of multi-party politics following the May 2014 national election has injected new life into the National Assembly. By examining four episodes of political and procedural contestation that have animated the 2014-19 parliament, this paper seeks to respond to two questions: One, has the newfound parliamentary vigour that has accompanied the EFF's belligerent tactics enabled parliament to better perform its constitutional mandate in terms of holding the executive to account? And, second, does the EFF's impact on parliament represent an institutional renaissance after a decade or more of increasing lethargy and mounting irrelevance to the public discourse, or simply and merely a populist fandango? These questions have potentially profound implications for the future of South Africa's representative and participatory democracy.*

## *A. Introduction: A Parliament Re-born?*

On 12 February 2015, scholars, practitioners and activists who care about democratic South Africa looked on in shock as the annual State of the Nation Address was disrupted by twenty-four red-overalled 'economic freedom fighters' (EFF). After considerable commotion, during which the

cellphone signal was jammed by the government, thus preventing journalists and MPs from communicating with the outside world, the 25 EFF MPs were violently removed by police-officers masquerading as parliamentary security officials. The received wisdom of the assembled parliamentary press gallery and commentariat was that it was a ‘sad day for South Africa’s democracy’. Or was it? Was it not a sign that renewed vigour was entering the democratic process and that ugly and uncomfortable though it might be, real political participation and contestation was being injected into a representative institution that had atrophied over the past decade? In the face of President Jacob Zuma’s stubborn refusal to accept accountability for unlawful public expenditure on his private homestead, Nkandla – and his hiding behind institutional weaknesses and the advantage of a dominant majority party – was not militant EFF leader, Julius Malema’s demand that he ‘pay back the money’ a powerful, if crude, expression of participatory democracy? Or was it simply an opposition representative employing muscular tactics to advance his political strategy?

Having for many years succumbed to what appears to be one-party dominance<sup>1</sup> and – often in related fashion – institutional lethargy, South Africa’s parliament has recently entered a new, more dynamic and arguably more relevant period. Ever since the country’s last national election in May 2014, parliament has regained a position of centrality within the political playing field. The Economic Freedom Fighters, a group of mostly ex-ANC Youth members who, on a militant populist ticket, competed in national elections for the first time, secured 6.35% of the national vote – a reasonably good return, given that the party was less than a year old on election day. Thus, the EFF acquired 25 seats in the National Assembly, becoming the third largest political party after the ruling ANC and the main opposition party, the Democratic Alliance (DA). Since the election, media coverage of parliament has soared as a result of repeated disruption

---

1 For an assessment of where South Africa’s democratic trajectory sits within the traditional ‘weak’ versus ‘strong’ dominant party theory spectrum, see: *Roger Southall*, *The Dominant Party Debate in South Africa*, *Africa Spectrum* 39 (2005), pp. 61-82. For a more nuanced consideration of some of the major factors of the dominant party tendencies of the ANC that impact on constitutional institutions and principles, see: *Sujit Choudhry*, “He Had a Mandate”: The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy, *Constitutional Court Review* 2 (2009), pp. 1-86.

and the bold use of procedural challenges by EFF MPs. The promise of dramatic commotion as a result of the EFF's actions in parliament has kept South Africans glued to parliamentary television and news – not since the days of Nelson Mandela has the National Assembly so vividly caught the public's attention. The element of public spectacle derives much of its impetus from the cult of personality around both President Zuma and EFF leader Julius Malema. While this obvious manifestation of 'personality politics' might well in large part be driving the newfound interest in parliament, there are several events since the last election that are deserving of analytical scrutiny and academic inquiry.

Three events deserve special consideration and are the subject of this article: first, the Presidential Question Time sessions which took place on 21 August 2014 and 11 March 2015; second, the debate on the Ad Hoc Committee's Report on Nkandla which took place on 13 November 2014; and, lastly, the State of the Nation Address of 12 February 2015. We examine these events with the aim of gaining a clearer understanding of the extent to which parliament may now be able to better serve its constitutional purpose as a result of the aggressive parliamentary strategy and tactics of the EFF, in contradistinction to the strong trend of the past 10-15 years in which parliament's constitutional authority has been significantly curtailed as a result of one-party dominance, especially in relation to parliamentary oversight of the executive. This, we hope, will shed new light on the health of South Africa's participatory and representative democracy as it enters this new phase in its democratic evolution, by asking questions such as: Is parliament being hijacked by new (populist) political forces or is it – and by implication 'we', the people – genuinely becoming more robust and politically relevant? Has a militant populist named Malema breathed new life into what appeared to be a failing representative democracy where constitutional and parliamentary rules had extensively succumbed to the needs of the governing party? Or are the EFF's antics (and the way they have since been mimicked by the DA) a further morbid symptom of institutional decline rather than a vibrant and welcome challenge to the persistent degradation of parliament as an institution by the ANC's leadership?

## B. Conceptual Framing and Constitutional Context

Section 1 of the South African Constitution lists, among the values that South Africa is founded on, ‘universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a *multi-party system of democratic government*, to ensure accountability, responsiveness and openness’ (our emphasis). South Africa’s Constitution-makers designed a system to govern South Africa’s post-1994 democratic politics with the following core features. First, an electoral system that must ‘result, in general, in proportional representation’.<sup>2</sup> South Africa has chosen the simplest form of the proportional representation system, in which the electorate vote for a party from an open list of parties and every vote counts, with no threshold (in a 400 seat National Assembly, just 0.25% of the vote – around 50,000 voters in the last election – are required to win representation of at least one seat in the national legislature).

Second, a system in which the seat in parliament is essentially ‘owned’ not by the elected representative but by the party upon whose list he or she appeared at election time<sup>3</sup> – meaning that if, as has happened on more than one occasion, an MP is disciplined and has his or her membership of the party revoked, then he or she will automatically lose his or her seat in parliament. Naturally, this gives the management and leadership of the political party – especially the whippery in parliament itself – a large amount of power and makes holding the line and maintaining discipline within the parliamentary party a relatively easy task. Thus, this feature of the political and parliamentary landscape is a consequence of the constitutional design, which has been exaggerated by the fact that electorally the ANC has enjoyed a series of five substantial victories in the national elections that have taken place since (and including) 1994, which further weakens the hand of the backbench MP.

---

2 Section 46 of the Constitution.

3 The relevant amendment dealing with loss of membership is inserted by item 13 of Annexure A to Schedule 6 of the Constitution. The insertion is as follows: ‘*Additional ground for loss of membership of legislatures* 23A. (1) A person loses membership of a legislature to which this Schedule applies if that person ceases to be a member of the party which nominated that person as a member of the legislature.’

Against this backdrop, it is worth asking: what does the South African public expect of its parliament? The Afrobarometer opinion polling provides some useful guidance in this respect:<sup>4</sup>

- The percentage of people who agreed or strongly agreed with the statement that: ‘Parliament should ensure that the President explains to it on a regular basis how his government spends taxpayers’ money’ has increased over time, from 47% in 2011 to 62% in 2015.
- 95% of those polled had never contacted an MP during the past year, compared with 87% who had never contacted a political party
- 70% agreed or strongly agreed with the statement that: ‘Many political parties are needed to make sure that South Africans have real choices in who governs them’.

So, this evidence tends to suggest that the broader population recognizes the importance of political parties, but wants parliament to be effective in holding the executive to account – something that, increasingly, it has been feeble in doing. As one of the present authors has argued elsewhere:<sup>5</sup>

‘In a Westminster system, parliaments are always at a disadvantage when compared with the Executive arm of government, which has by comparison all the resources and people, and all the political weight... it is very hard for backbench MPs in such a system to stand up to their seniors – those holding positions in the cabinet – especially when the electoral system compounds the problem by giving the political bosses – which would by definition include those cabinet ministers as part of the leadership of the party – even more power.

The National Executive Committee (NEC) of the ANC is elected, but when it meets, those cabinet ministers who were not elected onto the ruling party’s chief decision-making body attend as observers. They may lack power and influence within the ANC... but they are still a part of the leadership of the party.

So when a backbench ANC MP wants to stand up to a cabinet minister, it requires particular courage. And courage tends to come with experience. So, the

---

4 Afrobarometer 2013: [www.afrobarometer.org/files/documents/summary\\_results/saf\\_r5\\_sor2.pdf](http://www.afrobarometer.org/files/documents/summary_results/saf_r5_sor2.pdf) (last accessed 30 March 2015) and [http://afrobarometer.org/sites/default/files/publications/Dispatches/ab\\_r6\\_dispatchno66\\_south\\_africa\\_zuma\\_trust\\_and\\_performance\\_24112015.pdf](http://afrobarometer.org/sites/default/files/publications/Dispatches/ab_r6_dispatchno66_south_africa_zuma_trust_and_performance_24112015.pdf) (last accessed on 9 November 2015).

5 *Richard Calland, The Zuma Years: South Africa’s Changing Face of Power*, Cape Town, 2013, p. 149.

younger you are, the newer you are to parliament, the less likely that you will have the courage and the means to do so.

Beyond the weekly ANC caucus meeting that is held on a Thursday morning, the ANC members of a particular committee meet as a “study group”, often prior to the committee’s meeting on an issue or a bill and is sometimes attended by the Minister and, sometimes by the Director-General (DG)... In the case of the secrecy bill, [ANC MPs] Burgess and Landers were getting their instructions directly from the executive. As Judith February explains: “Burgess and Landers were both weak and completely pliable. They abrogated their responsibilities as members of parliament completely”.

The minister is an MP and a member of the ANC caucus. What appears to happen, particularly if dealing with legislation, however, is that the DG will brief the ANC study group on what amendments are acceptable and which are not. “It subverts the legislative process completely”, as [DA MP David] Maynier puts it.<sup>7</sup>

To what extent are these weaknesses due to flaws in the constitutional design – and the wisdom of the constitution-makers – as opposed to the political culture and outcomes of post-1994 South Africa? In the First Certification Judgment, it was argued that the anti-defection clause in the final Constitution, in terms of which MPs would lose their seats in Parliament when crossing the floor to another political party, offended several of the Constitutional Principles contained in Schedule 4 of the interim Constitution. These included principles relating to ‘accountable, responsive, open, representative and democratic government’.<sup>6</sup> The Constitutional Court rejected that argument, and pointed out that there is a close relationship between voters and the political parties they vote for under the electoral system followed in South Africa. The Court held:<sup>7</sup>

‘Under a list system of proportional representation, it is parties that the electorate votes for, and parties which must be accountable to the electorate. A party which abandons its manifesto in a way not accepted by the electorate would probably lose at the next election. In such a system an anti-defection clause is not inappropriate to ensure that the will of the electorate is honoured. An individual member remains free to follow the dictates of personal conscience. This is not inconsistent with democracy.’

---

6 *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 (4) SA 744 (CC) para 182.

7 *Ibid* at para 186.

The UDM case,<sup>8</sup> on the other hand, concerned a challenge to a constitutional amendment and accompanying legislation which made it possible for legislators to defect to another party without losing their seats. This ostensibly strengthened the position of individual MPs vis-à-vis their parties. However, in practice it tended to play into the hands of the ruling party. The applicants contended that the amendments undermined the basic structure of the Constitution, were inconsistent with the founding values of the Constitution set out in section 1, and violated the voters' rights vested in citizens by section 19(3) of the Bill of Rights. They also relied on the reasoning in the First Certification Case. The Constitutional Court rejected these contentions, and held that, despite the close link between voters and political parties under a list system of proportional representation, the absence of an anti-defection clause is not necessarily inconsistent with a multi-party system of democratic government.<sup>9</sup> It stated that:<sup>10</sup>

‘There is a tension between the expectation of voters and the conduct of members elected to represent them. Once elected, members of the legislature are free to take decisions, and are not ordinarily liable to be recalled by voters if the decisions taken are contrary to commitments made during the election campaign.’

The divide between the First Certification and UDM judgments points to a fundamental tension in South African constitutional law and politics. Individual MPs may be free in theory to follow the dictates of their own conscience, but in practice there are severe constraints on their individual independence, which arise inter alia from the central role of political parties under the list system of proportional representation. These constraints raise important questions about the ‘end of the representative state’. This is not unique to South Africa: internationally, parliaments are structurally weak and increasingly unable to respond to the most pressing challenges of the age, due to the complexity, scale and transnational character of issues such as climate change and energy policy, arm-dealing and security, and natural resource management. When confronted by major problems – of macro-economic policy making (the shift from RDP to GEAR in the mid-1990s) or systemic corruption (the failure of the Standing Committee on Public Accounts [SCOPA] to cope with the arms deal scandal at the

---

8 *United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa (No 2)* 2003 (1) SA 495 (CC).

9 *Ibid* at paras 29, 34.

10 *Ibid* at para 31.

turn of the century) – South Africa’s parliament has found itself to be no exception to this international trend.

On the face of it, South Africa’s parliament has done in constitutional and procedural terms much of what could be asked of it: it gives its parliamentary committees power and authority that many parliaments traditionally lack; and it seeks to ensure that the public are properly involved in its law-making processes.<sup>11</sup> So, constitutionally at least, South Africa’s parliament brings together traditional conceptions of representative democracy with more modern notions of participatory democracy. But even so, it is profoundly affected by the tensions referred to above, and its institutional design inevitably has to contend with the political impulses that derive from electoral outcomes and the political culture of both the institutions and the political parties that are contesting power. It is against this backdrop that we now turn to consider four potentially seminal, or paradigm-shifting, events that have shaped the institutional culture and practice, as well as the ‘zeitgeist’ of the new, 2014-2019, South African parliament, prompting both deep concern and optimism in equal measure.

### C. *A New Era of Political Contestation: Four Episodes*

#### I. Presidential Question Time Sessions on 21 August 2014 and 11 March 2015

Question Time in the National Assembly is a critical mechanism for holding the executive to account. Questions may be put forward for oral or written reply to the President, Deputy President and Ministers on various matters for which they hold responsibility. The President is required to answer a minimum of six questions per term.<sup>12</sup> While in theory Question

---

11 South Africa’s Constitution enshrines the principle of ‘participatory democracy’. See sections 59(1), 72(1) and 118(1), which require the National Assembly, National Council of Provinces and provincial legislatures respectively to facilitate public involvement in their legislative and other processes, and in the processes of their committees. In *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* 2006 (6) SA 416 (CC), the Constitutional Court held that a failure to facilitate reasonable public involvement in the legislative process must result in the invalidity of the legislation in question.

12 The Deputy President answers four questions during ordinary question time, generally once every two weeks, and Ministers divide into three clusters for the pur-

Time is a powerful democratic tool, which directly provides a bridge between the people's representatives and more powerful political structures, specifically in the executive arm of government, there is a strong perception that it has not operated effectively to date. The Independent Panel Assessment of parliament<sup>13</sup> observed in 2009 that the manner in which Question Time is conducted has a direct bearing on the integrity and eminence of parliament vis-à-vis the executive.<sup>14</sup> Shortcomings identified within the process include: the executive regularly giving vague or inadequate answers which do not address the substance of the question posed; the use of questions from opposition parties solely to embarrass Ministers rather than to obtain information; and the ruling party posing questions which amount to praise singing rather than being informative or substantive in nature.<sup>15</sup>

Question Time on 21 August 2014 heralded a dramatic shift in South Africa's parliamentary culture. Parliamentary Rules dictate that, following the ANC victory in the April 2014 election, President Zuma should have appeared for questions in the House at least once per term, which meant three appearances between April and December 2014. However, Zuma appeared for questions only once during this period – on 21 August – and this session ended in high drama and pandemonium. This has had major significance for the tone and workings of parliament since. On the day in question, EFF leader Julius Malema asked Zuma whether he would comply with the Public Protector's findings and recommendations on controversial improvements that had been made at taxpayers' expense on his private homestead in Nkandla, KwaZulu-Natal.<sup>16</sup> The Public Protector had found that Zuma acted in breach of constitutional obligations by exposing himself to a conflict of interest and in failing to comply with the Code of

---

poses of questions, with a cluster answering questions each week according to a system of rotation. See Parliament of the Republic of South Africa 'Report of the Independent Panel Assessment of Parliament' (2009) 50 available at [http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/panel\\_assess\\_parl.pdf](http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/panel_assess_parl.pdf) accessed on 8 June 2015.

13 Report of the Independent Panel Assessment of Parliament, note 12.

14 Ibid.

15 See Parliamentary Press Gallery Association submission, referred to in Report of the Independent Panel Assessment of Parliament, note 12, p. 51.

16 The Public Protector is appointed under the Constitution to strengthen constitutional democracy by probing improper conduct and maladministration in state affairs.

ethics for members of the executive.<sup>17</sup> Several of the features built with public funds at Zuma's residence – such as a large indoor swimming pool – did not qualify as the ‘security upgrades’ they had been represented as, and the Public Protector determined that Zuma had to recompense the State for the unlawful public expenditure.

Faced with Malema's question, Zuma replied that his responses to all reports concerning the security upgrades to his private residence had been submitted to the speaker on 14 August 2014.<sup>18</sup> Viewing this as evasive, Malema and EFF MPs rose from the floor and began to chant ‘Pay Back the Money’. The Speaker of parliament, controversial ANC MP Baleka Mbete, deemed this behaviour as disruptive to the proceedings of the National Assembly and, for the first time in the history of South Africa's parliament, called in members of the riot police, who proceeded to remove Malema and other EFF MPs from the House. In doing so, Mbete relied on legislative powers accorded to her in terms of the Powers, Privileges and Immunities of Parliament and Provincial Legislatures Act 4 of 2004.<sup>19</sup> EFF members were subsequently suspended for 30 days from parliament without remuneration by its Powers and Privileges Committee, an action that was later challenged and found to be unlawful by the High Court.<sup>20</sup>

Such unprecedented pandemonium in parliament – the first time in history that a South African President was confronted so robustly by opposition parties in parliament – marked a clear departure from the past. While adversarial behaviour during parliamentary sessions had not been uncommon since 1994, the tenor on 21 August 2014 was much more chaotic and heavy-handed on all sides than witnessed before. The day's events arguably set the tone for all of the EFF's subsequent engagements with parliament, at least as far as President Jacob Zuma was concerned. The EFF adopted a new position that was militant and uncompromising: either Zuma should own up to wrongdoing around Nkandla (and hence resign), or

---

17 Section 96(1) and (2).

18 ‘Proceedings of the National Assembly’ (2014) 22 available at [http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Category\\_ID=119&DocumentStart=10](http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Category_ID=119&DocumentStart=10) accessed on 8 June 2015.

19 Section 11.

20 *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly* [2014] ZAWCHC 204 where the court interdicted the Speaker of the National Assembly and anyone acting under their authority from giving effect to or enforcing the decision taken by the National Assembly to suspend the EFF members from the National Assembly without remuneration.

the EFF would continue to engage in the ‘politics of parliamentary disruption’.

The EFF's question to Zuma and accompanying chant ‘Pay Back the Money’ – however disruptive to the proceedings of the National Assembly – deserves consideration in itself. With great popular appeal and in easily understandable terms, Malema demanded from Zuma not only what the Office of the Public Protector, acting on her constitutional duty, had called for but also what the electorate should rightfully demand of South Africa's democratic architecture. In line with the opinion poll findings outlined above, it is arguable that the EFF was simply amplifying the public's wish that the executive, and the President specifically, be held to account. Zuma was already appearing in parliament under a cloud of allegations: of corruption, unaccountability, the undermining of both parliament and the Office of the Public Protector, his involvement in the ‘Guptagate’ saga, the death of thirteen South African soldiers who allegedly protected business interests linked to the Zuma family in the Central African Republic, and his still-unanswered questions around the arms deal. The Nkandla findings provided Malema with a direct instrument with which to target the country's leader.

South Africa's Constitution articulates ‘accountability’ as one of the founding values of the democratic state and ‘parliamentary oversight’ as a key way of ensuring that government directs the resources of the state in the promotion of the public good rather than for its own narrow interests.<sup>21</sup> South Africa's parliamentary website emphasizes that the genuine test of democracy is ‘the extent to which Parliament can ensure that government remains answerable to the people’.<sup>22</sup> Parliament therefore has the duty to ‘detect and prevent abuse of power and illegal or unconstitutional conduct by the national executive; [to] protect the rights and liberties of citizens and hold the Government answerable for how tax money is spent; and [to] make Government operations more transparent in order to increase public trust in the Government’.<sup>23</sup> The Constitutional Court in *Oriani-Ambrosini*

---

21 Sections 1 and 55 respectively of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

22 [http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Category\\_ID=20](http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Category_ID=20) accessed on 8 June 2015.

23 *Ibid.*

*MP v Sisulu, MP Speaker of the National Assembly*<sup>24</sup> observed that parliament's oversight responsibility is 'a collective responsibility of both the majority and minority parties and their individual members to deliberate critically and seriously on legislative proposals and other matters of national importance'.<sup>25</sup>

However, in practice the ANC's substantial majority in parliament rendered it unlikely that the National Assembly would ever seriously question the President about potentially problematic conduct. The EFF and other minority parties' use of Question Time on 21 August 2014 is a prime example of how parliamentary processes can be used to demand greater accountability from the highest office bearer in the land. Yet an analysis of the events on this day cannot begin and end with this proposition alone – the fact remains that an important and time-limited parliamentary process entirely collapsed. Parliament itself was as a result rendered dysfunctional by a minority political party (with just 6% of the seats in the National Assembly) which saw fit to disrupt it. During the course of the altercation the Speaker of the National Assembly – someone filling a position which demands impartiality – was accused of favouritism and of failing to uphold her parliamentary duties. Ultimately, parliament – an institution which ideally sets an example for the rest of the country as a body that manages diverse positions by means of negotiation and persuasion – became tinged by violence. Given that violence in various forms is one of the major problems facing South Africa, such a perception becomes even more problematic.

Disruptive behaviour can also undermine representative democracy as it can progressively – or even in a single instance – undermine the functioning of parliament as a central national institution. One can reasonably posit that 'We, the people' will not be served by our representatives – as is demanded by the classic democratic theory of 'government for the people by the people' – if parliament is prevented from carrying out its business at any given time. The EFF's disruptions arguably weaken parliament's reputation as a space of dignity and order, one which hosts respectful proceedings and conducts serious business – and in principle this can have wide-reaching negative effects on democracy itself. While it has been argued that the EFF's 'street tactics' are but a making-visible of the hard re-

---

24 *Oriani-Ambrosini, MP v Sisulu, MP Speaker of the National Assembly* 2012 (6) SA 588 (CC).

25 *Oriani-Ambrosini*, note 24, p. 22.

alities of concealed power politics, they may also serve to undermine the very instruments which aim, at least in principle, to limit both concealment and the abuse of power.

Several other weaknesses in the operation of parliament, ones which directly reflect its limited ability to pursue its constitutional oversight mandate, came to the fore during the Question Time debacle. These tend to support the perception that parliament's constitutional role has been in jeopardy because of the extent to which the ANC dominates politics in South Africa. The first relates to the role and conduct of the Speaker of the National Assembly. Failure of confidence in the Speaker (as a result of the events of 21 August 2014) was expressed by the EFF in its affidavit to the High Court when it challenged its suspension from the National Assembly:

'It is thus mandatory for the President to attend Parliament, at least once per term. The reason for the President's attendance in Parliament is to respond to questions asked by members of Parliament, which include members of the opposition political parties such as the EFF. The President cannot decide on his own whether or not he wants to come to Parliament. Also, the President cannot decide which questions he will answer. He is required by law to attend Parliament and answer the questions put to him when he is in Parliament. Further, the answers given by the President when he has been called to Parliament to account must be meaningful. The Speaker, as the leader of the National Assembly, is constitutionally obliged to ensure that the answers given by the President are meaningful. If the President fails to provide meaningful answers in Parliament to the questions put to him, the fundamental purpose of calling the President to account in the National Assembly is defeated. It was therefore incumbent on the Speaker to require the President to explain when he intended complying with the clear findings of the Public Protector since I had raised the matter pertinently. The Speaker failed to request the President to answer my question directly. In asking the question, which I did, I was not only representing the view of the EFF; I was also raising an important issue in the public interest and in relation to the mandate of an important institution of our constitutional order, namely, the role of the Public Protector. If the reports of the Public Protector are ignored, as seems to have happened in this instance, without any rational grounds and without judicial sanction, the essence of a vital constitutional organ will be eroded. The essence of my question was to request the President to provide an explanation of the steps that he intended taking in order to give effect to the clear and unambiguous findings and recommendations of the Public Protector. This question also spoke to the issue of signal importance about the President's respect for constitutional institutions.'<sup>26</sup>

---

26 See EFF founding affidavit in *EFF v Speaker*, note 20.

Speaker Baleka Mbete's reputation has been heavily compromised as a result of her conduct during Question Time (and also during further parliamentary events discussed later in this paper). It is a given that the Speaker must be non-partisan and even-handed. Mbete – and the ANC by its deployment of her – have however drastically failed to respect this basic principle. While the Speaker of the National Assembly has always been drawn from the majority party, this in itself does not compromise his or her position as Speaker – previous speakers have clearly demonstrated that one can place parliamentary business (and fairness) at the centre of one's use of authority notwithstanding a long-held fidelity to the ANC. Mbete, as chairperson of the ruling party, however falls into a different category – the conflict of interest involved here is insurmountable and even if in an objective sense she is acting impartially, the perception of partiality will linger.

A second weakness in the practical operation of the National Assembly – namely its lack of assertiveness – is emphatically demonstrated by its failure last year to call the President to answer questions at Question Time on four occasions, as expressly required. One of parliament's primary vehicles for holding the executive to account and for obtaining information on pressing issues of national importance fell away. No matter how ineffectual Question Time might be in practice, it remains one of the tools which animate the idea of representative democracy. This failure of implementation occurred despite insistence from minority parties that parliamentary rules should be upheld. Following the direct confrontation with President Zuma on 21 August over Nkandla, and the collapse in the proceedings, opposition parties attempted to compel Zuma to appear before the National Assembly to answer questions. However, they were unsuccessful and Zuma did not appear for the remainder of 2014. This angered opposition parties – and in November 2014 the opposition moved for a Motion of No Confidence in the President.<sup>27</sup>

Zuma finally appeared for Question Time on 11 March 2015. Opposition parties continued with their campaign to get Zuma to answer questions on Nkandla. At the start of the session, these parties requested that questions posed to him in August 2014 – when the session broke down – should be addressed. Speaker Mbete ruled that Zuma could not be asked

---

27 See 'DA goes to court to ensure motion of no confidence is heard' available at <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71639?oid=341112&sn=Detail&pid=71639> (last accessed on 8 June 2015).

questions from the previous year's session and that should these be posed anew, they would be answered in written form. When the DA asked why Zuma had failed to appear the previous year, he denied that he had ever 'dodged' questions, stating that he had never been asked to come to parliament.<sup>28</sup> This appeared to contradict the impression created by the Speaker that she had been consulting with the Presidency to arrange a date but that no agreement had been reached.<sup>29</sup> These conflicting accounts have to date not been reconciled.

From a positive perspective, the fact that questions around the nature and occurrence of Question Time have been brought into sharp focus and are now on the agenda of minority parties in a more vocal and vigorous way than before, may simultaneously suggest positive signs for the relevance of parliament and, therefore, the state of representative democracy. One positive result seems to be that Zuma has now publicly committed himself to appearing five times a year. While minority parties, the ANC, the Speaker and the President do not seem to agree on the details of how Question Time fell away in 2014, this impasse has led to renewed interest – among political parties, parliament and the executive – in how Question Time comes about in practice – and, implicitly, what level of responsibility the President owes to parliament. The EFF and other minority parties maintain that the National Assembly must set a date and time when the President must appear, and that the President's primary commitment is to parliament. The ANC on the other hand maintains that a date needs to be negotiated with the President via the Speaker, since he may be engaged with international travel or important state matters and cannot reasonably be expected to appear at the times when the National Assembly sees fit.<sup>30</sup> It appears that the appropriate process is still the subject of debate within parliament, but what is clear is that there is much greater pressure on parliament's Programming Committee to take decisive steps than before. Overall, it can be argued that any new parliamentary debates on the nature

---

28 See <https://pmg.org.za/hansard/20502/> (last accessed on 19 October 2015) and 'Zuma: I have never dodged questions' available at <http://ewn.co.za/2015/03/11/Zuma-Ive-never-dodged-questions> (last accessed on 8 June 2015).

29 'Mbete or Zuma "is telling lies"' available at <http://www.bdlive.co.za/national/politics/2015/03/13/mbete-or-zuma-is-telling-lies?service=print> (last accessed on 8 June 2015).

30 Ibid.

and occurrence of Question Time are beneficial for parliament in the long-term.

## II. The Ad Hoc Parliamentary Committee on Nkandla

As noted, the issue upon which Malema and the EFF have attached their vigorous parliamentary tactics is that of Nkandla, and specifically the President's response to the Public Protector's reports and the remedial action that she has proposed, which includes paying back some of the money spent unlawfully on the upgrades to the President's private residence. At its heart, this is an issue about the strength or otherwise of the Public Protector, a constitutional body, in relation to the ruling party and, in turn, parliament's willingness or ability to ensure that Zuma and the ANC respect the Public Protector. Indeed, when President Zuma finally responded to the question from Malema on 11 March, his answer was revealing: 'The public protector made recommendations. And recommendations are recommendations. [They a]re not verdicts. Recommendations are recommendations. Subject to be taken or not taken, if they are recommendations. It is only a judge verdict that you have got either to go to prison or pay the money. If there is a recommendation that recommendation has to be subjected to those that the public protector reports to.'<sup>31</sup> Zuma's attitude derives from his reading – or, rather, deliberate misreading – of the decision of the High Court in *DA v SABC*,<sup>32</sup> an important judgment to which we return below.

By means of a resolution of the National Assembly on 19 August 2014, parliament had established an Ad Hoc Committee to consider the 'Report of the President regarding the security upgrades at his private residence'.<sup>33</sup> The ANC and minority parties (DA, EFF, Congress of the People, Inkatha Freedom Party and Freedom Front) were all represented on the Committee in accordance with South Africa's multi-party committee system, in terms of which party political representation is proportional to the number of

---

31 <http://panmacmillan.bookslive.co.za/blog/2015/03/12/mr-president-we-have-a-problem-julius-malema-again-asks-zuma-to-pay-back-the-money/>, March 12th 2015 (last accessed on 8 June 2015).

32 *Democratic Alliance v South African Broadcast Corporation Limited* 2015 (1) SA 551 (WCC).

33 This report was tabled in the National Assembly on 14 August 2014.

seats a party has in parliament. From very early on in the life of the Committee, stark disagreements emerged between members of the ANC and those of opposition parties, particularly with regard to the appropriate process to be followed. Differences arose over whether witnesses should be called before the Committee to answer questions and provide information or not, over the weight accorded to various source materials<sup>34</sup> that the Committee was considering and over whether legal advice could be solicited in order to shed further light on the status of the Public Protector's report or not.<sup>35</sup>

One of the central areas of dissension – the status of the Public Protector's findings and remedial actions<sup>36</sup> – deserves further consideration not only because of the sensitive nature of Chapter Nine institutions but also because the legislature itself has a special duty to uphold the dignity and integrity of these institutions. Opposition parties maintained that the 'remedial action' proposed by the Public Protector<sup>37</sup> were binding and enforceable on all organs of state and persons and that the report of the Public Protector superseded all other reports on the Nkandla issue that were placed before the Committee.<sup>38</sup> The ANC maintained, to the contrary, that the Protector's remedies were neither binding nor enforceable and that the President's own formal report should be the main focus of attention. They argued that the Protector's Report should be relegated to one of four

---

34 Inter-Ministerial Security Cluster Task Team Report, the Joint Standing Committee on Intelligence Report, the Special Investigating Unit Report and the Public Protector's Reports.

35 Even before such disagreements on methodology, parties had disagreed about the election of the chairperson. The constitutionality of the committee was also contested by COPE, who decided as early as 25 September not to participate in its work. See 'Report of the Ad Hoc Committee to Consider Report by the President Regarding the Security Upgrades at the Nkandla Private Residence of the President' (2014) 2953 available at: <http://www.parliament.gov.za/content/ATC.pdf> (last accessed on 8 June 2015).

36 Ad Hoc Committee Report, note 35, p. 2954.

37 See Public Protector, *Secure in Comfort Report on the Investigation into Allegations of Impropriety and Unethical Conduct Relating to the Installation and Implementation of Security Measures by the Department of Public Works at and in respect of the Private Residence of President Jacob Zuma at Nkandla in the KwaZulu-Natal Province.* (2014) available at [http://www.publicprotector.org/library%5Cinvestigation\\_report%5C2013-14%5CFinal%20Report%2019%20March%202014%20.pdf](http://www.publicprotector.org/library%5Cinvestigation_report%5C2013-14%5CFinal%20Report%2019%20March%202014%20.pdf) (last accessed 19 October 2015).

38 Ad Hoc Committee Report, note 35, p. 2954.

source documents and that it should not be given any more attention than the three other documents consulted.<sup>39</sup>

On 26 September 2014, when the Committee failed to reach consensus on the procedure to be followed, opposition party MPs withdrew their support and after delivering impassioned speeches on the fundamental constitutional precepts of accountability and oversight, all walked out of the Committee. The Ad Hoc Committee was now composed exclusively of ANC members and proceeded according to its desired procedure: it would consider the President's reports and the source documents in its possession but would not open an inquiry, review any reports or call any witnesses, nor invite legal opinion on the status of the Public Protector's remedial acts and recommendations.<sup>40</sup>

In the Committee's report, drafted by ANC members in the ensuing weeks, a portion of the High Court judgment in the *DA v SABC* matter was referenced as providing appropriate clarity on the status of the findings and recommendations of the Public Protector.<sup>41</sup> Schippers J found that the 'powers and functions of the Public Protector are not adjudicative' and that the 'findings of the Public Protector are not binding on persons or organs of state'<sup>42</sup> – the holding of the court that President Zuma had latched onto in his reply to Malema on 11 March (referred to above). Contrary to the view of the Public Protector, the Ad Hoc Committee finally concluded that there was no rational basis to conclude that President Zuma benefited unduly from the upgrades at Nkandla. It dealt with the Public Protector's findings and remedial action by noting that the Public Protector had actually cleared Zuma of many of the serious allegations levelled against him<sup>43</sup> (such as lying before parliament, benefiting his brother, and so on). With regard to the finding that Zuma and his family had in fact benefitted from non-security related items and should repay expenses incurred, it stated:

---

39 These are the Inter-Ministerial Security Cluster Task Team Report, the Joint Standing Committee on Intelligence Report, the Special Investigating Unit Report and the Public Protector's Reports.

40 Ad Hoc Committee Report, note 35, p. 2956.

41 Ad Hoc Committee Report, note 35, p. 2957.

42 Ibid.

43 Including that Zuma had lied to Parliament when he said government did not build the house, that government built a spaza shop for Mrs Zuma, and that family benefitted from the project. See ad hoc committee report, note 35, p. 2979.

'The Public Protector in her report has noted that "President Zuma has improperly benefited from the measures implemented in the name of security, which include non-security comforts, such as the Visitor's Centre, swimming pool, amphitheatre, cattle kraal with culvert, and chicken run" (para 10.5.3, p. 431). In the judgement of *Democratic Alliance v The South African Broadcasting Corporation Limited and Others* (Case No:12497/2014), WC High Court Judge Schippers referred to the nature and extent of powers of the Public Protector and stated as follows: "...further...unlike a decision of a court, a finding of the Public Protector is not binding on persons and organs of state. If it was intended that the findings of the Public Protector would be binding, the Constitution would have said so". Regarding the above, the Committee thus finds that the Constitution, section 167(4)(e) specifies that only the Constitutional Court can decide that Parliament or the President has committed a constitutional violation.'<sup>44</sup>

On 13 November, the Report of the Ad Hoc Committee<sup>45</sup> appeared on the National Assembly's agenda for vote and passage. This session again made parliamentary history in terms of length and vibrancy. Minority parties spent seven hours filibustering, raising motion after motion, and ostensibly hoping to delay the vote by tiring out ANC MPs so that a quorum would not be sustained. Parliament was sent into disarray and Speaker Mbete again called for riot police to enter the National Assembly. DA members blocked the path of the police, saying their presence was a 'violation of the constitutional order' and of the 'social contract'.<sup>46</sup> With the ANC's majority holding firm, the National Assembly eventually passed a vote and adopted the report.

What might these events suggest in terms of the health of parliament and the practical workings of representative democracy? The failure of the Committee to reach consensus on the process to be followed and the consequent walk-out of every single opposition party reflect a breakdown within the committee system and of representative democracy. Parliament's own website declares that the role of the Committee is to '...ensure executive accountability to an informed parliament. Committees provide an important space for intervention by minority parties and the public, so increasing opportunity for informed public debate on policy and legisla-

---

44 Ad Hoc Committee Report, note 35, p. 2980.

45 Ad Hoc Committee Report, note 35.

46 See 'Parliament diary scenes of shame' available at <http://www.dailymaverick.co.za/article/2014-11-14-parliament-diary-scenes-of-shame/#.VQnKR-GYy22w> (last accessed on 8 June 2015).

tion.<sup>47</sup> When political parties do not participate in deliberations, ‘we the people’ lose the opportunity to make an input into both the legislative process and executive oversight.

The voting session on the Report in the National Assembly was highly unusual. Riot police were called into a parliamentary house, a forum that is meant to serve as a model for orderly debate and exchange. Opposition parties were arguably making a valid point, namely that they agreed neither with the outcome of the report nor with the committee’s processes. The Report, which fails to probe the President’s conduct with sufficient vigour, and relies on the unenforceability of the Protector’s recommendations rather than on the substance of her findings, demonstrates a practical weakness of South Africa’s system of representative democracy: it is too costly for majority party MPs to ask difficult questions of senior party members, especially of the President.

The Committee deliberations on the day when opposition parties withdrew participation demonstrated the ANC MPs’ single-minded determination to cover up for Jacob Zuma and the weakness of institutions such as parliament in the face of such dogged determination to do so. The DA, EFF, FF and COPE however all presented impassioned expositions on accountability and transparency with attention both to detail and the bigger context. The predominant underlying tone of the ANC’s contribution to the debate was that they had won successive elections and should not have to play second fiddle to recommendations from the Public Protector. As was put rhetorically by a senior ANC MP: can the Public Protector be treated as more important than we who have been elected to parliament by the people?<sup>48</sup>

The debate on the status of the Public Protector itself was once again vigorously pursued during the vote in the National Assembly. Opposition parties suggested that the rightful constitutional status of the Office of Public Protector was being undermined not only by Zuma but also by the Ad Hoc Committee. They sought to interrogate further the Committee’s reliance on the High Court judgment, arguing that while Judge Schippers had stated that recommendations of the Public Protector are neither bind-

---

47 [http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Item\\_ID=300](http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Item_ID=300) (last accessed on 8 June 2015).

48 *Richard Calland*, ‘Nkandla fiasco reminiscent of arms deal mess’, *Mail & Guardian* 9 October 2014, available at <http://mg.co.za/article/2014-10-09-nkandla-fiasco-reminiscent-of-arms-deal-mess> (last accessed on 22 February 2015).

ing nor enforceable, the executive – according to that same judgment – still has a duty to explain why they are not being taken into account and implemented.<sup>49</sup> Schippers J made the crucial point that ‘...the fact that the findings of and remedial action taken by the Public Protector are not binding decisions does not mean that these findings and remedial action are mere recommendations, which an organ of state may accept or reject.’ A decision not to accept the remedial action of the Public Protector, is an exercise of public power which must be rational and must be supported by ‘cogent’ reasons.<sup>50</sup>

The effect of the decision in the High Court – which is the subject of an appeal – is that in the Nkandla case, the government, and President Zuma specifically, must have cogent, rational reasons for not executing the remedial action set out by the Public Protector in her Nkandla report, ‘Secure in Comfort’. Accordingly, President Zuma is still required to provide rational grounds for refusing to implement the Public Protector’s report. The explanation offered by the ANC was that inter-ministerial and other similar reports had found that Zuma was not in breach of the law; the opposition of course countered that such reports were government reports and as such did not constitute ‘rational grounds’.

Furthermore, opposition parties argued that the ANC could not rely on the above-mentioned *DA v SABC* judgment alone and that the committee was required to engage with the substance of the Public Protector’s report.<sup>51</sup> Given the political circumstances at hand, it is unlikely that there will ever be consensus on this matter within the National Assembly. But what is most striking from both the Committee and Assembly debates is the emerging disturbing fault-line in contemporary South African politics: the ANC’s growing contempt for the Constitution and its increasingly muscular complaint about counter-majoritarianism. While the ANC may be fully aware that the Constitution is the supreme law of the land and that a constitutional body such as the Public Protector therefore has significant

---

49 ‘Minutes of proceedings in the National Assembly’, pp. 3313-3314 available at [http://www.parliament.gov.za/live/commonrepository/Processed/20141121/593635\\_1.pdf](http://www.parliament.gov.za/live/commonrepository/Processed/20141121/593635_1.pdf) (last accessed on 21 March 2015).

50 See also Serjeant at the Bar ‘SABC case helps define the public protector’s powers’, *Mail & Guardian* 31 October 2014. Available at <http://mg.co.za/article/2014-10-30-sabc-case-helps-define-the-public-protectors-powers> (last accessed on 31 Oct 2014).

51 *Ibid.*

authority, this at times does not provide a satisfactory *political* answer to the issues at stake. In effect, the ANC is emphasizing the counter-majoritarian impact of the Constitution and its various institutional manifestations, whether in the form of the courts overturning government laws or policy or the Public Protector ordering ‘remedial action’ to be taken by the executive that is not to the President’s liking.

A positive consequence of the fracas around parliament’s treatment of the Nkandla matter is that important questions about the relationship between Chapter Nine institutions and government – and what is at stake when recommendations of the Public Protector are essentially ignored – have been raised. Given the sensitive nature of the Office of the Public Protector, parliament has a special duty to give it unequivocal support, as with other Chapter Nine institutions. In this case, it was minority party MPs who rose to this call, making impressive arguments around what holding the executive to account means in actual practice. By implication, the bigger question of parliament’s role and authority in a constitutional democracy has been placed on the agenda again.

### III. State of the Nation Address (SONA), 12 February 2015

The lead-up to President Zuma’s State of the Nation Address in February 2015 was marked by anticipation of another parliamentary disruption by EFF members. ANC members forewarned Malema that questions relating to the President and Nkandla would not be tolerated as ‘convention’ does not allow for questions during SONA. Malema offered the following in response:

‘We don’t comply with conventions that are not working for our people, that convention only applies to a President who respects Parliament and who takes Parliament seriously and who consistently accounts to Parliament. The convention also is that the President has never dodged answering questions, so if he can break that convention, then we can break convention of not asking questions. We are learning from him... We waited the whole of three terms last year when we were told that: the President is coming, the President will come when there is order, the President was here long before and why do you

want to subject the President to questions. We got excuses from Parliament since President Zuma appeared in Parliament from the last time.’<sup>52</sup>

At the opening of parliament on 12 February 2015, Zuma was meant to begin his address, discussing government’s achievements over the past year and outlining major policies and laws ahead. Before he could take to the podium, Malema lived up to the heightened sense of anticipation that had been growing in the media all week, rising to offer a point of order (as opposed to a question) as allowed by Joint Rule 14 of Parliament,<sup>53</sup> which grants the option for points of order to be raised without interruption. Malema again demonstrated that his party would engage in the ‘politics of parliamentary disruption’ for as long as Zuma failed to account properly for Nkandla.

Speaker Mbete then made a ruling that the point of order would be disallowed, deeming it to be irrelevant to the proceedings of the day. One after another, EFF MPs rose to defy the ruling and to continue raising the same point of order. Concluding that these members of the EFF were disrupting the National Assembly, the Speaker then once again called in riot police.<sup>54</sup> Armed policemen, not in uniform and dressed in the standard uniform of parliamentary staff (black trousers, with white shirts), arrived immediately and proceeded to remove all EFF MPs. There was an unseemly and violent commotion. Some who tried to resist were physically assaulted.<sup>55</sup> The DA, the largest opposition party, left the House in protest

---

52 Interview with Malema on Radio 702 on 10 February 2015 available at <http://www.702.co.za/articles/1672/sona2015-eff-says-plan-is-still-to-ask-questions> (last accessed on 8 June 2015).

53 Joint Rule 14U states that: ‘A member may speak [during a joint session such as SONA] (a) when called upon to do so by the presiding officer; or (b) to a point of order.’ Joint Rule 14L states that at a Joint Sitting a member ‘may only speak from the podium, except to raise a point of order or a question of privilege’.

54 The Powers, Privileges and Immunities of Parliament and Provincial Legislatures Act, 2004 empowers the Speaker to call in police if any person disrupts the Assembly. However, there is disagreement amongst commentators about whether it was justified under the circumstances. Some also argue that the police conducted themselves in an undue manner.

55 See ‘EFF disrupts SONA, frog marched from Parliament’ available at <http://www.enca.com/south-africa/eff-disrupts-sona-ordered-leave-parliament> (last accessed on 20 March 2015); ‘Malema calls on ANC to account for Parliamentary chaos’ available at <http://m.ewn.co.za/2014/11/14/Malema-ANC-must-be-held-responsible-for-degeneration-of-Parly> (last accessed on 20 March 2015); ‘One EFF MP taken to hospital: Malema #SONA2015’ available at <http://www.times->

soon after, having raised as another point of order the question of principle as to whether the security officials who had entered and forcibly removed the EFF MPs were police or not. After prevaricating initially, Speaker Mbete conceded that police were involved, whereupon DA parliamentary leader Musi Maimane led his party from the chamber.

Tensions within the Assembly had also played out in a separate issue that transpired even before Malema and EFF MPs raised the point of order. An hour or so before SONA began, parliament's cellular phone signal was disabled so that those within the precinct could not send or receive phone messages, make or receive calls, or access the internet. The scrambling or disabling of the signal in parliament directly breaches constitutionally protected rights to receive and impart information.<sup>56</sup> The DA, along with the EFF and other parties, objected strongly to the state of affairs and demanded to know who was responsible for the shut-down. It was pointed out that a violation of the constitutional order, freedom of expression, and the right to access the proceedings of Parliament was taking place. The signals were eventually reinstated, according to procedures that have not yet been satisfactorily explained.

This was arguably the most dramatic opening of parliament in the country's history, one that was watched closely by many South Africans on television and debated voraciously at dinner tables and in the media for many weeks after. So what does this highly dramatic debacle suggest about the state of our representative democracy? In effect, the EFF disobeyed the authority of the Speaker of the National Assembly by repeating a point of order that she had explicitly disallowed. Arguably, the EFF's refusal to obey the Speaker's ruling undermined parliament in its institutional capacity, since parliament has a legitimate right to engage in its business and carry out its mandate free from disobedience and disruption. By seeking to disrupt the State of the Nation Address, opposition MPs from the Economic Freedom Fighters, it could be argued, abused parliamentary rules and convention to the point where the constitutional rights of other MPs were infringed. However, it should be added that it is the absence of

---

live.co.za/politics/2015/02/12/one-eff-mp-taken-to-hospital-malema-sona2015 (last accessed on 20 March 2015).

56 See sections 16 and 32 of the Constitution. See also CASAC media statement on SONA available at <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71619?oid=959623&sn=Detail&pid=71619> (last accessed on 8 June 2015).

consensus about such conventions – that close the gap between the formal rules and the contested politics of an increasingly adversarial parliament – that is a major contributory factor.

Importantly, the fact that the two largest opposition parties – the DA and EFF – were absent from SONA highlights the dysfunctionality of parliament on this major occasion. The blocking of signals during SONA also demonstrates weaknesses in parliament's understanding of its own role.<sup>57</sup> The Speaker is required to take direct responsibility for proceedings in the house; however, it was the State Security Services that appeared to be in control of communications and who by blocking signals arguably violated constitutional rights of access to information and freedom of expression.

Once again, a likely positive spin-off from the 'blocked signal affair' at SONA will come in the form of concrete court judgments on the use of jamming devices in parliament and on the illegality of interrupting broadcasts on account of disruptions in parliament.<sup>58</sup> The SONA case also brings to the fore various significant constitutional issues which are still being contested. Put in a crude manner, EFF members, from their point of view, are being asked to be faithful to the rules and decisions of the National Assembly when President Jacob Zuma himself refuses to properly account for the steps he is taking to redress Nkandla, despite an official report and recommendations from the Public Protector. The Office of the Speaker of the National Assembly has itself been compromised, and MPs will arguably be less likely to have faith in her rulings, particularly when they are following a course of parliamentary disruption as a means of drawing attention to Zuma's lack of accountability. The statement by the Council for Advancement of the South African Constitution (CASAC) sums up the dilemma at hand:

'The State of Nation Address is the occasion at which the President, as head of the national executive, reports to Parliament on his government's programme. To deny the President this opportunity is to undermine the accountability function of Parliament. If the President is unable to set out the programme of his Government, Parliament will have no basis on which to subse-

---

57 The Powers, Privileges and Immunities of Parliament and Provincial Legislatures Act 4 of 2004 makes it clear that police or other public order forces may only enter Parliament if there is an 'imminent danger' to life or property. The response of the security officials would appear to be entirely disproportionate to the problem of removing recalcitrant MPs. See CASAC Media Statement on SONA, note 56.

58 See *Primedia Broadcasting, a Division of Primedia (Pty) Ltd v Speaker of the National Assembly* [2015] ZAWCHC 24.

quently hold him to account... the President has not yet provided adequate answers to questions that were posed to him in August last year relating to the Public Protector's findings and remedial action on Nkandla. This, too, represents a failure in constitutional accountability that must be urgently rectified by the President.'<sup>59</sup>

Furthermore, in recent times the EFF successfully used the courts to challenge the supposed impartiality of decisions of the presiding Speaker during Zuma's previous State of the Nation Address in June 2014. In *Malema v Chairperson of the National Council of Provinces*,<sup>60</sup> Malema challenged the presiding officer, Thandi Modise's ruling that it was 'unparliamentary and did not accord with the decorum of the House' for him to say in parliament that the ANC government had massacred mine workers at Marikana in that the police who killed them represented the ANC government. Modise had asked Malema to withdraw his statement, arguing that he was effectively accusing those members of the National Assembly who were also members of the executive of being mass murderers. Malema had refused to retract his statement and was subsequently ordered to leave the House. Modise maintained that the only manner in which an MP could accuse fellow MPs of criminal activity according to the rules of parliament was by way of a substantive motion containing a properly motivated claim. Malema, on the other hand, argued that Modise's interpretation of his statement not only impinged upon his constitutional free speech guarantee but that Modise as presiding officer was also 'abus(ing) her powers to protect the governing party against lawful criticism in the parliamentary debate'.<sup>61</sup>

The court ultimately concluded that Modise's interpretation of what Malema had said was unwarranted as it would place severe limitations on free speech and future debates in the Assembly if such an expansive meaning was ascribed to the term 'government' in the present case.<sup>62</sup> Importantly, the court emphasised the need for the rules of parliament to safeguard free speech and robust debate – a fundamental requirement of the Constitution.<sup>63</sup>

---

59 CASAC statement, note 56.

60 *Malema v Chairperson of the National Council of Provinces* (12189/2014 [2015] ZAWCH 39 15 April 2015).

61 *Ibid* at para 6.

62 *Ibid* at paras 58-59.

63 *Ibid* at para 10.

With regard to the conduct of the Speaker during parliamentary sessions, the court recognized that specific skills and expertise were needed to oversee parliamentary debates – to which the courts should afford due deference rather than readily substitute their own opinions.<sup>64</sup> However, the court reiterated the principle that had been articulated in *Lekota v Speaker of the National Assembly*,<sup>65</sup> that ‘the Speaker although affiliated to a political party, was required to perform the functions of that office fairly and impartially in the interests of the National Assembly and Parliament’ and that in maintaining order and applying parliamentary rules, he or she ‘should jealously guard and protect the members’ rights of political expression entrenched in the Constitution.’<sup>66</sup>

*D. Conclusion: Institutional Renaissance or Populist Fandango?*

Like many parliamentary, Westminster-style democracies, South Africa’s post-1994 parliament has struggled to cope with the dominance of its ruling party, the ANC. As a result, the constitutional mandate of the National Assembly has been weakened over time. Since the 2014 national election, however, new energy and vitality has been injected into the proceedings of the House. South Africa’s representative institution has entered a new phase with a stronger opposition, a weaker ruling party, and a ‘new kid on the block’ in the form of Julius Malema and his small but assertive party of ‘Economic Freedom Fighters’, a political leader who is as courageous and incisive when tackling the ANC as he is effective in harvesting media attention and proffering dangerously vacuous populist policy prescriptions.

The EFF’s politics of parliamentary disruption arises in a context where President Jacob Zuma is widely perceived as being corrupt and unaccountable, with several issues clouding his Presidency. The crisis in legitimacy surrounding the President has in practice been playing out in parliament, something which has placed this crisis firmly on the public map. Since the April 2014 elections, minority parties have also more actively made use of the rules of parliament in order to hold Zuma to account for the unlawful public expenditure on his private homestead, Nkandla.

---

64 Ibid at paras 19, 45, 60.

65 *Lekota v The Speaker of the National Assembly* (14641/12) [2012] ZAWHC 385.

66 Ibid at para 10.

The unresolved issue at stake, however, remains that the politics of parliamentary disruption also undermines the functionality and dignity of parliament. The EFF may well, as they have been accused, been staging theatricalities as a tactic to get votes and media attention. By seeking to disrupt SONA, for example – an opportunity where the President, as head of the national executive, reports to parliament on government's programmes – the right of both parliament and individual MPs to debate, to engage with and to hold the executive to account was jeopardized.<sup>67</sup>

Notwithstanding the above, President Zuma has not to date provided satisfactory answers to questions that were posed to him in parliament in August 2014 relating to the Public Protector's findings and proposed remedial action on Nkandla. This in itself represents a failure in constitutional accountability, one which the President needs to rectify.<sup>68</sup> During Question Time on 11 March 2015, Zuma again emphasised that the Public Protector's findings on Nkandla are 'recommendations' and not 'judicial rulings', and that he will not pay back money until the Police Minister has decided whether he should, and if so, how much.<sup>69</sup> This suggests that the Nkandla issue may well continue to haunt parliamentary processes in the future.

Despite parliament's constitutional mandate to represent public views and to monitor government spending and policy execution, the institution has already in the past appeared lacklustre and impotent with regard to several major oversight matters, suggesting that South Africa's set of constitutional guarantees and accompanying parliamentary rules seeking to promote participatory and representative democracy, however strong in form, depend in practice on the extent to which the political environment allows for their survival and vigour. The ANC's majority in parliament will most likely ensure that its own position – rather than that of the opposition – will prevail on Nkandla.

On a positive note, parliamentary events since the 2014 election suggest that new life is being breathed into many of South Africa's constitutional precepts and rules. Minority party MPs have sought to hold Zuma and the executive to account with sustained doggedness and relevant debates

---

67 See CASAC statement, note 56.

68 See CASAC statement, note 56.

69 See <https://pmg.org.za/hansard/20502/> accessed on 8 June 2015. See also 'Nkandla: Zuma stands his ground' available at <http://ewn.co.za/2015/03/12/Parly-session-Zuma-sets-the-record-straight> (last accessed on 8 June 2015).

have since been taking place on issues such as the content and occurrence of Question Time, the nature of the Speaker's role, executive accountability, the appropriate methodology for exercising parliamentary oversight and the role and status of Chapter Nine Institutions.

This evidence indicates that there is something of an institutional renaissance. The supreme irony is that it is a uncompromisingly populist party which is now breathing new life into parliament – perhaps suggesting at a further level that 'polite participatory democracy' may not be effective when faced by a Zumarite ruling ANC. The EFF is likely to proceed with its militant posture in parliament at least until the local government elections in 2016. This contest will present a critical test for whether Zuma and the ANC are losing support at municipal level in favour of the EFF and the DA. Leading up to those elections, opposition parties may want to ensure that there is a political cost to be paid by the ANC for using its majority in a cynical fashion, as demonstrated by its MPs during the Nkandla debate on November 2014 and discussed earlier in this paper. The more the ANC is forced to rely on the power of its numbers rather than on its arguments, the weaker it will look within the framework of 'proper' parliamentary debate. Yet it remains to be seen whether the rules of engagement are currently undergoing a paradigm shift or whether the antics of the EFF is simply a populist parliamentary fandango.

Opposition parties may still have a great deal further to go if they are to turn improved parliamentary engagement into electoral progress, whether by adherence to the spirit of the Constitution and parliamentary rules or by switching to a newfound populist and more volatile approach, which arguably by itself may end up undermining the notion of democratic constitutionalism.

Looking towards the future, South Africa's parliament in either case is likely to become more relevant to the citizenry and therefore more politically important, regardless of its structural impediments. This in turn suggests, as this paper has argued, that the answers to questions around how to reinvigorate representative and participatory forms of democracy are to be found not in constitutional law and governance, but in politics and in the ability of opposition political representatives to use democratic institutions to hold the executive to account on things that matter most to the populace.



# Abgeordnete zwischen Parteibindung, Regierungsdisziplin und neuen Formen der Partizipation

*Sophie-Charlotte Lenski*

## *A. Einleitung: Parlament und Regierung in Zeiten der Großen Koalition*

Wenn eine wesentliche Bedeutung der Rechtsvergleichung darin liegt, bessere Kenntnis über das eigene Recht zu gewinnen,<sup>1</sup> so erfüllen die impulsgebenden Ausführungen von Richard Calland dies gleich in doppelter Weise. Zum einen erhellen sie das Verständnis der rechtlichen Grundlagen, denen die Abgeordneten in Südafrika unterliegen, und ermöglichen so einen Vergleich auf normativer Ebene. In noch eindrucksvollere Weise ermöglichen sie aber durch den Vergleich den Blick auf die umgekehrten Vorzeichen, unter denen die rechtliche wie politische Debatte dieses Themenfelds in Deutschland und Südafrika auf tatsächlicher Ebene zu stehen scheint. Während Calland für Südafrika eine neue Phase des Parlaments mit einer stärkeren Opposition und einer schwächeren Regierungspartei beschreibt, werden in Deutschland gerade erste Schritte unternommen, um genau die gegenteilige Entwicklung zu reflektieren: Seit der Bundestagswahl 2013 befindet sich Deutschland nicht nur in einer Situation, in der erstmals in der Geschichte weniger Parteien im Bundestag vertreten sind als in der Legislaturperiode davor. Durch die Große Koalition, die über eine Mehrheit von fast 80% der Sitze verfügt, wird die Opposition im Bundestag zurzeit geradezu marginalisiert. Auf die institutionelle Stellung des Parlaments aber auch des einzelnen Abgeordneten bleibt dies nicht ohne Auswirkungen.

Vier Aspekte, die Richard Calland in seinen Ausführungen anspricht, erweisen sich in der Rückspiegelung auf die deutsche Sicht dabei als besonders relevant und spannend für den Vergleich: zum einen das Dreiecksverhältnis zwischen Parteien, Staat und Gesellschaft, zum zweiten das Verhältnis von Regierung und Parlament, drittens der repräsentative Status

---

1 *Christoph Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute, VRÜ 43 (2010), S. 7, 22.

des Abgeordneten und seine Wahl sowie schließlich das subjektive Recht des Bürgers auf Teilnahme am politischen Prozess.

*B. Parteien, Staat und Gesellschaft – ein Dreiecksverhältnis*

Die erste Frage nach dem Verhältnis von Partei, Staat und Gesellschaft trifft einen Kernbereich der deutschen Diskussion, wie sie bis in die Weimarer Republik zurückreicht. Zwischen der Parteienstaatslehre Gerhard Leibholz<sup>2</sup> und der Statuslehre Konrad Hesses<sup>3</sup> klafft bis heute eine Lücke in der verfassungsrechtlichen Diskussion, die von der Praxis ausgefüllt, aber von der Wissenschaft kaum erklärt wird. Insofern ist in Deutschland zwar auf normativer Ebene eine sehr klare Trennlinie zwischen staatlichen Organen auf der einen Seite und der Gesellschaft auf der anderen Seite gesetzt, in der die Parteien in der Gesellschaft verankert sind, aber das Bindeglied zu den staatlichen Institutionen bilden. Neben der Tatsache, dass schon diese strikte Trennung zwischen Staat und Gesellschaft mittlerweile wieder verstärkt in Frage gestellt wird, bleiben die praktischen Auswirkungen dieser Abgrenzung gleichwohl diffus – und zwar von der Seite der Parteien aus in beide Richtungen.

In Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Parteien und Staat wird etwa das Thema der Ämterpatronage schon seit vielen Jahren genauso intensiv wie auch erfolglos diskutiert.<sup>4</sup> In jüngerer Zeit wurde dieser Aspekt angereichert durch Fragen der Verwendung öffentlicher Mittel zugunsten parteipolitischer Interessen, insbesondere in Hinblick auf Parlamentsfraktionen. Die Zahlungen aus öffentlichen Haushalten an Fraktionen haben insofern in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich und deutlich zugenommen, was unter anderem auch in einem Anstieg der Mittel für die Öffentlichkeitsarbeit der Fraktionen begründet liegt. Gerade in diesem Bereich ist aber in der Praxis die Unterscheidung zwischen Fraktionsarbeit, die aufgrund der notwendigen Einbettung in die Arbeit des Parlaments grund-

---

2 *Gerhard Leibholz*, *Das Wesen der Repräsentation*, 3. Aufl. 1966; *ders.*, *Die Grundlagen des modernen Wahlrechts*, VVDStRL 7 (1931), S. 159 ff.

3 *Konrad Hesse*, *Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat*, VVDStRL 17 (1959), S. 11 ff.

4 Vgl. nur *Martin Dippel*, *Ämterpatronage durch politische Parteien*, NordÖR 2009, S. 102 ff.; *Hans Herbert von Arnim*, *Parteien in der Kritik*, DÖV 2007, S. 221 ff.; *Michael Kloepfer*, *Politische Klasse und Ämterpatronage*, ZBR 2001, S. 189 ff.

sätzlich dem staatlichen Bereich zuzuordnen ist, und klassischer Parteiarbeit immer stärker verschwommen und undeutlicher geworden. Nach welchen Kriterien kann objektiv entschieden werden, ob etwa eine Anzeigenkampagne der politischen Arbeit einer Fraktion oder derjenigen einer – identische Ziele verfolgenden – Partei zuzuordnen ist? Nicht nur in der Praxis der Parlamente, auch in der wissenschaftlichen Begleitung dieser Frage wird immer noch nach handhabbaren Kriterien für diese Abgrenzung gesucht.<sup>5</sup> Damit aktualisiert sich das bereits in den 1970er Jahren vom Bundesverfassungsgericht für die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung entschiedene<sup>6</sup> Problem nun für andere staatliche Bereiche – ohne dass freilich im Bereich der Regierung nicht auch immer wieder neue Fragen jenseits klassischer Öffentlichkeitsarbeit aufgeworfen würden.<sup>7</sup>

Andererseits – oder vielleicht auch als Folge dessen – wurde jüngst die Abgrenzung zwischen Staat, Partei und Gesellschaft aus genau umgekehrter Perspektive virulent, als das Bundesverfassungsgericht über parteipolitisch gebundene Vertreter gesellschaftlicher Gruppen im staatsfrei zu haltenden öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu entscheiden hatte.<sup>8</sup> Bei dem Versuch, Regeln für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aufzustellen, die sicherstellen können, dass seine Aufsichts- und Entscheidungsgremien maßgeblich in gesellschaftlicher, nicht in staatlicher Hand sind, ordnete das Bundesverfassungsgericht die Parteien hier nun gerade nicht mehr schwerpunktmäßig dem gesellschaftlichen, staatsfrei zu haltenden Raum zu, sondern rückte sie umgekehrt in die Nähe des Staates, von dessen Einfluss die quasi gesellschaftlichen Gremien des Rundfunks abzuschirmen seien. Gerade hier offenbarte sich damit das Dilemma, dass einerseits für die praktische Realisierung des staatsfernen, gruppen- und meinungsplura-

---

5 Vgl. nur *Gerald Kretschmer*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfauf (Hrsg.), GG, 12. Aufl. 2011, Art. 40 Rn. 61b, Art. 42 Rn. 24; *Jürgen Schröder*, Zur Zulässigkeit der Öffentlichkeitsarbeit von Parlamentsfraktionen, NVwZ 2005, S. 1281; *Otto Depenheuer*, Selbstdarstellung der Politik, 2002, S. 57 ff.; *Markus Heintzen*, Die Trennung von staatlicher Fraktions- und staatlicher Parteienfinanzierung, DVBl. 2003, S. 708 ff.; *Hans H. Klein*, in: Michael Brenner/Peter M. Huber/Markus Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, FS für P. Badura, 2004, S. 263 ff.; *Sven Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, 2001, S. 604 ff.

6 BVerfGE 44, 125.

7 Umfassend dazu *Sophie Lenski*, Regierungs- und Fraktionsarbeit als Parteiarbeit, DÖV 2014, S. 585 ff.

8 BVerfGE 136, 9 ff.

len öffentlich-rechtlichen Rundfunks eine Auswahl gesellschaftlicher Vertreter erforderlich ist, die in einem weiten Sinne bestimmte Anforderungen von Repräsentation erfüllen muss, in Deutschland aber andererseits letztlich kein gefestigtes gesellschaftliches Instrument jenseits des Parteienwettbewerbs für eine derartige Aufgabe besteht.

Die etwas diffuse Stellung der Parteien in einem Zwischenraum zwischen Staat und Gesellschaft beschäftigt unter anderen Vorzeichen somit auch die deutsche Diskussion. Von Lösungen ist man bisher jedoch noch weit entfernt.

### *C. Regierung und Parlament in der politischen Auseinandersetzung*

Als zweiter Vergleichspunkt sei hier das Verhältnis zwischen Regierung und Parlament hervorgehoben, auch wenn dies gleichwohl nicht völlig unvermittelt neben dem erstgenannten Punkt steht. In Fragen der Europäischen Union, insbesondere der Währungsunion, sind diese Aspekte in jüngerer Zeit intensiv diskutiert und vor allem durch das Bundesverfassungsgericht austariert worden. Immer wieder ging es dabei darum, eine Balance zwischen den Anforderungen einer schnell agierenden operativen Politik auf Regierungsebene und den Entscheidungsbefugnissen und Beteiligungsrechten des Bundestages zu finden.

In der neuen Legislaturperiode mit ihrer marginalisierten Opposition von nur 20% der Sitze im Bundestag werden sich die entsprechenden Themen auch auf rein nationaler Ebene in deutlich verstärkter Form stellen. Zwar wurde für die aktuelle Legislaturperiode zeitlich begrenzt ein neuer § 126a in die GO BT eingefügt, der auf der Ebene des Geschäftsordnungsrechts die verfassungsrechtlich sehr eingeschränkten Wirkungsmöglichkeiten der Kleinstopposition erweitern soll. Aufgrund der fehlenden verfassungsrechtlichen Verankerung bleibt die Opposition jedoch bei der Ausübung ihrer Rechte auf das Wohlwollen der Regierungsfractionen angewiesen.<sup>9</sup>

Deutliche Anzeichen dafür zeigen sich gerade im Bereich des Untersuchungsausschusses zur Aufklärung der NSA-Affäre. Bereits bei der Einsetzung des Ausschusses offenbarte sich das strukturelle Problem einer zu-

---

9 *Benedikt Beckermann/Daniel Weidemann*, K(l)eine Opposition ohne Rechte, *Der Staat* 53 (2014), S. 315 f.

sammengeschrumpften Opposition, war diese doch verfassungsrechtlich noch nicht einmal aus eigener Kraft in der Lage, den Untersuchungsausschuss einzusetzen.<sup>10</sup> Aufgrund des öffentlichen Drucks schlossen sich zwar auch die Regierungsfractionen dem Antrag auf Einsetzung an. Diese Zustimmung wurde jedoch durch Zugeständnisse bei der Formulierung des Untersuchungsauftrags erkaufte. Bei der konkreten Beweiserhebung setzt sich dieser Streit zwischen Opposition und Regierung nun fort<sup>11</sup> und offenbart grundsätzlich unterschiedliche Perspektiven auf die Frage, welche Informationen das Parlament und seine Mitglieder im Bereich der Terrorismusabwehr auch und gerade in Zusammenarbeit mit ausländischen Geheimdiensten von der Regierung verlangen können. Vermutlich wird das Bundesverfassungsgericht hier im Laufe der Legislaturperiode das Verhältnis beider Akteure immer wieder kasuistisch austarieren müssen.

#### *D. Wahl und Status der Abgeordneten*

Das Bundesverfassungsgericht ist es auch, das im dritten identifizierten Bereich, dem repräsentativen Status des Abgeordneten und seiner Wahl, eine zunehmend entscheidende Rolle übernimmt. Deutlich zeigt sich das im Bereich des Wahlrechts. Das oft so hochgelobte deutsche System der personalisierten Verhältniswahl ist in den letzten Jahren in Karlsruhe zunehmend unter Druck geraten, innerhalb kürzester Zeit wurden immer wieder Änderungen des Gesetzgebers nötig, weil die komplizierten Regelungen der Verrechnung von Erst- und Zweitstimme zu Verzerrungen des Stimmgewichts führten.<sup>12</sup> Die vermeintlichen Gewinne durch stärkere Per-

---

10 S. dazu ausführlich *Pascale Cancik*, Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition, *NVwZ* 2014, S. 18 ff.; *Lars Brocker*, Die „Splitterenquête“, *DÖV* 2014, S. 475 ff.

11 Vgl. für die umstrittene Zeugenvernehmung Edward Snowdens *Bertold Huber/Hans de With*, Der unverzichtbare Zeuge – Recht und Pflicht zur Vernehmung Edward Snowdens vor dem NSA-Untersuchungsausschuss, *NJW* 2014, S. 2698 ff. Das Bundesverfassungsgericht hat einen (ersten) Antrag der Opposition in dieser Sache als unzulässig verworfen, da die angegriffene vorläufige Stellungnahme der Bundesregierung kein tauglicher Gegenstand im Organstreitverfahren sei, *BVerfGE* 138, 45.

12 *BVerfGE* 131, 316; 121, 266.

sonalisierung und stärkere Anbindung des Abgeordneten an den Wähler<sup>13</sup> wurden in der konkreten Ausgestaltung somit durch eine Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl bezahlt.

Dass eine Entflechtung der komplexen Regelungen und eine damit verbundene dringend nötige Grundsatzreform nicht zustande kamen, hängt wiederum maßgeblich mit den Interessen der im Parlament vertretenen Parteien zusammen. Unter dem argumentativen Deckmantel der personellen Bindung wird hier somit tatsächlich über das Wahlrecht oft nur versucht, parteipolitische Interessen durchzusetzen.

#### *E. Subjektive Rechte auf Partizipation am politischen Entscheidungsprozess*

Der letzte aufgeworfene Punkt betrifft schließlich das Recht und die Möglichkeit des Einzelnen auf Partizipation am politischen Entscheidungsprozess. Gerade in Hinblick auf Großvorhaben der Infrastrukturplanung und den dadurch ausgelösten Protesten sind diese Fragen in Deutschland in den letzten Jahren intensiver diskutiert worden,<sup>14</sup> wenn die Diskussion auch kaum in konkrete Änderungen gemündet ist. Interessant bleibt jedoch insofern, dass es in der deutschen Debatte dabei oft um Verwaltungsentscheidungen, insbesondere über Großvorhaben, nicht um Entscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers geht, institutionell also nicht der Bereich der Repräsentation im engeren Sinne betroffen ist, sondern des gestaltenden Gesetzesvollzugs durch die Verwaltung.

Man kann dies als Ausdruck eines verstärkten Willens zu Beteiligung jenseits klassischer Formen der Repräsentation deuten. Ebenso möglich ist es aber auch, das Phänomen als Ausdruck einer verstärkten Bürokratisierung der repräsentativen parlamentarischen Strukturen zu begreifen. In

---

13 Kritisch zur Annahme, derartige Effekte durch das System der personalisierten Verhältniswahl erreichen zu können, *Sophie Lenski*, Paradoxien der personalisierten Verhältniswahl, AöR 134 (2009), S. 473 ff.

14 Vgl. etwa nur *Kay Waechter*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 499 ff.; *Thomas Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, 71 (2012), S. 544 ff.; *Johannes Saurer*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, DVBl 2012, S. 1082 ff.; *Margit Seckelmann*, Wohin schwimmt die Demokratie?, DÖV 2014, S. 1 ff.; *Eckart Hien*, Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung, DVBl 2014, S. 495 ff.

einer parlamentarischen Kultur, in der sich das Parlament als Arbeits-, nicht als Redeparlament versteht,<sup>15</sup> die repräsentative Komponente sich also vor allem auf die Problemlösung, nicht auf die Artikulation der Meinungen und Interessen bezieht, ist es insofern vielleicht nicht erstaunlich, wenn sich das Bedürfnis nach Teilhabe am politischen Prozess zunehmend auf den Bereich dieser exekutiven Problemlösung fokussiert. Auch dieser Trend wird wiederum verstärkt durch die abnehmende Rolle der Opposition. Wenn nicht mehr nur die Regierung, sondern auch das Parlament von quasi-konsensualen Entscheidungsprozessen mit hierarchischer Struktur geprägt wird, nähert es sich bürokratischen Strukturen an. Zudem wird auch dieser Trend durch die stetig wachsende Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts als politischem Akteur verstärkt. Die wachsende nachvollziehende gerichtliche Kontrolle des parlamentarischen Prozesses rückt ihn auch insofern in die Nähe gerichtlich überprüfbarer Verwaltungshandeln.

#### *F. Ausblick: Repräsentative Demokratie in der Krise?*

Ist die repräsentative Demokratie damit in Deutschland in der Krise? Zynisch könnte man behaupten, sie habe sich nie in einem anderen Zustand befunden. Die Situation in Deutschland ist insofern schon immer deutlich von Zwischenformen geprägt. Dies betrifft zum einen sehr grundsätzlich das immer noch etwas unklare Verständnis von der Rolle der Parteien zwischen Staat und Gesellschaft. Zum anderen ist das sehr starke personale Element in der Verhältniswahl betroffen, das trotz des Personenbezugs von den Parteien immer weiter kompensiert wird. Auch die Rolle vor allem des Bundestags als Arbeitsparlament mit quasi-bürokratischen Strukturen setzt die Reihe der Zwischenformen fort. Verstärkt wird dies zuletzt durch die in Deutschland überragende Rolle des Bundesverfassungsgerichts, das insbesondere in Fragen der europäischen Integration längst ein

---

15 Zu den verschiedenen Parlamentstypen in Hinblick auf ihre kommunikative Bedeutung s. *Armin Burkhardt*, *Das Parlament und seine Sprache*, 2003, S. 5 ff.; zur historischen Entwicklung dieser Funktionsbeschreibung im deutschen Parlamentarismus ausführlich *Christoph Schönberger*; in: *Martin Morlok/Utz Schliesky/Dieter Wiefelspütz* (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, 2015, § 1; beide Aspekte im Bundestag verwirklicht sehend *Peter Schindler*; in: *Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh* (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 29 Rn. 4; eine klare Einordnung als Arbeitsparlament abgebend hingegen *Claus Arndt*, ebd., § 21 Rn. 9 ff.

bestimmender Akteur jenseits repräsentativer Strukturen ist. Vielleicht ist es am Ende ja aber gerade das Bundesverfassungsgericht, das die Repräsentation rettet? Es wäre jedenfalls eine sehr deutsche Idee.

## Civic Dignity as the Basis for Public Participation in the Legislative Process

Barbara E. Loots\*

*The Constitution of the Republic of South Africa places an obligation on both Houses of Parliament to facilitate public participation in their legislative processes. The Constitutional Court held in the Doctors for Life judgment that this is a legally enforceable obligation and that a failure to comply with it must result in the invalidity of the said legislation. In the Court's view, the Constitution embraces a rich understanding of democracy which encompasses both representative and participatory elements. In this chapter, I examine the understanding of democracy underlying this judgment, with reference to the notion of civic dignity, as relied on by the Court. I also critically analyse subsequent judgments of the Constitutional Court in which the link between public participation and civic dignity was under-emphasised. These cases created the impression that the Court, rather than carefully engaging with the particular context of every case, more readily deferred to the decisions of Parliament.*

### A. Introduction

The Constitution of the Republic of South Africa, 1996 places an obligation on both Houses of Parliament<sup>1</sup> to facilitate public involvement in their

---

\* I would like to thank Prof H Botha for his invaluable comments and guidance in the drafting of this chapter. The critical analyses reflected herein are based on my own reading of the referenced cases and materials. The primary focus falls on judicial understandings of 'civic dignity' and 'public participation', and the chapter is not intended as a commentary on parliamentary programmes relating to public participation.

1 The two jointly administered Houses are the National Assembly (elected by the voters through their support of a specific political party) and the National Council of Provinces (representing the provinces to ensure that the interests of provinces are considered in the national sphere of government). Hereafter respectively referred to

processes.<sup>2</sup> The Constitution thus accords considerable importance to active citizen participation in the law-making process. In the landmark judgment of *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others*,<sup>3</sup> the Constitutional Court held that non-compliance with this requirement must result in the invalidity of the legislation in question. If those governed by laws are not granted a reasonable opportunity to be involved in the legislative process, the resulting legislation cannot bind them.<sup>4</sup>

The judgment in *Doctors for Life* raises fundamental issues about the relationship between representative and participatory democracy. It also raises questions about the relationship between democracy and other constitutional values. The majority of the Court linked democracy to dignity and relied in part on the notion of civic dignity to support its participatory vision of democracy.<sup>5</sup> Democracy, on this view, presupposes respect for the people and requires their views to be considered in the law-making process. All citizens are entitled to equal recognition – accordingly, all citizens should be afforded an opportunity to participate in the legislative process.

In this chapter, I start by setting out the main reasons for the majority judgment in *Doctors for Life*. I also compare the majority and minority judgments. Next, I examine the nature of the Court's views on the relation between representative and participatory democracy, and between democracy and the equal dignity of citizens. I then turn to a consideration of cases decided after *Doctors for Life*. I conclude with tentative observations on the possibilities and limits of the Constitutional Court's dignity-based understanding of participatory democracy.

---

as the 'NA' and 'NCOP'. See *Parliament of the RSA*, How Parliament Is Structured, <http://www.parliament.gov.za> (last accessed on 12 March 2015).

2 Sections 59 and 72 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, relating to the NA and NCOP respectively. See also s 118 in relation to public involvement in the provincial legislatures.

3 2006 (12) BCLR 1399 (CC), hereafter '*Doctors for Life*'.

4 See *Theunis Roux*, Democracy in: *Stuart Woolman and Michael Bishop* (eds.), Constitutional Law of South Africa, Cape Town 2007, ch.10, p. 6; *King and Others v Attorneys Fidelity Fund Board of Control and Another* 2006 (4) BCLR 462 (SCA), par. 17.

5 See *Erin Daly*, Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person, Philadelphia 2012, p. 132.

*B. The Judgment in Doctors for Life*

The applicants in *Doctors for Life* approached the Constitutional Court for an order declaring that Parliament had failed to fulfil its constitutional obligation to facilitate public participation in respect of four health related Acts. The majority, in a judgment written by Ngcobo J, ruled that the Constitution imposes an enforceable obligation on Parliament to facilitate public involvement, and that a failure to do so must result in constitutional invalidity. It is not sufficient for Parliament to simply allow the public to participate – it is, rather, under a positive duty ‘to provide meaningful opportunities for public participation in the law-making process’ and ‘to take measures to ensure that people have the ability to take advantage of the opportunities provided’.<sup>6</sup> Although Parliament has a discretion to determine the form that such opportunities for participation must take, the Constitutional Court has the power to test whether the steps taken by Parliament to facilitate public involvement are reasonable. What is reasonable depends on the context: sometimes it will suffice to invite the public to make written submissions, and at other times nothing short of public hearings will do.<sup>7</sup> The following factors are relevant to the reasonableness inquiry:

‘The nature and importance of the legislation and the intensity of its impact on the public are especially relevant. Reasonableness also requires that appropriate account be paid to practicalities such as time and expense, which relate to the efficiency of the law-making process. Yet the saving of money and time in itself does not justify inadequate opportunities for public involvement. In addition, in evaluating the reasonableness of Parliament’s conduct, this Court will have regard to what Parliament itself considered to be appropriate public involvement in the light of the legislation’s content, importance and urgency. Indeed, this Court will pay particular attention to what Parliament considers to be appropriate public involvement.’<sup>8</sup>

The majority held that the National Council of Provinces (NCOP) had failed to meet its constitutional obligation in relation to two of the four Acts. These two Acts related to controversial matters of great public interest, namely the termination of pregnancies and traditional health practitioners. Moreover, the NCOP itself was of the view that it was desirable to

---

6 *Doctors for Life*, note 3, par. 129.

7 See *Doctors for Life*, note 3, par. 142.

8 *Doctors for Life*, note 3, par. 128.

hold public hearings in relation to these two Acts. In view of these factors, the NCOP's failure to hold public hearings was unreasonable. The Court held that public hearings by the National Assembly (NA) were no substitute for public hearings by the NCOP and/or provincial legislatures: given the NCOP's constitutional mandate to represent the provinces in the national sphere, it could not evade its constitutional responsibility by relying on representations that had been received by the NA.<sup>9</sup>

Ngcobo J's judgment relied on a wide range of materials and arguments. He argued that the plain meaning of the words 'facilitation' and 'public involvement' used in s 72(1)(a) of the Constitution makes it clear that the legislature is under a positive obligation to take 'steps to ensure that the public participates in the legislative process'.<sup>10</sup> He further held that the obligation to facilitate public involvement gives effect to the right to political participation under international law, and must therefore be construed with reference to art 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which states that '[e]very citizen shall have the right and opportunity' to political participation, read together with art 19 which guarantees right of freedom of expression. The Court interpreted these articles as recognising not only a positive right of citizens to political participation, but also a corresponding obligation on 'states to facilitate public participation in the conduct of public affairs by ensuring that this right can be realised'.<sup>11</sup> In addition, Ngcobo J's judgment placed the constitutional commitment to democratic participation within the historical context of the apartheid system, which denied the majority a say in political life, and the anti-apartheid struggle, with its emphasis on people's power and community involvement.<sup>12</sup> He stated that 'the people of South Africa reserved for themselves part of the sovereign legislative authority that they otherwise delegated to the representative bodies they created'.<sup>13</sup>

By contrast, the minority rejected the idea that Parliament is constitutionally obliged to take reasonable steps to facilitate public involvement, and that a failure to do so must result in the invalidity of the legislation in question. Yacoob J in his dissenting judgment agreed that the constitutional vision of democracy includes both representative and participatory ele-

---

9 *Doctors for Life*, note 3, par. 151.

10 *Doctors for Life*, note 3, par. 120.

11 *Doctors for Life*, note 3, par. 92.

12 *Doctors for Life*, note 3, par. 111-112.

13 *Doctors for Life*, note 3, par. 110.

ments, but largely confined the latter to voting and participation in the activities of political parties.<sup>14</sup> In his view, neither the plain meaning of the words used in s 72(1)(a), nor the structure of the chapter on Parliament, supports the position taken by the majority. He argued that the word 'facilitate' implies a more lenient requirement than 'ensure' or 'require'; that the term 'public involvement' means something less than 'public participation'; that the word 'reasonable' is not used in the section; and that s 72(1)(a) does not form part of the Constitution's 'manner and form' requirements which prescribe particular legislative procedures. He rejected the majority's expansive reading of art 25 of the ICCPR, and placed the constitutional provisions relating to democracy within a different historical context. For Yacoob J, the primary historical wrong that the constitutional provisions on democracy aim to correct is not the absence of public participation in government processes during apartheid, but the exclusion of the majority of the population from the vote and from representation in Parliament.<sup>15</sup> So viewed, when the Constitution proclaims that Parliament must ensure 'government by the people', it refers to their representation in Parliament, not to direct public involvement in government processes.<sup>16</sup> In the absence of a clear constitutional mandate, the judicial imposition of an enforceable obligation on Parliament to facilitate public involvement in all its processes, amounts to the usurpation of legislative power. It also constitutes 'an impermissible intrusion... on the value of the right to vote acquired through bitter struggle'.<sup>17</sup>

The majority and minority thus differed fundamentally in their understanding of democracy and of the judiciary's role in policing the democratic process. In the minority's view, the struggle for democracy in South Africa was primarily a struggle for representative democracy based on regular elections and universal adult suffrage. Likewise, the principal mechanism through which the Constitution attempts to secure government by the people is through the representation of their views in Parliament. Because of their democratic mandate, members of Parliament should not be held bound by vaguely defined standards of public participation, and the courts should be circumspect in interfering with Parliament's constitutional power to determine its own procedures. The majority judgment, on

---

14 *Doctors for Life*, note 3, par. 272, 276-281.

15 *Doctors for Life*, note 3, par. 294, with reference to s 42(3) of the Constitution.

16 *Doctors for Life*, note 3, par. 283.

17 *Doctors for Life*, note 3, par. 319.

the other hand, resisted an interpretation that would relegate the participatory strands of the constitutional concept of democracy to a mere adjunct to the representative dimension. It described the representative and participatory elements of democracy as ‘mutually supportive’,<sup>18</sup> and took the Constitution to envisage a dialogue between the people and their representatives which promotes the democratic values of openness, accountability and responsiveness, and bolsters the legitimacy of representative institutions. The majority acknowledged that the Court must respect Parliament’s discretion in regulating its own processes, and deciding how to exercise its powers and give effect to its constitutional obligations. However, such deference does not amount to submission to the Legislature based on concerns of political sensitivity, and needs to be balanced against the right of the public to participate in public affairs. In their view, a reasonableness standard strikes an appropriate balance between these conflicting concerns.<sup>19</sup>

### C. *Democracy and Civic Dignity*

The majority in *Doctors for Life* emphasised the close link between participatory democracy and the dignity of citizens. Ngcobo J stated that public participation ‘enhances the civic dignity of those who participate by enabling their voices to be heard and taken account of’.<sup>20</sup> He further noted:

‘All parties interested in legislation should feel that they have been given a real opportunity to have their say, that they are taken seriously as citizens and that their views matter and will receive due consideration at the moments when they could possibly influence decisions in a meaningful fashion.’<sup>21</sup>

---

18 *Doctors for Life*, note 3, par. 115.

19 *Doctors for Life*, note 3, par. 122-124, 146.

20 *Doctors for Life*, note 3, par. 115.

21 *Doctors for Life*, note 3, par. 171. Sachs J similarly wrote in his concurring judgment: ‘Minority groups should feel that even if their concerns are not fully represented, they continue to be part of the body politic with the full civic dignity that goes with citizenship in a constitutional democracy. Public involvement will also be of particular significance for members of groups that have been the victims of processes of historical silencing. It is constitutive of their dignity as citizens today that they not only have a chance to speak, but also enjoy the assurance they will be listened to. This would be of special relevance for those who may feel politically disadvantaged at present because they lack higher education, access to resources and strong political connections.’ Par. 234.

These statements suggest that civic dignity is enhanced when those affected by legislation are given the opportunity to raise their concerns and express their views. Dignity and democracy converge in their demand that citizens be heard, that they be given the chance to participate in public decision making and that they be treated as moral and political equals. By focusing on the intersection of these values, the Court moved away from a formal conception of democracy which stresses the identity of the people with their representatives, and embraced instead a deliberative and participatory understanding, which emphasises the need for ongoing consultation between MPs and the electorate.<sup>22</sup> Rather than simply assuming that public representatives will govern in accordance with the wishes of the electorate, the majority conceives democracy as a communicative process ‘in which every reasonable attempt is made to accommodate, or at least listen, to divergent views’.<sup>23</sup> The judgment thus emphasises the plurality of the needs and viewpoints of the electorate, and the obligation of representatives to take them seriously.

But what is meant by ‘civic dignity’ and how is it related to human dignity? Whereas human dignity inheres in individuals by virtue of their humanity, civic dignity attaches to citizens and is grounded in their membership and participation in an “interactive” community’.<sup>24</sup> Brown argues that the civic dignity of the people is to be respected, because of the ‘office’ they hold as citizens.<sup>25</sup> Civic dignity is rooted in the fact that the

---

22 *Henk Botha*, *Representing the Poor: Law, Poverty and Democracy*, Stellenbosch Law Review 22 (2011), p. 521.

23 *Roux*, note 4, ch. 10. p. 73.

24 *Daly*, note 5, p. 138. *Jeremy Waldron*, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, *Harvard Law Review*, 123 (2010), p. 1607 writes in the context of hate speech cases that there is a difference ‘between the concern for personalized reputation in civil cases and a broader social concern for the fundamentals of anyone’s reputation or civic dignity as a member of society in good standing’. Although civic dignity in many respects complement human dignity, both Hughes and Woolman warn that the dignity of citizens as the collective should not be conflated with dignified treatment owed to individuals. See *Anne Hughes*, *Human Dignity and Fundamental Rights in South Africa and Ireland*, Pretoria 2014, p. 93 and *Stuart Woolman*, *Dignity*, in: *Stuart Woolman and Michael Bishop* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town 2007, ch. 36, p. 70. Civic dignity requires an objective approach, while the determination of whether or not someone was treated in a dignified manner has an element of subjectivity.

25 See *Alex Brown*, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*, New York 2015, 142. The idea that dignity considerations can be related to an ‘office’ is also

roles and functions associated with the ‘office’ of citizenship ‘are creations of the collective public, not the individual who occupies the role’.<sup>26</sup> Civic dignity therefore has a relational and collective character, and refers to citizens’ interactions within the public sphere.<sup>27</sup> Ober explains the distinction as follows:

‘Human dignity, as an inherent attribute of the individual, rests neither on personal nor on political relationships among people. Civic dignity stands in between these poles: It is predicated on a shared status of political equality among a body of citizens – a defined set of people who are jointly committed to the preservation of a public domain (a *politeia*, or *res publica*), but who are not social peers and who may have no personal ties with one another.’<sup>28</sup>

Participation and the opportunity to be heard are vital elements of civic dignity. This was recognised in the Truth and Reconciliation Commission proceedings, where victims of political atrocities could be heard in a non-adversarial process aimed at ‘the particularized *restoration of their human*

---

endorsed by *James Gardner*, *The Dignity of Voters – A ‘Dissent’*, *University of Miami Law Review* 64 (2010), p. 455, who states that ‘[v]oters may indeed possess some kind of dignity that is *entitled to some manner of respect*, but it is necessarily the dignity associated with a specific, contingent, socially constructed role’.

- 26 *Gardner*, note 25, p. 455 argues that the form and extent of civic dignity with which public participation is associated is activity rather than attribute based. Whereas human dignity is owed to every person, because he or she is a human being entitled to the same respect due to all other humans, civic dignity is collectively acknowledged and granted purely on the basis of citizenship. *Gardner* also explains that the ‘dignity people possess as voters [or citizens] is not the dignity that they possess on account of being human. Whatever its virtues, [civic dignity as it relates to] democratic self-governance is not an aspect of intrinsic human dignity’. See also *Brown*, note 25, p. 142.
- 27 *Woolman*, note 24, ch. 36, pp. 7 – 15 identifies five forms of dignity. These are: the recognition of the individual’s inner worth (dignity 1), dignity as an entitlement to equal concern and equal respect (dignity 2), dignity as enabling the development of an individual’s own humanity potential (dignity 3), dignity as recognition of people to legislate for themselves, i.e. self-governance (dignity 4), and dignity as attached to society as a collective (dignity 5). The last two forms (dignity 4 and dignity 5), best align with the idea of civic dignity as reflected in *Doctors for Life*. *Susie Cowen*, *Can ‘Dignity’ Guide South Africa’s Equality Jurisprudence?*, *South African Journal on Human Rights*, 17 (2001), p. 58 also recognises the multi-form nature of dignity as a concept, namely the fact that it is useful to address constitutional issues at both a collective and individual level. See *Hughes*, note 24, p. 94.
- 28 *Josiah Ober*, *Three Kinds of Dignity*, <http://athensdialogues.chs.harvard.edu/cgi-bin/WebObjects/athensdialogues.woa/wa/dist?dis=22> (last accessed on 31 March 2015).

and civil dignity'.<sup>29</sup> The civic dignity of victims was respected as part of the restoration process by acknowledging them not only as people with a story, but as people who deserved public recognition of their stories. Similarly, the majority in *Doctors for Life* acknowledged that if Parliament does not allow citizens sufficient opportunity to exercise their constitutional right to participate in the legislative process, it undermines their civic dignity by denying them the opportunity to be recognised as citizens capable of engaging in collective processes of self-government.<sup>30</sup> The dignity of citizens precludes the state from treating them as mere objects of legislative and bureaucratic procedures, who are incapable of participating in the making of choices affecting the public.<sup>31</sup> They are, rather to be treated as moral equals whose views must not only be heard, but must be listened to by public representatives.<sup>32</sup> This does not mean that the legislature is bound to follow their opinions, but it must give them due consideration.<sup>33</sup>

Civic dignity denotes a status of equality: all citizens are afforded the same legal and social status, regardless of differences relating to race, ethnicity, gender or wealth.<sup>34</sup> In the words of s 3(2)(a) of the Constitution: 'All citizens are equally entitled to the rights, privileges and benefits of citizenship.' This is reflected in the equality of the vote. As Sachs J held in *August v Electoral Commission*:

'The vote of each and every citizen is a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts. In a country of great disparities

---

29 *Robert I Rotberg & Dennis Thompson* (eds.), *Truth v Justice: The Morality of Truth Commissions*, New Jersey 2000, p. 134.

30 See *Doctors for Life*, note 3, par. 115 (Ngcobo J) and par. 234-235 (Sachs J). See also *Woolman*, note 24, ch. 36, p.13; *Michael Bishop*, *Vampire or Prince? The Listening Constitution and Merafong Demarcation Forum & Others v President of the Republic of South Africa and Others*, *Constitutional Court Review 2* (2009), p. 323. Cf *Gardner*, note 25, p. 453; *Metro Broadcasting, Inc v FCC* 497 US 547 (1990) 604, dissenting judgment of O'Connor J.

31 *Josiah Ober*, *Democracy's Dignity*, *American Political Science Review* 106 (2012), p. 828 states that civic dignity requires citizens to be treated as choice making adults. He refers to this as the 'noninfantilization' principle.

32 *Bishop*, note 30, p. 323; *Doctors for Life*, note 3, para. 235 (Sachs J).

33 *Bishop*, note 30, p. 325 explains with reference to *Democratic Alliance v Masondo* 2003 (2) SA 413 (CC) that, although the majority decision may in the end trump public submissions, the latter must at least be granted the respect of consideration, as 'deliberation is central to democracy'. See also *Roux*, note 4, ch. 10, p. 68.

34 *Brown*, note 25, p. 142.

of wealth and power it declares that whoever we are, whether rich or poor, exalted or disgraced, we all belong to the same democratic South African nation; that our destinies are intertwined in a single interactive polity'.<sup>35</sup>

But civic dignity, together with the closely related principle of political equality, demands more than that each adult citizen has the right to vote. It also presupposes that citizens have an equal chance to participate in public processes of democratic opinion- and will-formation. A situation where the rich and powerful are able to influence political decision making through means other than the ballot, would be contrary to the equal dignity of all citizens, if an opportunity to participate were not extended to all citizens. In his majority judgment in *Doctors for Life*, Ngcobo J stated that public participation, 'because of its open and public character acts as a counterweight to secret lobbying and influence peddling. Participatory democracy is of special importance to those who are relatively disempowered in a country like ours where great disparities of wealth and influence exist'.<sup>36</sup>

Put differently, representative democracy is associated with universal citizenship, which extends political rights to all citizens, regardless of their standing. At the same time, however, the transfer of legislative power to an elite group of citizens who represent the interests of their constituents potentially detracts from the principle of equal citizenship. Drawing on Machiavelli's political theory, John McCormick warns against the danger of an unchallenged elite group of representatives wielding political power through the 'narrowing of popular participation'<sup>37</sup> to just a right to vote.<sup>38</sup> McCormick emphasises the need for broad democratic participation as counter to the risk of a representative faction and of political inequality.

#### D. *Judicial Decisions after Doctors for Life*

Following *Doctors for Life*, the Constitutional Court considered the legislature's obligation to facilitate public involvement in a number of other

---

35 1999 (3) SA 1 (CC) par. 17.

36 *Doctors for Life*, note 3, par. 115.

37 *John P McCormick*, Machiavellian Democracy, New York 2011, p. 142.

38 *McCormick*, note 37, p. 142 argues, with reference to Machiavelli's political theory, that 'the sharp curtailing of popular participation ... [serves] only the interests of the elites consequently empowered to act on behalf of the people'.

cases. *Matatiele II*,<sup>39</sup> a case decided a day after *Doctors for Life*, concerned a constitutional amendment designed to abolish cross-boundary municipalities, in terms of which the area of Matatiele was transferred from the province of KwaZulu-Natal to the province of the Eastern Cape. Ngcobo J, in another majority judgment, found that the Provincial Legislature of KwaZulu-Natal had failed to take reasonable steps to facilitate public involvement prior to its decision to support the constitutional amendment.<sup>40</sup> The majority, in evaluating whether the degree of participation facilitated was sufficient, took into consideration the impact of the legislation on the people of Matatiele. Given their emotional attachment to KwaZulu-Natal, the potential implications of their relocation for service delivery, and the fact that the legislation's 'direct and profound impact' was felt by 'a discrete and identifiable section of the population',<sup>41</sup> namely the people of Matatiele, the legislation could not be passed without proper consultation. It held:

'The more discrete and identifiable the potentially affected section of the population, and the more intense the possible effect on their interests, the more reasonable it would be to expect the legislature to be astute to ensure that the potentially affected section of the population is given a reasonable opportunity to have a say.'<sup>42</sup>

The cases that followed *Matatiele II* similarly concerned the abolition of cross-boundary municipalities and changes to provincial boundaries. In *Merafong*,<sup>43</sup> a challenge was brought against the transfer of Merafong Municipality from Gauteng to the North West Province. The Gauteng Provincial Legislature had held public hearings, during which members of the community clearly expressed their opposition to the municipality's relocation. These views were taken into account: in terms of the negotiating mandate adopted by the Gauteng Provincial Legislature, it would support the amendment subject to the condition that Merafong had to remain part of Gauteng. However, it subsequently reversed its original mandate and

---

39 *Matatiele Municipality & Others v President of the Republic of South Africa & Others* 2007 (1) BCLR 47 (CC). Hereafter '*Matatiele II*'.

40 Yacoob J again dissented (with the concurrence of Van der Westhuizen J) in *Matatiele II*, note 39, based on the same reasoning as provided in *Doctors for Life*.

41 *Matatiele II*, note 39, par. 79.

42 *Matatiele II*, note 39, par. 67.

43 *Merafong Demarcation Forum & Others v President of the RSA & Others* 2008 (10) BCLR 969 (CC). Hereafter, '*Merafong*'.

the Gauteng delegation voted in support of the Bill in the NCOP. The Court, this time with Van der Westhuizen J writing for the majority, found that although the affected group of citizens were not informed of the change in the decision of the Gauteng delegation, their participation was still meaningful. The majority therefore ruled that the obligation to facilitate public participation in the given context had been met. It acknowledged that '[p]ublic involvement cannot be meaningful in the absence of a willingness to consider all views expressed by the public'.<sup>44</sup> Van der Westhuizen J nevertheless reasoned that, even though the provincial legislature's failure to inform the people of their about-turn, was disrespectful '[f]rom the perspective of respectful dialogue and the accountability of political representatives',<sup>45</sup> there was nothing that forced the Legislature to submit to the views expressed during public hearings.<sup>46</sup> Accordingly, the failure to report back to the Merafong community was not so unreasonable that it had to result in the invalidity of the constitutional amendment.<sup>47</sup>

Even though *Merafong* raised more complex issues than *Doctors for Life* or *Matatiele II*, it could nevertheless be asked whether the majority judgment does not detract from the promise of the Constitutional Court's earlier jurisprudence on participatory democracy. As Budlender comments, the majority in '*Merafong* notably de-emphasised the participatory element of our democracy in determining the margins of what constituted reasonable facilitation of public involvement in the circumstances of this case'.<sup>48</sup> The majority's finding that it was not necessary to revert back to the community, and that it was in any event unlikely that another round of public consultation would have made a difference to the legislature's position,<sup>49</sup> is particularly problematic in view of the link between public participation and civic dignity. As Sachs J pointed out in his dissent, the Court's earlier jurisprudence had emphasised the idea of a dialogue between the people and their elected representatives. He added: '[i]n some ways an interrupted dialogue, when expectations of candour and open-

---

44 *Merafong*, note 43, par. 51.

45 *Merafong*, note 43, par. 55.

46 See *Botha*, note 22, p. 528 with reference to *Merafong*, note 43, par. 50.

47 *Merafong*, note 43, par. 56.

48 Steven Budlender, National Legislative Authority, in: *Stuart Woolman and Michael Bishop* (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town 2007, ch. 17, p. 78.

49 *Merafong*, note 43, par. 59.

dealing have been established and certain ambiguous commitments have been made, can be more disruptive of a relationship than silence from the start might have been'.<sup>50</sup> In his view, the failure of communication on the part of the legislature diminished the civic dignity of the community of Merafong, undermined the legitimacy of the democratic process, gave rise to the perception that public involvement had been a sham, and subverted attempts to establish relations of trust between the people and their representatives.<sup>51</sup>

Following *Merafong*, the Constitutional Court in *Poverty Alleviation Network*<sup>52</sup> was presented with another opportunity to return to its *Doctors for Life* roots, as the residents of Matatiele challenged the validity of a second constitutional amendment aimed at effecting the relocation of the municipality from KwaZulu-Natal to the Eastern Cape.<sup>53</sup> This time the applicants did not argue non-facilitation, as hearings had been held at which the community had the opportunity to express their grievances. Rather, they argued that public participation was a sham, as the legislature's position was politically dictated and predetermined. Nkabinde J on behalf of a unanimous court dismissed the application. She held that, even though the legislature must consider the public's views, it need not be swayed by them. The Court further held that it was not appropriate for the Court to inquire into the legislature's motives, and that it can only ask whether its decisions are rational.<sup>54</sup> It found that the legislation was rationally connected to the abolition of cross-boundary municipalities, which is a legitimate government objective, and that it was accordingly valid.

The *Moutse* case<sup>55</sup> also concerned the alteration of provincial boundaries, as the applicants challenged the relocation of certain areas from the province of Mpumalanga to the province of Limpopo. A public hearing was held, but the applicants argued that adequate notice of the hearing was not given and that the provincial legislature was not properly informed of the community's views, as the report provided to it was very skeletal. The

---

50 *Merafong*, note 43, par. 291.

51 *Merafong*, note 43, par. 292, 298.

52 *Poverty Alleviation Network & Others v President of the Republic of SA* 2010 (6) BCLR 520 (CC). Hereafter, '*Poverty Alleviation Network*'. See *Budlender*, note 48, ch. 17, p. 64.

53 See *Budlender*, note 48, ch. 17, p. 75.

54 *Poverty Alleviation Network*, note 52, par. 73.

55 *Moutse Demarcation Forum and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 2011 (11) BCLR 1158 (CC). Hereafter, '*Moutse*'.

Court rejected these contentions. It held *inter alia* that a court could not ‘pronounce on the adequacy of the information at the disposal of a deliberative body such as the legislature before it makes a decision’ or ‘prescribe to the Legislature what a report to it should contain’.<sup>56</sup>

In its reasoning in *Merafong, Poverty Alleviation Network* and *Moutse*, the Constitutional Court watered down the strong conception of participatory democracy articulated in *Doctors for Life* and *Matatiele*, compromised on the rigour of the reasonableness test developed in those cases and deferred more readily to the Legislature. The Court thus opened the door to the representative faction risk of an elite speaking on behalf of citizens after hearing them, but not really listening to them in a respectful manner. It is arguable that this judicial stance has negatively impacted on the level of confidence citizens have in Parliament’s participation programmes, resulting in an intensification of radical, citizen-driven forms of participation.<sup>57</sup>

If the link between public participation and civic dignity is downplayed, the only avenues left to the Court in cases like *Merafong, Poverty Alleviation Network* and *Moutse* are to challenge the rationality of the Legislature’s decision or to question whether it really considered the public’s submissions with an open mind.<sup>58</sup> A rationality challenge is unlikely to succeed, as it is a relatively weak form of review, and as the Court has made it clear that it will not inquire into the rationality of the procedures used by Parliament.<sup>59</sup> In the absence of ‘very strong evidence’,<sup>60</sup> it is also unlikely that a court will find that Parliament has failed to consider the public’s submissions, particularly since the Court has expressly dissociated rationality review from a consideration of the motives of the Legislature.<sup>61</sup>

---

56 *Moutse*, note 55, par. 80.

57 In the aftermath of the Constitutional Court’s judgment in *Merafong*, protests – including violent ones – continued amongst the Merafong community. The new ANC leadership which was elected at the party’s National Conference in Polokwane in December 2007 visited the area and resolved to reverse the incorporation of Merafong into the North West Province. This was accomplished through the enactment of the Constitution Sixteenth Amendment Act of 2009.

58 See *Budlender*, note 48, ch. 17, p.79.

59 *Poverty Alleviation Network*, note 52, par. 68.

60 *Budlender*, note 48, ch. 17, p. 79.

61 *Poverty Alleviation Network*, note 52, par. 73.

## *E. Conclusion*

The Constitution envisages a form of democracy which is both representative and participatory in nature.<sup>62</sup> As the majority declared in *Doctors for Life*, ‘the representative and participatory elements of our democracy should not be seen as being in tension with each other ... [but rather] as mutually supportive’.<sup>63</sup> On this vision, democracy requires mechanisms which guarantee the right of citizens to participate in the political process, in addition to strong representative institutions. This is secured not only through the right to vote for elected representatives, but also through the right to petition Parliament,<sup>64</sup> lobby representatives to table private member bills,<sup>65</sup> and make representations to them when processing legislation.<sup>66</sup> Representation and participation are therefore seen as two sides of the same coin. Both help to ensure that government is in accordance with

---

62 *Ober*, note 31, 827 explains that ‘[i]n a democracy meeting the minimal standard, an extensive citizenry (We, the people, *ho demos*) has authority over first- and second-order rules (legislation and procedure); citizens have secure political rights (to speech, assembly, vote, office); officials are held to account by citizens’.

63 *Doctors for Life*, note 3, par. 115.

64 See section 17, read with section 56(d) of the Constitution. Rules 309 – 315 and 229 – 236 of the Rules of the NA and the Rules of the NCOP respectively give effect to the right of citizens to petition Parliament.

65 See *Oriani-Ambrosini, MP v Sisulu, MP Speaker of the National Assembly* 2013 (1) BCLR 14 (CC) and the revised rules 234 – 236 of the Rules of the National Assembly. Parliament has subsequent to this judgment set up a dedicated Legislative Drafting Unit within the Constitutional & Legal Services Office to assist members with the drafting of private member bills. For this purpose, the NA through a resolution adopted interim rules to be followed in this regard.

66 In practice, such facilitation usually takes the form of an advertised call for written submissions, followed by public hearings if further consideration of the written submissions so require. In practice, provincial legislatures also call for public participation and comment to inform the voting on section 76 bills. In such instances the section 118(1)(a) obligation the Constitution places on provinces to ‘facilitate public participation’ becomes of great importance, as that informs the mandates with which they vote in the NCOP. For the different types of mandates see the Mandating Procedures of Provinces Act 52 of 2008. It must also be noted that Rule 168 of the Rules of the NCOP does allow for the relevant select committee processing a bill (and liaising with provinces in a section 76 bill context) may nevertheless direct that such a bill be published in the *Gazette* and invite the public to make representations. In support of the principle of public participation, the NCOP also annually facilitates an oversight drive called ‘Taking Parliament to the People’, where the members engage various communities directly.

the will of the people, and both are grounded in respect for the dignity of citizens and the 'office' they hold.

However, the judgments in *Merafong*, *Poverty Alleviation Network* and *Moutse* reveal the precarious nature of the balance struck in *Doctors for Life* and *Matatiele II* between representative and participatory democracy. In these three cases, public hearings were held, but the relevant laws and constitutional amendments were nevertheless pushed through, notwithstanding strong resistance on the part of the affected communities. In each of these cases, the Constitutional Court held that the legislatures complied with the constitutional obligation to facilitate public involvement, despite allegations that they did not truly consider the submissions of the public. On one view, this is unobjectionable, as legislatures are not bound by the views of the public, and as courts should be careful not to substitute their own views for those of the legislature. However, on another, it is problematic. Given the powerful position of political parties in South Africa's list system of proportional representation, and widespread poverty and inequality, courts have a particular responsibility to uphold the constitutional values of democracy and civic dignity in the face of any apparent attempts to side-line the citizenry and monopolise public power.<sup>67</sup>

The deferential tone adopted in *Merafong*, *Poverty Alleviation Network* and *Moutse* is worrying, as it represents a step away from the articulation of democracy and civic dignity in *Doctors for Life*. It also backtracks from the robust understanding of separation of powers embraced in that case, in terms of which judicial review does not necessarily detract from democracy, but sometimes enhances it.<sup>68</sup> These judgments, in neglecting to engage with civic dignity as the basis for meaningful public participation in the legislative process, are too quick to assume that public representatives will always govern in accordance with the wishes of the electorate. They thus undermine the balance between representative and participatory democracy, and risk leaving citizens at the mercy of an unchecked representative elite.

---

67 See *Sujit Choudhry*, 'He Had a Mandate': The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy, *Constitutional Court Review*, 2 (2009), p. 1.

68 See *Roux*, note 4, ch. 10, p. 20.

## Baden-Württemberg zwischen Wählen, Mitreden und Entscheiden – Mehr Partizipation als Regierungsauftrag

*Fabian Reidinger*

*Die Landesregierung von Baden-Württemberg hat die Bürgerbeteiligung seit 2011 systematisch und breit ausgebaut. Neben der Stärkung der direkten Demokratie wurden auch konsultative Formen der Beteiligung in Gesetzen und in das eigene Regierungshandeln aufgenommen. Der Artikel beschreibt einige der Maßnahmen und Reformvorhaben, die die Landesregierung in den vergangenen Jahren initiiert hat. Neben dem Ausbau der verbindlichen Beteiligung wurden auch viele Politikfelder und politische Maßnahmen gemeinsam mit den Bürgerinnen und Bürgern in konsultativen Verfahren entwickelt.*

*The State Government of Baden-Württemberg expanded participation since 2011 in a systematic and broad manner. Besides the strengthening of direct democracy (i.e. initiatives and referendums), consultative forms of participation were included in recent years both in legislative acts and in administrative and executive actions. The article describes some of the measures and reforms, the state government initiated since 2011. On the one hand the government expanded direct democratic procedures increasing the political power of its citizens, on the other hand it co-developed a lot of activities together with its citizens in a consultative way.*

### *A. Einführung*

Die politische Debatte in Deutschland ist seit Jahren durch das wiederkehrende Phänomen der Politikverdrossenheit geprägt. In politischen Reden wird dabei die Bedeutung der Beteiligung von Bürgerinnen und Bürger beschworen, die geringe Wahlbeteiligungen vor allem in den Kommunen und in den Bundesländern kritisiert und an die staatsbürgerlichen Pflichten appelliert, sich stärker für das Gemeinwesen im Allgemeinen und für die Politik im Speziellen zu engagieren. Zugleich zeigen Umfragen in regelmäßigen Abständen, dass sich viele Menschen von der Politik nicht mehr repräsentiert fühlen. Zuletzt belegte dies zum Beispiel eine Studie von

TNS Forschung im Auftrag des SPIEGEL vom Frühjahr 2015,<sup>1</sup> in welcher 80 Prozent der Befragten meinten, dass die Politik nicht genug täte, um sich über ihre Sorgen und Interessen zu informieren. Solche Studien und Umfragen finden sich immer wieder. Lange Zeit aber spielte die Frage nach Bürgerbeteiligung und mehr Demokratie – abseits von Sonntagsreden – eher eine untergeordnete Rolle, vor allem in der Bundes- und der Landespolitik. Als weiches Politikfeld ohne drängenden Handlungsbedarf erhielt die Bürgerbeteiligung kaum Beachtung. Niedrige Wahlbeteiligung ist ärgerlich. Bestimmte Umfragen zeigten unbequeme Wahrheiten auf.<sup>2</sup> Aber auch unter diesen Bedingungen konnte regiert werden. Niedrige Beteiligung ist auch schnell wieder vergessen. Das Thema der Bürgerbeteiligung ging in der Regel in der alltäglichen Politik unter. Die Politik ließ sich nicht so leicht erschüttern, als dass tiefgreifende Reformen im politischen System selbst angestoßen wurden.

### *B. Bürgerbeteiligung und direkte Demokratie auf dem schleichenden Vormarsch*

Impulse in Richtung einer Reform der Bürgerbeteiligung und der direkten Demokratie gab es allerdings sehr wohl. Nach der Wiedervereinigung und dem Ruf „Wir sind das Volk“ wurden in den ostdeutschen Bundesländern

---

1 *Spiegel Online*, Umfrage: Bürger fühlen sich von Politikern unverstanden, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/umfrage-deutsche-fuehlen-sich-von-politik-unverstanden-a-1030481.html> (zuletzt besucht am 28. Juli 2015).

2 Exemplarisch hierfür sind regelmäßige Umfragen zum Ansehen von Politikern (*IfD Allensbach*, Allensbacher Kurzbericht 13. August 2013, [http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx\\_reportsdocs/PD\\_2013\\_05.pdf](http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsdocs/PD_2013_05.pdf), zuletzt besucht am 5. August 2015) oder zum Vertrauen in die politischen Institutionen. Bei letzterer schneiden vor allem die Bundesregierung und der Bundestag negativ ab (*ZEIT ONLINE*, Großes Vertrauen in Karlsruhe, wenig in die Regierung, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/umfrage-institutionen-karlsruhe>, zuletzt besucht am 5. August 2015). Dem gegenüber stehen aber auch positive Zahlen zur allgemeinen Zufriedenheit mit der Demokratie in Deutschland (*Bundeszentrale für politische Bildung*, <http://www.bpb.de/nachschlagen/datenreport-2013/demokratie-und-politische-partizipation/174077/zufriedenheit-mit-der-demokratie>, zuletzt besucht am 5. August 2015). Die Frage nach der Zufriedenheit mit der Demokratie weist hier einen großen Unterschied zwischen den alten und den neuen Bundesländern auf und erscheint auch im Westen äußerst volatil. Sie ist aber verglichen mit anderen Staaten Westeuropas überdurchschnittlich groß.

neue Verfassungen und Kommunalverfassungen geschrieben, die der Debatte um mehr Demokratie und Beteiligung an politischen Entscheidungen Rechnung trugen. Bürgerbegehren und Bürgerentscheide sowie die Direktwahl der Bürgermeisterinnen und Bürgermeister wurden in den neuen Bundesländern flächendeckend eingeführt.<sup>3</sup> Nicht ohne Effekt blieb dies für die westdeutschen Bundesländer, die ihr Kommunalverfassungsrecht dieser Entwicklung anpassten. Nachhaltig war auch der Erfolg des Vereins Mehr Demokratie e.V., der im Jahr 1995 gemeinsam mit anderen Organisationen und Parteien in den Kommunen Bayerns Bürgerbegehren und Bürgerentscheid per Volksabstimmung einführt.<sup>4</sup> Seit den 1990er Jahren wurden in allen deutschen Bundesländern nach und nach direktdemokratische Elemente auf der kommunalen Ebene eingeführt. Auch auf Landesebene kennt mittlerweile jedes Bundesland das Instrument des Volksbegehrens und des Volksentscheids. Analog zu dieser Entwicklung engagierten sich viele Parteien, Kommunen und Stiftungen im Bereich der informellen Bürgerbeteiligung. Vor allem die Kommunen, in denen sich Proteste leichter entfalten können, sahen sich einer vermehrten Zahl von Bürgerbegehren ausgesetzt. Hier wuchs die Erkenntnis, dass ohne die Bürgerinnen und Bürger Politik nur schwer zu realisieren ist. In den 1990er Jahren kam dann auch der Begriff der „Bürgerkommune“ oder der „Bürgerorientierten Kommune“ auf.<sup>5</sup> Die kommunale Verwaltung und die Politik sollten sich näher an den Interessen und Wünschen der Bürgerinnen und Bürger orientieren. So sollte der Bürger einerseits als Kunde verstanden werden, aber andererseits auch politisch auf Augenhöhe wahrgenommen werden. Seit den 1970er Jahren entwickelte sich dafür ein breites Instrumentarium an Methoden, wie und wann die Bürgerinnen und Bürger in politische Entscheidungsprozesse einbezogen werden könnten. Als Know-How-stiftend und vermittelnd haben sich hier beispielsweise die Stiftung MITARBEIT und die Bertelsmann Stiftung erwiesen.<sup>6</sup>

---

3 *Hellmut Wollmann*, Kommunale Referenden in den ostdeutschen Kommunen – Regelung, Anwendungspraxis, Bestimmungsfaktoren, in: Theo Schiller & Volker Mittendorf (Hrsg.), *Direkte Demokratie. Forschung und Perspektiven*, 2002, S. 179-193.

4 *Michael Seipel u.a.*, *Triumph der Bürger! Mehr Demokratie in Bayern – und wie es weitergeht*, 1997.

5 Quelle: <http://www.buergerorientierte-kommune.de>.

6 Die Stiftung MITARBEIT veröffentlicht eine Vielzahl von Publikationen zum Thema Bürgerbeteiligung, betreibt die Internetseite <http://www.wegweiser-buergergesellschaft.de> und organisiert die seit 1995 jährlich stattfindende Tagung „Forum für

Lange Zeit ließ sich diese Entwicklung nur in den Kommunen beobachten. Als erstes Land reagierte die rheinland-pfälzische Landesregierung unter Ministerpräsident Kurt Beck auf diese Entwicklung und wandte Formen der Bürgerbeteiligung an, um beispielsweise Reformen der kommunalen Verwaltung zu entwickeln. Einen Höhepunkt erfuhr die Debatte allerdings erst mit dem Konflikt um „Stuttgart 21“. In Baden-Württemberg, einem Land, welches durch technische Innovationen und hoher Wirtschaftskraft zu den prosperierendsten Regionen Europas gehört, eskalierte der politische Konflikt um ein Bahnprojekt derart weitreichend, dass auch fünf Jahre später keine Debatte um Bürgerbeteiligung ohne das Beispiel „Stuttgart 21“ auskommt. Wie durch ein Brennglas fokussierte der Konflikt um dieses bahntechnische und städtebauliche Projekt<sup>7</sup> die Unzufriedenheit der Bürgerinnen und Bürger und das Unverständnis vieler Politikerinnen und Politiker für eine schleichende Erosion ihrer eingeübten Verfahren. Der Konflikt offenbart, dass Legalität nicht zwingend zu Legitimität führt. Er hatte außerdem einen wesentlichen Anteil daran, dass nach 60 Jahren konservativ-geführter Landesregierung ein Regierungswechsel anstand, der den ersten grünen Regierungschef in Deutschland hervorbrachte. Als Reaktion auf den Konflikt um Stuttgart 21 vereinbarte die neue Regierungskoalition aus Bündnis 90/Die Grünen und SPD im Jahr 2011 die Durchführung einer Volksabstimmung über ein Gesetz, welches die Regie-

---

Bürgerbeteiligung und kommunale Demokratie“ in Loccum. Mehr Informationen finden sich unter <http://www.mitarbeit.de>. Die Bertelsmann Stiftung betreibt seit mehreren Jahren diverse Programme im Bereich Bürgerbeteiligung. 1998 rief sie das Programm „Bürgerorientierte Kommune – Wege zur Stärkung der Demokratie“ ins Leben (<http://www.buergerorientierte-kommune.de/ueberblick/geschichte.html>, zuletzt besucht am 21. Juli 2015). Sie setzte wesentliche Impulse bei der Debatte um Bürgerhaushalte und führt aktuell über ihr Programm „Demokratie gestalten“ diverse Forschungsaktivitäten durch (<https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/theme/n/demokratie-gestalten/>).

- 7 Bei dem Projekt „Stuttgart 21“ geht es darum, die oberirdisch verlaufenden Gleise in den Untergrund zu verlegen. Aus dem Kopfbahnhof wird ein unterirdischer Durchgangsbahnhof. Insgesamt werden hierfür Tunnelstrecken in der Länge von 60 km unter der Landeshauptstadt gebaut. Der offensichtliche Nutzen des Projektes ist der Zugewinn an bebaubarer Fläche in der Innenstadt. Demgegenüber kritisieren die Gegner des Projektes hohe bauliche Risiken, die hohen Kosten sowie eine aus ihrer Sicht geringere Leistungsfähigkeit des neuen Schienenknotens um Stuttgart. Zu dem Projekt gehört auch die Anbindung des Stuttgarter Flughafens an das Fernschienennetz der DB AG und die Neubaustrecke Stuttgart – Ulm. Nähere Informationen finden sich unter <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de>.

rung ermächtigt hätte, die finanziellen Vereinbarungen zu dem umstrittenen Projekt zu kündigen. Gleichzeitig wurde nicht nur dem neuen Ministerpräsidenten Winfried Kretschmann sondern der Politik insgesamt klar, dass sich der Umgang mit den Bürgerinnen und Bürgern bei Großvorhaben ändern muss. Die Regierung versprach in ihrem Koalitionsvertrag, direktdemokratische Elemente zu stärken und weitere demokratische Rechte, wie die Informationsfreiheit, auszubauen. Bürgerinnen und Bürger sollten in der Politik im Allgemeinen und in der Planung von Infrastrukturvorhaben stärker beteiligt werden. In der Regierungserklärung vom 25. Mai 2011 kündigte der Ministerpräsident an, dass Bürgerbeteiligung über alle Fachministerien hinweg angewandt werden sollte.<sup>8</sup> Mit der „Politik des Gehörtwerdens“ sollte ein neuer Weg eingeschlagen werden, der den Dialog mit den Menschen in den Vordergrund stellte. Mit der Berufung einer Staatsrätin für Zivilgesellschaft und Bürgerbeteiligung<sup>9</sup> wurde in der Regierung eine Position geschaffen, die die Anstrengungen für mehr Bürgerbeteiligung bündeln und über die Fachministerien hinweg koordinieren sollte. Zu diesem Zweck wurde auch ein Kabinettsausschuss gebildet. Aus dem Koalitionsvertrag zwischen Grünen und SPD ergab sich für Gisela Erler, die zur Staatsrätin für Zivilgesellschaft und Bürgerbeteiligung ernannt wurde, auch der Auftrag, einen Leitfaden für eine neue Planungskultur zu entwickeln.<sup>10</sup>

Im Folgenden sollen einige Projekte und Initiativen der Landesregierung bzw. der Staatsrätin beleuchtet werden, die zeigen, dass der politische Anspruch, die Bürgerinnen und Bürger stärker an der Politik zu beteiligen, in vielfältigen Bereichen in Angriff genommen wurde. Neben gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Änderungen im Bereich der direkten Demokratie und der politischen Rechte, wurde das Thema Bürgerbeteiligung

---

8 *Winfried Kretschmann*, Regierungserklärung von Ministerpräsident Winfried Kretschmann am 25. Mai 2011 im Landtag von Baden-Württemberg, S. 29, [http://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/Altdateien/202/110525\\_Regierungserklaerung\\_MP\\_Kretschmann\\_Protokollfassung.pdf](http://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/Altdateien/202/110525_Regierungserklaerung_MP_Kretschmann_Protokollfassung.pdf) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

9 Gemäß der Landesverfassung von Baden-Württemberg (Art. 45 Abs. 2) können der Landesregierung ehrenamtliche Staatsräte angehören. In den letzten Jahrzehnten haben die Staatsrätinnen und Staatsräte bestimmte Themenfelder, die dem entsprechenden Ministerpräsidenten von besonderer Wichtigkeit waren, bearbeitet.

10 *Landesregierung Baden-Württemberg*, Koalitionsvertrag „Der Wechsel beginnt“, S. 59 f., <http://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Koalitionsvertrag-web.pdf> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

seitens der Landesregierung vor allem im eigenen Regierungs- und Verwaltungshandeln umgesetzt.

### *C. Gesetzgeberische Aktivitäten im Bereich der demokratischen Rechte*

Der Konflikt um Stuttgart 21 wurde im Rahmen einer Volksabstimmung politisch gelöst und gesellschaftspolitisch – mehr oder weniger – befriedet. Studien des Mannheimer Zentrums für Europäische Sozialforschung unter Leitung von Rüdiger Schmitt-Beck (Universität Mannheim) und Thorsten Faas (Universität Mainz) haben ergeben, dass im Jahr 2013 74 Prozent der Befragten die Tatsache, dass eine Volksabstimmung zu Stuttgart 21 stattgefunden hat, als sehr gut bis gut bewerteten.<sup>11</sup> In einer weiteren Befragungswelle 2014 blieb dieser Wert langfristig stabil. Dass in der Landeshauptstadt Stuttgart dennoch fast jeden Montagabend Menschen gegen das Projekt auf die Straße gehen, widerspricht dieser Entwicklung nicht.

Als eine Konsequenz aus dem Konflikt, der sich auch aus einem für unzulässig erklärten Bürgerbegehren<sup>12</sup> erklären lässt, ergab sich für die Regierungskoalition Reformbedarf für die direkte Demokratie auf Landesebene und auf kommunaler Ebene. Entsprechende Anträge lagen auch seitens der ehemaligen Oppositionsfractionen GRÜNE und SPD aus den vorangegangenen Legislaturperioden vor.<sup>13</sup> Ein breites Bündnis aus Gewerkschaften, Naturschutzverbänden, dem Verein Mehr Demokratie e.V. und anderen hatte auch schon seit Anfang der 2000er Jahre Reformen auf kommunaler Ebene gefordert.

---

11 Thorsten Faas & Rüdiger Schmitt-Beck, Tabellenband zur Telefonbefragung 2012 Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie in Baden-Württemberg, S. 6, [http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/stuttgart21/Buergerbeteiligung\\_Tabellenband2012.pdf](http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/stuttgart21/Buergerbeteiligung_Tabellenband2012.pdf) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

12 Laut einer Untersuchung des Wissenschaftszentrums Berlin gaben 31 Prozent der befragten S 21-Gegner an, der abgelehnte Bürgerentscheid aus dem Jahr 2006 sei der Hauptgrund, warum sie sich gegen das Projekt engagierten. WZB, Befragung zu Stuttgart 21, <https://www.wzb.eu/de/forschung/beendete-forschungsprogramme/zivilgesellschaft-und-politische-mobilisierung/projekte/befragung-zu-st> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

13 *Landtag von Baden-Württemberg*, 13. & 14. Wahlperioden, Drucksachen 13/1245, 13/2964, 13/4263, 14/6866.

Seit 2011 zeigen auch CDU und FDP/DVP, die damaligen Oppositionsfraktionen im Landtag von Baden-Württemberg, die Bereitschaft, die direkte Demokratie auf kommunaler Ebene und auf Landesebene zu reformieren. Die Regierungsfractionen waren insbesondere auf Landesebene auf die Zustimmung von mindestens der CDU-Fraktion bei Verfassungsänderungen angewiesen, um die notwendige 2/3-Mehrheit zu erreichen. Ohne die Bereitschaft insbesondere der größten Oppositionsfraktion wäre eine Reform der Landesverfassung kaum erfolgversprechend gewesen.

So vereinbarten die Landtagsfraktionen im Jahr 2012 in Absprache mit dem Innenministerium und der Staatsrätin, dass eine gemeinsame interfraktionelle Arbeitsgruppe „Bürgerbeteiligung“ ein Reformpaket ausarbeiten sollte. Die Verhandlungen, in denen über die Ausgestaltung der neuen Regelungen für Bürgerentscheide und Volksabstimmungen beraten wurden, zogen sich insgesamt bis in das Jahr 2015 hin. Dies lag auch daran, dass die Regierungsfractionen weitergehende Regelungen im Rahmen der Reform der Gemeindeordnung erörterten, auf die später eingegangen werden soll. Zudem erwarteten die Oppositionsfraktionen, dass die Staatsrätin ihr Konzept für ihren Leitfaden für eine neue Planungskultur vorstellen sollte. Hinzu kam, dass die Fraktionen die Änderungen im Detail erörterten und Kompromisse gefunden werden mussten.

Über die Änderungen auf Landesebene konnten die Fraktionen relativ zügig Einvernehmen herstellen und auch bei den wesentlichen Änderungen auf kommunaler Ebene war eine Verständigung möglich. Vor allem aber bei der Frage, wie und ob die Bauleitplanung für Bürgerentscheide geöffnet werden sollte, gab es intensive Debatten sowohl zwischen den Regierungsfractionen als auch in der interfraktionellen Arbeitsgruppe. Im Endeffekt wurde ein Kompromiss gewählt, der den Beginn der Bauleitplanung bürgerentscheidsfähig macht. Dies ist in der Regel der Aufstellungsbeschluss. Vor allem im Hinblick auf Zahlen, die der Verein Mehr Demokratie e.V. erhebt, zeigt sich in der Praxis, dass viele Bürgerbegehren aufgrund einer bereits laufenden Bauleitplanung für unzulässig erklärt werden oder weil sie Fragen einer Bauleitplanung betreffen.<sup>14</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass die Dunkelziffer höher ist, da einige Bürgerbegehren aufgrund der Unzulässigkeit schon in einer frühen Phase abgebro-

---

14 *Mehr Demokratie e.V., Landesverband Baden-Württemberg, Bürgerbegehren und Ratsbegehren – Bilanz 2014*, [http://www.mitentscheiden.de/fileadmin/pdf/2015-05-11\\_BW\\_BB-Bilanz\\_Uebersicht\\_Faelle\\_2014.pdf](http://www.mitentscheiden.de/fileadmin/pdf/2015-05-11_BW_BB-Bilanz_Uebersicht_Faelle_2014.pdf) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

chen werden oder nach einer ersten Prüfung seitens möglicher Initiatoren einfach unterbleiben.

## I. Reform der Volksgesetzgebung auf Landesebene

Folgende Änderungen wurden an der Landesverfassung im Bereich Volksgesetzgebung vorgenommen:<sup>15</sup>

- Neben dem Zulassungsantrag auf Volksbegehren wurde der so genannte Volksantrag eingeführt, der sich mit einer Gesetzesvorlage oder mit einem allgemeinen Gegenstand der politischen Willensbildung an den Landtag wenden kann. Für den Volksantrag müssen Unterschriften von 0,5 Prozent der Wahlberechtigten innerhalb eines Jahres gesammelt werden (ca. 39.000 Unterschriften). Lehnt der Landtag die Vorlage ab und handelt es sich dabei um eine Gesetzesvorlage, können die Vertrauensleute des Volksantrags ein Volksbegehren beantragen.

- Das Volksbegehren, die zweite Stufe der Volksgesetzgebung, wurde am weitestgehenden reformiert. Vorher war geregelt, dass ein Volksbegehren innerhalb von zwei Wochen durch ein Sechstel der Wahlberechtigten (16,6 Prozent = 1,27 Millionen Menschen) in Amtsstuben unterschrieben werden musste. Nun ist eine 6-monatige freie Sammlung (d.h. auf der Straße oder im Privaten) vorgesehen, wobei in einem Zeitraum von drei Monaten weiterhin eine Amtseintragung möglich ist. Die Zahl der notwendigen Unterschriften reduzierte sich auf 10 Prozent der Wahlberechtigten.

- Bei der Volksabstimmung über einfache Gesetze wurde das Zustimmungsquorum von 33,3 Prozent auf 25 Prozent gesenkt. Bei Gesetzesvorlagen, die die Verfassung ändern, bleibt das Zustimmungsquorum bei 50 Prozent.

---

15 *Fraktion Grüne, Landtag Baden-Württemberg*, Einigung interfraktionelle Arbeitsgruppe Bürgerbeteiligung – Gegenüberstellung, [http://www.gruene-landtag-bw.de/fileadmin/media/LTF/bawue\\_gruenefraktion\\_de/2013-11-07\\_Einigung\\_Interfraktionelle\\_AG\\_Buergerbeteiligung.pdf](http://www.gruene-landtag-bw.de/fileadmin/media/LTF/bawue_gruenefraktion_de/2013-11-07_Einigung_Interfraktionelle_AG_Buergerbeteiligung.pdf) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015); *Fraktion Grüne, Landtag Baden-Württemberg*, Entwurf Gesetz zur Änderung der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, [http://www.gruene-landtag-bw.de/fileadmin/media/LTF/bawue\\_gruenefraktion\\_de/bawue\\_gruenefraktion\\_de/themen/demokratie\\_recht/LV\\_Gesetzentwurf\\_Direkte\\_Demokratie\\_15.7.2015.pdf](http://www.gruene-landtag-bw.de/fileadmin/media/LTF/bawue_gruenefraktion_de/bawue_gruenefraktion_de/themen/demokratie_recht/LV_Gesetzentwurf_Direkte_Demokratie_15.7.2015.pdf) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

## II. Reform der direkten Demokratie in den Kommunen

Bei Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden wurden ebenfalls signifikante Erleichterungen ermöglicht.<sup>16</sup> Die Unterschriftenhürde für Bürgerbegehren wurde von 10 auf 7 Prozent der Wahlberechtigten gesenkt. Die Frist bei Bürgerbegehren, die sich gegen Gemeinderatsbeschlüsse richten, verlängerte sich von sechs auf 12 Wochen. Der Ausschlussstatbestand Bauleitplanung wurde geöffnet, indem Bürgerentscheide über verfahrenseinleitende Beschlüsse der Bauleitplanung zulässig werden. Das Zustimmungsquorum beim Bürgerentscheid wurde von 25 auf 20 Prozent gesenkt.

Alle Fraktionen hatten den Reformbedarf bei der direkten Demokratie erkannt. Baden-Württemberg war das erste Bundesland, welches 1956 Bürgerentscheide auf kommunaler Ebene einführte. Im Zuge der Wiedervereinigung und der Reformen in westdeutschen Bundesländern waren bis 2005 überall Bürgerentscheide auf kommunaler oder Bezirksebene eingeführt worden – vielfach mit geringeren und anwendungsfreundlicheren Hürden. Im Vergleich mit anderen Bundesländern rangierte Baden-Württemberg bis zuletzt auf den letzten Rängen.<sup>17</sup>

## III. Reform der demokratischen Rechte in den Kommunen und Stärkung der Gemeinderäte

Über die Änderung der direkten Demokratie hinaus, vereinbarten die Regierungsfractionen weitergehende Änderungen für die Gemeindeordnung.<sup>18</sup> So wurde die Kinder- und Jugendbeteiligung verbindlich eingeführt. Institutionalisierte Jugendvertretungen wie Jugendgemeinderäte werden zukünftig konkrete Rechte sowie ein eigenes Budget besitzen, wenn Kommunen solche Jugendvertretungen einrichten. Zur Stärkung der Gemeinderäte wurde die Hürde zur Einbringung von Anträgen von einem

---

16 *Landesregierung Baden-Württemberg*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften, <http://beteiligungportal-bw.de/kommunalverfassung> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

17 *Mehr Demokratie e.V.*, Volksentscheids-Ranking 2013, [http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/volksentscheids-ranking\\_2013.pdf](http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/volksentscheids-ranking_2013.pdf) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

18 *Landesregierung Baden-Württemberg*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften, <http://beteiligungportal-bw.de/kommunalverfassung> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

Viertel auf ein Sechstel der Gemeinderäte reduziert. Sitzungsunterlagen müssen sieben Tage vorher übermittelt und Aufwendungen von Gemeinderäten für betreuungs- oder pflegebedürftige Angehörige sollen erstattet werden. Das hat zum Ziel, die ehrenamtliche Arbeit in den kommunalen Gremien stärker mit Beruf und Familie vereinbaren zu können. Bereits im Jahr 2013 wurde das Alter für das passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen von 18 auf 16 Jahre gesenkt.<sup>19</sup> Neben den Wahlberechtigten dürfen in Zukunft alle Einwohnerinnen und Einwohner einer Gemeinde Bürgeranträge stellen und Bürgerversammlungen mit beantragen. Die Hürden hierfür wurden ebenfalls gesenkt. Bürgerantrag und -versammlung wurden in Einwohnerantrag und Einwohnerversammlung umbenannt.

#### *D. Mehr Bürgerbeteiligung bei Großprojekten*

Als Reaktion auf den vermehrten Ruf nach einer Stärkung der Bürgerbeteiligung reagierte die Bundesregierung 2013 mit dem sog. Planvereinheitlichungsgesetz, einer Novelle des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG). Mit § 25 Abs. 3 des VwVfG wurde die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in die Planungsgesetzgebung eingeführt.<sup>20</sup> Dort ist geregelt, dass die Behörden auf Vorhabenträger hinwirken sollen, eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen. Dabei handelt es sich um ein informelles Verfahren. Neben der reinen Anpassung seines eigenen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes an das des Bundes im Rahmen der Simultangesetzgebung, schlug das Land Baden-Württemberg mit dem Landesumweltverwaltungsgesetz (UVwG)<sup>21</sup> und der Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung (VwV Öffentlichkeitsbeteiligung) inklusive Leitfaden für eine neue Planungskultur neue Wege ein.<sup>22</sup> Das UVwG führte unterschiedliche Normen des Umweltrechts zusammen und regelt die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung bei umweltrelevanten Vorhaben im Planfeststellungsverfahren: Der Vorhabenträger soll die im neuen VwVfG des Bundes

---

19 *Landtag von Baden-Württemberg*, Drucksache 15/3360, 11.4.2013.

20 Planvereinheitlichungsgesetz vom 31.5.2013, BGBl. I S. 1388.

21 *Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg*, Umweltverwaltungsgesetz (UVwG), <http://um.baden-wuerttemberg.de/?id=7981> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

22 *Staatsministerium Baden-Württemberg*, Planungsleitfaden und Verwaltungsvorschrift, <http://www.beteiligungsportal-bw.de/planungsleitfaden> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

eingeführte frühe Öffentlichkeitsbeteiligung durchführen. Die VwV Öffentlichkeitsbeteiligung wiederum richtet sich an die Landesverwaltung, die sich darin verpflichtet, die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung bei eigenen Projekte durchzuführen. Während sich das UVwG auf den Zeitraum vor der Antragsstellung eines umweltrelevanten Vorhabens bezieht, regelt die VwV die gesamte Projektdauer. Das umfasst erste Vorüberlegungen, das Raumordnungsverfahren, die Genehmigungsverfahren bis hin zur Bauphase (sog. nachlaufende Bürgerbeteiligung). Die VwV wird ergänzt durch den Leitfaden für eine neue Planungskultur. Dieser Planungsleitfaden erfüllt den im Koalitionsvertrag festgelegten Auftrag an die Regierung, Leitfäden zu entwickeln, die innerhalb des bestehenden Rechts Wege für mehr Bürgerbeteiligung ausloten sollen. Für Dritte – also private Vorhabenträger oder auch Kommunen – ist die VwV nicht verpflichtend. Analog zum Bundesverwaltungsverfahrensgesetz wirkt die Landesverwaltung jedoch bei Dritten darauf hin, die Bürgerinnen und Bürger früh einzubinden. Für eine genauere Ausführung der unterschiedlichen Regelungen zur Bürger- und Öffentlichkeitsbeteiligung sei auf den Beitrag „Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in Baden-Württemberg“ von Ulrich Arndt hingewiesen, in dem neben der Entstehungsgeschichte der Regelungen auch die Adressaten, die sachlichen Anwendungsbereiche und deren Regelungsgehalt darstellt wird.<sup>23</sup>

Mit dem UVwG und der VwV Öffentlichkeitsbeteiligung hat Baden-Württemberg einen innovativen Beitrag zur Ausgestaltung und Praxis der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großvorhaben geleistet. Deren konkrete Umsetzung, Implementierung und Wirksamkeit wird sich aber erst in den folgenden Jahren zeigen, weshalb bereits jetzt schon Evaluierungen durchgeführt werden.

### *E. Bürgerbeteiligung und die Verwaltung*

Die Debatte in der Öffentlichkeit zeigt, dass kaum Einigkeit darüber besteht, was unter Bürgerbeteiligung zu verstehen sei. Die Staatsrätin und ihre Stabsstelle verfolgen hierbei eine strikte sprachliche Trennung zwischen den konsultativen, beratenden, meist informellen und unverbindli-

---

23 *Ulrich Arndt*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in Baden-Württemberg, in: VBIBW 2015, S. 192-197.

chen Formen der Bürgerbeteiligung und den dezisiven, verbindlichen und formalisierten Formen der direkten Demokratie (Bürgerentscheid und Volksabstimmung). Um diese Unterschiede auch innerhalb der Landesverwaltung bewusst zu machen, wurde im Rahmen des 20. Führungslehrgangs 2012/2013 der Führungsakademie Baden-Württemberg ein „Leitfaden für Bürgerbeteiligung in der Landesverwaltung“<sup>24</sup> entwickelt, der den obigen Leitfaden für eine neue Planungskultur im Wesentlichen ergänzt. Dieser ist zwar auf planfeststellungspflichtige und bundesimmisionschutzrechtlich relevante Projekte beschränkt, seine Prinzipien lassen sich allerdings analog auf andere Projekte anwenden. Der Leitfaden für Bürgerbeteiligung in der Landesverwaltung bietet dennoch einen wesentlich höheren Abstraktionsgrad. Er erfüllt damit den Zweck einer allgemeinen Handreichung zum Thema Bürgerbeteiligung.

Neben dieser Handreichung hat die Führungsakademie ein Seminar Bürgerbeteiligung in ihr Programm aufgenommen.<sup>25</sup> Mit dem Modul „Steuern und Führen von Beteiligungsprozessen“ hat die Führungsakademie ihr Qualifizierungsprogramm für die Mittlere Führungsebene der Landesverwaltung um einen neuen Pflichtteil erweitert. Die Landesbeschäftigten sollen die Hintergründe und methodischen Grundsätze der Bürgerbeteiligung vermittelt bekommen. Neben den Personen, Rollen und Akteuren, die in einem Beteiligungsprozess vorkommen können, wird auch behandelt, welche Rolle die Verwaltung im Beteiligungsprozess hat und was nötig ist, um Verfahren zu initiieren und zu steuern.

Im Jahr 2015 wurde auch das Leitbild der Landesverwaltung überarbeitet, in dem es laut eines Entwurfs aus dem Sommer 2015 unter Punkt 2 „Die Verwaltung als Dienstleister“ heißt:

*„Beteiligung und Transparenz herstellen.*

*Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Landesverwaltung handeln transparent und tragen zu demokratischer Willens- und Meinungsbildung bei. Sie binden die Öffentlichkeit frühzeitig in Verfahren ein und zeigen Gestaltung-*

---

24 Führungsakademie Baden-Württemberg, Leitfaden für Bürgerbeteiligung in der Landesverwaltung, <http://fueak.bw21.de/Downloadbereich/Downloadbereich/Fuehrungslehrgang/Leitfaden%20Buergerbeteiligung%20in%20der%20Landesverwaltung.g.pdf> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

25 Führungsakademie Baden-Württemberg, Qualifizierungsprogramm Mittlere Führungsebene, [http://fueak.bw21.de/\\_iBms/Seminarbereich/Katalog.aspx?tabid-101.0&catid=1333](http://fueak.bw21.de/_iBms/Seminarbereich/Katalog.aspx?tabid-101.0&catid=1333) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

*spielräume auf. Durch Dialog schaffen sie Verständnis und Akzeptanz für ihre Entscheidungen.*<sup>26</sup>

Die Landesregierung hat vor allem im Bereich der Fortbildungsmaßnahmen den Katalog an Anforderungen an die eigenen Beschäftigten erhöht. Auch wenn nicht alle Beschäftigten in jeder Behörde unmittelbar mit Bürgerinnen und Bürgern oder mit Verbänden in Kontakt kommen, so schärft es doch den Blick für politische Prozesse. Die Beschäftigten sollen in die Lage versetzt werden, Bedarf für Beteiligung zu erkennen und sich gemäß ihren Kompetenzen und Aufgabengebieten adäquat und fachlich in Beteiligungsprozesse einbringen zu können.

#### *F. Bürgerbeteiligung im Regierungshandeln*

Neben dem Ausbau der „geregelten“ Bürgerbeteiligung im Rahmen von Planungs- und Genehmigungsverfahren und der legislativen Stärkung der demokratischen Rechte in der Gemeindeordnung (Bürgerbegehren, Wahlalter etc.) oder im Landesrecht (Volksabstimmung, Informationsfreiheitsgesetz) hat die Landesregierung in einer Reihe von wichtigen oder kritischen Vorhaben Beteiligungsverfahren durchgeführt. Als ein wichtiger Schritt, die Bürgerbeteiligung auf allen Ebenen sichtbar zu machen und eigene Online-Beteiligung durchführen zu können, hat die Landesregierung die Internetseite [www.Beteiligungsportal-BW.de](http://www.Beteiligungsportal-BW.de) gestartet. Neben Informationen rund um Bürgerbeteiligung und direkte Demokratie, besteht die Möglichkeit für alle Nutzerinnen und Nutzer, Gesetzesentwürfe zu kommentieren, die die Landesregierung in den Landtag einbringen will. Zudem können die Landesministerien das Portal nutzen, um eigene Online-Beteiligungsprozesse durchzuführen. Die Landesregierung erweitert mit dem Portal die bisher durchgeführte Verbändeanhörung im Gesetzgebungsverfahren mit der Möglichkeit, dass sich jede/jeder zu einem Gesetz öffentlich äußern kann. Da allerdings in der Regel nicht auf alle Kommentare zu einem Gesetzentwurf geantwortet werden kann, ist bislang vorgesehen, dass das entsprechende Ressort eine sog. aggregierte Stellungnahme verfasst, in der auf die wesentlichen Punkte der Kommentierung einge-

---

26 Landregierung Baden-Württemberg, Entwurf „Gemeinsame Anordnung der Ministerien „Leitbild der Landesverwaltung Baden-Württemberg“, [https://beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/IM/150701\\_Entwurf-Leitbild-Landesverwaltung.pdf](https://beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/IM/150701_Entwurf-Leitbild-Landesverwaltung.pdf) (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

gangen wird. Dies gilt analog zu den Vorgaben bei der Verbändeanhörung. Seit Beginn der Plattform wurden bereits über 19 Gesetzesentwürfe online gestellt. Zudem wurden sechs Verfahren durchgeführt, bei denen die Nutzerinnen und Nutzer entweder frühe Eckpunkte von Gesetzesentwürfen bewerten oder Maßnahmenkataloge zum Beispiel zur Klimaanpassung oder zur Luftreinhaltung kommentieren konnten. Das Land Baden-Württemberg ist bestrebt, die Online-Beteiligung neben den bereits etablierten Wegen (zum Beispiel der Verbändeanhörung) in bestehende Verfahren einzubauen. Das Niveau der Online-Beteiligung ist relativ einfach und experimentell, aber in bisher nicht dagewesener Konsequenz. Nur der Landtag von Thüringen hat eine ähnliche Plattform ([forum-landtag.thueringen.de](http://forum-landtag.thueringen.de)) geschaffen, die die Kommentierung von Gesetzesentwürfen im parlamentarischen Prozess ermöglicht.

Neben dem Ausbau der Online-Beteiligung haben die einzelnen Ministerien in wichtigen oder kritischen Vorhaben Bürger- und Öffentlichkeitsbeteiligung verstärkt angewendet. Eine Übersicht über diese Vorhaben findet sich auf dem Beteiligungsportal.<sup>27</sup> An dieser Stelle sollen nur ein paar Beispiele genannt werden.

Im Frühjahr 2013 diskutierten landesweit rund 300 Bürgerinnen und Bürger sowie Vertreterinnen und Vertreter von Verbänden, Interessengruppen und Organisationen in einem ergebnisoffenen Beteiligungsprozess „Bürger- und Öffentlichkeitsbeteiligung für ein Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept“ (BEKO) über Empfehlungen zu den Zielen, Strategien und Maßnahmen in der Energie- und Klimaschutzpolitik des Landes. Sie übergaben der Landesregierung Anfang Mai 2013 insgesamt über 1000 Empfehlungen zu den Strategie- und Maßnahmenvorschlägen. Im Anschluss daran prüften die für die Umsetzung der Maßnahmen zuständigen Ministerien diese Empfehlungen. Um das Ergebnis der Einzelprüfung transparent, übersichtlich und nachvollziehbar zu machen, wurde ein umfangreicher Prüfbericht veröffentlicht. Es zeigte sich, dass knapp ein Drittel der Empfehlungen zumindest teilweise die Aussagen, Strategien oder Maßnahmen im ersten Entwurf des Integrierten Energie- und Klimaschutzkonzeptes bestätigten. Fast ein Viertel der Empfehlungen wurden bei der Fortschreibung des Konzeptes oder späteren Umsetzung berück-

---

27 *Landesregierung Baden-Württemberg*, Beteiligungsprojekte, <http://beteiligungsportal-bw.de/beteiligungsprojekte> (zuletzt besucht am 27. Juli 2015).

sichtigt. Empfehlungen, die nicht berücksichtigt wurden, wurden einzeln begründet (29 % der Fälle).

Beim sog. „Filder-Dialog S21“ wurden in einem neuartigen Beteiligungsverfahren die Pläne für die Anbindung des Bahnprojekts Stuttgart 21 an den Landesflughafen auf den Fildern erörtert. Bei dem Verfahren wurden neben Verbänden, Bürgerinitiativen, staatlichen und privatwirtschaftlichen Akteuren auch sog. Zufallsbürgerinnen und -bürger eingebunden. Diese wurden zufällig aus dem Melderegister gezogen und eingeladen. Leider wurden die im Filder-Dialog ausgesprochenen Empfehlungen nicht von den Projektträgern übernommen. Erst im Jahr 2015 konnten sich die Projektpartner über eine Alternative einigen.

Im Jahr 2012 fand eine Bürgerbeteiligung zur Entwicklungspolitik des Landes unter dem Titel „Welt:Bürger gefragt!“ statt. Der dabei entstandene Strategie-Entwurf wurde von der Landesregierung als ressortübergreifende „Entwicklungspolitische Leitlinien für Baden-Württemberg“ verbindlich festgeschrieben und veröffentlicht.

Die „Engagementstrategie Baden-Württemberg“ wurde im Rahmen eines groß angelegten Beteiligungsprozesses entwickelt. Ziel war es, das bürgerschaftliche Engagement durch verbesserte Rahmenbedingungen zu stärken.

Seit mehreren Jahren sucht das Land einen Standort für eine neue Justizvollzugsanstalt im südlichen Landesteil. Die Landesregierung setzt hierbei auf das Einvernehmen mit den Kommunen. Im Rahmen von Bürgerentscheiden und Beteiligungsverfahren vor Ort setzt die Landesregierung hier auf Transparenz im Verfahren und die faire Diskussion vor Ort.

Weitere Verfahren waren der Runde Tisch zum Pumpspeicherkraftwerk Atdorf, die Projektgruppe zum Ausbau der Rheintalbahn, die Beteiligungsprozesse zum Ausbau der Verkehrswege und zum Radverkehrswegeplan, die Online-Beteiligung zur verfassten Studierendenschaft, die Zukunftskonferenz Musikhochschulen, der Faktencheck zur Rheinquerung bei Karlsruhe, der Beteiligungsprozess zum B27/B28-Anschluss in Tübingen, der Beteiligungsprozess zum Nationalpark Schwarzwald und die Mediation zum Neubau beim Institut für Transurane in Karlsruhe.

Auch wenn in einigen Verfahren die Ergebnisse strittig blieben oder Empfehlungen nicht berücksichtigt werden konnten, so konnte das Land mit diesen Verfahren zeigen, dass auch in der Landespolitik Beteiligungsverfahren möglich sind. Noch obliegt es der Entscheidung der Landesregierung selbst, ob und zu welchem Thema sie ein Beteiligungsprozess initiiert. Idealerweise sollte es in Fällen passieren, in denen Gestaltungsspiel-

räume bestehen und Konflikte absehbar sind oder sich verschärfen könnten. In vielen Kommunen werden mittlerweile Beteiligungssatzungen und -leitfäden entwickelt, die ein Antragsrecht der Bürgerschaft für solche Prozesse einführen. Ob dies eine Vorgehensweise für eine Landesregierung sein kann, sollte geprüft werden.

### *G. Fazit*

Das Land Baden-Württemberg hat mit der Politik des Gehörtwerdens neue Wege beschritten. Noch nie war das Thema so nah an der Politik, wie in den letzten Jahren. Gerade der Austausch mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern anderer Landesregierungen zeigt, dass das Thema Bürgerbeteiligung dort ebenfalls eine immer größere Rolle spielt. Baden-Württemberg nimmt hierbei eine Vorbildfunktion ein. Die Reformdebatte in Baden-Württemberg ist auch nicht nur eine Debatte um mehr direkte Demokratie, sondern mehr Bürgerbeteiligung insgesamt. Während in Berlin, Hamburg oder München strittige Projekte per Volksabstimmung oder Volksbefragung geklärt werden sollen, versucht die Landesregierung informelle Bürgerbeteiligung bereits im Vorfeld stärker zu nutzen, damit eine Abstimmung nicht notwendig wird oder die Debatte im Vorfeld sachlich abläuft. Gerade bei der o.g. Suche nach einem JVA-Standort ist dies besonders offensichtlich. Wie auch schon bei der Volksabstimmung zu S 21 wurde beispielsweise eine neutrale Abstimmungsbroschüre seitens des Landes befürwortet und mitfinanziert.

Dort, wo es Gestaltungsspielräume gibt, und bei abstrakten oder wenig kontroversen Vorhaben spielt die Bürgerbeteiligung ihre Stärke aus. Deliberation und Diskurs statt Vorfestlegung und Lobbyismus, Debatte auf Augenhöhe statt der Vortrag von oben herab führen zu politischen Entscheidungen und Maßnahmen, die breiter angelegt und weiter durchdacht wurden. Politische Entscheidungen sind dadurch während der internen und frühen Aushandlungsphase offener für Einflussnahme von Außen – nicht erst danach. Beispiele hierfür sind die Erarbeitung der entwicklungspolitischen Leitlinien oder die Maßnahmen zur Klimaanpassung oder zum Klimaschutz oder der Prozess um eine Engagementstrategie des Landes.

Demgegenüber wird die Ausweitung der direkten Demokratie auf Landesebene und kommunaler Ebene das Potenzial haben, Politik insgesamt responsiver auszurichten. Besteht die Möglichkeit, dass die Bürgerschaft und die in ihr organisierten Gruppen, Politik über Volksabstimmungen

verbindlich mitgestalten, wird die Politik ihre Maßnahmen und ihre Vorhaben so angehen, einen hohen Konsens anzustreben. Was in den letzten Jahren in den Kommunen zu einem Ausbau der Bürgerbeteiligung geführt hat, wird auch für die Landesebene opportun. Die Erfahrungen in anderen Bundesländern, wie Bayern, Hamburg oder Berlin, weisen dabei allerdings nicht in Richtung Schweiz. Dort hatte die Einführung der direkten Demokratie langfristig zu einer Einbeziehung der Opposition in das Regierungshandeln geführt. Die Entwicklung der Konkordanzdemokratie ähnlich wie in den Kommunen oder in der Schweiz mag somit auch für die Landesebene plausibel klingen. Solange sich die Landesregierungen aber auf Mehrheiten in Parlamenten berufen, bleibt die Konkurrenzdemokratie bestehen. Volksabstimmungen und Bürgerentscheide sind erst dann das richtige Instrument, wenn die Bürgerschaft über die grundsätzliche Ausrichtung der Landespolitik oder der Kommune entscheiden sollen. Dem kann Bürgerbeteiligung vorausgehen oder auch später nachfolgen. Im Idealfall führt Bürgerbeteiligung allerdings dazu, dass eine Abstimmung überhaupt nicht angestrebt wird.

Baden-Württemberg hat in der Debatte um den Ausbau der direkten Demokratie und der Bürgerbeteiligung als Experimentierlabor gedient, aber auch langfristige Wege eingeschlagen. Bürgerbeteiligung wurde gesetzlich normiert und in das Regierungshandeln eingebunden. Dies stärkt den Austausch und den Diskurs mit der Zivilgesellschaft und den Bürgerinnen und Bürgern. Direkte Demokratie im Sinne eines verbindlichen Entscheidungsrechts wurde ausgebaut. Gerade die Reform der Kommunalverfassung zeigt, dass die Stärkung der direkten Demokratie nicht mit einer Schwächung der repräsentativen Organe einhergehen muss. Neben anwendungsfreundlicheren Regelungen für Bürgerbegehren und -entscheide wurden Regelungen eingeführt oder verändert, die den deliberativen Austausch positiv beeinflussen sollen, zum Beispiel, indem Einwohneranträge und -versammlungen vereinfacht werden. Jugendliche und Kinder werden in Zukunft bei Angelegenheiten gefragt, die sie betreffen. Gemeinderäte erhielten mehr Rechte und bessere Arbeitsbedingungen. Die Reform zielt somit auf eine Verbesserung der demokratischen Spielregeln für alle ab. Sie weist keinen einseitigen Schwerpunkt zum Beispiel auf die Verbesserung der direkten Demokratie auf. Die grün-rote Landesregierung unter Ministerpräsident Winfried Kretschmann hat erstmalig versucht, Bürgerbeteiligung in einem breiten Sinne systematisch und verbindlich in die Landespolitik aufzunehmen.



### **3.**

**Weiterentwicklung des Systems: Elemente direkter  
Demokratie und ihre Auswirkungen /  
Enhancing the System: Direct and Participatory Democracy**



## Direkte Demokratie? Gefahren und Chancen für das repräsentative System

*Peter M. Huber*

Unbefangen über das Verhältnis von direkter und repräsentativer Demokratie sprechen zu müssen, birgt das Risiko, als Skeptiker des Parlamentarismus (kalkuliert) missverstanden zu werden. Man kann die Allergie gegenüber allen kritischen Anfragen an die deutsche Spielart der repräsentativen, parteienstaatlichen Demokratie freilich auch überziehen und dem Parlamentarismus damit letztlich einen Bärendienst erweisen. Denn auch in anderen, älteren Demokratien ist der Parlamentarismus in seiner aktuellen Gestalt keineswegs über jeden Zweifel erhaben. (Vor-)Urteile gegenüber der „politischen Klasse“, die im Parlament ihren Gravitationspunkt findet, gibt es auch in den USA, Großbritannien, Frankreich, Italien oder Griechenland. Realismus, konstruktive Kritik und Offenheit für eine zeitgemäße Weiterentwicklung des repräsentativen Systems müssen daher keineswegs in seiner Schwächung münden, auch wenn sie auf Änderungen zielen, die aus der Perspektive der politischen Akteure nicht attraktiv erscheinen.

Um die Frage beantworten zu können, ob Instrumente der direkten Demokratie Gefahren und/oder Chancen für das repräsentative System bergen, bedarf es jedoch zunächst einer rechtlichen und empirischen Bestandsaufnahme. Denn ohne einen wirklichkeitsgerechten Realbefund hängt der Steuerungsanspruch des Rechts in der Luft bzw. muss er scheitern.

A. Das Parlament als „Mitte der Demokratie“ – Anspruch und Wirklichkeit

I. Die Parlamentszentriertheit des grundgesetzlichen Institutionengefüges

1. Grundlagen

Für eine allgemeine Skepsis gegenüber dem Parlamentarismus gibt es jedenfalls in Deutschland keinen Grund. Im Gegenteil: Das Grundgesetz hat das Parlament zur „Mitte der Demokratie“ bestimmt.<sup>1</sup> Rechtsprechung und Literatur haben diese Positionsbestimmung bekräftigt und Schritt für Schritt ausgebaut.

- a) Als Gravitationszentrum der repräsentativen Demokratie tritt uns das Parlament aus den Kommentaren des Grundgesetzes ebenso entgegen wie aus Lehrbüchern, Monographien und sonstigen Publikationen. Es ist das einzige unmittelbar demokratisch legitimierte Verfassungsorgan und erfüllt Funktionen, die weit über das hinausgehen, was von anderen Verfassungsorganen erwartet wird: die Legitimationsfunktion für die gesamte öffentliche Gewalt, die Kurationsfunktion hinsichtlich der Kanzlerin und (mittelbar) der Bundesregierung, die Mitwirkung an der Wahl des Bundespräsidenten (Art. 54 GG), der Bundesverfassungsrichter<sup>2</sup> und anderer Organe, die Kontrollfunktion gegenüber der Exekutive, die Gesetzgebungsfunktion, die (anteilige) Regierungsfunktion,<sup>3</sup> die Integrationsfunktion u. a. m. Keinem anderen Verfassungsorgan schreiben wir so viele zentrale Aufgaben für das Funktionieren unseres politischen Systems zu wie dem Parlament.
- b) Wichtige normative Vorkehrungen verstärken die zentrale Rolle des Parlaments. Seit dem Kaiserreich ist die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Dreh- und Angelpunkt unserer Verwaltungsrechtsordnung.<sup>4</sup> Seitdem befindet sich das Parlament sozusagen an der Schaltstelle der Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Staat. In Art. 20 Abs. 3 GG

---

1 Formulierung von P. Kirchhof, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS Badora, 2004, S. 237 ff.

2 BVerfGE 131, 230 ff.

3 W. Mößle, Regierungsfunktion des Parlaments, 1985; zu Erosionstendenzen H. H. Klein, Das Parlament im Verfassungsstaat, 2006, S. 304 ff.

4 P. M. Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, in: v. Bogdandy/Cassese/ders. (Hrsg.), IPE V, 2014, § 73 Rn. 137.

verankert, ist die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung jedenfalls die älteste Facette des Rechtsstaatsprinzips im formellen Sinne und praktisch wohl auch die wichtigste. Mit dem Vorrang des Gesetzes gewährleistet sie die Oberhoheit des Parlaments bei der Definition von öffentlichen Aufgaben, Instrumenten etc., während der Vorbehalt des Gesetzes dafür sorgt, dass Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Zustimmung des Parlaments bedürfen.<sup>5</sup>

In den 1970er Jahren ist dieser Grundsatz vom Bundesverfassungsgericht bekanntlich zur sogenannten Wesentlichkeitsdoktrin weiterentwickelt worden.<sup>6</sup> Zwar weiß bis heute niemand so genau, was wirklich „wesentlich“ ist – letztlich ist wesentlich, was das Bundesverfassungsgericht dafür hält. Aber der Gedanke, die für das Zusammenleben einer Gesellschaft wichtigen Fragen in die Hand des Gesetzgebers zu legen, ist mit Blick auf das institutionelle Gefüge des Grundgesetzes plausibel und unterstreicht das Verständnis vom Parlament als „Mitte der Demokratie“. Auf dieser Grundlage konnte der alte, rechtsstaatlich konzipierte Vorbehalt des Gesetzes um ein demokratisches Standbein erweitert werden, und das hat auch über die Grenzen Deutschlands hinaus Verbreitung gefunden.<sup>7</sup>

- c) Auch das Budgetrecht als ältestes Recht des Parlaments überhaupt gehört in diesen Kontext. Der Haushaltsplan ist nicht nur ein Wirtschaftsplan, sondern zugleich ein staatsleitender Hoheitsakt in Gesetzesform. Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 115 GG statuieren daher für den Haushalt sowie für Gewährleistungen und Bürgschaften einen besonderen Gesetzesvorbehalt und gewährleisten damit, dass das, was heute Politik in erster Linie ausmacht – die Verteilung von Ressourcen und die Setzung politischer Präferenzentscheidungen durch die Allokation von Mitteln –, in den Händen des Parlaments liegt. „Der Haushaltsplan ist damit der Ort konzeptioneller politischer Entscheidungen über den Zusammenhang von wirtschaftlichen Belastungen und staatlich ge-

---

5 E. Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 4/12 ff.

6 BVerfGE 33, 1 <10 ff.>; 33, 125 <158 ff.>; 33, 303 <337 f.>; 41, 251 <260>; 45, 400 <417 f.>; 47, 46 <78 f.>; 116, 24 <58>.

7 P. M. Huber, (Fn. 4), § 73 Rn. 137; V. Pereira da Silva/A. Salgado de Matos, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Portugal, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V, § 81 Rn. 129 ff.

währten Vergünstigungen“.<sup>8</sup> In seiner Rechtsprechung zu den Euro-Rettungsmaßnahmen ist das Bundesverfassungsgericht sogar noch einen Schritt weitergegangen und hat nicht nur einen – vom Haushaltsgesetz zu unterscheidenden – allgemeinen Parlamentsvorbehalt für finanzielle Hilfsmaßnahmen an internationale Organisationen oder ausländische Staaten entwickelt, sondern es dem Parlament auch untersagt, sich dieser Kompetenz faktisch zu begeben. Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und Parlamentarismus verlangen, dass der Deutsche Bundestag der Ort ist, an dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten.<sup>9</sup>

„Es ist dem Deutschen Bundestag daher untersagt, seine Budgetverantwortung auf andere Akteure derart zu übertragen, dass nicht mehr überschaubare budgetwirksame Belastungen ohne seine vorherige konstitutive Zustimmung eingegangen werden [...]. Würde über wesentliche haushaltspolitische Fragen der Einnahmen und Ausgaben ohne konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages entschieden oder würden überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechende Willensentscheidung des Deutschen Bundestages begründet, so geriete das Parlament in die Rolle des bloßen Nachvollzuges und könnte seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung nicht länger wahrnehmen [...]. Der Bundestag muss daher im unionalen Bereich – unbeschadet einer Mitwirkung nach Art. 23 Abs. 2 GG – jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes größeren Umfangs im Einzelnen bewilligen und, soweit überstaatliche Vereinbarungen getroffen werden, die aufgrund ihrer Größenordnung für das Budgetrecht von struktureller Bedeutung sein können, sicherstellen, dass weiterhin hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht“.<sup>10</sup>

- d) In ähnlicher Weise hatte Karlsruhe schon zu Beginn der 1990er Jahre die Parlamentszentriertheit des grundgesetzlichen Institutionengefüges auch für den militärischen Bereich forciert. In der insoweit grundlegenden Entscheidung zum sog. *Out-of-Area*-Einsatz der Bundeswehr wird diese als „Parlamentsheer“ charakterisiert<sup>11</sup> und mit diesem – an den englischen Bürgerkrieg erinnernden – Begriff der Verfügungsbefugnis des Bundestages unterstellt. Das hat Deutschland nicht nur ein Gesetz

---

8 BVerfGE 130, 318 <343 f.>, unter Hinweis auf BVerfGE 123, 267 <361>; 129, 124 <178 f.>.

9 BVerfGE 129, 124 <178>; 130, 318 <344>.

10 BVerfGE 129, 124 <180 f.>; 130, 318 <344 f.>.

11 BVerfGE 90, 286 <382>.

über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz)<sup>12</sup> eingetragen, sondern auch die Vorgabe, dass der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes stets der Zustimmung des Bundestages bedarf (§ 1 Abs. 2 ParlBG). Die Bundesregierung – so der Grundgedanke dieser Rechtsprechungslinie – soll die Bundeswehr grundsätzlich<sup>13</sup> erst nach einer unter den Augen der Öffentlichkeit geführten Debatte im Parlament und nach dessen Zustimmung einsetzen; das erhöht die Hürden für einen militärischen Einsatz signifikant und kostet darüber hinaus Zeit. Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive ist die Stellung der Bundesregierung daher schwächer als die verbündeter Regierungen, die des Bundestages stärker. Optisch-symbolisch wird dies nicht zuletzt daran sichtbar, dass Vereidigungen von Soldaten heute (auch) vor dem Reichstag stattfinden und damit die zentrale Rolle des Parlaments bei der Verfügung über die militärische Macht ins Blickfeld rückt.<sup>14</sup>

## 2. Kein Parlamentsabsolutismus

Die Konzentration auf das Parlament als Gravitationszentrum unseres politischen Systems hat freilich Grenzen. So gehört es zum *cantus firmus* deutscher Verfassungsdogmatik, dass das Grundgesetz keinen Parlamentsmonismus kennt und dass es – anders als Österreich oder wohl auch Polen<sup>15</sup> – auch keinen Totalvorbehalt des Gesetzes statuiert.<sup>16</sup> Seit den späten 1970er und 1980er Jahren hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder hervorgehoben, dass das Parlament keinen Alleinvertretungsanspruch für die Definition des Gemeinwohls besitzt und, ungeachtet seiner Wahl unmittelbar durch die Bürgerinnen und Bürger, auch nicht über eine bessere demokratische Legitimation als die anderen Staatsgewalten verfügt. Die Staatsgewalt insgesamt ist, wie es im *Pershing*-Urteil heißt, „in

---

12 BGBl. I 2005, 775.

13 Eine Ausnahme gilt bei Gefahr im Verzug, vgl. § 5 Abs. 1 ParlBG.

14 Parallelen und Nachbilder finden sich allerdings auch in den USA oder in Großbritannien.

15 S. *Biernat*, Grundzüge des polnischen Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Polen, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V, § 80 Rn. 170 ff.

16 BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87.>; BVerfGE 137, 185 <236.>.

all ihren Funktionen (...), wenn auch in unterschiedlicher Weise, demokratisch konstruiert und legitimiert und auf dieser Grundlage gewaltenteilig organisiert“.<sup>17</sup>

Vor allem im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten kommen der Exekutive auch ausschließliche Befugnisse zu weittragenden, möglicherweise existentiellen Entscheidungen zu.<sup>18</sup> Für Rüstungsexporte ist dies in Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GG ausdrücklich geregelt.<sup>19</sup> Aber auch darüber hinaus hat das Grundgesetz der Regierung in Anknüpfung an die traditionelle Staatsauffassung insoweit einen weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlassen, der dem Zugriff des Gesetzgebers nicht ohne Weiteres offen steht.<sup>20</sup> Dementsprechend heißt es im Urteil zu den Informationsrechten des Bundestages in EU-Angelegenheiten:

„Der Verkehr mit anderen Staaten, die Vertretung in internationalen Organisationen, zwischenstaatlichen Einrichtungen und Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit (Art. 24 Abs. 2 GG) sowie die Sicherstellung der gesamtstaatlichen Verantwortung bei der Außenvertretung Deutschlands fallen [...] grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Exekutive, insbesondere der Bundesregierung. Die grundsätzliche Zuordnung der Akte des auswärtigen Verkehrs zum Kompetenzbereich der Exekutive beruht auf der Annahme, dass institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Regierung in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfügt, auf wechselnde äußere Lagen zügig und sachgerecht zu reagieren, und so die staatliche Aufgabe, die auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich wahrzunehmen, bestmöglich zu erfüllen [...]. Eine erweiternde Auslegung der Zustimmung- oder Mitwirkungsbefugnisse des Bundestages unter Überspielung der konkreten Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht im Grundgesetz würde die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und liefe auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinaus [...]. Sie lässt sich nicht auf einen aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten allumfassenden Parlamentsvorbehalt stützen.“<sup>21</sup>

---

17 BVerfGE 68, 1 <89>.

18 BVerfGE 68, 1 <89>.

19 BVerfGE 137, 185 <236>.

20 BVerfGE 49, 89 <125>; 104, 151 <207>; 131, 152 <195>.

21 BVerfGE 131, 152 <195 f.>, unter Hinweis auf BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.

## II. Realität und Erosion

Dieser verfassungsrechtlichen Bestandsaufnahme eines stark parlamentszentrierten politischen Systems steht eine weniger arkadisch anmutende Realität gegenüber. In ihr ist das Parlament weniger „Mitte der Demokratie“ denn mehr oder weniger bereitwilliger „Notar“ exekutivisch vorbestimmter Entscheidungen. In der Realität stehen vor allem die Abgeordneten der die Regierung tragenden Fraktionen mitunter unter so erheblichem Druck, dass das von der Verfassung gezeichnete Idealbild eines Parlaments aus unabhängigen, nur ihrem Gewissen unterworfenen Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) nur noch in Ausnahmefällen erkennbar wird.<sup>22</sup> In juristischen Lehrbüchern, Kommentaren und Aufsätzen wird dieser Befund freilich kaum reflektiert.

### 1. Faktische Exekutivlastigkeit des Institutionengefüges

- a) In der Realität war und ist die Exekutive zwar vielleicht nicht die Mitte unserer Demokratie, wohl aber das Gravitationszentrum unseres politischen Systems.<sup>23</sup> Schon aufgrund ihrer überlegenen Personalressourcen hat sie einen uneinholbaren Kompetenzvorsprung gegenüber dem Parlament. Den derzeit 749.140 Beschäftigten in der Bundesverwaltung<sup>24</sup> stehen ganze 2.600 Mitarbeiter der Bundestagsverwaltung gegenüber. Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass die Verfügung über Know-how aller Art mit einer Dreiviertelmillion an Mitarbeitern besser zu gewährleisten ist als mit 2.600. Die überlegenen Personalressourcen der Regierung bedingen insbesondere, dass die dem Parlament zustehende Gesetzgebungsfunktion – das ist vielfach untersucht worden<sup>25</sup> – weitgehend durch die Exekutive determiniert wird. Zwischen 50

---

22 Siehe dazu *P. M. Huber*, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR III*, 3. Aufl. 2005, § 47 Rn. 28.

23 *H. Riedl*, Die Exekutive als Mitte des politischen Systems, 2013.

24 *BMI* (Hrsg.), Der öffentliche Dienst des Bundes. Daten zur Personalstruktur 2011, 2011, S. 7.

25 *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 196 f.; *P. M. Huber*, Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), *ThürStVerwR*, 2000, 1. Teil, Rn. 199; *H. Maurer*, Die Mitwirkung der Exekutive bei der Gesetzgebung, in: *Bauer/Hendler/Huber/Popowska/Rabska* (Hrsg.), *Entwicklungstendenzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Städtebaurechts*, 1999, S. 109 ff.

und 75% der beim Bundestag eingebrachten Gesetzesinitiativen stammen von der Bundesregierung,<sup>26</sup> und selbst die Initiativen, die „aus der Mitte des Bundestages“ – von den Regierungs-, seltener von den Oppositionsfraktionen – eingebracht werden, werden normalerweise „über die Bande gespielt“. Das heißt, sie sind in einem Ministerium erarbeitet und dann von den Fraktionen eingebracht worden. Die Gründe dafür sind vielfältig. Auf Bundesebene dient dieses Vorgehen häufig der Umgehung des Bundesrates im sog. ersten Durchgang,<sup>27</sup> oder der Überwindung koalitionspolitischer Schwierigkeiten, der Profilierung der Fraktionen und ihrer Protagonisten u. a. m. Letzteres gilt auch für die Landesebene.

- b) Die Exekutive führt – unbeschadet rechtlicher Bindungen – auch den Haushaltsplan im Wesentlichen nach den politischen Vorgaben der Bundesregierung aus (§ 3 Abs. 1 HGrG), die darüber hinaus ein Nothaushaltsrecht (Art. 111 GG) und die Befugnis zur Bewilligung über- und außerplanmäßiger Ausgaben (Art. 112 GG) besitzt. Praktisch verfügt damit die Bundesregierung über die im Etat bereitgestellten Mittel und, wie ein altes deutsches Sprichwort sagt: „wer zahlt, schafft an“. Die effektive Verfügungsbefugnis der Exekutive über das Geld kann Abgeordnete, die für ihre Wählerschaft an staatlichen Mitteln partizipieren wollen, – zurückhaltend formuliert – wohlwollend stimmen. Besonders gut lässt sich dies in einigen Ländern an der Verfügung über die Lottomittel beobachten, die man u. a. für Feuerwehreste u. ä. verwenden kann. Sie haben sich als probates Instrument zur „Klimapflege“ zwischen Regierung und Parlament erwiesen, vor allem zwischen der Regierung und den sie tragenden Fraktionen.
- c) Wie bereits erwähnt, ist die Bundesregierung darüber hinaus zur Außenvertretung Deutschlands berufen – in internationalen Organisationen, in den Gremien der Europäischen Union und gegenüber anderen Staaten. In Zeiten der Globalisierung und unter den Bedingungen der zahlreichen Mehr-Ebenen-Systeme, in denen die europäischen Staaten heute verhaftet sind und in denen autonome Entscheidungen eher die Ausnahme als die Regel geworden sind, ist dies ein unter machtspezifischen Gesichtspunkten kaum zu überschätzender Vorteil. Da das Parla-

---

26 *J. Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 17.

27 *J. Masing*, (Fn. 26), Art. 76 Rn. 18; kritisch ebenda, Rn. 100; ähnlich *T. Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 76 Rn. 25 f.

ment die außen- und europapolitisch bedeutsamen Informationen – gewollt oder ungewollt – stets nur gefiltert erhält und sie kaum sicher überprüfen kann, ist es von vornherein im Hintertreffen.<sup>28</sup>

- d) Mechanismus und Rationalitäten des Parteienstaates verschärfen diesen Befund. In dem – nicht mehr ganz so neuen – Dualismus zwischen Regierung und Opposition, den *Hans-Peter Schneider* schon in den 1970er Jahren beschrieben hat,<sup>29</sup> beruht die Macht der Regierung entscheidend darauf, dass die Kanzlerin oder der Ministerpräsident auch Parteivorsitzende sind oder doch zumindest über die Parteiorganisation (des größeren Koalitionspartners) verfügen können. Damit sind sie in der Regel in der Lage, die sie tragenden Fraktionen in ihre Politik „einzubinden“ bzw. sie zu disziplinieren. Zwar beruhen die Fraktionen formal auf dem Zusammenschluss unabhängiger und nur ihrem Gewissen unterworfenen Abgeordneter (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG);<sup>30</sup> in der Sache aber sind sie der parlamentarische Arm ihrer Partei,<sup>31</sup> die wiederum – typischerweise mit dem Segen der Parteiführung – über die (Wieder-)Aufstellung von Kandidaten entscheidet, und damit nicht selten auch über die ökonomische Existenz der Abgeordneten. Die Kompatibilität von Regierungsamt und Mandat, die Hierarchisierung des Parlaments,<sup>32</sup> Anreizsysteme wie das Institut des parlamentarischen Staatssekretärs<sup>33</sup> oder das Zugriffsrecht der Fraktionsvorsitzenden auf die Flugbereitschaft sind subtile Mechanismen, die die Konzentration auf den Regierungschef zusätzlich befördern. Dass die Fraktionsvorsitzenden in vielen Landesregierungen, wenn auch ohne Stimmrecht, mit am Kabinetttisch sitzen, ist eine weitere Facette jenes Gesamtableaus,

---

28 Siehe etwa die Konstellation in BVerfGE 131, 152 <154 ff>.

29 *H.-P. Schneider*, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1974.

30 BVerfGE 70, 324 <362>; 84, 304 <322>.

31 So deutlich für die Fraktionen im Europäischen Parlament BVerfGE 129, 300 <327 ff.>; 135, 259 <286 ff.>.

32 Fraktionsvorsitzende, stellvertretende Fraktionsvorsitzende, parlamentarische Geschäftsführer, Ausschussvorsitzende, Obleute. Zu den Funktionszulagen als Ausdruck dieser Hierarchisierung siehe BVerfGE 102, 224 ff.; BremStGH, NVwZ 2005, 929 ff.; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2003, 793 ff.

33 *P. M. Huber*, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 689 <692>.

das es der Regierungschefin/dem Regierungschef ermöglicht, Regierung, Parlamentsmehrheit und Partei zu führen.<sup>34</sup>

## 2. Weitere Erosionstendenzen des repräsentativen Systems

Neuere Erosionstendenzen des repräsentativen Systems kommen hinzu: die Privatisierung etwa oder die Europäisierung bzw. Internationalisierung der Rechtsordnung. Beide haben dazu beigetragen, dass die zentrale Rolle des Parlaments als Transmissionsriemen für die politische Selbstbestimmung der Gesellschaft wie des Einzelnen, seine Rolle als – wie die Italiener dies nennen – *indirizzo politico* für demokratische Verantwortung<sup>35</sup> zunehmend unter Druck geraten ist.

- a) Die seit der Zeitenwende der Jahre 1989/90 erfolgten Privatisierungen zahlreicher Verwaltungsaufgaben und der Rückzug des Staates aus der Erfüllungsverantwortung haben den Einfluss der Politik, und mit ihr des Parlaments, auf vielfältige Weise geschwächt, und damit auch die Fähigkeit der Gesellschaft, Gemeinwohl und Individualinteressen angemessen auszutarieren.<sup>36</sup> Aktuelle Beispiele bieten die Berliner Wasserwerke, die jetzt zurückgekauft werden sollen, die Privatisierung der Flugsicherung, einer polizeilichen (!) Aufgabe (Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG), oder die weit fortgeschrittene Privatisierung des Maßregelvollzugs,<sup>37</sup> die jedenfalls in anderen Ländern dazu geführt hat, dass Betroffene länger in Haft bleiben, damit das Betriebsergebnis stimmt.
- b) Der mit der Privatisierung einhergehende Personalabbau in der öffentlichen Verwaltung hat zudem bewirkt, dass die Ministerialverwaltung mangels einschlägig qualifizierter Beschäftigter vielfach nicht mehr in der Lage ist, die notwendigen Leitungsaufgaben selbst zu erledigen, sondern sich Hilfe von außen holen muss. Auch das geht in gewisser Weise zu Lasten des Parlaments. So ist etwa das Finanzmarktstabilisie-

---

34 P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 689 <692>.

35 Für den Haushalt G. della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, 1996, S. 110 ff.

36 Siehe etwa P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung*, 2012, S. 35 <37 ff.>.

37 Dazu BVerfGE 130, 76 <121>.

rungsgesetz (FMStG, FMStEG) von der englischen Großkanzlei *Freshfields* erarbeitet worden, und nicht von dem eigentlich dafür zuständigen Bundesministerium der Finanzen.<sup>38</sup> Auf Landesebene gibt es vergleichbare Fälle. Zugegeben – auch der Einsatz von Rechtsanwaltskanzleien kann im Einzelfall sinnvoll sein. Die immer umfangreichere Ersetzung der auf den demokratischen Rechtsstaat und das Gemeinwohl verpflichteten Ministerialverwaltung durch zwangsläufig (auch) am kommerziellen Erfolg ihrer Tätigkeit interessierte Anwälte ist jedoch dysfunktional und müsste – dem Planungsrecht vergleichbar – zumindest eine deutlich intensivere Überprüfung von Gesetzesvorlagen der Bundesregierung durch das Parlament nach sich ziehen. Dazu aber ist es politisch, organisatorisch und personell nur bedingt willens und in der Lage.<sup>39</sup>

- c) Was Europäisierung und Internationalisierung des materiellen Rechts anbelangt, so kann man deren Auswirkungen auf den Parlamentarismus im Nationalstaat wie folgt prägnant zusammenfassen: „The losers are the national parliaments“.<sup>40</sup> Vor allem die europäische Integration führt dazu, dass immer mehr Gesetzgebungszuständigkeiten auf die Ebene der Europäischen Union abwandern, in deren Rat zwar die Bundesregierung sitzt, nicht aber der Bundestag (und Bundesrat). So kann diese wiederum „über die Bande spielen“ und Vorhaben, die sie im nationalen Kontext nicht durchsetzen könnte oder für die sie die Verantwortung nicht übernehmen will, auf europäischer Ebene herbeiführen – an Bundestag, Bundesrat und Öffentlichkeit vorbei. Meistens liegt derartigen Vorgängen auf Seiten der Bundesregierung freilich weniger eine ausgeklügelte Taktik zugrunde als vielmehr die Bereitschaft, sich im Rechtsetzungsprozess treiben zu lassen. Der Rahmenbeschluss zum

---

38 Siehe etwa Kleine Anfrage der Abgeordneten Wolfgang Wieland, Volker Beck (Köln), Jerzy Montag, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 17/9026 – Die Privatisierung der Gesetzgebung durch die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwaltskanzleien; die Antwort der Bundesregierung findet sich unter BT-Drucks. 17/9266.

39 *P. M. Huber*, Zur Renaissance des Staates, (Fn. 36), S. 35 <39>.

40 *P. Birkinshaw*, British report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 205 <251>; *P. M. Huber*, Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union, 2001, S. 13.

Europäischen Haftbefehl ist dafür ein gutes Beispiel, aber bei weitem nicht das einzige.<sup>41</sup>

Es gibt seit langem Versuche der Gegensteuerung: die 1992 eingefügten Art. 23 Abs. 2 bis 6 GG, das Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG), die Zusammenarbeitsgesetze zwischen Bundesregierung und Bundestag (EUZBBG) bzw. den Ländern (EUZBLG) oder die Vereinbarung nach § 6 EuZBBG.<sup>42</sup> Sie spiegeln die unionsrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 12 EUV sowie den Protokollen über die Rolle der nationalen Parlamente in der EU und über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit wider. Allein der Fall des Europäischen Stabilitätsmechanismus und des Euro-Plus-Paktes<sup>43</sup> hat gezeigt, dass zwischen Anspruch und Wirklichkeit hier noch eine erhebliche Lücke klafft. Sie zu schließen, ist eine der großen Herausforderungen für die nächsten Jahre.

### III. Erkenntnis- und Verarbeitungsdefizit der Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft bildet diesen Befund kaum ab. Sie hat es bis heute nicht vermocht, Instrumente zur Verarbeitung der empirisch gewonnenen Einsichten von Politikwissenschaft, Soziologie, Ökonomie und anderen Disziplinen zu entwickeln und ihre Anschlussfähigkeit gegenüber den Nachbardisziplinen herzustellen. Das Recht kennt insoweit noch keine zuverlässigen Instrumentarien, um den Realbefund, die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen, angemessen zu verarbeiten. Insofern hat die sog. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft,<sup>44</sup> wenn auch weniger auf den hier interessierenden staatsrechtlichen Kontext bezogen, den Finger in die Wunde gelegt. Zu Recht fordert sie von der Rechtswissenschaft, mehr als bloße „anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft“ zu sein, ohne damit zur Apologetin des politisch gerade Erwünschten zu degenerieren. Auch die

---

41 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. (EU) Nr. L 190 vom 18. Juli 2002, S. 1; BVerfGE 113, 273 ff.; EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

42 BGBl. I 2006, 2177.

43 BVerfGE 131, 152 ff.

44 A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff., 29 ff., 37 ff., 48.

Governance-Forschung, so diffus sie (noch) sein mag, berührt mit ihrer Konzentration auf die Regelungsstrukturen einen zentralen Punkt und könnte eine wichtige Brücke sein, um das geschilderte Defizit der Rechtswissenschaft zu überwinden.<sup>45</sup>

*B. Volksgesetzgebung als punktuelle Ergänzung, nicht als Ersatz der repräsentativen Demokratie*

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und inwieweit die geschilderten Defizite und Erosionsprozesse des repräsentativen Systems durch Formen der direkten Demokratie weiter verschärft oder ganz oder teilweise ausgeglichen werden können. Letzteres ist der Fall.

I. Ressourcen und Kapazitätsmangel als natürliche Schranken

Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die Staatsgewalt vom Volk in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt. So gesehen zieht das Grundgesetz mit der Erwähnung der Abstimmungen jedenfalls die direktdemokratischen Instrumente des Grundgesetzes selbst – Art. 29, Art. 118, Art. 118a und Art. 146 GG – „vor die Klammer“. Ihren weiteren Ausbau schließt es nicht aus; es gebietet ihn aber auch nicht.<sup>46</sup> Solange nicht in den durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Identitätskern des Grundgesetzes eingegriffen oder eine Länderneugliederung vorgenommen werden soll, sind Volksbegehren und -entscheide auf Bundesebene bislang nicht vorgesehen. *De constitutione lata* sind sie daher auch nicht geeignet, den Parlamentarismus unter Druck zu setzen.

Auf Landesebene liegen die Dinge nicht wirklich anders. Zwar gibt es hier eine reiche Erfahrung mit der direkten Demokratie, vor allem, aber längst nicht mehr nur in Bayern. Aber auch in Bayern sind die Erfahrun-

---

45 Siehe dazu etwa *P. Badura*, Konzeptionen europäischer und transnationaler Governance in der Perspektive des Verfassungsrechts, 2010, S. 23 f.; *W. Hoffmann-Riem*, Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, 2011, passim; *G. F. Schuppert*, Alles Governance oder was?, 2011, passim.

46 *P. M. Huber*, Plebiszite, in: Kube u. a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts I, 2013, § 60 Rn. 7.

gen mit Volksbegehren in den letzten 70 Jahren – so lange gilt die bayerische Verfassung schon – überschaubar. Seit 1946 gab es lediglich 18 zugelassene Volksbegehren, 9 Referenden und 6 Volksentscheide, während die Zahl der vom Landtag in dieser Zeit verabschiedeten Gesetze im vierstelligen Bereich liegen dürfte.

Auch wenn es keine übermäßigen Hürden gibt, ist die Organisation von Volksbegehren und Volksentscheiden doch so aufwändig, dass sie als ernsthafte Konkurrenz für die parlamentarische Gesetzgebung – das repräsentative System – von vornherein nicht in Frage kommen. Antrags- und Zustimmungsquoren, das Erfordernis der Amtsstubensammlung und zeitliche Begrenzungen sorgen dafür, dass sich das Volk nicht ohne Weiteres mobilisieren lässt – wenn es mit dem Lauf der Dinge jedenfalls im Wesentlichen einverstanden ist. Die überwiegende Anzahl der Volksbegehren scheitert daran, dass Unterschriften- und Zustimmungsquoren nicht erreicht werden.

Die direkte Demokratie ermöglicht auf diese Weise einen Relevanztest, der das repräsentative System von den Pressionen der Lobbygruppen tendenziell entlastet und eine Konzentration auf politisch wichtigere Themen ermöglicht.

## II. Äquivalenz und Präponderanzanforderungen

Die Erfahrung zeigt darüber hinaus, dass sich die begrenzten Möglichkeiten direkter Demokratie einigermaßen reibungslos neben dem repräsentativen System etablieren lassen.<sup>47</sup>

### 1. Funktionale Äquivalenz von Volks- und Parlamentsgesetzen

Aus der Grundentscheidung für eine „repräsentativ-plebiszitäre“ Demokratie folgen zunächst die Gleichrangigkeit von Volkswillensbildung und parlamentarischer Willensbildung sowie die funktionale Äquivalenz von im Wege der Parlaments- und der Volksgesetzgebung beschlossenen Ge-

---

47 P. M. Huber, *Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit*, ZG 24 (2009), 311 ff.

setzen.<sup>48</sup> Vom Parlament und vom Volk beschlossene Gesetze besitzen den gleichen Rang und die gleiche Bindungswirkung.<sup>49</sup> Einem vom Volk beschlossenen Gesetz kommt insbesondere keine erhöhte Bestandskraft zu.<sup>50</sup> Es kann – wie die Staatspraxis zeigt – durch ein Parlamentsgesetz ebenso umgehend abgeändert werden wie ein vom Landtag beschlossenes Gesetz.<sup>51</sup> So wurde etwa die sog. Rechtschreibreform in Schleswig-Holstein durch einen am 27. September 1998 durchgeführten Volksentscheid abgelehnt und gesetzlich festgelegt, dass die „allgemein übliche“ Rechtschreibung zu unterrichten sei, wie sie „in der Bevölkerung seit langem anerkannt ist und in der Mehrzahl der lieferbaren Bücher verwendet wird“.<sup>52</sup> Diese Regelung ist nur neun Monate später durch ein vom Landtag beschlossenes Gesetz vom 21. September 1999 wieder aufgehoben worden.<sup>53</sup> Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde, mit der geltend gemacht wurde, dass das Ergebnis eines Volksentscheides nicht noch in derselben Legislaturperiode wieder rückgängig gemacht werden dürfe, wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>54</sup> Vergleichbare Vorgänge lassen sich aus der Freien und Hansestadt

---

48 *M. Borowski*, Parlamentsgesetzliche Änderung volksbeschlossener Gesetze, DÖV 2000, 481 <489>; *J. Caspar*, in: ders./Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 42 Rn. 34, 36; *K. David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2. Aufl. 2004, Art. 50 Rn. 15; *T. Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 3. Aufl. 1985, Art. 72 Rn. 1; *M. Rossi/S. C. Lenski*, Treupflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, DVBl. 2008, 416 <418>.

49 Für Bayern: BayVerfGHE 29, 244 <265>; BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, 401 <402>; für Berlin: BerlVerfGH, Beschl. v. 27. Oktober 2008 – VerfGH 86/08 – juris, Rn. 78; für Bremen: BremStGH, NVwZ-RR 2001, 1 <2>; für Hamburg: HmbVerfG, Urt. v. 15. Dezember 2004 – HVerfG 06/04 – juris; Urt. v. 27. April 2007 – HVerfG 04/06 – juris, Rn. 95; für das Saarland: SaarlVerfGH, NVwZ 1988, 245 <248>; für Sachsen: SächsVerfGH, JbSächsOVG 6 (1998), 40 <42>; NVwZ 2003, 472 <473>.

50 Im Kommunalrecht wird dies vielfach anders geregelt bzw. interpretiert, siehe etwa VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. November 2014 – 1 S 1596/14 – juris.

51 BayVerfGH, NVwZ 2000, 401 <402>; SächsVerfGH, NVwZ 2003, 472 <473>.

52 § 4 Abs. 10 SchulG S.-H.; Änderungsgesetz vom 10. Dezember 1998, GVOBl. S.-H. S. 366.

53 GVOBl. S.-H. S. 263.

54 BVerfG, NJW 2000, 1104, allerdings unter Berufung auf eine fehlende Zuständigkeit.

Hamburg berichten, wo die Bürgerschaft das durch Volksbegehren geänderte Wahlrecht wiederholt korrigiert hat.<sup>55</sup>

Insoweit sorgt also der *lex posterior*-Grundsatz für ein geordnetes Nebeneinander von Parlamentarismus und direkter Demokratie. Das gilt auch für Regelungen, wonach das Parlament bei jedem Volksentscheid einen Alternativentwurf zur Abstimmung stellen kann (z. B. Art. 74 Abs. 4 BV).

## 2. Problem der Sperrwirkung

Ein Problem ist allerdings, ob es eine Sperrwirkung zugunsten von Volks- und Bürgerbegehren geben darf, wie sie zwar nicht für die parlamentarische Gesetzgebung, in den meisten Kommunalordnungen aber für Bürgerbegehren in der Tat vorgesehen ist.<sup>56</sup> Weil eine solche Sperrwirkung, also die Suspendierung der repräsentativen Willensbildung für die Dauer eines direktdemokratischen Willensbildungsprozesses, die Präponderanz der repräsentativen Demokratie in Frage stellt und das Gesamtsystem zumindest punktuell handlungsunfähig macht, sprechen die besseren Argumente für die Unzulässigkeit der Sperrwirkung.<sup>57</sup> Denkbare Manipulationsversuche der Parlaments- oder Ratsmehrheit lassen sich in der nächsten Wahl ohne Weiteres sanktionieren.<sup>58</sup>

---

55 Volksentscheid vom 13. Juni 2004; Gesetz vom 5. Juli 2004, HmbGVBl. S. 313; Bürgerschafts-Drucks. 18/4339; Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Wahl zur hamburgischen Bürgerschaft, des Gesetzes über die Wahl zu den Bezirksversammlungen und des Bezirksverwaltungsgesetzes vom 19. Oktober 2006, HmbGVBl. S. 519; HmbVerfG, Urt. v. 27. April 2007 – HVerfG 04/06 – juris.

56 Siehe etwa Art. 18a Abs. 9 BayGO; § 26 Abs. 6 Satz 6 GO NW; § 17 Abs. 5 Thür-KO; VG Weimar, Beschluss vom 16. Dezember 2014 – 3 E 1333/14 We – juris.

57 P. M. Huber, Die Vorgaben des Grundgesetzes für kommunale Bürgerbegehren und Bürgerentscheide, AöR 126 (2001), 165 <194 f.>; ders., Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 24 (2009), 311 <315 ff.>.

58 Zu einem entsprechenden Streit in Thüringen siehe die Dokumentation bei Wittreck (Hrsg.), Volks- und Parlamentsgesetzgeber: Konkurrenz oder Konkordanz? Dokumentation eines Thüringer Verfassungsverstreits, 2012.

### III. Retardierende Elemente und Akzeptanzsicherung

Verfahren der direkten Demokratie wirken, da sie schon angesichts ihrer Dauer und ihrer Offenheit die Möglichkeit der öffentlichen Debatte nicht umgehen können, nicht nur retardierend gegenüber den Herausforderungen der Globalisierung; sie weisen auch ein höheres Maß an Immunität gegenüber Partikularinteressen sowie ökonomischer und publizistischer Macht auf und können dadurch Akzeptanz sichern.<sup>59</sup> Zugleich relativieren sie das Übergewicht der Exekutive, weil sie sich den Rationalitäten parteienstaatlicher Willensbildung versagen (können).<sup>60</sup>

#### *C. Fazit*

Die direkte Demokratie ist angesichts des mit ihr verbundenen Aufwands keine Alternative zum Parlamentarismus, sondern allenfalls eine punktuelle Ergänzung. Als solche fordert sie das repräsentative System, wie die Erfahrungen zeigen, nicht heraus, sondern stabilisiert es. Das Referendum über das AKW Zwentendorf und die Nutzung der Atomkraft in Österreich mag hierfür ebenso als Beispiel dienen wie die Probleme mit dem Rauchverbot in Bayern. Der Landtag hatte es trotz wiederholter Anläufe insoweit nicht geschafft, die Situation zu befrieden, und selbst die Billigung der Regelung durch das Bundesverfassungsgericht brachte keine Ruhe. 2010 hat dann das Volk gesprochen; jetzt funktioniert das Rauchverbot sogar auf dem Oktoberfest.

---

59 Zu diesem Gedanken *S. Müller-Franken*, Referendum versus Volksgesetzgebung, in: Baus/Montag (Hrsg.), Perspektiven und Grenzen „direkter Demokratie“, 2012, S. 51 <60 f.>.

60 *P. M. Huber*, Plebiszite, (Fn. 46), § 60 Rn. 15.



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

*Jan Ziekow*

## A. Grundlagen

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

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

### I. Legitimität

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

---

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

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

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

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

---

2 Siehe etwa *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 2. Zusammenfassend dazu *Utz Schliesky*, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, S. 151 ff.

3 Vgl. *Hans-Georg Dederer*, *Korporative Staatsgewalt*, 2004, S. 143; *Hasso Hofmann*, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, S. 11.

4 Vgl. nur *Matthias Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, 1993, S. 204 ff.; *Oliver Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999, S. 25 ff. Anders etwa *Dederer*, Fn. 3, S. 143 ff., der auf die Rechtmäßigkeit der Herleitung der Staatsgewalt und deren Ausübung (formelle Legitimität) sowie deren Beitrag zur Hervorbringung des Gemeinwohls (materielle Legitimität) abstellt.

5 *Michael Brenner*, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 44 Rn. 25 ff.

6 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Demokratische Willensbildung und Repräsentation*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 16 f.

7 Im Einzelnen *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 16 ff. Zusammenfassend *Dederer*, Fn. 3, S. 126 ff.

rum für den Prozess der öffentlichen Diskussion.<sup>8</sup> Dass dieses Modell einen hohen Normativitätsanspruch hat, ist offensichtlich. Die eigentlich relevante Frage, weshalb nämlich das repräsentative Modell der Demokratie in monistisch-holistischer<sup>9</sup> Exklusivität Herrschaftsgewalt legitimieren kann, bleibt dabei offen.

Die damit verbundenen Fragen führen recht schnell u. a. zum sog. *Böckenförde*-Dilemma, dass der freiheitliche Staat nicht in der Lage ist, seine eigenen Voraussetzungen zu gewährleisten.<sup>10</sup> *Böckenförde* verweist dafür auf ein „verbindendes Ethos, eine Art »Gemeinsinn« bei denen, die in diesem Staat leben“.<sup>11</sup> Wesentlich ist an dieser Stelle die Einsicht, dass die staatliche Herrschaftsgewalt zu ihrer Legitimation auf einer inhaltlichen Verbindung zu ihren Bürgerinnen und Bürgern beruht. Wenn aber ein grundsätzlicher Konsens der Herrschaftsunterworfenen, der sich inhaltlich auf jede einzelne von den Organen des Staates getroffene Entscheidung weder erstrecken kann noch erstrecken muss, elementare Bedingung der Legitimität ist,<sup>12</sup> dann ist Legitimität jedenfalls auch eine empirische Kategorie. Ob man hierfür den Topos der Akzeptanz einführt<sup>13</sup> oder nicht, ist zweitrangig. Wichtiger ist das Problem, worauf sich eine solche Akzeptanz beziehen muss. Darauf wird zurückzukommen sein (dazu unten B.II.).

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

## II. Steuerungsfähigkeit des Staates

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

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

---

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

19 *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1.

20 Dazu nur *Ivo Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, *VVDStRL* 67 (2008), S. 226 ff.; *Martin Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, *VVDStRL* 67 (2008), S. 286 ff.

21 *Claudio Franzius*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 67 ff.

22 *David Osborne/Ted Gaebler*, Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector, 1992.

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

### III. Partizipation bei exekutiven Entscheidungen

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

26 BVerwGE 75, 214, 226 f.

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

28 Schmitz, Fn. 27, § 9 Rn. 59 f.

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

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

*Information:* In ihrer informatorischen Funktion dient Beteiligung der Verbreiterung der Informationsgrundlage der Behörde für die Vorbereitung ihrer Entscheidung.<sup>31</sup>

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

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

---

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

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

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

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

wird die Stärkung der Akzeptanz nicht selten als die zentrale Funktion von Bürgerbeteiligung angesehen.<sup>33</sup>

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

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

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

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

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

---

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

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

Welche Zusammenhänge bestehen zwischen diesen Wirkungen und Steuerungsfähigkeit und Legitimität?

Sind diese Zusammenhänge verstärkender oder relativierender Art?

## B. Administrative Einzelentscheidungen

### I. Rechtlicher Rahmen

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

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

---

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

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

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

## II. Durch Partizipation erzielbare Wirkungen

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

### III. Zusammenhänge zwischen den Wirkungen und Steuerungsfähigkeit sowie Legitimität

#### 1. Steuerungsfähigkeit

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Legitimität

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

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

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

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

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

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

---

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

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

1. Befürchtung: Legitimation

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

2. Befürchtung: Verantwortung

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

3. Befürchtung: Indienstnahme des Staates

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

4. Befürchtung: Repräsentationsdefizit

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## C. Rechtsverordnungen

### I. Rechtlicher Rahmen

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## II. Partizipation und durch sie erzielbare Wirkungen

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

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

---

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

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

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

63 *Pünder*, Fn. 59, S. 118 ff.

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

### III. Zusammenhänge zwischen Wirkungen und Steuerungsfähigkeit sowie Legitimität

#### 1. Legitimität

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

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

---

69 Uhle, Fn. 60, Rn. 95.

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

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

unter Nutzung ihrer Vorteile der Sachnähe und Flexibilität ausgestaltet wird.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

Dass eine Öffentlichkeitsbeteiligung generell a priori geeignet ist, die Legitimität des Erlasses von Rechtsverordnungen zu erhöhen, wird sich mithin nicht annehmen lassen. Da es sich bei den Fällen geringer legislatorischer Vorstrukturierung in der Regel gerade um solche handelt, die eine hohe gesellschaftliche, ökonomische und/oder wissenschaftlich-technologische Dynamik mit einer entsprechenden Komplexität des Regelungsrahmens und Ungewissheit der Entscheidungsgrundlagen<sup>78</sup> aufweisen, ist allerdings in diesen Konstellationen Partizipation um so mehr zur Verbesserung der Legitimität des Verordnungserlasses geeignet.<sup>79</sup> Der Zusammenhang zwischen Partizipation und Legitimitätsverbesserung wird über die im Wesentlichen auch dem Anhörungsverfahren in der Schweiz (oben C.II.) zugrunde liegenden Funktionen der Vervollständigung der in die Verordnungsgebung einbezogenen Sachverhaltselemente, Interessen und Werte, die Entwicklung bzw. Optimierung eines regulierungszielad-

---

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

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

79 Vgl. *Pünder*, Fn. 59, S. 264.

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

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

## 2. Steuerungsfähigkeit

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

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

---

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

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

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

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

#### *D. Schlussbetrachtung*

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

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

# Participation in Executive Rule-Making: Preliminary Observations towards a Conceptual Framework

*Petrus Maree*

## *A. Introduction*

With the growth of the administrative state, the volume and scope of executive rule-making has increased exponentially. This symptom of modernity raises concerns for the democratic legitimacy of these rules and for securing good governance in their implementation. However, whether or not participation in executive rule-making would promote legitimacy and good governance is a question beyond the scope of this contribution. Therefore I deconstruct this question as a preparatory step towards identifying a conceptual framework within which the role participation might play can be analysed.

I raise the complexity of an inquiry into the potential role of participation and identify preliminary questions which are discussed briefly. These questions shed light on the matter of which considerations are relevant to a conceptual framework. Subsequently, since South Africa has adopted a legal system of constitutional supremacy,<sup>1</sup> the constitutional framework within which the main inquiry must be analysed and answered is set out. This section sets out the nature of democracy and the executive in the South African context, which provides some guidance and serves as reference points to the overall discussion. Next, I emphasise the variety of rules created by the executive and discuss examples of executive rule-making<sup>2</sup> and the rules which ostensibly safeguard democratic legitimacy. Finally, I proffer a preliminary, conceptual framework for assessing the role of participation on the basis of South Africa's constitutional framework and its

---

1 Section 2 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (“the Constitution”), the supremacy clause.

2 The term executive *rule*-making is preferred to executive *law*-making since the legal status of the large variety of rules promulgated by the executive is not always certain.

particular forms of rule-making, with specific reference to the separation of powers and the nature of the administrative state.

### *B. Preliminary Questions*

The question whether public participation in executive rule-making would promote good governance and democratic legitimacy suggests that these concepts have self-generating meanings and, consequently, that the question as such is answerable. It is tempting to address the question head-on and present final deductions, but such an approach would be premature and superficial. Even though the Constitution lies at the core of any South African response to this question, the terms themselves are uncertain. Therefore, the following preliminary questions are identified, which illustrate the complexity and foundational character of such a question.

Firstly, what does one mean by “the executive”? Are administrators and the formulators of policy subsumed under this term?<sup>3</sup> This question might appear frivolous at first glance, but the Diceyan legacy still apparent in South African administrative law today justifies further scrutiny of the concept as a point of departure.<sup>4</sup>

In response to the rise of the administrative state,<sup>5</sup> Maurice Vile proposes a distinction between administrators and policy-makers, instead of simply referring to the executive as a single branch comprising homogeneous institutions.<sup>6</sup> In fact, Vile advocates for a separation of powers consisting of four branches. More recently, Ackerman has reinforced this approach to the separation of powers:

“It is past time to rethink Montesquieu’s holy trinity. Despite its canonical status, it is blinding us to the world-wide rise of new institutional forms that can-

---

3 See, generally, MJC Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis 1998 2nd ed, ch 13; *B Ackerman*, Good-bye, Montesquieu, in: S Rose-Ackerman/PL Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham & Northampton 2010, pp. 128-133.

4 *PJH Maree*, Investigating an Alternative Administrative-Law System in South Africa, LLD Thesis University of Stellenbosch 2013, pp. 135-139 (available at <http://hdl.handle.net/10019.1/85591>).

5 The administrative state is also described as the welfare, developmental or regulatory state or, in French, *l'état providence*, which encapsulates the relatively modern development of the state as benefactor.

6 *Vile*, note 3, ch 13.

not be neatly categorized as legislative, judicial, or executive. Although the traditional tripartite formula fails to capture their distinctive modes of operation, these new and functionally independent units are playing an increasingly important role in modern government. A ‘new separation of powers’ is emerging in the twenty-first century. To grasp its distinctive features will require us to develop a conceptual framework containing five or six boxes – or maybe more.”<sup>7</sup>

Ackerman’s exacting critique of Montesquieu’s *trias politica* is valid also for the function of rule-making in general, and particularly executive rule-making, owing to its proliferation and scope. Without recognising the nature of executive rule-making and its consequences, the role of participation can only be analysed superficially. Therefore, the distinction between the administration and the policy branch, as divisions within the traditional “executive”, is critical to a nuanced analysis of the matter.

In line with Vile’s approach, South Africa’s Constitutional Court has acknowledged the distinction between executive functions and administrative action.<sup>8</sup> The Constitution also recognises the public administration and its distinct role.<sup>9</sup> However, the administrative “branch” as a distinct entity remains largely unacknowledged, in line with a Diceyan tradition.

Secondly, what does one mean by executive rule-making? Under British colonial rule, the doctrine of parliamentary sovereignty became firmly entrenched in South Africa. Its legacy is still apparent today, despite the current system of constitutional supremacy:<sup>10</sup> for instance, Parliament is regarded as the seat of rule-making and as capable of performing an oversight function and holding the executive to account. This state of affairs can no longer be assumed uncritically and yet the mechanisms safeguarding executive accountability, such as parliamentary oversight and judicial review, are based on a system where Parliament generates rules and the executive merely implements them. In addition, a large variety of rules is created by the executive. Given our past of parliamentary sovereignty and our adherence to a traditional separation of powers, the perceived centrality of the legislature to rule-making is unsurprising: in general, regulatory neglect of executive rule-making is a consequence.

---

7 Ackerman, note 3, p. 129. See Maree, note 4, pp. 47-53.

8 *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Club* 2000 (1) SA 1 (CC) paras 139, 142; *Minister of Defence and Military Veterans v Motau* 2014 (5) SA 69 (CC) para 26 et seq.

9 Sections 195-197 of the Constitution.

10 See s 2 of the Constitution.

Thirdly, what is meant by participation? In other words what constitutes participation? Participation in what and by whom? Participation by how many and when? Arguably, the right to approach a court with a complaint related to rule-making meets the requirement of participation. However, one could counter that participation is required before those rules are promulgated.

Fourthly, what does one mean by good governance and legitimacy? For instance, efficiency is often posited as characteristic of good governance. However, balancing efficiency in a narrow sense with other normative objectives remains a pertinent challenge for the developing state. Efficiency itself is also a loaded term, as revealed by the question “efficiency in what?” For instance, does one measure the efficiency of an executive rule relating to public procurement by means of the racial demographics of private firms in South Africa or by means of economic and financial criteria? Or, how should one balance these competing concerns?

Finally, what constitutes improvement and how would one measure improvement in the legitimacy of state action and in good governance? If mechanisms enforcing participation are introduced in order to achieve certain objectives, the suitability and effectiveness of those mechanisms should be determinable.

The exposition of these questions is not an attempt at gratuitous problematisation. These questions assist in identifying the constituent parts of the conceptual framework. Also, the modest claim is made that these considerations are still fundamentally open-ended in the South African context owing to the relatively recent adoption of the final Constitution.<sup>11</sup> Even though this event signifies an abrupt and radical departure from the past, determining the content of this departure remains a work in progress. Nevertheless, headway has been made both in unravelling and constructing the meaning of the Constitution. Etienne Mureinik and Karl Klare’s contribution to this endeavour should be mentioned in this regard. The concepts “a culture of justification” and “transformative constitutionalism”, developed by them, are regarded as authoritative appraisals of the constitutional era.<sup>12</sup> Above all, South Africa’s own context must inform notions of good governance and participation as well as their relationship

---

11 The questions identified above are not the focus of this paper; they inform the responses to the main inquiry, responses which will be tentative as a result.

12 See *E Mureinik, A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, South African Journal on Human Rights 31 (1994), p. 3; *K Klare, Legal Culture and*

to executive rule-making; consideration of its own particular history and constitutional aspirations is paramount.

### *C. The Constitutional Framework*

#### I. The Constitution in General

The preliminary questions must be assessed in the light of the Constitution: section 2 of the Constitution provides that the “Constitution is the supreme law of the Republic” and that “law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled.” Thus the Constitution not only entrenches certain values, but obliges the state to take positive steps to secure those values. This is illustrated by section 7: “The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights.” Section 8 states that “[t]he Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state.”<sup>13</sup> Therefore, according to the unqualified wording of section 8, the Bill of Rights applies to all branches of state, including the administration.<sup>14</sup> Finally, the Constitution, in general, and the Bill of Rights, in particular, are justiciable and enforceable. Section 172 provides that the courts “*must* declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid” and “may make any order that is just and equitable”.<sup>15</sup> Thus the rule of law in the sense of the supremacy of the Constitution is established in relation to the state as a whole, in a radical departure from parliamen-

---

Transformative Constitutionalism, *South African Journal on Human Rights* 14 (1998), p.146.

- 13 Section 239 of the Constitution defines “organs of state”. The Bill of Rights includes socio-economic rights such as the right to housing and the right to education, sections 26 and 29 of the Constitution, respectively, which themselves oblige the state to take specific, positive steps.
- 14 The public administration is specifically recognised by section 195 of the Constitution.
- 15 Sections 172 (1) (a) and (b) of the Constitution, respectively. See section 8 of PAJA for a similar provision in the context of the judicial review of administrative action. Note that PAJA as a whole gives effect to section 33 of the Bill of Rights.

tary sovereignty.<sup>16</sup> This extends to the executive and the public administration.

## II. Principles of Democracy

Democracy is repeatedly emphasised throughout the Constitution. For instance, the constitutional prominence of democracy is illustrated in the Preamble to the Constitution; democracy is also included among the Founding Provisions; more specifically, section 36 provides that “[t]he rights in the Bill of Rights may be limited only... to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society”. Thus democracy is a general founding principle that informs all rights and democratic principles are always directly applicable in the limitation of rights.

The Constitution entrenches general notions of democracy, such as universal suffrage, as well as more specific conceptions of democracy, such as participation. Section 57(1)(b), regulating the internal arrangements of the National Assembly, provides that the “National Assembly *may*... make rules and orders concerning its business, with due regard to representative and *participatory democracy*, accountability, transparency and public involvement.”<sup>17</sup> Similarly, section 59(1)(a), regulating public access to and involvement in the National Assembly, provides that the “National Assembly *must* facilitate *public involvement* in the legislative and other processes of the Assembly and its committees”.<sup>18</sup> This is an expression of participatory democracy, confirmed by the Constitutional Court: “[o]ur Constitution contemplates a democracy that is representative, and that also contains elements of participatory democracy.”<sup>19</sup> The Constitutional Court has struck down legislation where the requirement of public involvement

---

16 See *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union* 2000 (1) SA 1 (CC); *Pharmaceutical Manufacturers of South Africa; In Re: Ex Parte Application of the President of the Republic of South Africa* 2000 (2) SA 674 (CC).

17 Emphasis added.

18 Emphasis added. Section 118 of the Constitution provides the same protection at the provincial level.

19 *Matatiele Municipality and Others v President of the RSA and Others* 2007 (6) SA 477 (CC) para 40.

was not met, thereby confirming the status and justiciability of participation:

“The obligation to facilitate public involvement is a material part of the law-making process. It is a requirement of manner and form. Failure to comply with this obligation renders the resulting legislation invalid.”<sup>20</sup>

These provisions are significant since the Constitution protects participation in the legislative function, even where representation is strongest at national and provincial level. Democracy, in a representative sense, is obviously strongly protected within the legislature and therefore democracy is safeguarded in the creation of legislation. However, despite this significant protection, the Constitution also imposes obligations of participation upon the legislature in the creation of legislation. Thus, the Constitution requires, in express terms, participation in the formulation of generally applicable rules. In the South African context, given the traditional, tripartite understanding of the separation of powers, its history of unchecked parliamentary sovereignty and the durability of a Diceyan conception of administrative law, it is not surprising that rule-making and its regulation are regarded as almost solely the purview of the legislature. The failure to recognise the role of the modern administration contributes to the failure to protect democratic legitimacy in the context of the executive. On the whole, South African jurisprudence maintains a classical separation of powers, which is exacerbated by the judiciary’s enthusiasm for a rhetoric of deference.<sup>21</sup>

Thus, even though the Constitution expressly recognises the value of participation, the protection afforded by it is limited to the legislative branch, at least ostensibly. This is an artificial and superficial approach to promoting participation: participation requires protection whenever the function of generating legal rules is performed. That the presence of a certain institution proves to be decisive is overly formalistic.

---

20 *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* 2006 (6) SA 416 (CC) para 209.

21 *Maree*, note 4, pp. 83-99. See, especially, *Logbro Properties CC v Bedderson NO* 2003 (2) 460 (SCA); *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism* 2004 (4) SA 490 (CC).

### III. The Executive and Transformation

The Constitution also describes the executive branch and function. It is the executive that determines policy, budgetary allocations, and its administration.<sup>22</sup> Thus, the realisation of socio-economic rights is very much the executive's responsibility. However, as pointed out, the executive remains a loaded and vague term. On the one hand there is the Cabinet, head of the executive proper. The Cabinet, comprised of Ministers and presided over by the President,<sup>23</sup> can be described as policy formulators and individual Ministers are responsible for formulating regulations. These are published in the *Government Gazette* and, thus, there is a measure of publicity and the possibility of participation where comments are invited prior to promulgation. On the other hand, there is the public administration, consisting of "pure" administrators, which is responsible for implementing legislation and regulations. The administration also promulgates numerous rules, practice notes and instructions. Many of these binding rules are not published at all. This is problematic since these are the very rules, at grass-roots level, that determine how administrators act.

On the whole, the constitutional structures in place to control the executive are rooted in a paradigm of parliamentary accountability: in theory, members of Cabinet are accountable to parliament. However, given the implications of party politics on traditional forms of checks and balances and of the executive's extensive mandate, parliamentary oversight often proves insufficient.<sup>24</sup>

As mentioned, the executive as a whole is not restricted to the policy branch, but also includes the administration. Section 195 sets out the basic principles and values governing the public administration. These include the following: the administration must be governed by the democratic values enshrined in the Constitution; efficient and economic use of resources must be promoted; public administration must be development orientated; and the public must be encouraged to participate in policy making. Thus we see the dual interests of participation and active governance where democratic principles are entrenched alongside commitments to development or transformation. One should note the emphasis on participation, even outside of the legislative process.

---

22 Section 85 of the Constitution.

23 Section 91 of the Constitution.

24 See *Vile*, note 3, 399-400; *Ackerman*, note 3, pp. 128-129.

However, historical suspicion of the administration and of administrative law impeded the growth of principles and values regulating the administration.<sup>25</sup> At best it was a necessary evil, controlled in line with red-light theories.<sup>26</sup> At present, however, the administration has an extensive constitutional role to play. Thus the duality of administrative law: on the one hand, the rule of law must be upheld, including democratic legitimacy in the creation of legal rules; on the other hand, the administration is obliged by the Constitution to act and realise constitutional imperatives, of which rule-making is an essential component. It is administrative law that should facilitate the fulfilment of all of these competing mandates.

To an extent, the functions and nature of the executive are set out in the Constitution. However, the executive is not defined and these provisions establish conflicting concerns. For instance, the administration must formulate rules in a manner that is procedurally fair, but it must also implement ambitious projects of socio-economic transformation. These contrasting objectives are not necessarily in conflict, but often are: for instance, municipalities regularly identify challenges in planning and implementing complex bureaucratic schemes as a cause of perennial under-spending.<sup>27</sup> There are costs associated with promoting participation and instituting corresponding processes<sup>28</sup> which need to be balanced against the expected gains in legitimacy and good governance.

---

25 *C Hoexter*, *Administrative Law in South Africa*, Cape Town 2012 2nd ed, pp. 13-23. For instance, in 1948 *Beinart* argued that, “reared and nurtured in the traditional Diceyan concept of the rule of law and the individualistic conception of society, the South African lawyer like his English counterpart, is still wont to regard administrative law as an undesirable outcrop, and has given it scant attention” in what has become an authoritative quotation on the subject of pre-Constitutional administrative law, *B Beinart*, *Administrative Law*, *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 11 (1948), p. 206.

26 On the concepts of red and green-light theories, consult *C Harlow/R Rawlings*, *Law and Administration*, Cambridge 2009 3<sup>rd</sup> ed, ch 1. Harlow and Rawlings originally coined these terms in the first edition of the book.

27 *National Treasury*, *The State of Local Government Finances and Financial Management as at 30 June 2014 Fourth Quarter of the 2013/14 Financial Year. Analysis Document*, November 2014, pp. 19-21.

28 In an economic sense, as opposed to a purely financial sense.

*D. Instances of Executive Rule-Making*

There are different levels and forms of executive rule-making. For example, regulations are issued by Ministers and published in the *Government Gazette*. Therefore, there is a measure of publicity and participation: draft regulations are also published in the *Government Gazette*. Other rules such as instructions, which are issued by pure administrators, i.e. not policy formulators or members of parliament, are not published at all. This is problematic since these are the rules, at grass-roots level, that determine how administrators act. These are the concrete rules that tell administrators what to do and administrators are held accountable to these rules; that is, their superiors enforce them directly, unlike the broader values or rules as set out above.

How is the constitutional norm of participatory democracy regulated where the executive creates rules? Below particular examples of the regulation of executive rule-making are discussed from a participatory perspective with a focus on public procurement as an illustrative field.

I. Administrative-Law Protection: The Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000

The Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 (PAJA) is South Africa's primary administrative-law statute and gives effect to the right to just administrative action in section 33 of the Constitution. Section 33 provides that "[e]veryone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair" and section 4 of PAJA gives effect to procedural fairness in matters affecting the public. In order to give effect to the right to procedurally fair administrative action, in the context of action impacting on the public, an administrator *must* follow one of a number of prescribed procedures such as a public inquiry or a notice and comment procedure.<sup>29</sup> Failure to follow any of these procedures renders the administrative action susceptible to judicial review.<sup>30</sup> However, the decision as to which procedure to follow cannot qualify as administrative action; any decision with a public impact that qualifies as administrative action and that is not subject to one of the exclusions must comply with sec-

---

29 The administrator has other options in terms of s 4 of PAJA.

30 In terms of s 6(2)(c) of PAJA.

tion 4, though. A decision in terms of section 4(1) cannot qualify as administrative action owing to one of the exceptions in section 1 of PAJA. However, a decision that does qualify as administrative action (i.e. meets all the requirements of the definition and does not qualify as an exception) must comply with section 4 and where it does not can be reviewed with section 6(2)(c) of PAJA. If this is not the case, section 4 provides no protection and is unenforceable. Such a reading of PAJA would be inconsistent with section 33 of the Constitution and unconstitutional. Thus the review of an administrative action for compliance with section 4, cannot include review of the choice or failure to make a choice in terms of section 4, which is a distinct decision. However, a decision in terms of section 4(1) may be reviewed on the basis of the general constitutional principle of legality.

However, there is a substantial threshold to the application of this statute as a whole and, by implication, section 4. It is worthwhile setting out the hurdles facing an applicant who wishes to enforce the imperatives imposed by section 33, in order to appreciate the extent to which the protection for participation is limited. For PAJA to apply there must be an administrative action, which is defined as “any decision taken... which adversely affects the rights of any person and which has a direct, external legal effect”.<sup>31</sup> Generally, the decision must be taken by either an organ of state acting in terms of the Constitution or legislation, or by a private person exercising a public function in terms of an empowering provision.<sup>32</sup> Thus the emphasis is on the functional nature of the act, rather than the institution performing it.<sup>33</sup> The definition of administrative action has been subjected to harsh criticism and the Constitutional Court has described it as “unwieldy”.<sup>34</sup>

Section 4 applies to the procedures preceding the actual decision referred to in the definition of administrative action. In this way it safeguards participation in administrative decisions, but even though PAJA provides for the judicial review of decisions which do not comply with

---

31 See Hoexter on the definition’s German origins, *Hoexter*, note 25, pp. 227-229.

32 Section 1 of PAJA defines “empowering provision”.

33 The functional approach is also evident in section 239 of the Constitution. The Constitutional Court has also confirmed the predominance of the functional approach in regulating public power, *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Club* 2000 (1) SA 1 (CC).

34 *Minister of Defence and Military Veterans v Motau* 2014 (5) SA 69 (CC) para 33.

section 4, the protection is restricted. In the first place it is only available if the definition of “administrative action” is met. Secondly, it is uncertain that the formulation of a general rule, as opposed to its application, will qualify as administrative action.<sup>35</sup> PAJA expressly excepts legislative and executive functions from its purview; thus decisions that are classified as legislative or executive cannot qualify as administrative action. In any event, PAJA is focused on the application of rules, rather than the rules themselves.<sup>36</sup> For instance, it is arguable whether the mere formulation of rules by the executive will always qualify as administrative action: the rules themselves will not necessarily and automatically have a “direct, external legal effect” that “adversely affects the rights of any person”, as required by section 1(i) of PAJA. It is more likely that these requirements will only be met in the implementation of such rules. On the whole this statute does not secure public participation in the formulation of rules, but rather protects the right to procedural fairness where a decision has negatively impacted upon one’s rights. In this sense it is retrospective.

## II. The Public Finance Management Act 1 of 1999

The Public Finance Management Act and its regulations provide another example where PAJA would not apply. According to the National Treas-

---

35 See *Minister of Health v New Clicks South Africa (Pty) Ltd* 2006 (2) SA 311 (CC). Since this Constitutional Court judgment of 2006 the matter of the status of regulations in relation to PAJA remains uncertain. Therefore, whether or not rules made by the executive will qualify as administrative action, in terms of PAJA, is unclear. The SCA has, in one sentence and without explanation, relied on the *New Clicks* case to state that the making of regulations qualifies as administrative action (*City of Tshwane Metropolitan Municipality v Cable City (Pty) Ltd* 2010 (3) SA 589 (SCA)). The SCA adopted this view even though only Chaskalson CJ, in a minority judgment on this point, argued that regulations will always qualify as administrative action. The SCA’s position conflicts with Hoexter and Quinot’s reading of *New Clicks*, though (Hoexter, note 25, p. 201; G Quinot, *Administrative Law Cases and Materials*, Cape Town 2008, p. 242). See Hoexter, note 25, pp. 200-202.

36 See *Van Zyl v New National Party* [2003] All SA 737 (C) paras 86-88 where the court explains that decisions of an “administrative nature”, an element of the definition of administrative action, typically involve the implementation of legislation. See also *President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union* 2000 (1) SA 1 (CC) paras 140-143.

surey Department: “The Act promotes the objective of good financial management in order to maximise service delivery through the effective and efficient use of the limited resources.” One recognises the commitment to transformation, the executive in action, as well as the normative objectives to which the administration must adhere, such as good financial management and efficiency. Section 76 provides that the Treasury must make regulations and issue instructions to departments in terms of which they can manage their economic and financial affairs. This includes a framework for public procurement.

However, the Act, read with the Regulations,<sup>37</sup> delegates the formulation of a so-called “effective and efficient supply chain management system” to the head of department; in other words, the function of formulating rules regulating procurement within a department is delegated to a pure administrator. These supply chain rules are not published and participation in their formulation is not formally required. Even the link to representative legitimacy is dubious.

### III. The Preferential Procurement Policy Framework Act 5 of 2000

Similarly, the Preferential Procurement Policy Framework Act (PPPFA) illustrates the lack of regard for democratic legitimacy. Race-based policies, such as preferential public procurement, are central to the ruling party’s manifesto and enjoy strong democratic support. Section 217 of the Constitution provides for the procurement of goods and services by organs of state.<sup>38</sup> Section 217 sets out standards to which all procurement processes are to comply and authorises organs of state to pursue “horizontal policies”,<sup>39</sup> especially in relation to historically disadvantaged persons.<sup>40</sup> All public procurement processes must be “fair, equitable, transparent, competitive and cost-effective.”<sup>41</sup> Section 217(2) authorises organs of state to formulate procurement policies that identify “categories of preference in

---

37 Sections 36 and 16A, respectively, of GN R225 *Government Gazette* 27388 of 15 March 2005.

38 “Organ of state” is defined by section 239 of the Constitution.

39 *S Arrowsmith/P Kunzlik* (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge 2009, ch 1.

40 Section 271(1)(b) of the Constitution.

41 Section 217(1) of the Constitution.

the allocation of contracts”<sup>42</sup> or that provide for “the protection or advancement of persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination.”<sup>43</sup>

The PPPFA was promulgated to give effect to section 217, in line with section 217(3).<sup>44</sup> According to the PPPFA every organ of state must formulate a preferential procurement policy in line with the statute:

2(1) An organ of state must determine its preferential procurement policy and implement it within the following framework:

- (a) A preference point system must be followed;
- (b)
  - (i) for contracts with a Rand value above a prescribed amount a maximum of 10 points may be allocated for specific goals as contemplated in paragraph (d) provided that the lowest acceptable tender scores 90 points for price;
  - (ii) for contracts with a Rand value equal to or below a prescribed amount a maximum of 20 points may be allocated for specific goals as contemplated in paragraph (d) provided that the lowest acceptable tender scores 80 points for price.

The prescribed amount is set by regulation: contracts valued between R30 000 and R1 million activate the 20 point provision and contracts above R1 million activate the 10 point provision.<sup>45</sup> The specific goals referred to in the PPPFA include “contracting with persons, or categories of persons, historically disadvantaged by unfair discrimination on the basis of race, gender or disability”.<sup>46</sup> Thus, in general, protected categories carry a weight of 10 to 20 points out of 100, which is significant, even though the larger proportion is based on price.<sup>47</sup>

The PPPFA is a national statute promulgated by Parliament. Therefore the content of the Act bears the quality of democratic legitimacy to the extent that the statute stems from the legislative process. As pointed out above, the South African legislative process implies a degree of participation. The

---

42 Section 217(2)(a) of the Constitution.

43 Section 217(2)(b) of the Constitution. See section 9(2), read with section 36, the limitations clause in the Bill of Rights.

44 Section 217(3) requires that “[n]ational legislation must prescribe a framework which the policy referred to in subsection (2) must be implemented”.

45 Regs 5 and 6 of GN R502 *Government Gazette* of 8 June 2011.

46 Section 2(1)(d)(i) of the PPPFA. The connection between this provision and section 217 of the Constitution is apparent.

47 See *Geo Quinot*, Promotion of Social Policy through Public Procurement in Africa, in *Geo Quinot / Sue Arrowsmith* (eds), *Public Procurement Regulation in Africa*, Cambridge 2013, p. 396.

express allocation of points to transformative objectives dovetails with foundational constitutional aspirations such as the promotion of dignity, equality and socio-economic rights. In addition, the conclusion of contracts with the historically disadvantaged can be regarded as an incidence of transformative constitutionalism.<sup>48</sup>

On the face of it, in the context of public procurement the PPPFA provides a degree of protection to persons disadvantaged by discrimination. Given the nature of colonialism, Apartheid and their legacy such an approach is plausible and, as mentioned, has a constitutional foundation. It would not be unreasonable to infer that the purpose of the provision is to benefit historically disadvantaged individuals themselves, such as black contractors for instance, by means of the preferential policy. Historically disadvantaged individuals (HDIs) were originally defined as South African citizens disenfranchised during Apartheid, females etc. in the 2001 Regulations.<sup>49</sup> This definition evidently reflects the import of section 2 of the PPPFA.

However, the Codes of Good Practice on Black Economic Empowerment<sup>50</sup> qualify the application of the PPPFA and arguably dilute it. Certainly, the link between the statute and corresponding regulations is tenuous. The generic scorecard determines the BBBEE status of contractors and the BBBEE status of contractors determines whether a contractor qualifies as an HDI or not, thereby replacing the requirements of the 2001 Regulations and elaborating on section 2 of the PPPFA.

The Codes of Good Practice provide a generic scorecard to calculate BBBEE status. The scorecard consists of seven elements: ownership, management control, employment equity, skills development, preferential procurement, enterprise development, and socio-economic development initiatives.<sup>51</sup> Thus, the original emphasis on HDIs has been converted into these elements, eliminating the discretion originally afforded to procuring

---

48 “Transformative constitutionalism”, a concept espoused by *Klare*, note 12.

49 GN R725 *Government Gazette* 22549 of 10 August 2001.

50 Issued in terms of the BBBEE Act, GN 112 *Government Gazette* 29617 of 9 February 2007.

51 Code series 000 statement 000 para 7. Preferential procurement in this context refers to private procurement.

authorities<sup>52</sup> and providing for a more structured approach and more certainty.<sup>53</sup> However,

“it is possible for a completely non-HDI entity (for example, a previously advantaged South African bidder or a foreign bidder) to have a higher B-BBEE status (and thus obtain more preference points in procurements) than an HDI, based on the former’s initiatives under elements other than ‘ownership’ and ‘management control’.”<sup>54</sup>

Although decision-makers now enjoy the benefit of a concrete framework, the manner in which these rules have been formulated and promulgated is concerning. What is the nature and origin of these rules? From the outset it should be emphasised that to a large extent it is unclear. As mentioned, these rules are set by the Codes. However, the Codes were not formulated by means of a legislative process. What is apparent is that the Minister of Trade and Industry issued the Codes in terms of the Broad-Based Black Economic Empowerment Act.<sup>55</sup> Thus the Codes are similar to regulations in that they are issued in the *Government Gazette*, exhibiting a degree of formal publicity. There are no formal mechanisms that oblige the executive to comply with processes safeguarding democratic legitimacy, including participation, though. Simply by choosing to issue rules in the form of codes or regulations, the executive avoids the constraints of democratic legitimacy. These rules, however, are no different to ordinary legislation: they are generally applicable, binding, enforceable and justiciable. Yet, the executive formulates and issues them unilaterally.

### *E. Concluding Remarks*

On the whole, the constitutional and legislative framework regulating the process of rule-making provides for two often-conflicting ideals: democratic participation and transformative governance. The crucial question is how to balance these concerns. In South Africa one finds a broad spectrum of rules issued by the executive: some entail participation, many not. It is recommended that the focus at this early stage should be directed at the following: firstly, determining the contextual content of participation and

---

52 *Quinot*, note 47, p. 398.

53 *Quinot*, note 47, p. 400.

54 *Quinot*, note 47, p. 399.

55 Act 53 of 2003.

good governance in line with the normative framework of the Constitution and, secondly, avoiding formalistic or threshold approaches. On a more speculative level, it is submitted; the opacity of the “administrative curtain”<sup>56</sup> separating citizens and administrators suggests the promotion of participation *could* certainly improve governance significantly.

The constitutional provisions concerning the executive and principles of democracy are central to a conceptual framework of participation. These provisions also inform the nature of the administration in the administrative state, another component of such a framework. The administration not only creates and implements new rules on a daily basis, but does so, on such a scale that real oversight by the legislature is a practical impossibility, even assuming that party politics and simultaneous membership in Parliament and Cabinet do not render inter-branch accountability illusory.

The existing regulation of the function of rule-making in general provides limited protection, as illustrated by the examples of PAJA’s application and public procurement regulations. Here the separation of powers has much to offer. Even in its traditional form, the separation of powers indicates which functions are deserving of independence and protection. One such function is the creation of legal rules; in this sense the author of such rules is secondary to the nature of the function being performed. In other words, exercising the function of creating law should trigger rules safeguarding democratic legitimacy and not the identity of the author. Why does the process for the promulgation of rules by the legislature require participation as a condition for validity, but the process for executive rule-making in general does not?

The separation of powers provides guidance on how to promote the doctrine’s normative objectives: independent institutions are obliged to enforce accountability. Vile and Ackerman’s analysis of the pure separation of powers then argues that a fourth branch reflecting the rise of the administrative state is a necessity. Thus the separation of powers emphasises the role of the administration in the modern state, its sheer scale and its critical place in creating and implementing law. Finally, the administration is not considered in isolation, but in relation to the other branches of states, an analysis which is compromised where the administration and policy branch are conflated.

---

56 A term coined by Margot Strauss of SERAJ at Stellenbosch University.

The terms of a potential conceptual framework may seem overly broad. They are certainly not final responses to the question whether participation is the answer to concerns of legitimacy and good governance in executive rule-making. However, before the nature of the administrative function, participation and good governance are established, within the appropriate context, specific legal rules providing for their protection through participation cannot address South African challenges in an integrated and appropriate manner. On the contrary, superficial rules paying lip service to these norms and concepts tend to reinforce pre-Constitutional paradigms, rather than transforming the legal landscape.<sup>57</sup>

---

57 Consider, for example, PAJA's expression of the right to just administrative action (section 33 of the Constitution): overall, PAJA codifies the common-law grounds of judicial review as opposed to developing more progressive, green-light theories of administrative-law regulation. Although the right to reasons (section 5) and the specific content of procedural fairness (provided by sections 3 and 4) go beyond the common law grounds of review, these provisions remain retrospective, especially the mechanism for their enforcement: judicial review.

# Gewaltenteilung als Mittel zur Konzeptualisierung von Partizipation

*Dominik Steiger*

Spätestens seit den Protesten gegen das Bahnprojek Stuttgart 21 ist Partizipation der Bürger an der Staatsgewalt in aller Munde.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber hat den Forderungen der Bürger nach mehr Mitgestaltungsmöglichkeiten in den letzten Jahren nicht tatenlos zugeschaut, sondern hat auf diese Entwicklungen reagiert und bestehende Partizipationsmöglichkeiten entweder erweitert oder neue geschaffen. Dazu gehören etwa Ausweitungen von Formen direkter Demokratie auf Länderebene<sup>2</sup> oder der neue § 25 Abs. 3 VwVfG, der die frühe Bürgerbeteiligung aus dem Baugesetzbuch in das Verwaltungsverfahrensgesetz überträgt.<sup>3</sup>

Die Diskussion um Partizipation konzentriert sich jeweils nur auf einen Zweig der Staatsgewalt. So wird einerseits untersucht, wie die partielle Ersetzung von Parlamentsgesetzgebung im Wege direkter Demokratie rechtlich ausgestaltet sein muss und inwiefern das Volk bei der Gesetzgebung zu beteiligen ist.<sup>4</sup> Ebenso ist Gegenstand intensiver wissenschaftlicher De-

---

1 Aus der umfangreichen rechtswissenschaftlichen Literatur zu Stuttgart 21 siehe z.B. *T. Groß*, Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, DÖV 64 (2011), 510; *C. Franzius*, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, GewArch 58 (2012), 225; *F. Wittreck*, Demokratische Legitimation von Großvorhaben, ZG 26 (2011), 209; *K. F. Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 57 (2011), 273.

2 Siehe z.B. das Gesetz zur Änderung der Verfassung des Saarlandes zur Stärkung der Bürgerbeteiligung, 15. Mai 2013, Amtsbl. I, 178.

3 Siehe dazu *W. Hertel/C.-D. Munding*, „Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung“ bei Planung von Großvorhaben, NJW 65 (2012), 2622; *J. Ziekow*, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, NVwZ 32 (2013), 754.

4 Aus der umfangreichen Literatur siehe z.B. *M. Möstl*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), 355; *M. Schuler-Harms*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), 417; *R. Lehner*, Direkte Demokratie und Gruppenrechte – Probleme der Kollektivierung individueller Partizipation in plebiszitären Rechtsetzungsverfahren, in: *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht* (Hrsg.), Kollektivität – Öffentliches Recht

batten, wie hoch der Einfluß der Bürger auf Verwaltungsentscheidungen sein darf.<sup>5</sup> Schließlich wird Partizipation auch in einem dritten Zusammenhang diskutiert, auch wenn man sich oft gar nicht im Klaren ist, überhaupt an der Partizipationsdebatte teilzunehmen: Dies betrifft die Rechtsprechung und hier v.a. die Auseinandersetzungen um die Ausweitung der Klagebefugnisse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Mit dieser Beschränkung auf nur eine Gewalt kann es aber nicht gelingen, die der Partizipation zugrunde liegenden Mechanismen zu verstehen. Vielmehr ist eine holistische Herangehensweise notwendig, die alle drei Staatsgewalten umfasst. Nur so kann Partizipation kohärent gestaltet werden. Dies ist zwar bislang zumeist der Fall, aber eben nur zumeist.

Schon anhand dieser kurzen Einleitung wird deutlich, dass hier ein Partizipationsbegriff zugrunde gelegt wird, der sich auf alle drei Gewalten bezieht. In einem ersten Schritt wird dieser Begriff aus dem Grundgesetz entwickelt (A.). In einem zweiten Schritt wird anhand der verschiedenen Funktionen von Partizipation nachgewiesen, dass Partizipation sowohl auf dem Demokratieprinzip als auch auf dem Rechtsstaatsprinzip beruht (B.). Daran anschließend wird der Blick in einem dritten Schritt der Gewaltenteilung zugewendet. Das Gewaltenteilungsprinzip löst das zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip bestehende Spannungsverhältnis auf, indem es die verschiedenen Staatsaufgaben bestimmten Organen zuordnet (C.). In einem vierten Schritt werden die Voraussetzungen herausgearbeitet, unter denen der Gewaltenteilungsgrundsatz auch hinsichtlich von Partizipation die Spannung beider Prinzipien auflösen kann (D.). Damit sollen die zwei entscheidenden Fragen der Partizipationsdebatte beantwortet werden: Erstens, wer ist an der Ausübung öffentlicher Gewalt zu beteiligen und zweitens, welche Rechtswirkung soll von der Beteiligung ausgehen. Nach einem Fazit (E.) wird abschließend in einem Ausblick schlag-

---

zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl, 2012, 271; *P. Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie: im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, 2009; *J. Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland: Rechtsgrundlagen und Rechtswirklichkeit der unmittelbaren Demokratie in der Bundesrepublik Deutschland und ihren Ländern, 2008; *P. M. Huber*, Volksgesetzgebung und Ewigkeitsgarantie, 2003.

- 5 Aus der umfangreichen Literatur siehe z.B. *K. Waechter*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, *VVDStRL 72* (2013), 499; *T. Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, *VVDStRL 72* (2013), 544; siehe auch die Nachweise in Fn. 1 und 3.

lichtartig untersucht, welche Folgen sich aus diesem Partizipationskonzept für Exekutive, Judikative und Legislative ergeben können (F.).

*A. Partizipation im Spannungsverhältnis von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip*

Was ist unter Partizipation zu verstehen? Partizipation ist kein gängiger Begriff des positiven Rechts.<sup>6</sup> Im Verwaltungsrecht wird gelegentlich zumindest das deutsche Synonym, nämlich „Beteiligung“, verwendet.<sup>7</sup> Will man die vielschichtigen Funktionen von Partizipation verstehen, so darf der Begriff aber nicht nur verwaltungsrechtlich verstanden werden. Vielmehr muss er vom Grundgesetz her gedacht werden. Partizipation existiert in vielerlei Formen<sup>8</sup> und betrifft die Teilhabe an allen drei Staatsgewalten.

Das Grundgesetz regelt die Ausübung staatlicher Gewalt, betrifft also die staatliche Sphäre. Dementsprechend muss sich auch Partizipation unter dem Grundgesetz auf die staatliche Ebene beziehen. Damit wird deutlich, dass der Partizipationsbegriff sich durch eine enge Verknüpfung mit der Ausübung staatlicher Gewalt auszeichnet. Partizipation ist also nur solches Handeln, das rechtsförmiges Innehaben oder Teilhaben an der Ausübung von Staatsgewalt darstellt. Durch Partizipation wird entweder unmittelbar Staatsgewalt ausgeübt – durch Wahlen und Abstimmungen entscheidet das Volk selbst und unmittelbar. Oder der Staat wird durch Partizipation im Vorfeld der Ausübung von Staatsgewalt zu einer rechts- und verfahrensförmigen Reaktion, die selbst wiederum Ausübung von Staatsgewalt darstellt, gezwungen. Dies geschieht etwa durch Anhörungen, Einwendungen aber auch Klagen. Davon abzugrenzen sind Beteiligungsformen, die den Staat nicht zu einer rechtsförmigen Reaktion zwingen. Damit fallen etwa

---

6 Er wird ausschließlich in Landesgesetzen verwendet. Dazu gehören v.a. solche, die auf Integration von Migranten abzielen, wie etwa das Gesetz zur Regelung von Partizipation und Integration in Berlin, GVBl. Berlin, 28. Dezember 2010. Das Gesetz zur Weiterentwicklung der politischen Partizipation in den Gemeinden und zur Änderung kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften, GV NRW, 30. Dezember 2013 führt den Begriff der Partizipation nur im Titel.

7 Siehe u.a. § 9 NABEG, § 85 WHG.

8 Für einen politischen Begriff der Partizipation s. *M. Steinbrecher*, Politische Partizipation in Deutschland, 2009, 27 ff., für einen sozialen Begriff der Partizipation *S. Roßteutscher*, Soziale Partizipation und Soziales Kapital“, in: V. Kaina/A. Römmele (Hrsg.), Politische Soziologie, 163 (163).

soziale Beteiligungsformen aus dem Partizipationsbegriff heraus. Das Gleiche gilt für Demonstrationen. Zwar ist die Versammlungsfreiheit zwingend notwendig für das demokratische Zusammenleben,<sup>9</sup> jedoch muss der Staat nicht auf Versammlungen reagieren. Runde Tische und ähnliches erfordern ebenso wenig eine staatliche Reaktion und sind daher ebenfalls keine Partizipation im Sinne des Grundgesetzes.

Von diesem Partizipationsbegriff, der aufgrund des mit ihm einhergehenden Zwangs – entweder wird Staatsgewalt unmittelbar ausgeübt oder der Staat wird gezwungen zu reagieren – als imperative Partizipation bezeichnet werden soll, kann nun in einem nächsten Schritt das Augenmerk auf die Funktionen von Partizipation gelenkt werden.

*B. Funktionen von Partizipation: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Effektivität*

In dieser Definition klingt schon an, dass Partizipation eng mit Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verbunden ist: Wahlen und Abstimmungen sind dem Demokratieprinzip zugehörig, eine rechtsförmige Reaktion des Staates durch die Verwaltung oder die Gerichte ist primär dem Rechtsstaatsprinzip – das hier als materielles Rechtsstaatsprinzip und damit als den Schutz der Grundrechte mitumfassend verstanden wird – zuzuordnen. Dementsprechend sind die Funktionen von Partizipation mehr der rechtsstaatlichen Sphäre oder mehr der demokratischen Sphäre zugehörig. Als dritte Funktion kommt die Effektivierung staatlicher Gewalt hinzu.

Zunächst zur rechtsstaatlichen Sphäre: Dem Schutz von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten dient Partizipation, weil und wenn sie auf die Sicherung individueller Rechte gerichtet ist. Seit der Mühlheim-Kärlich-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1979 ist anerkannt, dass auch der Schutz individueller Rechte eine der Funktionen von Beteiligung ist.<sup>10</sup> So werden als Funktion von Partizipation rechtsstaatliche Aspekte wie ein (präventiver) vorhabenbezogener Grundrechtsschutz genannt,<sup>11</sup>

---

9 BVerfGE 69, 315 – Brokdorf, LS 1: „[Die Versammlungsfreiheit] gehört zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens.“

10 BVerfGE 53, 30 (65 f.); siehe dazu ausführlich *A. Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 200 ff.

11 *I. Appel*, Staat und Bürger im Umweltverwaltungsverfahren, NVwZ 31 (2012) 1361 (1362); *A. von Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, 68; *E. Gurlit*,

ebenso die Gewährleistung eines fairen Verfahrens<sup>12</sup> oder die Herstellung von Waffengleichheit.<sup>13</sup> Diese Funktionen werden der Verwaltung zugeordnet, werden aber auch gleichermaßen auf Ebene der Judikative verwirklicht. Partizipation bezweckt also die Wahrung individueller Rechte und damit von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten. Partizipation dient damit der Sicherung individueller Selbstbestimmung, die in Art. 1 Abs. 1 GG, der Menschenwürdegarantie, ihren entscheidenden Ausdruck findet.<sup>14</sup>

Partizipation dient aber auch der Demokratie. Dies ist ihre zweite Funktion. Wahlen und Abstimmungen sind primär demokratisch fundiert. Dies zeigt schon Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, der alle Staatsgewalt vom Volk ausgehen lässt. Auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass Demokratie die „freie Selbstbestimmung aller Bürger“<sup>15</sup> gewährleiste. Ebenso lässt sich auf Ebene des Verwaltungsrechts Beteiligung demokratisch verstehen. Ganz allgemein wird die Demokratisierung von Entscheidungen als Zweck von Beteiligung genannt.<sup>16</sup>

Für diese demokratische Begründung – die keineswegs unumstritten ist<sup>17</sup> – lässt sich anführen, dass durch Partizipation die Staatsgewalt in einem offenen Prozess an die Gesellschaft rückgebunden wird.<sup>18</sup> Durch Deliberation<sup>19</sup> wird neben der Rückbindung der Staatsgewalt an die Bürger auch ein Interessenausgleich<sup>20</sup> ermöglicht: der Verantwortungszusam-

---

Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, JZ 67 (2012), 833 (834).

12 *J. Stender-Vorwachs*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, NVwZ 31 (2012), 1061 (1063); *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, 15.

13 *J. Stender-Vorwachs* (Fn. 12), 1063; *I. Appel* (Fn. 11), 1362; *J. Ziekow* (Fn. 12), 15.

14 Vgl. *A. von Bogdandy* (Fn. 11), 31; *A. Wallrabenstein*, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, 91, 99.

15 BVerfGE 44, 125 (142).

16 *I. Appel* (Fn. 11), 1362.

17 Vgl. ausführlich *A. Fisahn* (Fn. 10), 198 ff.

18 *A. Fisahn* (Fn. 10), 334. Auch das Bundesverfassungsgericht stellt in seinem Demokratieverständnis stark auf die Kommunikationsbeziehung zwischen Bürgern und Staat ab, siehe zuletzt BVerfGE 134, 141, LS 1.

19 *A. Fisahn*, Abgeleitete Demokratie, KritV 79 (1996), 267, (278 ff.); vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 151 ff., 349 ff.; *N. Petersen*, Demokratie und Grundgesetz, MPI Preprint 2008, 28 ff.; *H. Heinelt*, Governing Modern Societies. Towards Participatory Governance, 2010, 8.

20 Vgl. *A. Fisahn* (Fn. 10), 213 ff.

menhang zwischen Staatsgewalt und Gesellschaft wird gestärkt, indem der Staat den Bürgern antworten muss. Dieser Rückbindung dienen zwar grundsätzlich Wahlen. Wahlen finden aber nur alle vier Jahre statt, weshalb die Rückbindung relativ schwach ist.<sup>21</sup> Deshalb betont das Bundesverfassungsgericht, dass die Bürger auch zwischen den Wahlen das Staats Handeln beeinflussen können müssen.<sup>22</sup> Beteiligung dient außerdem auch der (demokratischen) Kontrolle des Staates durch die Bürger.<sup>23</sup> Voraussetzung dafür ist die Schaffung von Transparenz, die auch demokratisch fundiert ist.<sup>24</sup> Auch die Erwägungsgründe zum Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention),<sup>25</sup> die in Deutschland durch das Umweltinformationsgesetz, das Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz und das Umweltrechtsbehelfsgesetz umgesetzt wurde, zeigen, dass Beteiligung demokratisch zu verstehen ist. Dort heißt es, dass „die Durchführung dieses Übereinkommens zur Stärkung der Demokratie [...] beitragen wird“. Schließlich soll durch Partizipation die Akzeptanz bestimmter Vorhaben in der Öffentlichkeit gesteigert werden.<sup>26</sup> Dies erfüllt ebenfalls einen demokratischen Zweck<sup>27</sup> – da es um die Rückbindung des Staates an den Einzelnen geht –, weist gleichzeitig aber auch schon in Richtung Effektivität, da Akzeptanz Klagen und Proteste zu verhindern weiß.

Die Effektivierungsfunktion ist die dritte Funktion staatlichen Handelns. Sie wird erfüllt durch die Informierung der Behörde – damit diese bessere und „richtigere“ Entscheidungen treffen kann –,<sup>28</sup> die Vermeidung

---

21 *A. von Bogdandy* (Fn. 11), 70 ff.

22 BVerfGE 20, 56 (98).

23 *T. Groß* (Fn. 1), 511; *E. Gurlit* (Fn. 11), 835; *I. Appel* (Fn. 11), 1362; *U. Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, 1976, 198 ff.

24 *J. Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, 41 ff.; *S. Smith*, Konfliktlösung im demokratischen Bundesstaat, 2011, 351.

25 Aarhus-Konvention vom 25. Juni 1998, BGBl II 2006, 1252.

26 Siehe nur *C. Callies/M. Dross*, Neue Netze braucht das Land: Zur Neukonzeption von Energiewirtschaftsgesetz und Netzausbaubeschleunigungsgesetz, *JZ* 67 (2012), 1002 (1003, 1010 f.); *I. Appel* (Fn. 11), 1362.

27 Ebenso *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Einleitende Problemskizze, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 5 (39), der aber keine weitere Erklärung liefert.

28 BVerfGE 33, 125 (159); *E. Gurlit* (Fn. 11), 834; *A. von Bogdandy* (Fn. 11), 68 f.; *I. Appel* (Fn. 11), 1362.

von Rechtsstreitigkeiten<sup>29</sup> und schliesslich die Beschleunigung des Verfahrens.<sup>30</sup>

Es lässt sich also festhalten: Funktionen von Partizipation sind die Effektivierung staatlichen Handelns, der Schutz individueller Rechte und die Ermöglichung und Förderung von Demokratie. Diese Funktionen stehen aber in einem Spannungsverhältnis zueinander. Dies wird an folgendem Beispiel deutlich: Wenn die Anwohner entscheiden dürften, ob Stromleitungen gebaut werden dürften, dann gäbe es keine Stromleitungen, denn alle sagen „NIMBY – Not in my backyard!“ Eine solche Betroffenenentscheidung widerspräche der (effektiven Durchsetzung der) demokratischen Entscheidung für die Energiewende, denn diese wird von fast allen Bürgern gewünscht, bloß eben nicht im eigenen „Hintergarten.“ Eine Betroffenenentscheidung widerspräche u.U. auch den Grundrechten des Projektträgers, also des Betreibers der Stromleitungen. Wenn die Anwohner aber gar nichts zu sagen hätten, dann wären ihre Grundrechte und ebenso ihre Interessen bedeutungslos. Widerspruch und Widerstand wären die Folge, eine effektive Durchsetzung der Entscheidung somit kaum durchführbar. Das Spannungsverhältnis muss daher so aufgelöst werden, dass Konflikte zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ausbalanciert werden. Dafür muss die Frage beantwortet werden, wer mit welchem Einfluss partizipieren darf.

*C. Die Gewaltenteilung des Grundgesetzes: Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG und Abs. 3 GG*

Der Schlüssel zur Konzeptualisierung von Partizipation liegt im Gewaltenteilungsgrundsatz: Er betrifft ebenso wie Partizipation das Innehaben und die Teilhabe an der Ausübung von Staatsgewalt und verfolgt ebenso wie Partizipation eine demokratische, eine rechtsstaatliche und eine Effektivitätsfunktion. Da der Gewaltenteilungsgrundsatz diese widerstreitenden Funktionen ausbalanciert, kann er auch Partizipation steuern und ausgestalten.

---

29 *I. Appel* (Fn. 11), 1362.

30 *E. Röper*, Zwischenruf: Von der Petition zum Runden Tisch, ZRP 45 (2012), 25 (27): Bürgerbeteiligung als „Motor statt Bremse“; siehe auch *J. Ziekow/M. P. Oertel/A. Windoffer*, Dauer von Zulassungsverfahren, 2005, 121 ff., 211 ff.; a.A. *W. Hertel/C.-D. Munding* (Fn. 3), 2624 f.

Erstens, der Gewaltenteilungsgrundsatz schützt Rechtsstaatlichkeit und individuelle Freiheit, indem er die Ausübung öffentlicher Gewalt verschiedenen Organen zuweist und so die Staatsgewalt hemmt, mäßigt und kontrolliert.<sup>31</sup>

Zweitens, der Gewaltenteilungsgrundsatz mäßigt nicht nur die Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern dient auch dazu, sie zu effektivieren: Die Staatsgewalt wird nämlich nicht nur verschiedenen Organen zugewiesen, sondern auch und gerade den Organen, „die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“<sup>32</sup> Die Gewaltenteilung wird so als „Funktionsordnung“<sup>33</sup> verstanden. Es geht um die „Gewährleistung effektiver Funktionalität“,<sup>34</sup> also die Herstellung von „Funktionsadäquanz“<sup>35</sup> oder gar „Funktionsgerechtigkeit.“<sup>36</sup> Diese Funktion steht heute im Vorder-

---

31 Vgl. nur BVerfGE 34, 52 (59); 68, 1 (86); 95, 1 (15); *B. Grzeszick*, Art. 20 (Gewaltenteilung), Rn. 29 ff., in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetzkommentar, Loseblattsammlung Band III, 70. Lieferung Dez. 2013.

32 BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (251 f.).

33 *N. Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970, 112; *G. Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, 1979, 55; *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, 3; *R. Thoma*, Die Funktionen der Staatsgewalt, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, 1932, 108 (113) spricht von Funktionenteilung; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage 1912, 595 ff., von Funktionenlehre und *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 168 von Funktionengliederung.

34 *T. von Danwitz*, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Der Staat 35 (1996), 329 (345); *W. R. Wrege*, Das System der Gewaltenteilung im Grundgesetz, Jura 1996, 436 (436).

35 *B. Grzeszick* (Fn. 31), Art. 20 (Gewaltenteilung), Rn. 51; *T. von Danwitz* (Fn. 34), 329 ff. Dazu nur *W. Leisner*, Die quantitative Gewaltenteilung, DÖV 1969, 405 (407 ff.); *R. Poscher*, Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Aufl. 2013, 543 (557): „funktionsadäquate Aufgabenwahrnehmung“ mit jeweils weiteren Nachweisen.

36 *H. D. Horn*, Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung: Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates, Archiv des öffentlichen Rechts 127 (2002), 427 (448 mwN.); *M. Cornils*, Gewaltenteilung, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, 657 (683 ff.); *P. Lerche*, Gewaltenteilung – deutsche Sicht, in: J. Isensee (Hrsg.), Gewaltenteilung heute, 2000, 75 (75) spricht ebenso wie *O. Küster*, Das Gewaltenproblem im modernen Staat, Archiv des öffentlichen Rechts 75 (1949), 397 (402) und *T. von Danwitz* (Fn. 34), von „funktionsgerechter Organstruktur“.

grund.<sup>37</sup> Damit muss dem Organ die Aufgabe zugewiesen sein, die ihm sowohl nach Struktur wie auch nach Legitimation entspricht,<sup>38</sup> damit es effizient entscheiden kann.<sup>39</sup>

Drittens, aus der zweiten Funktion ergibt sich, dass Organe geschaffen und mit der Kompetenz ausgestattet werden müssen, Staatsgewalt auszuüben. Politik konstituiert sich nämlich erst durch rechtsförmige Organe<sup>40</sup> und mit einer Kompetenzzuweisung wird immer auch Entscheidungsgewalt und Entscheidungsfähigkeit eingeräumt.<sup>41</sup> Da die Ausübung von Staatsgewalt unter dem Grundgesetz immer auf das Volk zurückgeführt werden muss, folgt daraus zwingenderweise die demokratische Funktion der Gewaltenteilung.<sup>42</sup> Das Ziel der Gewaltenteilungslehre „ist die parlamentarisch-demokratische Konstituierung, Legitimierung und Steuerung der Staatsmacht [...] Damit präsentiert sich Gewaltenteilung [...] als Modus der demokratischen Ordnung.“<sup>43</sup>

Viertens, der Gewaltenteilungsgrundsatz löst die Konflikte zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie auf – und kann daher auch für die Ausgestaltung von Partizipation fruchtbar gemacht werden. Ein neues Verständnis von Gewaltenteilung, entwickelt von Christoph Möllers in seiner Habilitation „Gewaltengliederung“, stellt für die Auflösung des Konflikts zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit auf folgenden Gedanken-

---

37 *O. Küster* (Fn. 36), 402; *W. R. Wrege* (Fn. ), 440. Anders aber *S. Huster/J. Rux*, Art. 20 GG, Rn. 156, in: C. Hillgruber/V. Epping (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Auflage 2013.

38 *H. D. Horn* (Fn. 36), 447 f.

39 *F. Ossenbühl*, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (549).

40 Vgl. *B. Grzeszick* (Fn. 31), Art. 20 (Gewaltenteilung), Rn. 57 f. S. auch *H. Seiler*, Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, 1994, 238 ff.

41 *T. von Danwitz* (Fn. 34), 335, der hier dementsprechend auch den Rückbezug zum demokratischen Prinzip herstellt.

42 *C. Möllers* (Fn. 33), 3; *H. D. Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, 261 ff.; *F. Ossenbühl*, Schlußwort, in: J. Isensee (Hrsg.), Gewaltenteilung heute, 2000, 123 (127); *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 179 ff., *M. Jestaedt* (Fn. 33), 168 f.; ähnlich *B. Grzeszick* (Fn. 31), Art. 20 (Gewaltenteilung), Rn. 75, der „Gewaltenteilung als organisatorische[n] Ausdruck und Verstärkung von Demokratie und Rechtsstaat“ versteht; siehe auch *U. Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band II, 3. Auflage 2004, Rn. 9, der darauf verweist, dass die Rechtsprechung immer wieder das Parlament anhält, seiner Verantwortung gerecht zu werden.

43 *H. D. Horn* (Fn. 36), 540 f.

gang ab: Entscheidungen, die in vornehmlich demokratisch fundierten Verfahren zustande kommen, weisen bestimmte Eigenschaften auf, die fundamental anders sind als Eigenschaften von Entscheidungen, die in Verfahren zum Schutz von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten getroffen werden. Es geht dabei um die „Intensität der Verrechtlichung“ der Entscheidung, ihre „zeitliche Orientierung“ und ihre „Reichweite“.<sup>44</sup> Demokratie verwirklicht sich vornehmlich durch Entscheidungen, die rechtlich selbst wenig determiniert sind, die zukunftsgerichtet sind und die die Allgemeinheit betreffen. Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte werden vornehmlich geschützt durch Entscheidungen, die rechtlich selbst strikt determiniert sind, in der Vergangenheit liegende Sachverhalte betreffen und nur Einzelne binden.

Daraus folgt, dass jede staatliche Entscheidung über den Gewaltenteilungsgrundsatz mit einer der drei Gewalten verknüpft ist: Entscheidungen in demokratischen Verfahren werden grundsätzlich von der Legislative getroffen. Eine solche Entscheidung, d.h. ein Parlamentsgesetz, zeichnet sich dadurch aus, dass es allein durch die Verfassung rechtlich determiniert ist, zukünftige Sachverhalte regelt und die Allgemeinheit betrifft.<sup>45</sup> Entscheidungen in Verfahren zum Schutz von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten werden grundsätzlich von der Judikative getroffen: eine solche Entscheidung, also ein Gerichtsurteil, ist durch das gesamte Gesetzesrecht determiniert, hat einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt zum Gegenstand und betrifft nur den Kläger sowie mögliche Verfahrensbeteiligte.<sup>46</sup> Die Exekutive steht zwischen beiden Polen.<sup>47</sup> Hier wird der Bogen zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit besonders deutlich: Auf der einen Seite steht als „quasi-legislatorische“ Gewalt die Regierung und auf der anderen Seite als „quasi-judikative“ Gewalt eine untere Behörde. Die Regierung kann ähnlich einem Parlament (materielle) Gesetze erlassen,

---

44 C. Möllers (Fn. 33), 17; C. Möllers, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, Archiv des öffentlichen Rechts 132 (2007), 493 (508).

45 C. Möllers (Fn. 33), 58, 105 ff.; C. Möllers (Fn. 44), 509 ff.; s. auch BVerfGE, 135, 1 (Rn. 55).

46 C. Möllers (Fn. 33), 58, 95 ff.; C. Möllers (Fn. 44), 512 ff.; s. auch K. F. Gärditz, Entwicklungen und Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsprozessrechts zwischen konstitutioneller Beharrung und unionsrechtlicher Dynamisierung, Die Verwaltung 46 (2013), 257, 264 f.; C. Franzius, Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung zur Bestimmung der Klagebefugnis im Umweltrecht, DVBl. 2014, 543 (549).

47 C. Möllers (Fn. 33), 112 ff.; C. Möllers (Fn. 44), 514 ff.

diese sind dabei aber rechtlich vordeterminierter, da sie im Rahmen des gesetzlichen Ermächtigungsspielraums bleiben müssen. Die unteren Behörden entscheiden ähnlich wie Gerichte. Ihnen kommt aber, z.B. in Ermessensfällen, ein größerer Entscheidungsspielraum als den Gerichten zu. Zu beachten ist, dass aus dieser Zuordnung zwar grundsätzliche Linien entwickelt werden können, aber keine kategorischen Schlussfolgerungen zu ziehen sind. So betreffen Gerichtsentscheidungen auch immer die Zukunft und Gesetze können auch die Vergangenheit regeln. Verfahren, in denen Entscheidungen zum Schutz von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten getroffen werden, sind immer auch demokratisch legitimiert. Auch Verfahren, die kollektive Selbstbestimmung ermöglichen, müssen Grundrechte achten. Dies zeigt schon Art. 1 Abs. 3 GG, der alle Staatsgewalt an die Grundrechte bindet.

Nach diesem Modell schlägt die Gewaltenteilung durch die Zuordnung von bestimmten Entscheidungen zu bestimmten Gewalten einen Bogen zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und balanciert so die Konflikte zwischen beiden Prinzipien aus.

#### *D. Der Gewaltenteilungsgrundsatz als Mittel zur Konzeptualisierung von Partizipation*

Überträgt man diesen Gedankengang auf Partizipation – denkt man also von den verschiedenen Gewalten, ihren Funktionen und der entsprechenden Zuordnung bestimmter Entscheidungen zu einer Gewalt aus –, so ist die entscheidende Frage, ob Partizipation in einem bestimmten Fall mehr dem Demokratieprinzip oder mehr dem Rechtsstaatsprinzip zugehörig ist. Dementsprechend richtet sich die Partizipationsform nach der jeweiligen Gewalt. Partizipationsformen, die primär einer demokratischen Funktion folgen, knüpfen an Handlungen der Legislative an. Partizipationsformen, die primär eine rechtsstaatliche und damit grundrechtsschützende Funktion verfolgen, knüpfen an Handlungen der Judikative an. Partizipationsformen, die an Handlungen der Exekutive anknüpfen, variieren zwischen beiden Polen.

Die Eigenschaften der jeweiligen Partizipationsform müssen so ausgestaltet sein, dass sie Konflikte zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ausbalancieren. Ansonsten läge ein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz vor. Diese Eigenschaften sind der Kreis der Beteiligten und der Grad ihres Einflusses auf die Entscheidung und werden im Fol-

genden anhand des deutschen Rechts entfaltet. So kann ermittelt werden, wie Partizipation im Einzelnen nach dem Grundgesetz beschaffen sein muss – und größtenteils schon beschaffen ist.

## I. Die Judikative: Schutz von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten durch Partizipation

Partizipation auf Judikativebene muss so ausgestaltet sein, dass sie Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte schützt. Dafür bedarf es eines Verfahrens, das den in seinen Rechten betroffenen Einzelnen in den Mittelpunkt stellt – um dessen Rechte geht es zunächst. Der Einzelne leitet dementsprechend das Verfahren ein, die Letztentscheidungsmacht verbleibt jedoch bei Gericht. Könnte der Kläger etwa Entscheidungen zum unmittelbaren Nachteil der anderen treffen, z.B. selbst das Urteil sprechen, so wären die Rechte anderer Rechtsbetroffener nicht gesichert. Dies wäre Fremd-, nicht Selbstbestimmung. Die Entscheidungshoheit des Gerichts dient zum anderen dem Schutz demokratischer Entscheidungen. Nur wenn im Rahmen der Gesetze entschieden wird, wird die demokratische Entscheidung – und damit auch die formale Gleichheit aller – geachtet.

Das geltende Recht entspricht dem vorher Gesagten: Um individuelle Selbstbestimmung und damit auch individuelle Legitimation zu stärken, wirkt der Einzelne in gerichtlichen Verfahren mit, indem er u.a. das Verfahren einleitet,<sup>48</sup> den Streitgegenstand bestimmt<sup>49</sup> und das Verfahren beispielsweise durch eine Klagerücknahme<sup>50</sup> auch wieder beenden kann. Diese Entscheidungsmacht stellt keine Fremdbestimmung der Gegenseite dar, da sie jene nicht benachteiligt. Unterhalb der Ebene der Letztentscheidung kann der Einzelne damit sogar selbst Entscheidungen treffen, solange sie seine individuelle Selbstbestimmung fördern, die der anderen nicht einschränken und im Rahmen der Gesetze bleiben, die im Wege kollektiver

---

48 § 81 VwGO; § 253 ZPO.

49 § 82 VwGO i.V.m. § 88 VwGO; § 253 ZPO.

50 § 92 VwGO; § 269 ZPO. Nach Stellung der Anträge bzw. nach Beginn der mündlichen Verhandlung ist dies aber nur mit Einwilligung des Beklagten möglich, § 92 Abs. 1 S. 2 VwGO bzw. § 269 Abs. 2 ZPO.

Selbstbestimmung erlassen wurden. Das Urteil, also die Entscheidung, auf die es letztendlich ankommt, erlässt allein das staatliche Gericht.<sup>51</sup>

## II. Die Legislative: Ermöglichung von Demokratie durch Partizipation

Partizipation auf Legislativebene muss Demokratie fördern. Dementsprechend kann das ganze Volk für das ganze Volk entscheiden. Die Zugehörigkeit zum Kollektiv, nicht die materielle Rechtsbetroffenheit löst die Beteiligungsrechte aus. Das Volk entscheidet über die Zusammensetzung des Parlaments. In der repräsentativen Demokratie hat das Volk allerdings einen nur sehr beschränkten Einfluss auf Sachfragen.

Volksgesetzgebung existiert in der Schweiz,<sup>52</sup> eingeschränkt in Österreich<sup>53</sup> sowie in allen deutschen Bundesländern.<sup>54</sup> Dass es auf Bundesebene in Deutschland keine Volksgesetzgebung gibt, stellt ein Defizit dar.<sup>55</sup>

Genauso wie auf Judikativebene sind auch auf Legislativebene Abweichungen durch Beteiligungsformen ohne Entscheidungsmacht, etwa Anhörungsrechte, möglich. Das Volk kann dementsprechend auch Partizipationsmöglichkeiten unterhalb der Entscheidungsebene innehaben. Dies fördert Demokratie, sofern potentiell alle beteiligt werden. In Deutschland fehlen solche Mitwirkungsmöglichkeiten fast vollständig: In den Bundestagsausschüssen finden nach § 70 der Geschäftsordnung des Bundestages nur Anhörungen von Experten und Interessensvertretern statt. Das Volk wird nicht gefragt. Dies ist in anderen Staaten anders, z.B. in Südafrika. Hier wurden schon Gesetze vom Verfassungsgericht für nichtig erklärt,

---

51 § 107 VwGO, § 300 ZPO. Die Mitwirkung von Privaten, nämlich Schöffen, stellt in diesem Kontext kein Problem dar, da diese weder aktuell noch potentiell in eigener Sache entscheiden. Amicus-Curiae-Briefs fallen aus dem oben dargestellten Partizipationsbegriff heraus, da sie lediglich eine Anregung an das Gericht darstellen und von diesem nicht beachtet werden müssen.

52 Vgl. dazu *R. Rhinow*, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 103 (1984), 116; *A. Vatter*, Das politische System der Schweiz, 2014, 343 ff.

53 S. P. Bußjäger/A. Balthasar/N. Sonntag (Hrsg.), Direkte Demokratie im Diskurs: Beiträge zur Reform der Demokratie in Österreich, 2014.

54 Siehe dazu die sehr gute Übersicht bei *J. Rux* (Fn. 4) und *P. Neumann* (Fn. 4).

55 *H. Dreier/F. Wittreck*, Repräsentative und direkte Demokratie im Grundgesetz, in: *L. Feld/P. M. Huber/O. Jung/C. Welzel/F. Wittreck* (Hrsg.), Jahrbuch Direkte Demokratie 2009, 11-39. Vgl. auch die Hinweise in Fn. 4.

weil die Bürger vorab nicht beteiligt wurden.<sup>56</sup> Auch in Baden-Württemberg verfügen die Bürger über Möglichkeiten die Gesetzgebung zu beeinflussen. Sie werden eingeladen, ihre Meinungen online in den Gesetzgebungsprozess einzubringen.<sup>57</sup> Diese Beiträge werden gelesen und bewertet. Sie können im Gesetz ebenso Berücksichtigung finden wie Expertenmeinungen – und dies ist nach Eigenauskunft der Staatsregierung auch schon geschehen.<sup>58</sup> In entsprechender Weise sollte auf Bundesebene Legitimation von Staatsgewalt gestärkt werden.

Partizipation an der Gesetzgebung dient der Ermöglichung von Demokratie. Dafür muss Partizipation durch Wahlen und Abstimmungen allen Bürgern offen stehen. Auch unterhalb der Schwelle, Entscheidungen zu treffen, fördert Partizipation die Demokratie.

### III. Die Exekutive: Partizipation im Spannungsfeld von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

Die Exekutive wird ganz unterschiedlich tätig, in ihr sind rechtsstaatliche und demokratische Elemente eng miteinander verwoben.<sup>59</sup> Dennoch gibt es meist einen Vorrang des einen oder des anderen Prinzips. Welches Prinzip im Vordergrund steht, richtet sich nach den drei oben genannten Eigenschaften „zeitliche Orientierung“, „Intensität der Verrechtlichung“ und „Reichweite der Entscheidung“. Die Partizipationsform orientiert sich daran, ob im Einzelfall das rechtsstaatliche Prinzip oder das demokratische

---

56 South African Constitutional Court, *Doctors for Life International v the Speaker of the National Assembly and Others*, 2006 (6) SA 416 (CC); South African Constitutional Court, *Matatiele Municipality and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, 2007 (1) BCLR 47 (CC). Siehe dazu T. Roux, *The Principle of Democracy in South African Constitutional Law*, in: S Woolman/M. Bishop (Hrsg.), *Constitutional Conversations*, 2008, 79 und D. Brand, *Reply: Writing the Law Democratically*, in: ebd., 97-111. S. dazu auch den Beitrag von B. Loots, *Civic Dignity as the Basis for Public Participation in the Legislative Process*, in diesem Band.

57 Siehe [www.beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de](http://www.beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de) (zuletzt aufgerufen am 5. Februar 2015). S. dazu den Beitrag von F. Reidinger, *Baden-Württemberg zwischen Wählen, Mitreden und Entscheiden – Mehr Partizipation als Regierungsauftrag*, in diesem Band.

58 [www.beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de/de/informieren/service/pressemitteilung/pid/mitgestalten-von-zu-hause-aus](http://www.beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de/de/informieren/service/pressemitteilung/pid/mitgestalten-von-zu-hause-aus) (zuletzt aufgerufen am 5. Februar 2015).

59 C. Möllers (Fn. 33), 112 ff.; C. Möllers (Fn. 44), 514 ff.

Prinzip im Vordergrund steht. Im Folgenden wird zunächst die Regierung, die Rechtsverordnungen erlässt, behandelt (1.), dann die Planfeststellungsbehörden (2.) und zuletzt die Ordnungsbehörden (3.). Diese drei Organe schlagen beispielhaft den Bogen innerhalb der Exekutive von mehr Demokratie hin zu mehr Rechtsstaatlichkeit. Dass Partizipation nicht nur rechtsstaatlich, sondern auch demokratisch zu verstehen ist, wird an den beiden ersten Beispielen besonders deutlich.

## 1. Die Regierung / Rechtsverordnungen

Auf der einen Seite des Bogens steht die Regierung. Sie ist Teil der Exekutive,<sup>60</sup> wird aber auch legislativ durch Rechtsverordnungen tätig. Hier liegt der Schwerpunkt auf der Ermöglichung demokratischer Entscheidungen.

### a. Keine Entscheidungsgewalt des Volkes

Partizipation dient hier ebenso wie bei Wahlen und Abstimmungen v.a. der Förderung und Ermöglichung von Demokratie. Anders als auf Legislativebene steht dem Volk aber keine Entscheidungsgewalt zu. Im Gegensatz zum Parlament, das vom Volk in Fällen direkter Demokratie ersetzt wird, ist eine Ersetzung der Regierung auf Exekutivebene nicht möglich. Dies liegt daran, dass nur auf Legislativebene Demokratie voll verwirklicht wird und daher nur hier der Demos auch entscheiden darf. Die Regierung ist nicht parlamentsgleich, wie schon Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zeigt, der von den besonderen Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung spricht. Auch die Gesetzgebungsvorschriften des Grundgesetzes und hier vor allem Art. 80 GG verdeutlichen, dass die Regierung zwar materielle Gesetze erlassen darf, diese aber anderen und strikteren Regeln unterliegen als formelle Parlamentsgesetze.<sup>61</sup> Die Legis-

---

60 Die Verwaltung erfasst auch die Regierungsfunktion, siehe *W. Krebs*, Art. 50, Rn. 11, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.) Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 6. Auflage 2012; *O. Dörr*, Art. 50, Rn 19, in: C. Hillgruber/V. Epping (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Auflage 2013.

61 Siehe dazu *F. Ossenbühl*, Rechtsverordnung (§ 103), in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Auflage 2007.

lativtätigkeit der Regierung ist folglich stärker rechtlich gebunden als die des Parlaments. Auf der oben aufgezeigten Skala bewegt sie sich schon ein Stück weg von der vollen Verwirklichung demokratischer Entscheidungen.

## b. Weitere Einflussnahmemöglichkeiten

Trotzdem bleibt weiterhin eine Einflussnahme durch Partizipation am Regierungshandeln möglich. Diese Einflussnahme kann auf zwei verschiedenen Ebenen erfolgen: Zum einen binden formelle Gesetze die Regierung. Diese können *de lege lata* auf Landesebene und *de lege ferenda* auf Bundesebene auch im Wege direkter Demokratie zustande kommen. So kann das Volk durch seine Entscheidung die Regierung und deren Rechtsverordnungsgebung steuern. Dies muss nach den allgemeinen Regeln des Grundgesetzes geschehen, etwa nach Art. 80 GG und dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Zum anderen sind beim Erlass von Rechtsverordnungen auch Beteiligungsformen unterhalb der Entscheidungsebene denkbar. Zwar sieht Art. 80 GG keine entsprechenden Regelungen vor. Jedoch finden sich entsprechende Vorschriften in der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), in den ermächtigenden Gesetzen und im Raumordnungsgesetz (ROG).

### (1) Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien

Zentral- und Gesamtverbände sind nach § 62 Abs. 2 i.V.m. § 47 Abs. 3 GGO in die Rechtsverordnungsgebung einzubinden. Zeitpunkt, Umfang und Einfluss der Beteiligung sowie die Auswahl der Beteiligten bleiben aber nach § 47 Abs. 3 S. 2 GGO dem Ermessen des federführenden Bundesministeriums überlassen. Außerdem ist die Norm eine des Innenrechts,<sup>62</sup> sodass sich die zu Beteiligten nicht auf sie berufen können.<sup>63</sup> Hier existieren also keine Partizipationsrechte des Einzelnen. Stattdessen

---

62 *V. Epping*, Art. 65 GG, Rn. 19.3, in: C. Hillgruber/V. Epping (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage 2013: „Verwaltungsvorschrift“.

63 Das Gleiche gilt auch für Gesetzesinitiativen. Dies ergibt sich aus § 47 Abs. 3 GGO II ohne den Verweis aus § 62 Abs. 2 GGO II.

besteht eine rudimentäre Verpflichtung, Partizipation durch Verbände zu ermöglichen.<sup>64</sup>

## (2) Vorschriften in den ermächtigenden Gesetzen

Für spezielle Rechtsverordnungen sehen manche der zu ihrem Erlass ermächtigenden Gesetze vor, dass sogenannte „beteiligte Kreise“ zu hören seien.<sup>65</sup> Nach § 51 BImSchG umfassen diese Kreise u.a. Vertreter der Wirtschaft und der Betroffenen. Hier werden anders als nach der GGO zumindest auch die Betroffenen angehört – wenngleich lediglich in repräsentativer Weise, da nur Vertreter der Betroffenen gehört werden. Bei der Auswahl besteht ein weites Ermessen der Bundesregierung oder des federführenden Ministeriums.<sup>66</sup> Partizipation bezieht sich damit nicht auf alle Betroffenen. Genauere Vorschriften, beispielsweise wie das Vorbringen der Kreise zu berücksichtigen ist, fehlen. Eine gänzlich unterbliebene Anhörung führt anders als bei der GGO zur Nichtigkeit der Rechtsverordnung.<sup>67</sup> Die Nicht-Anhörung Einzelner führt hingegen nicht zur Nichtigkeit, sofern kein schwerer Verstoß vorliegt.<sup>68</sup> Es besteht kein unmittelbarer Rechtsschutz im Falle der Nichtbeteiligung.<sup>69</sup>

---

64 *F. Ossenbühl* (Fn. 61), Rn. 70.

65 Siehe z.B. § 68 KrWG; § 17 Abs. 7 ChemG; § 20 BBodSchG; § 7 Gesetz über die Umweltverträglichkeit von Wasch- und Reinigungsmitteln.

66 *H.-J. Koch*, § 51, Rn. 31, in: *H.-J. Koch/E. Pache/D. Scheuing* (Hrsg.) *Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz*, Loseblattsammlung Band III, 35. Lieferung März 2014; *C. Tophoven*, § 51 BImSchG, Rn. 7, in: *L. Giesberts/M. Reinhardt* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht*, Edition 31, Stand 1. Juli 2015.

67 *H.-J. Koch* (Fn. 66), § 51, Rn. 37; *C. Tophoven* (Fn. 66), § 51 BImSchG, Rn. 9; *H. D. Jarass*, *Bundes-Immissionsschutzgesetz. Kommentar*, 8. Aufl. 2010, § 51, Rn. 4; *G. Feldhaus*, § 51, Anm. 4, in: *G. Feldhaus/H.D. Hansel* (Hrsg.), *Bundesimmissionsschutzrecht. Kommentar*, Loseblattsammlung Band 1 – Teil II, 180. Lieferung Februar 2014.

68 *H.-J. Koch* (Fn. 66), § 51, Rn. 41; *J. Tophoven* (Fn. 66), § 51 BImSchG, Rn. 9.

69 *J. Tophoven* (Fn. 66), § 51 BImSchG, Rn. 10.

### (3) Raumordnungsrecht

In einigen Fällen der Rechtsverordnungsgebung ist sogar eine Öffentlichkeitsbeteiligung – und nicht nur eine Repräsentanten- oder Betroffenenbeteiligung i.S. einer Beteiligung beteiligter Kreise – zwingend vom Gesetzgeber vorgesehen. So ist die Öffentlichkeit bei der Erstellung von Raumordnungsplänen, die auf Bundesebene vom Bundesverkehrsministerium immer und auf Landesebene oftmals als Rechtsverordnung<sup>70</sup> erlassen werden, nach § 10 Abs. 1 ROG (für den Bund i.V.m. § 18 ROG) zu beteiligen.

Wie findet hier die Beteiligung statt? Zunächst ist die Öffentlichkeit von der Aufstellung des Raumordnungsplans zu unterrichten. Dies kann durch öffentliche Auslegung des Entwurfs oder auch auf andere Art und Weise, etwa innerhalb eines Erörterungstermins geschehen.<sup>71</sup> Nach der Unterrichtung ist der Öffentlichkeit Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Nach § 7 Abs. 2 S. 2 ROG sind die Stellungnahmen in den Beteiligungsverfahren im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Unmittelbarer Rechtsschutz gegen Raumordnungspläne kommt nach § 43 VwGO, gegen Landespläne auch nach § 47 VwGO in Betracht.<sup>72</sup> Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Verletzungen des Beteiligungserfordernisses bei der Erstellung von Raumordnungsplänen dann nicht beachtlich sind, wenn einzelne Personen nicht beteiligt worden sind und die entsprechenden Belange unerheblich waren oder in der Entscheidung berücksichtigt wurden (§ 12 Abs. 1 ROG). Ein beachtlicher Verfahrensverstoß liegt immer dann vor, wenn eine Beteiligung gar nicht stattgefunden hat.<sup>73</sup>

---

70 Nach den verschiedenen Landesraumordnungsgesetzen ergehen Landesraumordnungspläne z.T. als Parlamentsgesetz, z.T. als Rechtsverordnung, z.T. im Wege der Feststellung durch die Landesregierung oder die Landesplanungsbehörde. S. den Überblick bei *W. Krebs*, Baurecht, in: *F. Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Auflage 2013, Rn. 55.

71 *W. Spannowsky*, § 12 Rn. 13, in: *W. Spannowsky/P. Runkel/K. Goppel* (Hrsg.), *Raumordnungsgesetz. Kommentar*, 2010.

72 *R. Danielzyk/K. Hanebeck/J. Knieling/F. Reitzig*, *Öffentlichkeitsbeteiligung bei Programmen und Plänen der Raumordnung*, 2003, 152 f.

73 Vgl. dazu *W. Spannowsky* (Fn. 71), § 12, Rn. 40 ff.

#### (4) Bewertung

Blickt man auf die Beteiligungsmöglichkeiten beim Erlass von Rechtsverordnungen, so fällt zum einen die demokratische Komponente von Beteiligungsrechten auf, zum anderen die Zurückhaltung bezüglich der Frage, wie genau die Beteiligungsergebnisse zu beachten sind.

Das demokratische Verständnis von Beteiligung zeigt sich darin, dass auf der Ebene der Raumordnungsplanung alle partizipieren dürfen und dies unabhängig von einer möglichen Rechtsverletzung. Dies ist anders im Rahmen der GGO und der Gesetze, die die beteiligten Kreise in das Verfahren mit einbeziehen. Aber gerade die Tatsache, dass hier Einzelne, die unter Umständen in ihren Rechten verletzt sein können, aus diesem Umstand kein Recht auf Beteiligung ableiten können, spricht ebenfalls für eine demokratische Deutung der Beteiligung. Hier zeigt sich nämlich, dass nicht ausschließlich die Rechte des Einzelnen und damit individuelle Selbstbestimmung Gegenstand der Beteiligung sind. Vielmehr soll mit dem Beteiligungsverfahren auch kollektive Selbstbestimmung gestärkt werden: Das Verfahren als Ganzes und damit die Interessen aller und nicht die Rechte Einzelner stehen im Mittelpunkt dieser Beteiligungsvorschriften.

Dem entspricht die Rechtsfolgenseite. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit kommt im Rahmen von Gesetzen, die beteiligte Kreise ermächtigen bzw. im Rahmen von Raumordnungsplänen nämlich nicht etwa schon dann in Betracht, wenn die Rechte Einzelner verletzt wären. Dies würde für eine rein rechtsstaatliche Deutung von Beteiligungsrechten sprechen.<sup>74</sup> Vielmehr wird auf das Verfahren als Ganzes abgestellt. Dies entspricht einem demokratischen Verständnis von Beteiligung wie ein Vergleich mit der Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Verletzung des – subjektiven – Wahlrechts, dem „Kern“<sup>75</sup> von Demokratie verdeutlichen soll. Auch hier unterscheidet man zwischen dem Recht des Einzelnen und dem Verfahren als Ganzem, das Demokratie fördern soll. Wenn z.B. ein Wahlbogen nicht mitgezählt wird, ist das subjektive Recht des Betroffenen vollständig verletzt, die Wahl als solche ist aber nicht ungültig. Wenn die Wahl gar nicht stattfindet oder erhebliche

---

<sup>74</sup> So *H.-J. Koch* (Fn. 66), § 51, Rn. 37.

<sup>75</sup> *M. Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), 46 (82).

Mängel aufweist, dann ist das ganze Verfahren – und damit die Staatsgewalt – delegitimiert.<sup>76</sup>

Schließlich zeugen die Regelungslücken bezüglich der Art und Weise der Berücksichtigung von Beteiligung von einem auch demokratischen Verständnis der Beteiligungsformen: Durch das Offenhalten des Entscheidungsprozess wird die (deliberative) Rückbindung des Staates an die Gesellschaft gestärkt.

## 2. Planfeststellungsbehörden

Auch vor dem Erlass von Verwaltungsakten kann eine Öffentlichkeitsbeteiligung zwingend vorgeschrieben sein, etwa im Rahmen von Planfeststellungsverfahren nach § 73 Abs. 4 S. 1 VwVfG.

Das Planfeststellungsverfahren ist rechtlich determinierter als die Rechtsverordnungsgebung und betrifft einen kleineren Kreis an Personen als Rechtsverordnungen, die potentiell alle Bürger betreffen. Das Planfeststellungsverfahren ist aber ebenfalls in die Zukunft gerichtet und betrifft immer noch einen größeren Personenkreis als etwa ein an eine Person gerichteter Verwaltungsakt. Im Vergleich zur Rechtsverordnungsgebung orientiert sich das Planfeststellungsverfahren somit weiter Richtung individuelle Selbstbestimmung. Gleichzeitig kommen aber auch Elemente kollektiver Selbstbestimmung zum Tragen.

Als Planfeststellungsbehörde kommen grundsätzlich alle Behörden der unmittelbaren Staatverwaltung in Betracht. Dies sind neben den obersten Behörden und Bundes- bzw. Landesoberbehörden auch Mittelbehörden und untere Behörden.<sup>77</sup> Vor dem Erlass von Planfeststellungsbeschlüssen ist nach § 73 Abs. 4 S. 1 VwVfG jeder zu beteiligen, der in seinen Belangen beeinträchtigt ist. Dies ist der Fall, wenn ein schutzwürdiges Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art berührt ist.<sup>78</sup> Mögliche

---

76 Vgl. dazu BVerfGE 85, 148 (157 ff.); *H. H. Klein*, Art. 41, Rn. 99 ff., in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetzkommentar, Loseblattsammlung, Band IV, 70. Ergänzungslieferung Dez. 2013.

77 Vgl. z.B. § 38 Abs. 5 Niedersächsisches Straßengesetz für Gemeindefstraßen, Nds. GVBl. 1980, 359, oder § 16 Abs. 2 Seilbahngesetz Sachsen-Anhalt, GVBl. LSA 2012, 526.

78 VGH Kassel, NVwZ 5 (1986), 680 (682). Z.T. wird der Begriff des „Belanges“ sogar noch weiter gefasst. So sollen alle „wirtschaftlichen, ökologischen, sozialen, kulturellen, ideellen oder sonstigen nicht unredlichen und deshalb anerkannter-

Rechtsverletzungen sind keine Beteiligungsvoraussetzung. Der Kreis der Beteiligten ist also möglichst groß, wenngleich nicht „alle“ beteiligt werden. Diese Einschränkung ist nur folgerichtig, Planfeststellungen und das entsprechende Verfahren orientieren sich näher am rechtsstaatlichen Prinzip als Rechtsverordnungen und die entsprechenden Verfahren: Wie § 73 VwVfG und die Regelung, dass Planfeststellungsbeschlüsse als Verwaltungsakt erlassen werden, zeigen, sind die Regeln zum Planfeststellungsbeschluss rechtlich determinierter als die der Rechtsverordnungsgebung. Auch betreffen sie einen kleineren Kreis an Personen als Rechtsverordnungen, die potentiell alle Bürger betreffen. Die höhere Regelungsdichte ist Ausdruck der stärkeren Rechtsgebundenheit der Behörde.

Aber auch das Demokratieelement ist ausgeprägt: Planfeststellungsbeschlüsse regeln die Zukunft. Das demokratische Element zeigt sich auch am Beteiligungsverfahren und am Gestaltungsspielraum der Planfeststellungsbehörden. Das Beteiligungsverfahren ist ähnlich dem der Aufstellung eines Raumordnungsplans ausgestaltet:<sup>79</sup> Zunächst muss der Plan ausgearbeitet werden, darauf folgt die Anhörung, die durch schriftliche Einwendungen erfolgt.<sup>80</sup> Hinzu kommt grundsätzlich ein Erörterungstermin.<sup>81</sup> In diesem müssen die Probleme substantiell besprochen werden<sup>82</sup> mit dem Ziel, eine Einigung zu erzielen. Dieses Ziel folgt aus § 74 Abs. 2 S. 1 VwVfG, nach dem die Behörde in einem abschließenden Schritt über die nicht erledigten Einwendungen zu entscheiden hat. Die Einwendungen müssen „selbstverständlich“ ernsthaft in Erwägung gezogen werden und im Planfeststellungsbeschluss Berücksichtigung finden.<sup>83</sup> Sie sind mithin in die Abwägung einzubeziehen.<sup>84</sup> Es besteht aber kein Einigungszwang. Eine

---

ten eigenen Interessen“ darunter fallen, *A. Guckelberger*, Formen von Öffentlichkeit und Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltverwaltungsrecht, *Verwaltungsarchiv* 103 (2012), 31 (44).

79 *A. Guckelberger* (Fn. 78), 53.

80 § 73 Abs. 3-5 VwVfG.

81 § 73 Abs. 6 VwVfG sieht ihn zwingend vor, in manchen der besonderen Planfeststellungsverfahren ist er lediglich fakultativ vorgesehen, siehe z.B. § 17 a Nr. 5 FStrG.

82 *M. Knauff*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren, *DÖV* 65 (2012), 1 (5); *J. Ziekow*, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. 2010, § 73 Rn. 62.

83 *A. Guckelberger* (Fn. 78), 54.

84 *W. Neumann*, § 74 Rn. 162, in: P. Stelkens/H.J. Bonk/ M. Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 8. Auflage 2014.

nachvollziehbare Zurückweisung und sachlich begründete Nichtberücksichtigung von Einwendungen ist statthaft.<sup>85</sup>

Ebenso wie bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen zeugt der planerische Gestaltungsspielraum von einer starken demokratischen Ausprägung des Planfeststellungsverfahrens. Er erlaubt der Behörde, die im Beteiligungsverfahren vorgebrachten Interessen – und nicht nur die Rechte – der Einwender ebenso im Wege der Abwägung zu berücksichtigen wie die der Allgemeinheit.<sup>86</sup> Damit besitzt die Behörde einen gewissen Spielraum und gestaltet dadurch Zukunft.

Auch der Erörterungstermin, der sich als „Kernstück und Höhepunkt der Beteiligung“<sup>87</sup> beschreiben lässt, ist aufgrund seines kommunikativen Charakters sowie der Offenheit des Prozesses Zeichen der demokratischen Ausprägung von Partizipation im Planfeststellungsverfahren.

### 3. Ordnungsbehörden

Am anderen Ende des Bogens steht die Ordnungsbehörde vor Ort, die jedenfalls dann ganz gerichtsähnlich tätig wird, wenn ihr kein Ermessensspielraum zukommt. Ordnet das Ordnungsamt etwa die Beseitigung eines morschen Baums an, so sind subjektive Rechte und nicht Belange und Interessen zu beachten, vor allem die Grundrechte des Störers, vielleicht noch die des Nachbarn. Hier kann sich nur derjenige beteiligen, der in seinen Rechten oder rechtlichen Interessen beeinträchtigt ist, § 13 VwVfG. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist konsequenterweise nicht vorgesehen<sup>88</sup> und hätte hier auch keine Daseinsberechtigung.

#### *D. Fazit*

Aus dem vorher Gesagten ergibt sich, dass die heute schon bestehenden Partizipationsverfahren grundsätzlich versuchen, den Bogen zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu schlagen. Dies ist folgerichtig, denn aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgt die staatliche Pflicht, eine

---

85 *M. Knauff* (Fn. 82), 5.

86 § 74 Abs. 2 VwVfG.

87 *I. Appel* (Fn. 11), 1363.

88 *M. Knauff* (Fn. 82), 4.

entsprechende Balance zu schaffen. Um diesen Ausgleich zu erreichen, müssen die Partizipationsakteure und die ihnen zukommende Entscheidungsmacht prinzipiell entsprechend dem hier vorgeschlagenen Modell konzipiert werden:

Auf Ebene der Judikative dürfen sich nur Einzelne beteiligen, die in ihren Rechten betroffen sind. Die Entscheidungsmacht verbleibt beim Gericht.

Auf Legislativebene muss das Volk neben Personal- auch Sachfragen entscheiden können. Mitwirkungsverfahren unterhalb der Entscheidungsebene stärken Legitimation, wenn alle sich beteiligen dürfen. Vorbilder gibt es in Südafrika und Baden-Württemberg.

Auf Ebene der Exekutive bedarf es einer genauen Analyse, ob Rechtsstaatlichkeit oder demokratische Willensbildung im Vordergrund stehen. Die Entscheidung wird unabhängig davon immer vom staatlichen Organ getroffen. Die Interessen der Bürger können stärker berücksichtigt werden, wenn der demokratische Charakter des Verfahrens im Vordergrund steht und müssen weniger bis gar nicht berücksichtigt werden, wenn der rechtsstaatliche Charakter des Verfahrens im Vordergrund steht. Die Rechte der Bürger müssen selbstverständlich immer beachtet werden. Parallel verläuft die Bestimmung der zu Beteiligten. Sie verläuft von „allen“ über diejenigen, die in ihren Belangen berührt sind, hin zu denjenigen, die in ihren Rechten betroffen sind.

### *E. Ausblick*

Im Wege eines Ausblicks soll ein schlaglichtartiger Blick auf die Konsequenzen des hier vorgelegten Konzepts geworfen werden. Im Laufe des Aufsatzes war immer wieder von Defiziten die Rede. Die Defizite beziehen sich einerseits auf die Rechtsanwendung, andererseits auf die Gesetzgebung.

Die Crux dieses Ausblicks soll nicht verschwiegen, sondern ihm vielmehr vorangestellt werden: Sind Rechtsstaats- und vor allem Demokratieprinzip Regeln, Prinzipien, Optimierungsgebote, Staatsstrukturbestimmungen, Staatsziele und/oder Staatsaufgaben?<sup>89</sup> Das ist umstritten und

---

89 Siehe die vielen weiteren Bezeichnungen bei *K. Nowrot*, *Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft. Methodische Annäherungen an die Normalität eines Verfassungsprinzips*, 2014, 69 ff. mwN.

noch mehr: was aus einer solchen Klassifikation genau folgt, ist ebenfalls unklar.<sup>90</sup> Aufgrund der offenen und nicht lediglich binären Strukturierung von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip wird hier davon ausgegangen, dass sie Staatszielbestimmungen sind.<sup>91</sup> Rechtsstaats- und Demokratieprinzip sehen nämlich kein entweder/oder vor und ordnen keine Rechtsfolge für ein bestimmtes Verhalten an, ja, sie kennen nicht einmal den Unterschied zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. Zwar kann ein staatliches Verhalten gegen das Demokratie- oder das Rechtsstaatsprinzip verstoßen, es also nicht erfüllen, ein anderes Verhalten hingegen erfasst sein.<sup>92</sup> Anders aber als bei ausschließlich binär strukturierten Normen sind hinsichtlich des Demokratieprinzips wie des Rechtsstaatsprinzips sowohl aufgrund ihres Inhalts als auch aufgrund ihrer Normstruktur unterschiedliche Verwirklichungsstufen denkbar.<sup>93</sup> Schon aufgrund der Existenz des Art. 79 Abs. 3 GG, der den Kernbereich des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips auch für den Fall einer Verfassungsänderung für unantastbar erklärt und damit zwischen veränderungsfesten und veränderbaren Gehalten von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip differenziert, wird man annehmen müssen, dass das Grundgesetz in Art. 20 GG nicht nur ein Mindestmaß an

---

90 Siehe ausführlich *K.-P. Sommermann*, Art. 20, Rn. 5, 88 ff., in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 2, 6. Auflage 2010 und *F. Reimer*, *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, 2001, 183 ff. und passim; *U. Volkmann*, Art. 20 (Demokratieprinzip), Rn. 37 ff., in: K.-H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblatt, Stand 2015.

91 Ausdrücklich für Rechtsstaatsprinzip: *U. Scheuner*, *Staatszielbestimmungen*, in: R. Schnur (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Forsthoff*, 1972, 325 (335 f.); *K. Nowrot* (Fn. 89), 384; *P. Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, 185; ausdrücklich für Demokratieprinzip: *A. von Komorowski*, *Demokratieprinzip und Europäische Union. Staatsverfassungsrechtliche Anforderungen an die demokratische Legitimation der der EG-Normsetzung*, 2010, 587; *U. Volkmann* (Fn. 90), Rn. 38, der das Demokratieprinzip darüberhinaus als Programm bezeichnet; *W. Thieme*, *Demokratie – Ein Staatsziel im Wandel der gelebten Verfassung*, *DÖV* 1998, 751; *A. Bleckmann*, *Vom Sinn und Zweck des Demokratieprinzips*, 1998, 124; a.A. *K.-P. Sommermann* (Fn. 90), Rn. 91.

92 Vgl. *R. Poscher*, *Theorie eines Phantoms. Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*, *Rechtswissenschaft*, 2010, 349 ff. Siehe auch die Nachweise bei *K. Nowrot* (Fn. 89), 511 f.

93 *U. Schliesky*, *Souveränität und Legitimation von Herrschaftsgewalt*, 2004, 617 für das Demokratieprinzip; hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips zeigt dies schon die Unterscheidung zwischen materielle und formelle Rechtsstaatsbegriff, siehe dazu *E. Schmidt-Aßmann*, *Der Rechtsstaat* (§ 23), in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 3. Aufl. 2004, Rn. 18.

Demokratie und Rechtsstaatlichkeit garantiert – diese Garantie findet sich nämlich schon in Art. 79 Abs. 3 GG. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sind damit dynamisch und beziehen sich auf materiell-inhaltliche Ziele. Daher muss sich das Grundgesetz gezwungenermaßen zu der Frage verhalten, welche Verwirklichungsstufe erreicht werden soll. Dies tut es durch die Regelungstechnik der Staatszielbestimmung, die alle drei Gewalten verpflichtet, auf die Zielerreichung hinzuwirken. Die Zielerreichung muss unter Berücksichtigung anderer Normen und Verfassungsprinzipien erfolgen. Entsprechend dem Gebot der Herstellung praktischer Konkordanz<sup>94</sup> im Bereich der Grundrechtsauslegung, erscheint es auch hier überzeugend, im Rahmen des Ausgleichs verschiedener Verfassungsziele ein Optimum – das von einem Maximum zu unterscheiden ist<sup>95</sup> – an Zielverwirklichung zu verlangen. Dementsprechend lässt sich von einem Optimierungsgebot sprechen.<sup>96</sup>

## I. Rechtsanwendung

Schaut man auf die Rechtsanwendung, so verpflichtet das hier vertretene Verständnis von Gewaltenteilung, Demokratie und Rechtsstaat die Verwal-

---

94 Siehe zu diesem Zusammenhang schon *F. Müller*, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, 1966, 213.

95 *M. Morlok*, Demokratie und Wahlen, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 559 (564).

96 Explizit das Demokratieprinzip als Optimierungsgebot bezeichnend *U. Schliesky* (Fn. 93), 616 ff.; *B.-O. Bryde*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, 59 ff.; *M. Morlok* (Fn. 95), 562 f.; *A. von Bogdandy* (Fn. 11), 30; *H.-H. Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung (§ 16), in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Aufl. 2012, Rn. 16; *E. Pache*, Abschließender Beitrag in der Aussprache zu seinem Vortrag Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 209 (213); *C. Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, 231 (239).

tung, ihren Auslegungsspielraum<sup>97</sup> und ihr Ermessen<sup>98</sup> dahingehend auszuüben, Partizipation zu ermöglichen. So hat die Verwaltung beispielsweise in den Fällen, in denen der Erörterungstermin lediglich fakultativ vorgesehen ist, ihr Ermessen grundsätzlich dahingehend ausüben, dass dieser stattzufinden hat.<sup>99</sup>

Die Judikative ist aufgefordert, Beteiligungsrechte zu schützen. So sollte sie von der bisherigen Auslegung des § 46 VwVfG abrücken.<sup>100</sup> § 46 VwVfG sieht vor, dass eine Verletzung von Beteiligungsrechten im Verwaltungsverfahren unerheblich ist, sofern offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Die Gerichte gehen zumeist davon aus, dass im konkreten Fall die Beteiligung zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Jedoch besteht aufgrund des demokratischen Charakters von Beteiligung abstrakt immer die Möglichkeit, dass Kommunikation und Diskurs zwischen Behörde und Bürgern zu einem anderen Ergebnis führen können.<sup>101</sup> Dementsprechend sollte § 46 VwVfG ausgelegt werden und damit bei der Verletzung von Beteiligungsrechten nicht einschlägig sein.<sup>102</sup>

---

97 Bundesministerium des Inneren/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983, 21; *A. von Komorowski* (Fn. 91), 588; *W. Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *A. Hermann* (Hrsg.), *Aus Geschichte und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag von Ludwig Bergstraesser*, 1954, 279 (281); *I. Contiades*, Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen, 1967, 117; *E. Wienholtz*, Arbeit, Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen, *Archiv des öffentlichen Rechts* 109 (1984), 532 (536).

98 So allgemein für Staatsstrukturbestimmungen BVerwG, Urteil vom 9. November 1978 – 3 C 68.77 = *Buchholz* 427.3 § 335a LAG Nr. 63 Rn. 27 (juris); *I. Contiades* (Fn. 97), 117.

99 Vgl. auch die Kritik bei *M. Wickel*, § 39 Fachplanung, in: *D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, Rn. 39 ff.

100 Ebenso *V. M. Haug/K. Schadle*, Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 46 VwVfG, *NVwZ* 33 (2014), 271 (275). Zu den Verfassungsprinzipien als Auslegungsregel siehe BVerfGE 9, 231 (262); *I. Contiades* (Fn. 97), 117 (spricht von Staatsstrukturbestimmung); *W. Abendroth* (Fn. 97), 281.

101 Siehe die ausführliche Kritik bei *A. Fisahn* (Fn. 10), 349 ff. mZn.

102 Vgl. auch *M. Gellermann*, Verbandsklagen im Umweltrecht – aktueller Stand, Perspektiven und praktische Probleme, *DVBl.* 2013, 1341 (1345); BVerwG,

Hier soll keinesfalls einer umfassenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle über den Hebel der Beteiligungsrechte das Wort geredet werden. So wird zwar durch Beteiligungsrechte die Klagebefugnis erweitert, da diese als subjektive Rechte verstanden werden müssen.<sup>103</sup> Dies darf aber nicht dazu führen, dass dadurch der materielle Prüfungsumfang des Gerichts auch auf darüber hinaus liegende Fragen, die nicht die Verletzung subjektiver (Beteiligungs-)Rechte des Klägers betreffen, erweitert wird. Dies wäre ein Übergriff der Judikative in die demokratische Willensbildung der Verwaltung. Dass dies nicht die Folge des Vorschlags ist, folgt schon aus § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO – und aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung: Gerichte dürfen lediglich den Kläger vor einer subjektiven Rechtsverletzung schützen und nicht eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle vornehmen.

## II. Gesetzgebung

Die Gesetzgebung darf bei der Erweiterung und Neuschaffung von Beteiligungsformen nicht gegen Demokratieprinzip, Rechtsstaatsprinzip und

---

NVwZ 2012, 557 (558), Rn. 18; EuGH, Urteil vom 7. November 2013, C-72/12 – Altrip, Rn. 48.

103 Ebenso *K. F. Gärditz*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014, 1 (3); *M. Ogorek*, Die Anfechtung von Planfeststellungsbeschlüssen durch Gemeinden nach Inkrafttreten des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, NVwZ 2010, 401 (402 f.); *W. Kahl*, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 1, JZ 2014, 722 (732); *J. Ziekow*, Verfahrensfehler im Umweltrecht – notwendige Nachjustierungen im deutschen Verwaltungsrecht, NuR 2014, 229, 234; OVG Koblenz, NVwZ 2005, 1208 (1210 f.); *D. Murswiek/L. Ketterer/O. Sauer/H. Wöckel*, Rechtsprechungsanalyse. Ausgewählte Probleme des Umweltrechts – Subjektivierungstendenzen; Umweltinformationsrecht, Die Verwaltung 44 (2011), 235 (250); *M. Kment*, Das neue Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und seine Bedeutung für das UVPG – Rechtsschutz des Vorhabenträgers, anerkannter Vereinigungen und Dritter, NVwZ 2007, 274 (279); offenlassend, aber aufgeschlossen OVG Münster, Beschluss vom 23. Juli 2014, 8 B 356/14, BeckRS 2014, 54136, 2 a); ablehnend *K.-P. Dolde*, Verwaltungsverfahren und Deregulierung, NVwZ 2006, 857 (861); *H. Lecheler*, Isolierte Anfechtung von Verfahrensfehlern ohne materielle Beschwerde kraft Europarechts?, NVwZ 2005, 1156 f. Siehe ausführlich *D. Steiger*, Entgrenzte Gerichte? Die Ausweitung des subjektiven Rechts und der richterlichen Kontrollbefugnisse – Verwaltung und Parlament im „Kooperationsverhältnis“ der deutschen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem EuGH, erscheint Verwaltungsarchiv 2016.

Gewaltenteilungsprinzip verstoßen. So dürfte die Legislative beispielsweise nicht einen Betroffenenentscheid auf Verwaltungsebene einführen, also Betroffene statt der Verwaltung in quasi-legislativer Manier entscheiden lassen.<sup>104</sup> Dies würde nicht nur nach dem „Legitimationskettenmodell“<sup>105</sup> dem Demokratieprinzip widersprechen, sondern auch gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßen, weil so Aufgaben der Verwaltung durch eine quasi-legislative Entscheidung wahrgenommen werden würden. Außerdem kann es zu einem Konflikt mit dem Rechtsstaatsprinzip kommen, wenn Individualrechte Dritter betroffen sind.

Versteht man wie hier Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als Staatszielbestimmung und Optimierungsgebot, so wird das Parlament in die Pflicht genommen, Partizipationsmöglichkeiten zu erweitern und entsprechend dem hier entwickelten Konzept zu gestalten. Dies betrifft u.a. die Einführung von Elementen direkter Demokratie auf Bundesebene.<sup>106</sup> Bei deren Einführung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber muss beachtet werden, dass auch das Volk an Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit gebunden ist.<sup>107</sup> Das Parlament ist ebenso gehalten, erweiterte Einflussnahmemöglichkeiten des Einzelnen auf die formelle und die materielle Gesetzgebung zu schaffen. Hier sind Beteiligungsmöglichkeiten zu eröffnen, die allen Bürgern der jeweiligen Verbandsebene offenstehen und nicht nur Repräsentanten der Wirtschaft. Nur dies entspricht dem vor-

---

104 D. Steiger, Mehr Direkte Demokratie? Gewalt!, in: Juristische Ausbildung 2014, 963 (973 ff.); W. Ewer, Kein Volksentscheid über die Zulassung von Infrastrukturprojekten, NJW 2011, 1328 (1329); W. Durner, Möglichkeiten der Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren am Beispiel der Planfeststellung, ZUR 2011, 354 (361); R. Steinberg, Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren – eine Bilanz, ZUR 2011, 340 (348 f.).

105 BVerfGE 83, 37 (51); 83, 60 (71 ff.); 93, 37 (68 ff.); siehe aber auch BVerfGE 107, 59 (87 ff.); E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip (§ 24) in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band II, 3. Aufl. 2004, Rn. 11 ff. Siehe auch die Kritik daran bei B.-O. Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWStP 5 (1994), 305; T. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 166 ff.; G. Ha-verkate, Verfassungslehre, 1992, 330 ff.

106 Ebenso u.a. C. Pestalozza, Der Popularvorbehalt, Direkte Demokratie in Deutschland, 1981, 12 ff.

107 Vgl. zu dieser Frage B. Hartmann, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005; G. Kirchgässner, Direkte Demokratie und Menschenrechte, in: L. Feld/P.M. Huber/O. Jung/C. Welzel/F. Wittreck (Hrsg.), Jahrbuch Direkte Demokratie 2009, 66.

nehmlich demokratischen Charakter des materiellen Gesetzeserlasses, aber auch des Rechtsverordnungserlasses durch die Regierung. Für die Ebene des Parlamentsgesetzes können die entsprechenden Regelungen in Südafrika und Baden-Württemberg als Vorbilder dienen.<sup>108</sup>

Dass der Gesetzgeber die Nicht-Öffentlichkeit des Erörterungstermins vorschreibt<sup>109</sup> und ihn in vielen Fachgesetzen gar fakultativ stellt oder gar nicht vorsieht, entspricht nicht seinem demokratischen Gehalt. Hier besteht gesetzlicher Handlungsbedarf, der Erörterungstermin sollte zwingend und öffentlich sein, so wie es schon § 18 Abs. 1 S. 1 9. BImSchV vorsieht.

Auch lässt sich daran denken, eine Norm wie die des § 85 WHG auch auf andere Rechtsgebiete zu übertragen. Dieser verlangt für die Aufstellung, Überprüfung und Aktualisierung der Maßnahmenprogramme und Bewirtschaftungspläne die Förderung von aktiver Beteiligung durch die zuständige Behörde. Aus einem demokratischen Verständnis von Partizipation folgt auch, dass Bürgerbeteiligung möglichst früh ansetzen muss. Auch muss die Auslegungsfrist von Planentwürfen lang genug sein, damit die Bürger den Diskurs auf Augenhöhe mit dem Staat führen können.

Wird Partizipation entsprechend dem hier vorgestellten Konzept ausgestaltet, so ist die von der Gewaltengliederung geforderte Balance zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit erreicht. Mehr Partizipationsmöglichkeiten in diesem Sinne stärken Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie die Effektivität staatlichen Handelns.

---

108 Siehe die Beiträge von *B. Loots* (Fn. 56) und *F. Reidinger* (Fn. 57) in diesem Band.

109 § 73 Abs. 6 S. 6 i.V.m. § 68 Abs. 1 S. 1 VwVfG.



# Democratic Participation and the Separation of Powers

*Henk Botha*

*This essay asks whether and to what extent Dominik Steiger's proposed use of the separation-of-powers principle to mediate the tension between individual and collective self-determination, can shed light on the South African Constitutional Court's jurisprudence on democratic participation. It considers this question within two different contexts, namely public participation in the law-making process, and engagement with residents who are about to be evicted from their homes. It argues that, in the South African context, this model needs to be supplemented by a keen awareness of the ways in which unequal power relations affect the capacity of the poor and marginalised to participate on an equal footing. The boundary between individual and collective participation must be drawn and redrawn in a manner that is sensitive to the effects of deep-seated structural inequality on the capacity of voices and viewpoints to be heard.*

## *A. Introduction*

In his essay,<sup>1</sup> Dominik Steiger shows that there are different values and principles underlying the demand, in constitutional and administrative law, for participation in state decision making. These principles are often in tension: the rule of law or Rechtsstaat principle,<sup>2</sup> together with individual

---

1 *Dominik Steiger*, Gewaltenteilung als Mittel zur Konzeptualisierung von Partizipation, in: Henk Botha / Nils Schaks / Dominik Steiger (eds.), *Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg / The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads*, Nomos 2016, p. 359.

2 In this essay, I refer mostly to the 'rule of law', since that is the term used in s 1(c) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (hereinafter 'the Constitution'). However, I use the term in a general sense which is not specific to the Anglo-American legal tradition, and which does not confine its meaning to the classical, Diceyan understanding, which is in many respects inappropriate for trying to understand the rule of law under a supreme, value-based constitution. See generally *Frank Michelman*, *The Rule of Law, Legality and the Supremacy of the Constitu-*

rights, pulls in the direction of individual forms of participation, whereas the principle of democracy tends to favour broader, more public forms of participation. These two principles also have different implications for the following two questions: what participation must, at a minimum, entail; and what the legal consequences of non-compliance are.

Steiger argues that an external principle is needed to resolve these tensions. This he finds in the doctrine of separation of powers. The judicial function is identified, above all, with the Rechtsstaat principle and fundamental rights. Judges' decision-making power is tightly circumscribed by legal rules, is restricted to disputes that originated in the past and generally binds only the parties to the dispute. Rights of participation in the judicial process are therefore limited to the individuals and stakeholders concerned. The legislative function, on the other hand, is closely associated with the principle of democracy. A democratically elected legislature is bound only by the Constitution, and makes decisions that are oriented towards the future and that have general application. Rights of participation in the legislative process should, accordingly, be extended to the general public.

The executive authority and state administration fall somewhere in between. In some cases, executive decision making approximates the legislative function. For instance, where the executive makes policy decisions, its decision making powers are relatively unconstrained, are oriented to the future and concern the general public. Where, on the other hand, an official takes decisions in terms of an authorising law, the nature of his/her discretion is closer to that of the judiciary, as it is narrowly circumscribed and binds only the individual(s) concerned. To determine who may participate and to what extent, it is therefore necessary to locate the executive or administrative decision on a sliding scale. Where it comes close to an exercise of legislative power, the circle of those entitled to participate must be extended to a diversity of stakeholders, or even the general public. Where, on the other hand, it comes closer to an exercise of judicial power, only the individuals concerned need to be involved in the decision making process.

That this model strikes a chord with the thinking of South African lawyers and legislators is clear from the distinction made in the Promotion

---

tion, in: Stuart Woolman / Michael Bishop / Jason Brickhill (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, 2<sup>nd</sup> edition, Cape Town 2005, ch. 11.

of Administrative Justice Act 3 of 2000 (PAJA) between the procedural fairness of administrative action affecting any person and the procedural fairness of administrative action affecting the public. Section 3 of PAJA guarantees the right of any person, whose rights or legitimate interests are affected, to procedurally fair administrative action. This includes the right to be given adequate notice of the nature and purpose of the action and a reasonable opportunity to make representations. This right clearly vests in individuals who are personally affected by an administrative decision. In Steiger's terminology, it relates to decisions that are similar to judicial pronouncements, and are guided above all by the Rechtsstaat principle and fundamental rights safeguarding an individual sphere of self-determination. Section 4, by contrast, deals with administrative action affecting the public. In such cases, the administrator has a choice to hold a public inquiry, to follow a notice and comment procedure, or to implement both these procedures. These decisions are, presumably, closer to legislative enactments, in that they involve a wider discretion, are oriented to the future and affect a broader public. Here, the principle of democracy – or collective self-determination – comes into its own, and the involvement of a broader circle of participants is envisioned.<sup>3</sup> It must, however, be pointed out that these are not watertight categories, and that one and the same decision can affect the rights of individuals and of the general public, in which case sections 3 and 4 must both be complied with.<sup>4</sup>

How helpful is a separation-of-powers-based conceptualisation of participation in attempting to come to terms with the 'participatory turn'<sup>5</sup> in post-apartheid law, in general, and in the Constitutional Court's jurisprudence, in particular? Can it guide our thinking on questions relating to who may participate, the legal consequences of the state's failure to comply with its duty to facilitate participation, and the extent to which the

---

3 See *Karthy Govender*, *An Assessment of Section 4 of the Promotion of Administrative Justice Act 2000 as a Means of Advancing Participatory Democracy in South Africa*, SA Public Law 18 (2003), p. 408, who states that section 3 of PAJA deals with 'individual adjudication and determination', while section 4 applies to 'decisions of a general or legislative nature'; *Minister of Health v New Clicks SA (Pty) Ltd* 2006 (2) SA 311 (CC); 2006 (1) BCLR 1 (CC), paras 153-154, 177.

4 *Cora Hoexter*, *Administrative Law in South Africa*, 2<sup>nd</sup> edition, Cape Town 2012, p. 411.

5 *Wessel le Roux*, *The Democratic Turn and (the Limits of) Constitutional Patriotism after the Truth and Reconciliation Commission: Albutt v CSVR*, *Constitutional Court Review* 4 (2011), p. 51.

needs and wishes of the public, as expressed through participation, must be factored into decision-making?

In this essay, I consider these questions within the context of two areas in which the state is required to facilitate public participation. The first deals with participation in the law-making process, while the second relates to the rights of participation of individuals and households who are about to be evicted from their homes. Although there are many other areas in which the state is required to engage with the public, whether in terms of the Constitution,<sup>6</sup> legislation<sup>7</sup> or case law,<sup>8</sup> I will focus mainly on the above two categories. This is not only because the courts have traversed these two issues in some detail, but also because they represent different points on the separation-of-powers sliding scale. The first concerns the exercise of original legislative power by elected legislative assemblies that are bound only by the Constitution and charged with the making of laws that are prospective and general in application. By contrast, the second involves the exercise of a discretion which is closely bounded by applicable legislation, and which applies to particular individuals and households.<sup>9</sup>

---

6 For example, the Constitution guarantees the right to participate in the activities of a political party (s 19(1)(b)); states that one of the objects of local government is to encourage the involvement of communities and community organisations in local government matters (s 152(1)(e)); and decrees that the public administration must be governed by the principle that people's needs must be responded to, and that the public must be encouraged to participate in policy-making (s 195(1)(e)).

7 For example, the Local Government: Municipal Systems Act 32 of 2000 enjoins local government to develop a culture of democratic participation (s 16) and to establish appropriate mechanisms, processes and procedures to enable community participation in the affairs of the municipality (s 17). It also makes for community participation in the drafting of a municipality's integrated development plan (s 29(1)(b)(ii)). The Local Government: Municipal Structures Act 117 of 1998 provides for the establishment of ward committees which must enhance participatory democracy in local government (s 72(3)).

8 See, for example, *Abutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation* 2010 (3) SA 293 (CC); 2010 (5) BCLR 391 (CC).

9 Both concern formal spaces, which are framed by the state and where members of the public participate at the state's invitation. However, that is not to suggest that these are the only spaces that are relevant to participatory democracy in South Africa. See *Susan Booysen*, *Public Participation in Democratic South Africa: From Popular Mobilisation to Structured Co-Optation and Protest*, *Politeia* 28 (2009) 7-18 for a typology of public participation in South Africa which includes both bottom-up and top-down initiatives.

B. Public participation in the legislative process

Sections 59(1)(a), 72(1)(a) and 118(1)(a) of the Constitution provide that the National Assembly, National Council of Provinces and provincial legislatures respectively must facilitate public involvement in their legislative and other processes. In the *Doctors for Life*<sup>10</sup> and *Matatiele*<sup>11</sup> judgments, the majority of the Court held that these provisions impose an enforceable obligation on legislatures to facilitate public participation, and that a failure on the part of the legislature to act reasonably in discharging this duty leads to the invalidity of the legislation in question. What is reasonable will depend on a range of factors, including the nature and importance of the legislation, its impact on the public, its urgency, and Parliament's own views on what would be appropriate.<sup>12</sup>

The right to participate in the law-making process accrues to a broad public consisting, in the case of Acts of Parliament, of all citizens or, possibly, all residents.<sup>13</sup> In terms of Steiger's framework, democracy, rather than the rule of law or fundamental rights, is the guiding principle, and the question in any given case would be whether the public, rather than certain individuals, was afforded a reasonable opportunity to participate. This is, however, subject to two important qualifications. First, Parliament is under a positive obligation to ensure that citizens have an effective opportunity to participate in the legislative process.<sup>14</sup> Depending on the nature and importance of the legislation and its impact on the public, Parliament's fail-

---

10 *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* 2006 (6) SA 416 (CC); 2006 (12) BCLR 1399 (CC).

11 *Matatiele Municipality v President of the Republic of South Africa (2)* 2007 (1) BCLR 47 (CC).

12 *Doctors for Life*, note 10, paras 118-129, 145-146.

13 Even though s 19 of the Constitution, which guarantees political rights, refers only to citizens, it is doubtful whether residents who do not have South African citizenship, can be excluded altogether from rights of democratic participation. Other constitutional guarantees, such as human dignity (s 10), which accrue to all persons, can presumably be invoked to challenge certain nationality-based exclusions from rights of political participation. See *Wessel le Roux*, Representative Democracy, Migration and Residence Based Voting Rights in Post-Apartheid South Africa and Post-Unification Germany (1990-2015) in: Henk Botha / Nils Schaks / Dominik Steiger (eds.), *Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg / The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads*, Nomos 2016, p. 173.

14 *Doctors for Life*, note 10, paras 130-134.

ure to facilitate the involvement of the poor, the vulnerable or those living in remote areas (e.g. where public hearings were held only in big cities) could result in the invalidity of the legislation in question. Second, the Constitutional Court insisted in the *Matatiele* judgment that, where a law is likely to have a particular impact on a discrete and identifiable group or community, the legislature can be expected to ‘ensure that the potentially affected section of the population is given a reasonable opportunity to have a say’.<sup>15</sup> The Court held that the KwaZulu-Natal provincial legislature should have afforded the people of Matatiele a reasonable opportunity to engage with it on the area’s transfer from KwaZulu-Natal to the province of the Eastern Cape. This creates a more onerous obligation on the legislature in relation to discrete sections of the population that are directly affected by the law in question, without affecting the basic principle that all members of the public must be afforded the right to participate.<sup>16</sup>

The reasoning in *Doctors for Life* and *Matatiele II* seems particularly promising when viewed from the perspective of the representation of the poor and other vulnerable groups. They emphasise the agency and voice of those traditionally excluded from democratic citizenship, and require the state to take positive steps to secure conditions under which citizens – including the poor and marginalised – can exercise rights of democratic participation. They also rest upon a conception of political equality which is inconsistent with the capacity of the wealthy and powerful to pass off their private interests as the public interest or to insulate their power and influence from mechanisms designed to promote democratic accountability.<sup>17</sup> However, subsequent judgments serve as a reminder of the challenges facing attempts to promote the state’s responsiveness through public participation. On three occasions, the Court had to decide cases dealing with the duty of provincial legislatures to facilitate public involvement in relation to constitutional amendments which affect the boundaries of a

---

15 *Matatiele*, note 11, para 68.

16 In *Poverty Alleviation Network v President of the Republic of South Africa* 2010 (6) BCLR 520 (CC) para 53, the Court made it clear that its earlier statement in *Matatiele* must not be taken to mean that an identifiable and discrete group must be allowed to participate ‘at the exclusion of all others’.

17 *Doctors for Life*, note 10, para 115 (public participation, ‘because of its open and public character acts as a counterweight to secret lobbying and influence peddling. Participatory democracy is of special importance to those who are relatively disempowered in a country like ours where great disparities of wealth and influence exist’).

specific province or provinces. In all three cases, the relevant provincial legislatures had held public hearings, as dictated by the earlier holding in *Matatiele*. At these public hearings, the communities who were about to be relocated from one province to another expressed their opposition to the proposed move, but the relevant provincial legislatures nevertheless proceeded to approve the amendments. Not surprisingly, this gave rise to accusations that the legislatures were not serious about the consultation process and did not give the communities' views proper consideration.

These constitutional challenges were all dismissed. In the *Merafong* case, where the Gauteng provincial legislature initially opposed the incorporation of the area in question into the North West province but later reversed its position, the majority of the Court held that, while the legislature was constitutionally obliged to be open to the views expressed by the public, it was not bound by them,<sup>18</sup> and that there was nothing to suggest that the public meeting was a mere charade or that the incorporation of Merafong into North West was always a done deal. In *Poverty Alleviation Network*, the Court similarly rejected the contention that the legislators were instructed by the ruling party to vote for the amendment and that the decision was predetermined.<sup>19</sup> And in *Moutse*, the Court dismissed the argument that the representations made during the public hearings were not fully and faithfully relayed to the provincial legislature. Despite the fact that the Court described the report of the portfolio committee which served before the legislature as 'skeletal', it held that it was not entitled to 'pronounce on the adequacy of the information at the disposal of a deliberative body such as the legislature before it makes a decision'.<sup>20</sup>

These cases raise important questions about the courts' role in testing whether the state has complied with its duty to facilitate public participation. Can judges only test whether there has been formal compliance? Or

---

18 'Government certainly can be expected to be responsive to the needs and wishes of minorities or interest groups, but our constitutional system of government would not be able to function if the Legislature were bound by these views. The public participation in the legislative process, which the Constitution envisages, is supposed to supplement and enhance the democratic nature of general elections and majority rule, not to conflict with or even overrule or veto them'. *Merafong Demarcation Forum v President of the Republic of South Africa* 2008 (5) SA 171 (CC); 2008 (10) BCLR 968 (CC), para 50.

19 *Poverty Alleviation Network*, note 16, para 73.

20 *Moutse Demarcation Forum v President of the RSA* 2011 (11) BCLR 1158 (CC), para 80.

can they go further, by questioning whether the state has actually considered public submissions, rather than simply going through the motions of public consultation? If the latter, on the basis of what evidence and on what legal grounds can they invalidate laws due to deficiencies in the public participation process?

The constitutional challenges in these cases were based not only on the public involvement requirement, but also on the alleged lack of rationality of the legislatures' decisions. In *Merafong*, it was argued that the Gauteng Provincial Legislature had no rational basis for its decision to reverse its mandate and to vote in favour of the constitutional amendment incorporating Merafong into the North West. Similarly, it was contended in *Poverty Alleviation Network* that the approval by the KwaZulu-Natal provincial legislature of an amendment which would incorporate Matatiele into the Eastern Cape, in spite of the Matatiele community's clearly expressed opposition to the move, was arbitrary. The Court rejected these submissions. It held that it was not its task to second-guess the legislature's choices, but that it could only enquire whether the decisions to relocate these areas were rationally linked to a legitimate government objective.<sup>21</sup> Moreover, it was not to enquire into the individual motives of legislators.<sup>22</sup> In both cases, the Court found that the relocation of the areas was rationally connected to the abolition of cross-boundary municipalities.

The Court's reasoning does not bode well for the future of rationality review as a means of questioning whether the state considered public submissions rationally and in good faith. Even when measured against the Court's usual caution in applying the rationality standard, which is a far less exacting standard than reasonableness,<sup>23</sup> its application of the rationality test in the participation cases appears deferential. Apart from the Court's unwillingness to consider the legislative motive and the very broad latitude it leaves to the legislature, it also does not inquire into the rationality of the procedures used by the legislature in reaching a decision. In *Poverty Alleviation Network* the Court expressly uncoupled rationality from the procedural requirements relating to participation, and insisted

---

21 *Merafong*, note 18, para 114.

22 *Poverty Alleviation Network*, note 16, para 73.

23 See *New National Party of South Africa v The Government of the Republic of South Africa* 1999 (3) SA 191 (CC); 1999 (5) BCLR 489 (CC), para 24; *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA in re: the Ex Parte Application of the President of the RSA* 2000 (2) SA 674 (CC); 2000 (3) BCLR 241 (CC), para 90.

that rationality review concerns itself with outcomes, not procedures.<sup>24</sup> This appears incongruent with the judgments in the *Albutt*<sup>25</sup> and *Democratic Alliance*<sup>26</sup> cases, in which the rationality requirement was extended to the way in which decisions were reached. In *Albutt*, the failure to provide victims an opportunity to participate in proceedings concerning the pardoning of political offenders, was held to be arbitrary, while in *Democratic Alliance*, the President's failure to give consideration to the findings of two commissions, which cast doubt over the honesty and credibility of the person appointed to the position of National Director of Public Prosecutions, was similarly found to be irrational.

The effectiveness of judicial scrutiny of compliance with the public involvement requirement thus appears to be undermined by the strictness of the division between the principles of the rule of law (from which the rationality requirement is derived) and democracy. Democratic procedures and the rational link that is required, in terms of the rule of law, between means and ends, are treated as separate, rather than partially overlapping inquiries. This precludes the Court from asking whether a legislative decision that is directly at odds with the submissions received from the public, was reached in terms of a rational procedure which duly considered the public's inputs. According to some commentators, this is understandable in view of the Court's precarious institutional position and/or the respect that is due to the democratically elected legislature.<sup>27</sup> However, others have argued that judgments like *Merafong* and *Poverty Alleviation Network* undermine the transformative potential of the participatory turn in the Court's jurisprudence. These judgments are criticised for allowing the state to evade its responsibility to listen to the views of citizens,<sup>28</sup> or for

---

24 *Poverty Alleviation Network*, note 16, para 68.

25 *Albutt*, note 8, para 50.

26 *Democratic Alliance v President of the RSA* 2013 (1) SA 248 (CC); 2012 (12) BCLR 1297 (CC), para 34-40.

27 Alistair Price, Rationality Review of Legislation and Executive Decisions: *Poverty Alleviation Network* and *Albutt*, *South African Law Journal*, 127 (2010), pp. 588-590.

28 Michael Bishop, Vampire or Prince? The Listening Constitution and *Merafong Demarcation Forum & Others v President of the Republic of South Africa & Others*, *Constitutional Court Review* 2 (2009), p. 313.

resting upon a misconception of the Court's role in a dominant party democracy.<sup>29</sup>

*C. Meaningful engagement in eviction cases*

Forced removals and evictions provided apartheid politicians and bureaucrats with a powerful mechanism to achieve racial segregation and domination. The Constitution disavows reliance on the harsh measures of the past and provides, in s 26(3), that individuals may not be evicted from their homes without an order of court after considering all the relevant circumstances, and that legislation may not allow arbitrary evictions. Those whose eviction is sought must be treated as 'individual bearer[s] of rights entitled to respect for [their] dignity', and not as 'faceless and anonymous squatters automatically to be expelled as obnoxious social nuisances'.<sup>30</sup> In line with this approach, the Constitutional Court has held that the state has a duty to engage meaningfully with occupiers before evicting them from their homes.<sup>31</sup> It derived this duty not only from s 26(3), read with the constitutional right and value of human dignity,<sup>32</sup> but also from the state's obligation, in terms of s 26(2) of the Constitution, to take reasonable measures to provide access to housing.<sup>33</sup> Such engagement serves to inform the residents of the purpose of the government programme and the details of the envisaged relocation. It also assists the parties in determining the likely consequences of the eviction and how they can be alleviated.<sup>34</sup>

The rule of law and the dignity of those about to be evicted thus appear to be the overriding principles guiding participation in these cases. Ac-

---

29 *Sujit Choudhry*, 'He Had a Mandate': The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy, *Constitutional Court Review*, 2 (2009), pp. 61-67.

30 *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC) para 41.

31 *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township v City of Johannesburg* 2008 (5) BCLR 475 (CC); *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes* 2009 (9) BCLR 847 (CC); 2010 (3) SA 454 (CC); *Abahlali Basemjondolo Movement SA v Premier of the Province of Kwazulu-Natal* 2010 (2) BCLR 99 (CC).

32 *Olivia Road*, note 31, paras 10, 16.

33 *Olivia Road*, note 31, paras 17-18.

34 *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, para 242.

cordingly, the state must engage with the individuals and households affected, rather than with the general public. In its interim order in the *Olivia Road* case, the Court ordered the city of Johannesburg to engage meaningfully with the more than 400 occupiers of the buildings that were deemed to be unsuitable for human habitation.<sup>35</sup> And in the *Joe Slovo* case, in which the Court ordered the eviction of residents from an informal settlement in order to enable the state to build formal housing, it required the state to engage with affected residents in respect of each relocation.<sup>36</sup>

The principle that the state must engage with the individuals and households concerned, is subject to some qualifications. In the first place, the unequal bargaining power of the parties to the engagement could pose problems. In the *Olivia Road* judgment, the Constitutional Court, recognising the vulnerability of people about to be evicted, stated that '[c]ivil society organisations that support the people's claims should preferably facilitate the engagement process in every possible way'.<sup>37</sup> Such organisations will often have knowledge of the difficulties facing uprooted communities, and are likely to inject a stronger public-interest dimension into the deliberations. The court may also lay down certain minimum requirements relating, for instance, to the alternative accommodation to be provided.

A second problem pertains to the relationship between the particularity of individual cases and litigants and the collective and systemic dimensions of socio-economic rights violations. It is sometimes asked whether the Constitutional Court's socio-economic rights jurisprudence, in general, and its turn to meaningful engagement, in particular, gets the balance right between doing justice to the individual litigants and addressing the structural impediments to the realisation of these rights in ways that go beyond the individual dispute before the court. A resort to meaningful engagement could inhibit the development of standards providing adequate guidance to lower courts and organs of state, which would allow socio-economic dis-

---

35 See *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, para 5 for the interim order.

36 See *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, para 7 for the Court's order; and paras 241 and 261 on the need for individualised engagement.

37 *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, para 20. In its interim order in *Mamba v Minister of Social Development* (CCT) unreported case no 65/08 of 21 August 2008 para 5, the Constitutional Court ordered the Gauteng provincial government to engage meaningfully with refugees and with certain civil-society organisations about its decision to close temporary refugee camps.

advantage to be addressed in a more systemic and better coordinated manner. Danie Brand criticises the decision in *Olivia Road*, in which the agreement reached between the parties was made an order of court. The Court failed to create binding precedent and limited the significance of the case to the individual parties. He also notes that the Court expressly refrained from deciding the application for an order compelling the City to devise a plan for dealing with other people who lived in condemned buildings. The judgment thus focused narrowly on the individual dispute before the court, and failed to address systemic problems or engage the larger public good.<sup>38</sup> Brian Ray, on the other hand, argues for an interpretation of *Olivia Road* which places structural issues at the forefront. On this reading, the judgment requires the authorities to ‘develop structured, long-term approaches’ which build engagement into their plans ‘from the start of any redevelopment process’.<sup>39</sup> Administrative structures (including engagement training for officials) must be developed as a means of integrating engagement processes into policy- and decision-making, and civil society organisations must be involved at various stages of the process.

This literature draws attention to the fluidity of the distinction between general and individual application. Since the resolution of a dispute about the eviction of individual households inevitably touches upon issues of a structural and collective nature, it seems problematic to restrict meaningful engagement to the immediate parties to the dispute. Given this public dimension, it could be argued that it is not only the rule of law and fundamental rights that come into play, but that the constitutional value of democracy may require an opening-up of the participatory process to allow broader public involvement.<sup>40</sup>

---

38 *Danie Brand*, *The South African Constitutional Court and Livelihood Rights*, in: Oscar Vilhena / Upendra Baxi / Frans Viljoen (eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria 2013, pp. 435-437. See also *Sandra Liebenberg*, *Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication: The Possibilities and Pitfalls of ‘Meaningful Engagement’*, *African Human Rights Law Journal* 12 (2012), p. 19 (‘there is a real danger that meaningful engagement as an adjudicatory strategy may descend into an unprincipled, normatively empty process of local dispute settlement’).

39 *Brian Ray*, *Engagement’s Possibilities and Limits as a Socio-Economic Rights Remedy*, *Washington University Global Studies Law Review* 9 (2010), p. 423.

40 I am grateful to an anonymous reviewer for pointing this out.

When would engagement qualify as ‘meaningful’? In *Olivia Road*, the Court highlighted the need for ‘structured, consistent and careful engagement’ in cities in which a large number of people stand to be affected by evictions.<sup>41</sup> It also noted that parties to the negotiations must act reasonably and in good faith.<sup>42</sup> In *Joe Slovo*, Sachs J criticised the ‘top-down approach’ adopted by the government. In terms of this approach, the authorities reported back to the community in order to ‘pass on information about decisions already taken rather than to involve the residents as partners in the process of decision-making itself’.<sup>43</sup> Such an approach falls short of the deliberative form of democracy envisaged by the Court, which is characterised by mutual respect, a willingness to listen to other viewpoints and ongoing engagement between the parties. In the Court’s view, the aim should be to look for solutions that are mutually acceptable, rather than simply to placate residents or to inform them of decisions already taken. Engagement is thus conceived as a partnership. However, that does not mean that the relationship between the state and the residents is completely equal. As Ngcobo J pointed out in *Joe Slovo*, even though the state’s decision must ‘be informed by the concerns raised by the residents during the process of engagement’,<sup>44</sup> the parties are not required to reach agreement on all issues:

“Mutual understanding and accommodation of each others’ concerns, as opposed to reaching agreement, should be the primary focus of meaningful engagement. Ultimately, the decision lies with the government.”<sup>45</sup>

On the one hand, then, the Court’s meaningful engagement jurisprudence envisages sustained deliberations between the authorities and the residents affected, which are aimed at establishing relationships of mutual accommodation and trust. On the other hand, it neither requires the government to secure the consensus of the affected residents nor allows it to cede its decision-making power to them.<sup>46</sup> In fact, it would be unconstitutional to

---

41 *Olivia Road*, note 31, para 19.

42 *Olivia Road*, note 31, para 20.

43 *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, para 378.

44 *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, para 244.

45 *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, para 244.

46 *Gustav Muller*, Conceptualising ‘Meaningful Engagement’ as a Deliberative Democratic Partnership, in: Sandra Liebenberg / Geo Quinot (eds.), *Law and Poverty: Perspectives from South Africa and Beyond*, Cape Town 2012, pp. 311-313 argues, with reference to Arnstein’s ladder of citizen participation, that

delegate its decision-making power to the residents, as there are others too who are affected by government decisions but who are not parties to the engagement, and whose interests must be taken into consideration.<sup>47</sup>

The judgment in *Olivia Road* states that whether or not meaningful engagement has occurred, is one of the circumstances a court must take into account when faced with an application for eviction.<sup>48</sup> The expectation that meaningful engagement would become a prerequisite for eviction was, however, dashed in *Joe Slovo*. In that case the Court held that, despite the clear inadequacy of the engagement process, the state had acted reasonably in seeking the eviction of the occupiers. The Court condoned the authorities' failure to engage meaningfully, but in its order required engagement in relation to the details of the relocation. Liebenberg describes the judgment as 'normatively weak', as it allowed pragmatic considerations to dilute the requirements of reasonableness and reduced meaningful engagement to a remedial safeguard which had to 'ensure participation in the nuts and bolts of the implementation of the eviction order'.<sup>49</sup>

#### D. Concluding remarks

The Constitutional Court's conceptualisation of public participation in the law-making process and in eviction cases makes for an interesting comparison. Participation in the legislative process is inclusive, as it extends to a broad public. Moreover, the judgment in *Doctors for Life* sends out a powerful message: that in terms of the Constitution representative democracy and participatory democracy go hand in hand, and that a failure to fa-

---

meaningful engagement is best conceptualised as a partnership. On the one hand, this implies a greater degree of control by citizens than forms of participation characterised as manipulation, therapy, informing, consultation and placation. On the other hand, it stops short of the level of citizen power suggested by Arnstein's top two categories, namely delegated power and citizen control.

47 See the comments of O'Regan J in *Residents of Joe Slovo Community*, note 31, paras 293, 303.

48 *Olivia Road*, note 31, para 18. See also para 21, where it is stated that the absence of engagement or the municipality's failure to act reasonably in the engagement process 'would ordinarily be a weighty consideration against the grant of an ejection order'.

49 *Liebenberg*, note 38, p. 23.

Facilitate reasonable participation in the legislative process must result in the invalidity of the legislation in question. The force of this message is, however, undermined by the Court's unwillingness to inquire into legislative motives or to consider the rationality of legislative procedures. Its adherence to a strict division between democracy and the rule of law thus deprives judges of the power to test whether the public's views were truly considered and weakens their capacity to challenge the ways in which unequal power relations diminish the ability of the poor and marginalised to participate.

On the other hand, an ongoing and individualised form of engagement is envisaged in the case of evictions, which is designed to establish relations of mutual understanding, accommodation and trust. Here, the Court seems more willing to question whether the authorities have negotiated in good faith and have truly listened to the inputs of residents. However, the fact that a failure to engage meaningfully is not an absolute requirement for the granting of an eviction order, undercuts the normative force of this obligation.

Such a comparison generally confirms Steiger's articulation of the (quasi-)legislative and (quasi-)judicial functions with collective and individual self-determination, respectively. In line with this model, rights of participation in the law-making process accrue to the general public, while rights of participation in the case of evictions are vested in individuals and households. However, as the above analysis shows, this general principle is subject to a number of qualifications. For instance, the adoption of Acts of Parliament, which is clearly a legislative function, sometimes has a particular impact on discrete – and often vulnerable – groups or communities, in which case respect for the dignity of those thus affected may require additional measures to enable them to participate. Moreover, the vulnerability of households about to be evicted requires the involvement of civil-society organisations, which may inject important public-interest considerations into the negotiations between the state and individual households. In addition, the Court's meaningful engagement jurisprudence raises questions over the relationship between the particularity of individual disputes and the collective and structural dimensions underlying them. Ways must be found of opening up these disputes for broader participation, and of articulating the need to do justice to the individual parties with the need to address wider systemic problems.

These qualifications not only illustrate the hybridity of exercises of public power, but also remind us of the implications of structural power

and material disadvantage for communities and individuals' ability to access and participate in official spaces. In a society characterised by systemic forms of discrimination, private inequality tends to spill over into the public-political sphere. When this happens, wealth and privilege determine access to the means of political power, and the public interest becomes infused with the particularity of a specific set of private interests.<sup>50</sup>

On the one hand, then, the participatory turn in post-apartheid law is driven, at least in part, by the desire to overcome the distorting effects of private wealth and power on representative institutions. On the other hand, these effects are reproduced within official participatory spaces. The poor and marginalised (including women, children, the elderly and people with disabilities) tend to be at a disadvantage in these spaces – vis-à-vis organised and moneyed elites, vis-à-vis politicians' power to frame participatory spaces and determine the agenda and terms of engagement, vis-à-vis bureaucratic powers of implementation and vis-à-vis powerful voices within their own communities.<sup>51</sup>

What is thus needed is a conceptualisation of participation which can come to terms both with the hybridity of exercises of public power, and with a context of structural and material disadvantage. Such an understanding of participation must accept that the boundaries between the general and particular and between legislation and adjudication are fluid and contested. Rather than assuming that public participation programmes will afford everyone an equal opportunity to influence laws, policies and decisions, it must emphasise the need to frame participatory spaces in a way which challenges and disrupts unequal power relations and to ensure that everyone has an effective opportunity to participate, both in the formation and implementation of laws and policies.

Steiger's separation-of-powers-based conceptualisation of participation is not necessarily at odds with these premises, as it does not assume that

---

50 See *Margaret Somers*, *Genealogies of Citizenship: Markets, Statelessness, and the Right to Have Rights*, Cambridge 2008; *Wendy Brown*, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books 2015 for different perspectives on the subjection of the public-political sphere to neoliberal economics.

51 *Janine Hicks / Imraan Buccus*, *Crafting New Democratic Spaces: Participatory Policy-Making in KwaZulu-Natal*, South Africa, *Transformation* 65 (2007), p. 94; *Sandra Liebenberg / Katharine Young*, *Adjudicating Social Rights: Can Democratic Experimentalism Help?*, in: *Helena Aliviari García / Karl Klare / Lucy Williams* (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment*, New York 2014, p. 75.

the separation of powers denotes a rigid division of state functions into watertight compartments, or that exercises of public power neatly fall on either side of the divide between individual rights and the public interest. Rather, it concerns itself with the overlaps between different state functions and seeks to provide a nuanced mechanism which is able to account for the intersections between democracy, the rule of law and fundamental rights. But something more is needed to come to terms with the hybridity of public power and the pervasiveness of structural and material disadvantage. What is needed is a better understanding of the constantly shifting relationship between the general and particular, the public and the private and collective and individual self-determination, and of its implications for democratic participation and voice. If the separation of powers principle is to serve as a context-sensitive guide to the mediation of the tensions inherent in participation, it needs to be supplemented by a robust understanding of democracy that is alive to the capacity of democratic action to challenge and disrupt the boundary between the individual and collective.<sup>52</sup>

---

52 See *Henk Botha*, *The Rights of Foreigners: Dignity, Citizenship and the Right to Have Rights*, *South African Law Journal* 130 (2013), p. 836 and the literature referred to therein on the capacity of democratic struggles to problematise the relation between public and private and between the individual and citizen.



## Autorenverzeichnis

*Prof. Dr. Henk Botha*, BLC LLB (Pretoria) LLM (Columbia) LLD (Pretoria), Professor für Verfassungsrecht, Universität Stellenbosch, ehemaliger Herausgeber von *South African Public Law*, ehemaliger Alexander von Humboldt Stipendiat.

*Prof. Richard Calland*, Associate Professor für Öffentliches Recht, University of Cape Town, Geschäftsführer der Democratic Governance and Rights Unit der University of Cape Town.

*Prof. Dr. Christian Calliess*, LL.M., Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht, ad personam verliehener Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europäische Integration, Freie Universität Berlin, Rechtsberater des Planungstabs des Präsidenten der Europäischen Kommission, Mitglied im Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Richter im Nebenamt am Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg.

*Prof. Dr. Otto Depenheuer*, Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Staatslehre, Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie sowie Direktor des Seminars für Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Universität zu Köln.

*Prof. Dr. Elke Gurlit*, Inhaberin des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsvergleichung, Europarecht, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Mitglied des Beirats für Informationsfreiheit in Rheinland-Pfalz, Richterin des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen a.D.

*Prof. Dr. Peter M. Huber*, Richter des Bundesverfassungsgerichts, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie, Direktor der Forschungsstelle für das Recht der Europäischen Integration, Ludwig-Maximilians-Universität München, Innenminister des Freistaates Thüringen a.D.

*Prof. Dr. Jonathan Klaaren*, BA (Harvard) MA (UCT) JD (Columbia) LLB (Wits) PhD (Yale), Professor für Verfassungs- und Verwaltungsrecht und ehemaliger Dekan der University of the Witwatersrand, Johannesburg.

*Prof. Dr. Sophie-Charlotte Lenski*, Inhaberin des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Medienrecht, Kunst- und Kulturrecht, Universität Konstanz.

*Dr. Barbara Loots*, LL.M. LL.D. (Stellenbosch), Advocate of the High Court.

*Dr. Petrus Maree*, Postdoktorand an der Universität Stellenbosch, Alumnus des Overarching Strategic Plan (OSP) Project on Combating Poverty, Homelessness and Socio-Economic Vulnerability, Mitglied des Socio-Economic Rights and Administrative Justice Research Project.

*Prof. Dr. Cosima Möller*, Universitätsprofessorin für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Freien Universität Berlin, Dekanin des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin von April 2013 bis März 2015.

*Fabian Reidinger*, Stellvertretender Leiter der Stabsstelle der Staatsrätin für Zivilgesellschaft und Bürgerbeteiligung, Staatsministerium Baden-Württemberg, Stuttgart.

*Prof. Dr. Wessel le Roux*, BLC LL.B LL.D. (UP), Professor für Öffentliches Recht, University of the Western Cape, ehemaliger Direktor des Verloren van Themaat Centre for Public Law Studies (University of South Africa), ehemaliger Georg Forster Forschungsstipendiat der Alexander von Humboldt Stiftung.

*PD Dr. Jan Philipp Schaefer*, Lehrstuhlvertreter, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie, Ludwig-Maximilians-Universität München.

*Prof. Dr. Nils Schaks*, licencié en droit (Paris X-Nanterre), Juniorprofessor für Öffentliches Recht, Universität Mannheim, vormaliger Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht (Prof. Dr. Helge Sodan), Freie Universität Berlin von Mai 2011 bis August 2015.

*Shameela Seedat*, LL.M. (Columbia), ehemalige Wissenschaftlerin für das südafrikanische Verfassungsgericht, rechtliche Beraterin für den United Nations Development Fund for Women (UNIFEM) in New York und politische Analystin für das Institute for Democracy in South Africa.

*Dr. Dominik Steiger*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht (Prof. Dr. Heike Krieger), Freie Universität Berlin, Emile Noël Fellow, New York University 2014-2015.

*Prof. Dr. Christi van der Westhuizen*, Associate Professor, Department of Sociology, University of Pretoria.

*Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow*, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Präsident der Deutschen Sektion des International Institute of Administrative Sciences, Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, Mitglied des UN Committee of Experts on Public Administration.



## Index of authors

*Prof. Dr. Henk Botha*, BLC LLB (Pretoria) LLM (Columbia) LLD (Pretoria), Professor of Constitutional Law at Stellenbosch University, former recipient of the Alexander von Humboldt award for postdoctoral research.

*Prof. Richard Calland*, Associate Professor of Public Law at University of Cape Town and Director of its Democratic Governance & Rights Unit (DGRU).

*Prof. Dr. Christian Calliess*, LL.M., Professor of Public and European Law at Freie Universität Berlin, ad personam Jean-Monnet-Chair for European Integration, Legal Adviser to the European Political Strategy Center (EPSC) advising the President of the European Commission, Member of the Advisory Council on the Environment of the Federal Government of Germany, part-time Judge at the Higher Administrative Court of the States of Berlin and Brandenburg.

*Prof. Dr. Otto Depenheuer*, Professor of General Political Science, Public Law and Philosophy of Law and Director of the Institute of Political Philosophy and Legal Policy at University of Cologne.

*Prof. Dr. Elke Gurlit*, Professor of Constitutional, Administrative and Comparative Law, European Law at Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Member of the Advisory Board for Freedom of Information in the State of Rhineland-Palatinate, former Judge at the Constitutional Court of the Free Hanseatic City of Bremen.

*Prof. Dr. Peter M. Huber*, Judge of the Federal Constitutional Court, Professor of Public Law and Political Philosophy at Ludwig-Maximilians Universität Munich and Director of the Research Centre for the Law of European Integration, former Minister of the Interior of the Free State of Thuringia.

*Prof. Dr. Jonathan Klaaren*, BA (Harvard) MA (UCT) JD (Columbia) LLB (Wits) PhD (Yale), Professor of Constitutional and Administrative Law and former Dean at University of the Witwatersrand, Johannesburg.

*Prof. Dr. Sophie-Charlotte Lenski*, Professor of Constitutional and Administrative Law, Media, Art and Cultural Law at University of Konstanz.

*Index of authors*

*Dr. Barbara Loots*, LL.M LL.D (Stellenbosch), Advocate of the High Court.

*Dr. Petrus Maree*, Post-Doctoral Fellow at University of Stellenbosch; Alumnus of the Overarching Strategic Plan (OSP) Project on Combating Poverty, Homelessness and Socio-Economic Vulnerability, Member of the Socio-Economic Rights and Administrative Justice Research Project.

*Prof. Dr. Cosima Möller*, Professor for Civil Law and Roman Law at Freie Universität Berlin, Dean of the Faculty of Law at Freie Universität Berlin from April 2013 until March 2015.

*Fabian Reidinger*, Deputy Director, State Council for Civil Society and Public Participation, State Ministry of Baden-Württemberg, Stuttgart.

*Prof. Dr. Wessel le Roux*, BLC LLB LL.D (UP), Professor of Public Law at University of the Western Cape, former Director of the VerLoren van Themaat Centre for Public Law Studies (University of South Africa), former recipient of the Georg Forster Research Fellowship of the Alexander von Humboldt Foundation.

*PD Dr. Jan Philipp Schaefer*, Visiting Professor at the Chair of Public Law and Political Philosophy at Ludwig-Maximilians Universität Munich.

*Prof. Dr. Nils Schaks*, licencié en droit (Paris X-Nanterre), Associate Professor of Public Law at University of Mannheim, Senior Fellow at the Chair of Constitutional and Administrative Law, Commercial Administrative Law and Social Law (Prof. Dr. Helge Sodan) at Freie Universität Berlin from May 2011 until August 2015.

*Shameela Seedat*, former researcher for South Africa's Constitutional Court, former legal consultant for UNIFEM in New York and former policy analyst at the Institute for Democracy in South Africa.

*Dr. Dominik Steiger*, Senior Fellow at the Chair of Public and International Law (Prof. Dr. Heike Krieger) at Freie Universität Berlin, Emile Noël Fellow, New York University 2014-2015.

*Prof. Dr. Christi van der Westhuizen*, Associate Professor, Department of Sociology, University of Pretoria.

*Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow*, Professor of Public Law, especially Administrative Law at German University of Administrative Sciences Speyer, President of the German Section of the International Institute of Administrative Sciences, Director of the German Research Institute for Public Administration, Speyer, Member of the UN Committee of Experts on Public Administration.

