

Lena Sieven

Öffentliche Partnerschaften bei Infrastrukturgroßprojekten

Lena Sieven

Öffentliche Partnerschaften bei Infrastrukturgroßprojekten

Dieses Werk ist lizenziert unter einer

[Creative Commons](#)

[Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)

[4.0 International Lizenz](#).



erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2023

Lena Sieven

Öffentliche Partnerschaften bei Infrastrukturgroßprojekten

Rechtliche Strukturen
multidimensionaler
Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte
im Lichte von Demokratieprinzip
und Transparenzgebot

Universitätsverlag Göttingen
2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Dissertation, Georg-August-Universität Göttingen

Dieses Werk ist auch als freie Onlineversion über die Verlagswebsite sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<https://www.sub.uni-goettingen.de>) zugänglich. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Lena Sieven



© 2023 Universitätsverlag Göttingen, Göttingen
<https://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-608-0
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2023-2433>

Für Johan

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen und befindet sich auf dem Stand von Oktober 2020. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Christian Winterhoff für die Betreuung der Arbeit, die Unterstützung sowie die Offenheit, die er mir im Zusammenhang mit der Erarbeitung meines Themas entgegengebracht hat. Herrn Prof. Dr. Thomas Mann, der das Zweitgutachten erstellt und wertvolle Anregungen gegeben hat, bin ich ebenfalls zu Dank verpflichtet.

Danken möchte ich zudem der FAZIT-Stiftung der Frankfurter Allgemeine Zeitung für die großzügige finanzielle Förderung sowie der Kanzlei Heuning Kühn Lüer Wojtek und besonders Herrn Dr. Michael Dröge für die Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin und später Rechtsanwältin während meiner Promotion, der mir stets die erforderliche Flexibilität für dieses „Großprojekt“ gewährt hat.

Zuletzt gilt mein tiefster Dank meiner Familie und meinen Freunden, deren Geduld und Unterstützung diese Arbeit maßgeblich beeinflusst haben. Besonders hervorheben möchte ich meinen Mann Ramon, ohne dessen vorbehaltlosen Beistand, unermüdlichen Ansporn und fachliche Unterstützung diese Arbeit nicht hätte entstehen können. Mein Lebensweg wäre ohne die liebevolle und bedingungslose Unterstützung meiner Eltern Brigitte und Rainer Richter nicht möglich gewesen, dafür bin ich ihnen unendlich dankbar.

Hamburg, im August 2023

Lena Sieven

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
A) Einleitung.....	1
B) Die multidimensionale Großprojektpartnerschaft.....	7
I) Ausgangslage: projektumfassende Kooperationen	8
1) Status Quo des Kooperationsverständnisses der öffentlichen Hand	9
2) Bedürfnis nach Projektkooperation	11
II) Begriffliche Vorüberlegungen zu partnerschaftlichen Großprojekten.....	12
1) Großprojekt	12
2) Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte	13
3) Begriff der rein öffentlichen Partnerschaft	14
III) Strukturelle Wandlung des Staates – Überlegungen zur Zusammenarbeit.....	21
1) Kooperationsprozess.....	22
2) Kooperation und Privatisierung	24
3) Effizienz als Maxime öffentlicher Aufgabenerfüllung?	24
4) Anreize für und Risiken von öffentlichen Partnerschaften.....	26
5) Zwischenergebnis.....	29
6) Vorhabenträger.....	30
IV) Formen und Ebenen der Kooperation.....	30
1) Kooperationsformen	30
2) Ebenen der Kooperationsbeziehung	41
3) Zwischenergebnis.....	44
V) Besonderheiten multidimensionaler Großprojektpartnerschaften.....	45
1) Überregionale Bedeutung	45
2) Umfangreiche vertragliche Bindungen	47
3) Großes Finanzvolumen und steigende Kosten.....	48
4) Knowhow-Optimierung und fachliche Kräftebündelung.....	49
5) Potenzielles Kräfteungleichgewicht	49
6) Intensives Kommunikationsbedürfnis.....	50
VI) Zwischenergebnis zur multidimensionalen Großprojektpartnerschaft	51
C) Verfassungsrechtliche Vorgaben von Demokratieprinzip und Transparenzgebot.....	53
I) Das Demokratieprinzip – Grundpfeiler des deutschen Staatsverständnisses.....	54

1) Herrschaft des Volkes und demokratische Legitimation – ein Überblick	54
2) Legitimationsformen.....	57
3) Umsetzung des Demokratieprinzips – Ausübung der Staatsgewalt	66
4) Fazit zum Demokratieprinzip	70
II) Transparenz im Staatswesen	71
1) Allgemeiner Transparenzbegriff.....	71
2) Grundlagen: Rechtliche Bezugspunkte und begriffliche Abgrenzung.....	72
3) Rechtsquellen der Transparenz.....	81
4) Grenzen der Transparenz	116
5) Fazit zur Transparenz im Grundgesetz	122
D) Legitimationsbedürfnis und Transparenzanforderungen an Projektrealisierungen.....	125
I) Vorüberlegungen für öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform ...	126
1) Öffentlich-rechtliche Vorgaben.....	126
2) Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten.....	126
3) Kapitalgesellschaftliche Strukturmerkmale	127
4) Gestaltungsdirektiven privatrechtlicher Gesellschaften in öffentlicher Trägerschaft.....	134
II) Demokratieanforderungen an die kapitalgesellschaftliche Projektumsetzung.....	141
1) Demokratische Legitimation privatrechtlich ausgestalteter öffentlicher Unternehmen.....	141
2) Legitimationserfordernisse bei der Realisierung durch private Gesellschaften	142
III) Transparenzanforderungen an die kapitalgesellschaftliche Projektumsetzung.....	162
E) Großprojekte im Lichte von Demokratieprinzip und Transparenzgebot	167
I) Ausgangslage: Großprojekte in Deutschland.....	167
II) Entscheidungsebenen bei Infrastrukturgroßprojekten	169
1) Entscheidungstrias von Verkehrsinfrastrukturprojekten.....	169
2) Parlamentarische Beteiligung und Haushaltshoheit.....	170
III) Defizitbeschreibung	171
1) Defizite aufgrund von Strukturenkomplexität	171
2) Defizitäre Verantwortungs- und Kontrollebenen.....	171
3) Lange Verfahrensdauer und erhebliche Kostensteigerung.....	172
4) Rejektionshaltung aus der Bevölkerung.....	174
5) Zwischenergebnis.....	175
IV) Infrastrukturgroßprojekte – strukturelle Ähnlichkeiten und Unterschiede.....	175
1) Großprojekt JadeWeserPort.....	176
2) Großprojekt Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt.....	205
3) Bahnprojekt Stuttgart-Ulm	238

F) Gegenüberstellung und Handlungsbedürfnis	267
I) Gegenüberstellung.....	267
1) Defizite aufgrund von Strukturenkomplexität	268
2) Intensität und Ausgestaltung der Kooperationsinstrumente	268
3) Verantwortungs- und Kontrolldefizite	271
4) Lange Verfahrensdauer und erhebliche Kostensteigerung.....	274
5) Rejektionshaltung aus der Bevölkerung	276
6) Zwischenergebnis zum Vergleich.....	279
II) Handlungsbedarf.....	280
1) Die Makroebene – Bedingungen für Großprojekte in der repräsentativen Demokratie.....	280
2) Die Mikroebene – Legitimatorische Voraussetzungen in der kooperativen Kapitalgesellschaft.....	322
3) Fazit zum Handlungsbedürfnis.....	338
G) Zusammenfassung in Thesen	341
I) Teil B	341
II) Teil C.....	342
III) Teil D	343
IV) Teil E.....	344
V) Teil F.....	346
Literaturverzeichnis.....	349

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
A) Einleitung.....	1
B) Die multidimensionale Großprojektpartnerschaft.....	7
I) Ausgangslage: projektumfassende Kooperationen	8
1) Status Quo des Kooperationsverständnisses der öffentlichen Hand	9
2) Bedürfnis nach Projektkooperation	11
II) Begriffliche Vorüberlegungen zu partnerschaftlichen Großprojekten.....	12
1) Großprojekt	12
2) Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte	13
3) Begriff der rein öffentlichen Partnerschaft	14
a) Anknüpfungspunkt: die öffentliche Aufgabe	14
aa) Bezugspunkt öffentlicher Aufgaben: das öffentliche Interesse	16
bb) Modus der Aufgabenerfüllung.....	16
cc) Bereitstellung von Infrastruktur als staatliche Aufgabe?	17
b) Partnerschaftsbegriff	20
III) Strukturelle Wandlung des Staates – Überlegungen zur Zusammenarbeit	21
1) Kooperationsprozess.....	22
2) Kooperation und Privatisierung	24
3) Effizienz als Maxime öffentlicher Aufgabenerfüllung?	24
4) Anreize für und Risiken von öffentlichen Partnerschaften.....	26
a) Vorteile öffentlicher Partnerschaften.....	27
b) Nachteile öffentlicher Partnerschaften	29
5) Zwischenergebnis.....	29
6) Vorhabenträger.....	30
IV) Formen und Ebenen der Kooperation.....	30
1) Kooperationsformen	30
a) Informelle Kooperation	31
aa) Absprache	33
bb) Sonstige Verfahren	36
b) Vertragliche Kooperation.....	36
aa) Zusammenarbeit auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Verträge	37
bb) Zusammenarbeit auf Grundlage privatrechtlicher Verträge.....	38

c) Institutionalisierte Kooperation.....	39
2) Ebenen der Kooperationsbeziehung	41
a) Intraföderale Zusammenarbeit.....	42
b) Bund-Länder-Zusammenarbeit	43
3) Zwischenergebnis.....	44
V) Besonderheiten multidimensionaler Großprojektpartnerschaften.....	45
1) Überregionale Bedeutung	45
2) Umfangreiche vertragliche Bindungen	47
3) Großes Finanzvolumen und steigende Kosten.....	48
4) Knowhow-Optimierung und fachliche Kräftebündelung.....	49
5) Potenzielles Kräfteungleichgewicht	49
6) Intensives Kommunikationsbedürfnis.....	50
VI) Zwischenergebnis zur multidimensionalen Großprojektpartnerschaft	51
C) Verfassungsrechtliche Vorgaben von Demokratieprinzip und Transparenzgebot.....	53
I) Das Demokratieprinzip – Grundpfeiler des deutschen Staatsverständnisses.....	54
1) Herrschaft des Volkes und demokratische Legitimation – ein Überblick	54
2) Legitimationsformen.....	57
a) Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation.....	58
b) Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation	61
c) Beziehung beider Legitimationsebenen.....	62
aa) Zusammenwirken	62
bb) Substituierbarkeit von Legitimation.....	63
cc) Signifikanz des Legitimationsniveaus	64
3) Umsetzung des Demokratieprinzips – Ausübung der Staatsgewalt	66
a) Wahlen	66
b) Abstimmungen.....	67
c) Repräsentation versus Plebiszit.....	68
d) Ausübung durch besondere Organe.....	70
4) Fazit zum Demokratieprinzip	70
II) Transparenz im Staatswesen	71
1) Allgemeiner Transparenzbegriff.....	71
2) Grundlagen: Rechtliche Bezugspunkte und begriffliche Abgrenzung.....	72
a) Erläuterungsansätze und Bezugspunkte	73
b) Transparenz und Öffentlichkeit	74
c) Transparenz und Publizität.....	75
d) Transparenz und Akzeptanz	78
e) Intransparenz	79
f) Zusammenfassung und Fazit.....	80
3) Rechtsquellen der Transparenz.....	81
a) Europarechtliche Grundlagen	82

b) Transparenz im Grundgesetz	83
aa) Transparenz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	85
bb) Transparenz als Bestandteil von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.....	89
cc) Art und Weise der Erzeugung von Transparenz.....	94
(1) Transparenz zur unmittelbaren Informationsgewinnung.....	94
(2) Transparenz zur mittelbaren Informationsgewinnung – Repräsentation als Informationsmittlung.....	98
(a) Information als Basis repräsentativen Handelns	100
(b) Transparenz und Geheimhaltung	101
(c) Selbstinformation und Fremdinformation	102
(3) Transparenzniveau	104
dd) Rechtliche Qualität - Transparenz als rechtsstaatliches Demokratieerfordernis.....	105
c) Einfachgesetzliche Umsetzung von Transparenz.....	108
aa) Informations- und Transparenzpflicht der Administrative?.....	108
bb) Arkanstruktur des deutschen Verwaltungsverständnisses	109
cc) Wandlung im Informationsverhalten der Administrative.....	110
dd) Einfachgesetzliche Ausgestaltung von Transparenz- und Informationsanspruch	113
4) Grenzen der Transparenz	116
a) Verfassungsimmanente Transparenzgrenzen	116
b) Limitierter Anspruch unter IFG und TG.....	119
c) Abwägungserfordernis	119
5) Fazit zur Transparenz im Grundgesetz	122
D) Legitimationsbedürfnis und Transparenzanforderungen an Projektrealisierungen.....	125
I) Vorüberlegungen für öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform	126
1) Öffentlich-rechtliche Vorgaben.....	126
2) Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten.....	126
3) Kapitalgesellschaftliche Strukturmerkmale	127
a) Grundlagen und Organisation der AG.....	127
b) Grundlagen und Organisation der GmbH.....	130
c) Grundlagen und Organisation der GmbH & Co. KG	131
d) Steuerung der Gesellschaft durch den Gesellschaftszweck	132
e) Treuepflichten in der Gesellschaft	134
4) Gestaltungsdirektiven privatrechtlicher Gesellschaften in öffentlicher Trägerschaft	134
a) Einwirkung durch die Zwecksetzung der Gesellschaft.....	135

b) Einwirkung durch öffentliche Träger in der Anteilseignerversammlung und den Kollegialorganen der Gesellschaften	135
c) Einwirkung auf Geschäftsführung oder Vorstand	136
d) Kontrolle über den Aufsichts- oder Beirat	137
e) Berichtspflichten	139
f) Beteiligungsmanagement	140
g) Zwischenergebnis	140
II) Demokratieanforderungen an die kapitalgesellschaftliche Projektumsetzung	141
1) Demokratische Legitimation privatrechtlich ausgestalteter öffentlicher Unternehmen	141
2) Legitimationserfordernisse bei der Realisierung durch private Gesellschaften	142
a) Legitimation in der privatrechtlichen Eigengesellschaft	143
aa) Personell-organisatorische Legitimation in der Kapitalgesellschaft	145
bb) Sachlich-inhaltliche Legitimation in der Kapitalgesellschaft	146
b) Besonderheiten bei gemischt-öffentlichen Unternehmen	150
aa) Ausgangssituation	150
bb) Übertragbarkeit des Prinzips der doppelten Mehrheit?	152
cc) Verbleib von positiver und negativer Entscheidungskompetenz?	153
(1) Umsetzung hinreichender Entscheidungskompetenz in der AG	153
(2) Umsetzung hinreichender Entscheidungskompetenz in der GmbH	155
(3) Bedürfnis effektiver Entscheidungskompetenz in der gemischt-öffentlichen Kapitalgesellschaft	156
(4) Bundesstaatsprinzip als Ausgleich legitimatorischer Defizite	157
dd) Stärkung demokratischer Legitimation durch Entscheidung betroffener Bürger?	159
c) Zwischenergebnis	160
III) Transparenzanforderungen an die kapitalgesellschaftliche Projektumsetzung	162
E) Großprojekte im Lichte von Demokratieprinzip und Transparenzgebot	167
I) Ausgangslage: Großprojekte in Deutschland	167
II) Entscheidungsebenen bei Infrastrukturgroßprojekten	169
1) Entscheidungstrias von Verkehrsinfrastrukturprojekten	169
2) Parlamentarische Beteiligung und Haushaltshoheit	170
III) Defizitbeschreibung	171

1) Defizite aufgrund von Strukturenkomplexität	171
2) Defizitäre Verantwortungs- und Kontrollebenen.....	171
3) Lange Verfahrensdauer und erhebliche Kostensteigerung.....	172
4) Rejektionshaltung aus der Bevölkerung	174
5) Zwischenergebnis.....	175
IV) Infrastrukturgroßprojekte – strukturelle Ähnlichkeiten und Unterschiede.....	175
1) Großprojekt JadeWeserPort.....	176
a) Historie und Motivation.....	176
aa) Initiierung.....	177
bb) Verfahren, Bau und Inbetriebnahme.....	178
cc) Motivation	180
b) Kosten	181
c) Gesellschaftsrechtliche Strukturen	182
aa) Jade Weser Port-Entwicklungsgesellschaft mbH.....	182
bb) JadeWeserPort Realisierungs GmbH & Co. KG	183
cc) Weitere Gesellschaften	183
d) Form und Ebene der Kooperation.....	184
aa) Eckpunkteerklärung 2001 und Grundsatzerklärung 2002.....	184
bb) Jade Weser Port-Entwicklungsgesellschaft mbH und JadeWeserPort Realisierungsgesellschaft mbH & Co. KG.....	185
cc) Fazit und Bewertung.....	185
e) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben.....	186
aa) Demokratische Legitimation	186
(1) Eckpunkteerklärung 2001 und Grundsatzerklärung 2002....	187
(2) Planfeststellungsbeschlüsse	188
(a) Bergrechtlicher Planfeststellungsbeschluss	188
(b) Wasserstraßenrechtlicher Planfeststellungsbeschluss	189
(3) Privatrechtlich organisierte JWP-Gesellschaften	189
(a) JadeWeserPort Entwicklungsgesellschaft mbH	191
(aa) Personelle Legitimation der Geschafterversammlung.....	191
(bb) Personelle Legitimation des Aufsichtsrats	193
(cc) Sachlich-inhaltliche Legitimation	194
(b) JadeWeserPort Realisierungs GmbH & Co. KG	194
(4) Zwischenergebnis zur demokratischen Legitimation des JWP.....	196
bb) Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung.....	197
(1) Durchschaubarkeit.....	197
(a) Verfahrenstransparenz	198
(b) Informationsaustausch	198
(2) Kontrolle	199

(a) Verantwortungstransparenz	202
(b) Kostenklarheit	204
(3) Zwischenergebnis zur Transparenz beim JWP	204
cc) Fazit	205
2) Großprojekt Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt.....	205
a) Historie und Motivation.....	206
aa) Motivation.....	207
bb) Vergabe, Raumordnung und Planfeststellung.....	207
(1) Vergabe und Privatisierungsbestrebungen.....	207
(2) Raumordnung und Planfeststellung.....	210
b) Kosten	212
aa) Kostenentwicklung.....	212
bb) Kostentragung.....	213
c) Gesellschaftsrechtliche Strukturen	215
d) Form und Ebene der Kooperation.....	215
aa) Konsortialvertrag, Berlin Brandenburg Flughafen Holding und Flughafen Berlin Brandenburg GmbH	216
bb) Konsensbeschluss.....	216
e) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben.....	217
aa) Demokratische Legitimation.....	217
(1) Konsensbeschluss zum Bau des BER	218
(2) Planfeststellungsbeschluss „Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld“.....	219
(3) Flughafen Berlin Brandenburg GmbH.....	219
(c) Personelle Legitimation der Gesellschafterversammlung	220
(d) Personelle Legitimation des Aufsichtsrats	221
(e) Personelle Legitimation der Geschäftsführung	223
(f) Sachlich-inhaltliche Legitimation der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH	223
(4) Zwischenergebnis zur demokratischen Legitimation des BER-Projekts	225
bb) Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung.....	225
(1) Durchschaubarkeit.....	225
(a) Verfahrenstransparenz	225
(b) Informationsaustausch	226
(aa) Informationsfluss auf den einzelnen Transparenzebenen.....	227
(bb) Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International.....	229
(cc) Dialogforum Airport Berlin Brandenburg.....	230
(2) Kontrolle	231
(a) Verantwortungstransparenz	231

(b) Kostenwahrheit und Kostenklarheit	236
(3) Zwischenergebnis zur Transparenz des BER-Projekts.....	236
f) Fazit	237
3) Bahnprojekt Stuttgart-Ulm	238
a) Historie und Motivation.....	238
aa) Initiierung.....	238
bb) Vorprojekt und Machbarkeitsstudie	240
cc) Finanzierungsvereinbarung und Projektbeschluss	241
dd) Proteste, Schlichtung und Volksabstimmung	242
ee) Motivation	244
b) Kosten	245
aa) Kostenhöhe	245
bb) Kostenentwicklung.....	246
cc) Kostentragung.....	247
c) Gesellschaftsrechtliche Strukturen	248
aa) DB AG	249
bb) DB Projekt GmbH Stuttgart 21	249
cc) DB Projekt Stuttgart-Ulm GmbH.....	250
dd) Bahnprojekt Stuttgart-Ulm e.V.	251
d) Form und Ebene der Kooperation.....	251
aa) Bauherrin.....	251
bb) Öffentliche Partner.....	251
cc) Zusammenarbeitsformen	252
e) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben.....	252
aa) Demokratische Legitimation	252
(1) Planfeststellungsbeschluss	253
(2) Finanzierungsvertrag	254
(3) DB Projekt Stuttgart–Ulm GmbH.....	254
(4) Schlichtung.....	255
(5) Volksabstimmung	255
bb) Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung.....	256
(1) Durchschaubarkeit.....	256
(a) Verfahrenstransparenz	257
(b) Informationsaustausch mit dem Bürger	257
(c) Schlichtungsverfahren	259
(2) Kontrolle	261
(a) Verantwortungstransparenz	261
(b) Kostenwahrheit und Kostenklarheit	262
(3) Zwischenergebnis zur Transparenz bei S21	264
f) Fazit	264
F) Gegenüberstellung und Handlungsbedürfnis	267
I) Gegenüberstellung.....	267

1) Defizite aufgrund von Strukturenkomplexität	268
2) Intensität und Ausgestaltung der Kooperationsinstrumente	268
a) Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit der Großprojektstrukturen.....	269
3) Verantwortungs- und Kontrolldefizite	271
a) Qualität demokratischer Legitimation im Einzelfall.....	271
b) Kontrollniveau	273
4) Lange Verfahrensdauer und erhebliche Kostensteigerung.....	274
5) Rejektionshaltung aus der Bevölkerung.....	276
a) Zivil-partizipatorische Elemente.....	276
b) Akzeptanz als Planungsvehikel und Demokratiemotor	278
6) Zwischenergebnis zum Vergleich.....	279
II) Handlungsbedarf.....	280
1) Die Makroebene – Bedingungen für Großprojekte in der repräsentativen Demokratie.....	280
a) Der Ursprung: das Staatsvolk.....	280
aa) Paradigmenwechsel	280
bb) Vertrauen als Maxime der demokratischen Repräsentation.....	281
cc) „Transparenz schafft Vertrauen“ – Transparenz als Ausweg aus der Krise?	284
b) Der Fortgang: Stärkung des Habens, Simplifizierung des Solls	288
aa) Repräsentative Demokratie	289
(1) Vertretung des ganzen Volkes bei gleichzeitiger Unabhängigkeit vom tatsächlichen Volkswillen.....	289
(2) Parlamentarisierung der Einzelentscheidung?	292
(3) Stärkung des repräsentativen Parlamentarismus	296
bb) Neutralität – durch Information, Kommunikation und Interaktion.....	297
(1) Neutralitätsintensivierung im Verwaltungsverfahren	299
(2) Konzentration der Öffentlichkeitsbeteiligung und Kompensation des Verlusts an normativer Steuerungskraft.....	302
(3) Einrichtung eines zentralen Verfahrensmanagements	305
(4) Fazit zur Neutralitätsintensivierung	309
cc) Informations- und Kommunikationsströme und Beteiligtenkommunikation	310
(1) Informelle Mediationsverfahren	311
(2) Konsultative Volks- und Bürgerbefragungen.....	313
(3) Informationsplattformen	316
(4) Fazit zu informellen Informationsverfahren	317
dd) Komplexitätsreduktion und Kategorisierung der Akzeptanzdebatte	318

c) Zwischenergebnis zur Makroebene	321
2) Die Mikroebene – Legitimatorische Voraussetzungen in der kooperativen Kapitalgesellschaft.....	322
a) Legitimationsstiftende Faktoren	324
aa) Eignerorgan: Gesellschafterversammlung.....	325
bb) Kontrollorgan: Aufsichtsratsbesetzung.....	327
c) Zwischenergebnis zu den legitimatorischen Gesichtspunkten	330
b) Transparente Strukturen als Essentialia öffentlicher Unternehmen in privatrechtlichem Gewand	331
aa) Risikomanagement	332
bb) Planungsberichte.....	335
cc) Transparenzbericht.....	336
dd) Fazit und Verhältnis von Risikomanagement, Planungs- und Transparenzberichten.....	337
c) Handlungsbedürfnis zur Mikroebene	337
3) Fazit zum Handlungsbedürfnis.....	338
G) Zusammenfassung in Thesen	341
I) Teil B	341
II) Teil C.....	342
III) Teil D	343
IV) Teil E.....	344
V) Teil F.....	346
Literaturverzeichnis.....	XX

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragrafen
a.A.	andere Auffassung
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AG	Aktiengesellschaft
AIG Bbg.	Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg
AktG	Aktiengesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AUD	australische Dollar
Az.	Aktenzeichen
BauGB	Baugesetzbuch
Bd.	Band
BayLWG	Gesetz über Landtagswahl, Volksbegehren, Volksentscheid und Volksbefragung (Landeswahlgesetz) des Freistaates Bayern
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BBergG	Bundesberggesetz
BbgLHO	Brandenburgische Landeshaushaltsordnung
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BER	Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt
Beschl.	Beschluss

BEVVG	Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BlnLHO	Landshaushaltsordnung von Berlin
Bln IFG	Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz)
BlnVerf	Verfassung von Berlin
BMI	Bundesministerium des Innern
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (vormals bis 2013 BMVBS: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung)
BremIFG	Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen-Bremer Informationsfreiheitsgesetz
BremVerf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen
BRH	Bundesrechnungshof
BSchWAG	Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (Bundesschienenwegeausbaugesetz)
bspw.	beispielsweise
BT Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BVWP	Bundesverkehrswegeplan

BWahlG	Bundeswahlgesetz
BW LHO	Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg
BWVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCC	Committee on Climate Change der britischen Regierung
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex, bekannt gemacht
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DKK	Dänische Krone
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drs.	Drucksache
DVB.	Deutsches Verwaltungsblatt
EK	Europäische Kommission
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FBB	Flughafen Berlin Brandenburg GmbH

FBB-GV	Gesellschaftsvertrag der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH vom 17.11.2011
FDP	Freie Demokratische Partei
FS	Festschrift
ff.	fortfolgende
GBP	Britisches Pfund
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv
ggü.	gegenüber
GG	Grundgesetz
gg.	gegen
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO BReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GOLRegBBg	Geschäftsordnung der Landesregierung Brandenburg
GO LT Brem.	Geschäftsordnung der Bremischen Bürgerschaft
GO LT Nds.	Geschäftsordnung des Niedersächsischen Landtages
GO SH	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
grds.	grundsätzlich
GSOBT	Geheimschutzordnung des Deutschen Bundestages, Anlage 3 zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages

GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HessVerf	Verfassung des Landes Hessen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz)
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HmbIFG	Hamburgisches Informationsfreiheitsgesetz
Hmb LHO	Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg (Landeshaushaltsordnung)
HmbTG	Hamburgisches Transparenzgesetz
HmbVerf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
HmbVolksPetG	Gesetz über Volkspetitionen
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i.d.R.	in der Regel
InfraStrPlanV BeschlG	Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben
insb.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung

JWP	Jade-Weser-Port
JZ	Juristen Zeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Komm.	Kommentar
KVG LSA	Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
LG	Landgericht
LplG BW	Landesplanungsgesetz des Landes Baden-Württemberg
LReg.	Landesregierung
LRH	Landesrechnungshof
Ls.	Leitsätze
LSAVerf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
LT Drs.	Drucksache des Landtags
MdF	Ministerium der Finanzen
MediationsG	Mediationsgesetz
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MoU	Memorandum of Understanding
MVVerf	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nds. StGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
Nds LHO	Niedersächsische Landeshaushaltsordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz

Nr./Nrn.	Nummer/Nummern
NV	Niedersächsische Verfassung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVerf	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
PartG	Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)
PIVereinHG	Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren
RCF	Reference Class Forecasting; Referenzklassenprognose
RPVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz
S21	Bahnprojekt Stuttgart-Ulm
S.	Satz; Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SaAnVerf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
SaarVerf	Verfassung des Saarlandes
SaarKSVG	Kommunaleselbstverwaltungsgesetz Saarland
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SHVerf	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt, sogenannte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
s.u.	siehe unten
SüdumfStG	Gesetz über den Bau der „Südumfahrung Stendal“ der Eisenbahnstrecke Berlin-Oebisfelde vom 29.10.1993 (BGBl. I S. 1906), das zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung vom 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

SZ	Süddeutsche Zeitung
TEU	Twenty-foot Equivalent Unit; Maßeinheit für die Kapazität von Standardcontainern.
TVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen
u.a.	unter anderem; und andere
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UTR	Umwelt- und Technikrecht
u.U.	unter Umständen
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
v.	vom; von
Verf.	Verfasser
VerkPBG	Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin (Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz)
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VvB	Verfassung von Berlin
VwVfGBbg	Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Brandenburg
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs („Weimarer Reichsverfassung“) vom 11.08.1919
WStrG	Bundeswasserstraßengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

z. Zt. zur Zeit

Im Hinblick auf weitere Abkürzungen wird verwiesen auf: *H. Kirchner*,
Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 9. Aufl., Berlin 2018.

A) Einleitung

Bundesstaatlichkeit ist ganz wesentlich gekennzeichnet durch Kooperation. Die Abkehr vom rein gliedstaatlichen Verständnis zum föderalen Zusammenwirken in einem Bündnis hat ein leistungsfähiges Staatsgebilde hervorgebracht, das einen natürlichen Bedarf nach partnerschaftlichem Agieren und föderalstaatlicher Verzahnung in sich trägt.¹ Dies spiegelt sich auch in der Umsetzung öffentlicher Projekte von besonderer Größe wider. Deren Realisierung ist kein Novum, ebenso wenig wie damit häufig verbundene Kosten- und Terminüberschreitung, die sie in den Fokus negativer Aufmerksamkeit rücken. Auch handelt es sich nicht um ein spezifisch deutsches Problem.² Weltweit kosten solche Projekte letztendlich mehr und werden viel später in Betrieb genommen als anfänglich prognostiziert.³ Der Wirt-

¹ Vgl. *Blanke/Schwanengel*, Zur Lage des deutschen Föderalismus, in: dies., Zustand und Perspektiven des deutschen Bundesstaates, S. 5ff; *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 1ff.

² *Durner*, Bewertung und Reformbedarf – Das maßgebliche Verfahrensrecht, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche 2012, Bd. 2, S. 21 (22f).

³ Hierzu insgesamt: *Flyvbjerg/Bruzelius/Rothengatter*, Megaprojects and Risk: An Anatomy of Ambition; *Flyvbjerg/Skamris Holm/Buhl*, Kostenunterschätzung bei öffentlichen Bauprojekten: Fehler oder Lüge?, in: Planungsrundschau Jg. 8 (2003), 15ff (Originalversion: „Cost Underestimation in Public

schaftsnobelpreisträger *Kabneman* spricht in diesem Zusammenhang vom prinzipiellen Überoptimismus, sein Oxforder Kollege *Flyvbjerg* vom „survival of the unfitest“.⁴

Neuer ist jedoch die Häufung erheblicher Defizite bei der Großprojektumsetzung. Hierzulande haben die Schwierigkeiten bei der Realisierung etlicher Vorhaben einen breit angelegten öffentlichen Diskurs initiiert. Die Kontroversen dazu sind vielfältig: Neben grundsätzlichen Bedarfsfragen⁵ und Auseinandersetzungen mit der mangelnden Akzeptanz aus der Bevölkerung,⁶ wird auch über die Intensivierung partizipatorischer Instrumente im Verwaltungsverfahren⁷ und die vielbeschworene Krise der repräsentativen Demokratie⁸ debattiert, um nur einige Themenfelder zu nennen.

Kaum im Fokus stehen hingegen die Strukturen, in denen diese exekutivischen Aufgaben umgesetzt werden. Staatliche Akteure, Bund und Länder, nutzen hierzu mannigfaltige Formen der Zusammenarbeit.⁹ Je nach Intensität der Kooperation ergeben sich vielfältige Synergien zwischen den Partnern, zugleich zieht Kooperation unterschiedliche verfassungs- und einfachgesetzliche Folgen nach sich. In dem

Works Projects: Error or Lie?“ in *Journal of the American Planning Association* Vol. 68, No. 3, Sommer 2002, 27ff).

⁴ *Flyvbjerg*, *Survival of the Unfittest: Why the Worst Infrastructure Gets Built*, in: *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 25, 344ff; *Kabneman/Lovello*, *Decision Making: Delusions of Success: How Optimism Undermines Executives' Decisions*, in: *Harvard Business Review* 07/2003, 56ff.

⁵ Gemeint ist in diesem Zusammenhang nicht die rechtlich eingekleidete Bedarfsplanung im Rahmen der Feststellung von infrastrukturellem Bedarf, sondern die Debatte um die grundsätzliche Sinnhaftigkeit der Projekte. Vgl. hierzu *Krüger*, *Mega-Bahn-Projekt: Was für „Stuttgart 21“ spricht - und was dagegen*, in: *Spiegel online* v. 08.09.2010: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/mega-bahn-projekt-was-fuer-stuttgart-21-spricht-und-was-dagegen-a-716467.html>; *Krüger*, *Stuttgart 21 - Interessen, Hintergründe, Widersprüche*, in: *Informationen zur Raumentwicklungen* 2012, 589ff.

⁶ *Brettschneider*, *Großprojekte zwischen Protest und Akzeptanz*, in: ders., *„Stuttgart 21“ - Ein Großprojekt zwischen Protest und Akzeptanz*, S. 319ff; *Erbguth*, *Infrastrukturprojekte: Akzeptanz durch Verfahren und Raumordnung*, in: *DÖV* 2012, 821ff; *Franzius*, *Stuttgart 21: Eine Epochenwende?*, in: *GewArch* 2012, 225 (228ff); *Hilpert*, *Nutzen und Risiken öffentlicher Großprojekte Bürgerbeteiligung als Voraussetzung für eine größere gesellschaftliche Akzeptanz*; *Schink*, *Öffentlichkeitsbeteiligung - Beschleunigung - Akzeptanz*, in: *DVBl* 2011, 1377ff; *Würtenberger*, *Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren*, in: *NJW* 1991, 257ff.

⁷ *Möstl*, *Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive*, in: *VVDStRL* 72, S. 355ff; *Paulus*, *Direkte Demokratie wagen*, in: *Bäuerle u.a.*, *FS Bryde*, S. 273ff.

⁸ *Gross*, *Die doppelte Krise der europäischen Demokratien*, in: *Beck/Ziekow*, *Mehr Bürgerbeteiligung wagen*, S. 127ff; *Möstl*, *Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive*, in: *VVDStRL* 72, 355 (361ff, 374ff).

⁹ Vgl. insgesamt *Kiskeer*, *Kooperation im Bundesstaat: eine Untersuchung zum kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland*; *Rudolf*, *Kooperation im Bundesstaat*, in: *HStR* VI, § 141; *Vedder*, *Intraföderale Staatsverträge - Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat*.

Kontext ergeben sich dort, wo öffentliche Aufgabenwahrnehmung kooperativ ausgestaltet ist, insbesondere auch Fragen hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Einbettung in Demokratieprinzip und Transparenzgebot.

„Das ganze politische Leben freier Völker bewegt sich in der Öffentlichkeit, wie man athmet in der Luft.“¹⁰ Obwohl *Welckers* vom aufklärerischen Öffentlichkeitsoptimismus getriebene Wortwahl ein gewisses Pathos in sich trägt,¹¹ veranschaulicht das Zitat doch, dass Öffentlichkeit und Durchschaubarkeit politischen Tuns und hoheitlichen Vorgehens bereits im vorletzten Jahrhundert als wesentliche Chiffre moderner Demokratien empfunden wurden. In diesem Kontext steht auch die in jüngerer Zeit erstarkende Forderung nach einer Zunahme transparenter Strukturen im Staatsaufbau und damit nach der Inkorporierung entsprechender Vorkehrungen in die deutsche Rechtsordnung. Aufgrund ihrer Strukturreichhaltigkeit ist auch die kooperative Realisierung von Großprojekten von diesem Postulat betroffen. Für die hierzu häufig genutzten privatrechtlich organisierten Ausgliederungen gelten gesellschaftsrechtliche Geheimhaltungspflichten, die zu diesen Forderungen im Widerspruch stehen. Dieses Spannungsfeld zwischen Demokratieprinzip und Transparenzgebot auf der einen und dem Wirtschaftlichkeitsgebot, das die drei Gewalten verfassungsrechtlich an Effizienz und Sparsamkeit bindet,¹² auf der anderen Seite, wirft die Frage eines Ausgleichs auf. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt daher in der Aufschlüsselung und Analyse verschiedener Großprojektkooperationen im Lichte legitimatorischer und transparenzrechtlicher Vorgaben des Grundgesetzes. Dieses Vorgehen ermöglicht Schlussfolgerungen im Hinblick auf etwaige verfassungsrechtliche Diskrepanzen im Status Quo der Realisierung und potenzielle Instrumente zur Intensivierung von Transparenz und Legitimation der Projekte.

Anhand einer vergleichenden Gegenüberstellung konkreter Großprojekte wird diesen Fragen nachgegangen. Dazu sind Parameter zu entwickeln, die einen Vergleich der Projekte ermöglichen. Demzufolge ist es erforderlich, solche Projekte zu wählen, die bereits strukturell wesentliche Gemeinsamkeiten aufweisen. In dieser Untersuchung erfolgt daher ein Vergleich dreier in der Bundesrepublik in den letzten Jahren kontrovers diskutierter Großprojekte: des Tiefwasserhafens JadeWeserPort, des Bahnprojekts „Stuttgart 21“ und des Flughafens Berlin Brandenburg Willy Brandt. Als Bestandteile öffentlicher Infrastruktur fügen sie sich nicht lediglich in

¹⁰ *Welcker*, Öffentlichkeit, in: v. Rotteck/ders., Das Staats-Lexikon, Bd. 12, S. 252ff.

¹¹ Zum Begriff des Öffentlichkeitsoptimismus zur Zeit der Aufklärung, vgl. *Rinken*, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, S. 286f.

¹² Das Wirtschaftlichkeitsgebot wird vielfach aus den Art. 114 II 1 und 109 II GG abgeleitet, vgl. BSGE 56, 197 (198); *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 411f. Vgl. für das Landesverfassungsrecht exemplarisch Art. 70 I 1 NV. Weitere Nachweise unten in Fn 131.

das bundesdeutsche Verkehrsnetz ein, sondern weisen räumlich beträchtliche Fernwirkung auf.¹³ Allen diesen Projekten ist neben ihrer unfraglich verkehrsinfrastrukturellen Ausrichtung gemein, dass die Realisierung im Rahmen kooperativer Strukturen erfolgt und sie – wenn auch in unterschiedlicher Intensität – Zeit- und Kostenüberschreitungen nach sich ziehen. Gerade derartige strukturell hochkomplexe Realisierungsgebilde machen eine eingehende Untersuchung interessant. Dabei ergeben sich im Hinblick auf den Schwerpunkt dieser Arbeit folgende Fragestellungen: Können staatliche Akteure im Lichte des die Staatsgewalt bindenden Demokratieprinzips eine hinreichende Steuerung und Kontrolle gewährleisten? Ist eine Transparenzsteigerung bei diesen Projekten notwendig und wäre eine solche Steigerung grundsätzlich geeignet, gegebenenfalls auch deren Effizienz zu erhöhen?

Auch die Großprojektentscheidung selbst, das „Ob“ der Vorhabenrealisierung, ist ins Zentrum der Diskussionen gerückt. Direktdemokratische Instrumente finden in diesen Überlegungen wieder großen Zuspruch. Die Überantwortung der Entscheidung auf staatliche Akteure sei nach häufig geäußerten Forderungen zu revidieren, das Volk solle sie stattdessen selbst fällen.¹⁴ In Baden-Württemberg sind direktdemokratische Instrumente in Form eines Volksentscheides bei dem Bahnprojekt „Stuttgart 21“ bereits eingesetzt worden. Akzeptanz ist in diesem Kontext zentraler Terminus auch vieler rechtlicher Auseinandersetzungen. Die Steigerung der Vorhabenakzeptanz gilt dabei nicht selten als wesentlicher Faktor zur Bewältigung von „Politikverdrossenheit“¹⁵ und Protest. Die vorliegende Untersuchung widmet sich auch diesem demokratischen Wettbewerb hinsichtlich des Modus der Entscheidungsfindung solcher Großprojekte. Dabei stellen sich zuvorderst Fragen im Hinblick darauf, welche zivil-partizipatorischen Rechte und Optionen sich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bieten und ob diese eine echte Alternative zur Vorhabenentscheidung im repräsentativen System darstellen.

Diese Fragen werden in der vorliegenden Arbeit im Lichte des aufgezeigten Schwerpunktes, dem legitimatorischen und transparenzrechtlichen Kontext von Großprojektkooperationen, untersucht. Die Arbeit gliedert sich in fünf aufeinander aufbauende thematische Abschnitte.

Der erste Teil (B) dient der Darlegung der wesentlichen Grundlagen der Arbeit unter tatsächlichen und begrifflichen Gesichtspunkten. Neben einer Skizzierung der Grundlagen von projekturnfassenden öffentlichen Partnerschaften und der Erörterung der wesentlichen hiermit im Zusammenhang stehenden Termini, werden existierende Kooperationsformen im Hinblick auf Bindungsintensität und Subjekte der Zusammenarbeit zu untersuchen sein. Anschließend finden die Besonderheiten

¹³ Mann, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544 (563).

¹⁴ Vgl. bspw. Buchsteiner/Stüer, Stuttgart 21, in: UPR 2011, 335 (336, 340); Versteyl, Partizipation durch Verfahren, in: I+E 2011, 89.

¹⁵ Arzheimer, Politikverdrossenheit: Bedeutung, Verwendung und empirische Relevanz; Heil, Gesättigte Demokratie: Ein marketingorientierter Alternativbegriff zur Politikverdrossenheit; Paulus, Direkte Demokratie wagen, in: Bäuerle u.a., FS Bryde, S. 273.

der projektumgreifenden Großprojektpartnerschaft sowie deren Grundlagen und Eigenheiten als spezieller Form intensiver partnerschaftlicher Aufgabenrealisierung Erörterung.

Im darauffolgenden zweiten Teil (C) werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen im Hinblick auf die beiden wesentlichen Bezugspunkte dieser Arbeit dargestellt. Neben der Skizzierung der Anforderungen an staatliche Tätigkeit bei der Realisierung solcher Großprojekte aus dem Demokratieprinzip gilt es, mangels expliziter Aufnahme der Transparenz in das Grundgesetz, transparenzrechtliche Grundlagen herzuleiten und zu entwickeln sowie etwaige Grenzen aufzuzeigen. Die Untersuchung gilt dabei im Wesentlichen dem nationalen Rechtsrahmen.

In unmittelbarem Zusammenhang dazu werden im dritten Teil (D) die hieraus folgenden Anforderungen an die Projektrealisierung in der multidimensionalen öffentlichen Großprojektpartnerschaft dargestellt. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf die legitimatorischen Bedürfnisse der gemischt-öffentlichen Kapitalgesellschaft zu legen, deren Gesellschafter verschiedene öffentliche Träger sind. Vorgaben mit Bezug zu verfahrensrechtlich erforderlicher Bürgerbeteiligung werden dabei aufgrund der Schwerpunktsetzung dieser Arbeit auf die verfassungsrechtlichen Direktiven partnerschaftlicher Großprojektrealisierung nur am Rande untersucht.

Im Rahmen des vierten Teils (E) erfolgt nach der Kategorisierung typischer Großprojektdefizite ein Vergleich der oben genannten Verkehrsinfrastrukturprojekte. In diesem Kontext werden relevante Informationen insbesondere im Hinblick auf Verantwortungsstrukturen und Finanzierungsverantwortliche, den gesellschaftsrechtlichen Rahmen und Partnerschaftsformen sowie auf demokratie- und transparenzrechtliche Erfordernisse hin untersucht. Eine vertiefte Prüfung vergaberechtlicher oder verwahrungsverfahrensrechtlicher Vorgaben ist dazu nicht erforderlich und daher nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Im abschließenden fünften Teil (F) erfolgt ein Vergleich der Ergebnisse des vorangegangenen Abschnitts, der sich an den dort eingangs aufgestellten Defizitkategorien orientiert. In diesem fünften Teil liegt der Schwerpunkt auf der Prüfung möglicher Maßnahmen, die zur Behebung etwaiger Defizite beitragen könnten. Dabei wird eine Differenzierung im Hinblick auf die Großprojektrealisierung im Allgemeinen und sodann die Umsetzung in der kooperativen Kapitalgesellschaft im Speziellen vorgenommen.

B) Die multidimensionale Großprojektpartnerschaft

Für die Auseinandersetzung mit Qualität und Umfang der Zusammenarbeit staatlicher Partner ist es erforderlich, zunächst die Grundlagen einer solchen Zusammenarbeit zu erörtern. Neben der Beschäftigung mit einem Bedürfnis nach projektumfassender Kooperation (I.), den für sie sowie die Untersuchungen dieser Arbeit wesentlichen Begrifflichkeiten (II.) und allgemeinen Formen von Zusammenarbeit (III.), werden im Folgenden insbesondere auch die den Terminus der multidimensionalen Großprojektpartnerschaft charakterisierenden Kriterien (IV.) zusammengetragen.

I) Ausgangslage: projektumfassende Kooperationen – Bedürfnis einer multidimensionalen Partnerschaft

Es entspricht dem föderalen Grundsatz der bundesstaatlichen Ordnung,¹⁶ dass Bund und Länder die ihnen zugewiesenen Aufgaben und Kompetenzen jeweils in eigener Verantwortung selbstständig und abschließend wahrnehmen.¹⁷ Dem Staat als „organisierter Entscheidungs- und Wirkungseinheit“¹⁸ ist aber auch kooperatives Zusammenwirken immanent.¹⁹ Die effektive Bewältigung staatlicher und öffentlicher Aufgaben erfordert demzufolge neben der Arbeitsverteilung im Sinne des Trennungsprinzips auch und insbesondere die Zusammenarbeit unter dem Kooperationsprinzip.²⁰

„Zusammenkommen ist ein Beginn, Zusammenbleiben ist ein Fortschritt, Zusammenarbeiten ist ein Erfolg.“²¹ Das Zitat eines bedeutenden Entrepreneurs des 20. Jahrhunderts drückt die Zweischneidigkeit von Zusammenarbeit aus: Ihr Gelingen ist eine Herausforderung, die mit Risiken behaftet ist, aber Erfolge verspricht, sofern sie funktioniert. Die Kooperation von verschiedenen Akteuren zur Verwirklichung von Vorhaben unterschiedlicher Größenordnung ist seit Längerem ein bewährtes Vorgehen.²² Die Partnerschaft geht dabei häufig über die Erledigung konkreter Einzelaufgaben hinaus. Längst hat man die vielfältigen Potenziale erkannt, die in einer umfassenden und langfristigen gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung liegen und von Einsparungen über Knowhow-Nutzung bis hin zur Stärkung von Innovations-

¹⁶ Vgl. i.Z.m. dem Bundesstaatsbegriff zur Abgrenzung von systematischem und prinzipiellem Verständnis in bundesstaatliche Ordnung und Ordnungsidee: *Jestaedt*, Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 29 Rn 15.

¹⁷ Dies ist bedingt durch das Bedürfnis nach Anerkennung Ländereigenständigkeit, der Bestärkung des Gewaltenteilungsprinzips und der Bestrebung nach optimaler Aufgabenerledigung durch sachorientierte Zuweisungen. Gleichsam wird maßgeblich auch eine Förderung des föderalen Wettbewerbs bezweckt. Vgl. *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im GG, in: ders./Kirchhof, HStR VI, § 126 Rn 1ff, 14ff; *Jestaedt*, Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 29 Rn 62ff; *Maurer*, Staatsrecht I, § 10 Rn 55.

¹⁸ *Heller*, Gesammelte Schriften Bd. 3, S. 339ff; *ders.*, Staatslehre, S. 262ff.

¹⁹ *Bethge*, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 71 Rn 81; *Kewenig*, Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung, in: AöR 93, 433ff; *Kiskeer*, Kooperation im Bundesstaat, S. 1ff.

²⁰ Hiermit ist ein allgemeines Kooperationsprinzip i. S. v. Zusammenarbeit und Arbeitsteilung generell angesprochen, nicht hingegen ein konkretes Kooperationsprinzip, wie z.B. dasjenige des Umweltrechts (dazu unten Fn 34). Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 10 Rn 55; *Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: DVBl 1994, 657ff; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70 Rn 160.

²¹ *Henry Ford I*, Originalzitat: „Coming together is a beginning; keeping together is progress; working together is success.“

²² *Schneider*, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, in: VVDStRL 19, 1 (2); *DiFabio*, Kooperationsprinzip, in: NVwZ 1999, 1153.

und Wettbewerbsfähigkeit reichen.²³ Findet sie unter öffentlichen Hoheitsträgern statt, ist sie Ausdruck und Inbegriff der Grundidee des „kooperativen Föderalismus“,²⁴ und entspricht in ihrer Wandelbarkeit und Anpassungsfähigkeit der Theorie des dynamischen Föderalismus.²⁵ Anders als bei den vielgestaltigen öffentlich-privaten Partnerschaften, in deren Rahmen einzelne Aufgabenbereiche in die Hand privater Investoren übergeben werden,²⁶ ist gerade bei Bauprojekten besonderer Größenordnung im infrastrukturellen Bereich eine Tendenz zur partnerschaftlichen Aufgabenteilung in einem größeren projektübergreifenden Sinne zwischen öffentlichen Akteuren zu beobachten. Die Projektverwirklichung liegt dabei nicht selten in den Händen verschiedener Gebietskörperschaften, die das Vorhaben gemeinschaftlich initiieren, planen, realisieren und betreiben.

1) Status Quo des Kooperationsverständnisses der öffentlichen Hand

Zusammenarbeit verschiedener Akteure ist im öffentlichen Bereich – wenn auch nicht neu – dennoch eine Entwicklung des sogenannten modernen Staates²⁷ und eines gewandelten Staatsverständnisses. In Abkehr vom „starken Staat“, der aus sich selbst heraus agiert, zeichnet sich der funktionale Staat durch eine zunehmende Orientierung am Bürger aus.²⁸ Der moderne Staat ist unter Zugrundelegung des völkerrechtlichen Staatbegriffs der *Jellinekschen* Drei-Elemente-Lehre von Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt,²⁹ zudem durch gesellschaftliche Pluralität und staatliche Einheit gekennzeichnet.³⁰ In dieser staatlichen Einheit liegt das Bedürfnis

²³ *Storr*, Public-Public-Partnerships, in: LKV 2005, 521.

²⁴ Der Begriff entspringt dem amerikanischen Rechtskreis, wo „cooperative federalism“ als Verhaltens- und Verfahrensweise des Miteinander von Staat und Bundesstaaten ca. 1930-1970 kennzeichnete, vgl. hierzu *Hills*, The Political Economy of Cooperative Federalism, in: Michigan Law Review 96 (4), 813ff. Zur historischen Entwicklung des Begriffs: *Kenevieg*, Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung, in: AöR 93, 433ff.

²⁵ Vgl. zur Theorie und ihrer Entwicklung: *Benz*, Föderalismus als dynamisches System; *Hobler*, Kooperation statt Kooperation, S. 55; *Scheuner*, Struktur und Aufgaben des Bundesstaats in der Gegenwart, in: DÖV 1962, 641ff.

²⁶ Vgl. unten Fn 134.

²⁷ Vgl. hierzu *Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR II, § 15 Rn 61ff; zur Konnexität von modernem Staat und Kooperation: *Schrader*, Das Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip?, in: DÖV 1990, 326 (329).

²⁸ *Forsthoff*, Die Bundesrepublik Deutschland, in: Merkur 14, 807 (811); *Kaiser*, Kommunikation der Verwaltung, S. 220f; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 613f.

²⁹ Vgl. insgesamt *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, S. 42ff, 48 ff., 68ff.

³⁰ Vgl. zu Begriff und Wesen des modernen Staates: *Hintze*, Wesen und Wandlung des modernen Staates. Zum Staatsbegriff: *Kirchhof*, Identität der Verfassung, in: HStR III, § 21 Rn 84ff.

nach Machtausübung und ihrer Durchsetzbarkeit, die eine Trennung von Staat und Gesellschaft im Sinne des Distanzgebotes notwendig macht.³¹

Die Zuständigkeitenverteilung (vgl. Art. 30, 70 GG) zwischen Bund und Ländern sowie ihre faktisch bestehende Verknüpfung bringt Kooperationserfordernisse naturgemäß mit sich.³² Hierbei entstehen sowohl horizontale als auch vertikale Zusammenarbeitsgebilde.³³ Kooperation ist zudem auch eines der wesentlichen das Umweltrecht prägenden Prinzipien.³⁴ Umweltspezifische Probleme sollen durch die Zusammenarbeit von Staat, Gesellschaft und Industrie kooperativ gelöst werden.³⁵ Ansatz dieses Rechtsgrundsatzes ist die Einsicht, dass globale Thematiken sich einer monokausalen Herangehensweise verwehren.

Während die kooperationsorientierte Entwicklung der vergangenen zwei Jahrzehnte das Aufkommen vielgestaltiger öffentlich-privater Partnerschaften für viele Bereiche des öffentlichen Handelns und Wirtschaftens kennzeichnete, stagniert dieser Vorgang mittlerweile.³⁶ Unterstrichen wird dies durch den sogenannten Rekommunalisierungstrend, der allgemein die Rückgewinnung dieser privatisierten Bereiche in den staatlichen Sektor und einhergehend die Rückverlagerung der Aufgabenerfüllung auf den originär zuständigen Aufgabenträger bezeichnet.³⁷ Die Erkennt-

³¹ Zur „rechtlich organisierten politischen Macht“, vgl. *Heller*, Staatslehre, S. 243; zum verfassungsstaatlichen Distanzgebot insgesamt: *Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL 40, 63ff.

³² Gerade im Bereich der Gefahrenabwehr z.B. können Gebietskörperschaften, namentlich die Länder, bestimmte Aufgaben allein nur schwerlich oder gar nicht bewältigen. Vgl. z.B. *Schladebach*, Staatsverträge zwischen Ländern, in: VerwArch 2007, 238 (240). Zur Notwendigkeit von Kooperation zwischen Bund und Ländern, vgl. *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 18ff.

³³ Vertikale Kooperationen betreffen die Zusammenarbeit von Hoheitsträgern unterschiedlicher Ebenen – zwischen Bund, Ländern und Kommunen also, horizontal ist die Kooperation, wenn sie zwischen Partnern auf der gleichen Ebene erfolgt, zwischen Ländern untereinander z.B. Vgl. auch *Starck*, Idee und Struktur des Föderalismus, in: Härtel, HB Föderalismus Bd. I, § 1 Rn 29. Im Hinblick auf die exekutivische Organisationsstruktur im Allgemeinen, vgl. *Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: GVwR I, § 13 Rn 57ff.

³⁴ Vgl. *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 Rn 72. Zum umweltrechtlichen Kooperationsprinzip allgemein: *Brohm*, Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, in: DVB 1994, 133ff; *DiFabio*, Vertrag statt Gesetz?, in: DVBl 1990, 338ff; *Lübbe-Wolff*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, in: NuR 1989, 295ff; *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht; *Reinhardt*, Einführung in die Grundstrukturen des Umweltrechtes, in: LKV 1994, 244 (246); *Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: DVBl 1994, 657.

³⁵ Kritisch hierzu: *Leisner*, Umweltschutz durch Eigentümer, S. 34ff; *Schrader*, Das Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip?, in: DÖV 1990, 326 (329ff).

³⁶ BT Drs. 15/5676, S. 5; *Scheele*, in: Blanke/Fedder, Privatisierung, Teil 1 Rn 59ff.

³⁷ Vgl. z.B. *Danker*, Privatisierung versus Rekommunalisierung, S. 113ff; *Brüning*, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand, in: VerwArch 2009, 453ff; *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP Bd. 2, §54 Rn 2; *Reutzell/Rullmann*, Public-Private-Partnership, S. 129.

nis, dass fachliches Knowhow sowie insbesondere auch eine günstige Kostenverteilung nicht nur in der Privatwirtschaft, sondern auch innerhalb anderer staatlicher Träger zu besseren Konditionen und verbunden mit weniger Risiken zu finden sind, hat diesen Trend verstärkt. Dennoch zeigen verschiedene Kooperationen derzeit auch, dass rein öffentliche Partnerschaften ebenfalls vielgestaltige Defizite aufweisen. Auf diese Themenkomplexe soll im Folgenden an geeigneter Stelle umfassend eingegangen werden.³⁸

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Kooperationsverständnis des Staates ein offenes und vielschichtiges ist, das nachfolgend im Hinblick auf Großprojektkooperationen aufgeschlüsselt werden soll.

2) Bedürfnis nach Projektkooperation

Typischerweise besteht in Industrienationen eine hohe Großprojektnachfrage. Großprojekte dienen insbesondere dem technischen Fortschritt, infrastrukturellen Bedarf und dem Standortwettbewerb. Der Bund verausgabt nur für den Hochbau circa zwei, für Verkehrswege jährlich sogar etwa elf Mrd. Euro, Tendenz steigend.³⁹ Großprojekte bringen regelmäßig eine besonders hohe Dimensionalität und Strukturrenkomplexität mit sich, die adäquate Anpassungen der Beteiligten erfordern.⁴⁰ Diese Vorhaben bedürfen daher fachkundiger und leistungsfähiger Bauherren, einer gründlichen Planung, eines realen und glaubwürdigen Umgangs mit Zeit, Kosten und Risiken, umfangreicher Informationsbeziehungen, evidenter Anreize für sämtliche Beteiligte zur Erreichung der Projektziele und einer offenen gesellschaftlichen Kommunikation. Von der Bedarfsplanung bis zu Fertigstellung und Betrieb ist ein auf Kooperation und Partnerschaft angelegtes Zusammenwirken der Bauherren, Planer, Unternehmer und auch der Bevölkerung unerlässlich. Dies wird in der Folge darzustellen sein.

Die Verwirklichung besonders großer Projekte – eines Hauptstadtflughafens, eines unterirdischen Großbahnhofes oder eines Tiefwasserhafens etwa – bedarf neben eines weiten Zeitrahmens vor allem auch erheblicher Wirtschaftskraft, effizienter Organisation und enormen fachspezifischen Knowhows in allen Projektbereichen. Von der Initiierung, der ersten Idee, über die Planung, zur Fertigstellung, bis hin zur Inbetriebnahme vergehen nicht selten 20 bis 30 Jahre, allein der Planungszeitraum liegt regelmäßig bei mehr als zehn Jahren.⁴¹ Dieser Umstand, gepaart mit

³⁸ Vgl. insb. unten E)III).

³⁹ BMVI, Reformkommission Bau von Großprojekten: Endbericht, S. 7.

⁴⁰ Beteiligung ist hier in einem organisatorischen und funktionellen Sinne angesprochen und schließt damit begrifflich die Aufgabenträgerschaft und jegliche Form der Aufgabenwahrnehmung ein. Vgl. hierzu *Heintzen*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62, 220 (232).

⁴¹ *Waechter*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 499 (505).

immensen, regelmäßig signifikant steigenden Umsetzungskosten, bewirkt ein besonderes Bedürfnis nach Finanzkraft, Fachkompetenz und Flexibilität. Der Bauherr geht dabei erhebliche Risiken ein: Er verpflichtet sich rechtlich und tatsächlich über Jahrzehnte, bindet beträchtliche Kapitalbeträge und ist hochkomplexen Verwaltungsverfahren ausgesetzt, während der Bau- und Projekterfolg gleichzeitig ungewiss bleibt. Private und öffentliche Interessen stoßen hier aufeinander, die in Ausgleich gebracht werden müssen. Bürgerproteste gegen solche Planungen erschweren die Umsetzung zusätzlich erheblich. Dieser Multidimensionalität und Komplexität der Projektstrukturen ist es geschuldet, dass Realisierungen eigenen Mustern zu folgen haben, die ihren Alleinstellungswert begründen. Eine langjährige und verbindliche Partnerschaft über die gesamte Projektlebensdauer vereint dabei verschiedene Synergieeffekte: Neben den genannten Anreizen, findet regelmäßig auch eine generelle Stärkung der Verwaltungskraft statt.⁴² Die Erkenntnis, durch Kräftebündelung besser planen, bauen und betreiben zu können, hat in Deutschland bereits Tradition und ist damit mitnichten ein staatsstrukturelles Novum. Im Weiteren sollen insbesondere solche Kooperationen untersucht werden, die ohne privatwirtschaftliche Partizipation erfolgen. Dabei bestehen qualitativ und strukturell große Unterschiede und nicht immer gelingt die partnerschaftliche Zusammenarbeit.

II) Begriffliche Vorüberlegungen zu partnerschaftlichen Großprojekten

Für diese Arbeit sind verschiedene vorhabenbezogene Begrifflichkeiten bedeutsam. Ihr Sinngehalt muss jedoch vorab für ihre Verwendung in der vorliegenden Untersuchung eingegrenzt und veranschaulicht werden. Zu erörtern sind in diesem Abschnitt daher der vielfach sehr unbestimmt verwendete Begriff des Großprojekts (1) sowie die Kategorie der Verkehrsinfrastrukturprojekte (2) und korrespondierend dazu die Bezeichnung als Vorhabenträger (3). Im Fokus dieser Abhandlung stehen Partnerschaften öffentlicher Träger, die im Anschluss begrifflich eingeordnet werden (4).

1) Großprojekt

Großprojekte sind nach der Definition des Bundesministeriums für Verkehr „Bauvorhaben von erheblicher wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bedeutung, großer

⁴² *Bauer*, Verwaltungsverträge, in: GVwR II, § 36 Rn 49; *Storr*, Public-Public-Partnerships, in: LKV 2005, 221.

Komplexität sowie hohem finanziellen Aufwand“.⁴³ Dem recht allgemein gehaltenen Terminus des Großprojekts kommt der vor allem juristisch geprägte Begriff des Großvorhabens nahe. Letzterer ist dem deutschen Recht – vereinzelt – durchaus bekannt, wenngleich auch er nicht eindeutig definiert ist. Annäherungsweise kann er in Verbindung mit den „raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen“ (vgl. vor allem § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG) gebracht werden.⁴⁴ Dies sind „Vorhaben und sonstige Maßnahmen, durch die Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird, einschließlich des Einsatzes der hierfür vorgesehenen öffentlichen Finanzmittel“.⁴⁵ Die überörtliche Bedeutung ist in diesem Kontext ein zusätzliches Kriterium neben der Raumbedeutsamkeit.⁴⁶ Die Überörtlichkeit betrifft eine Vielzahl von Vorhaben und hilft zur Eingrenzung und Spezifikation nur begrenzt. Für Großprojekte in der hier verwendeten Bedeutungsebene kommt daher ein weiterer Faktor hinzu. Zu einer eindeutigeren Abgrenzung zu sonstigen Großvorhaben wird daher, angelehnt an die Festlegung der Reformkommission Bau von Großprojekten des BMVI, das Kostenvolumen als wesentliches Charakteristikum verwendet. Demnach ist der Terminus bei einem prognostizierten Finanzvolumen von mindestens 100 Mio. Euro anzuwenden.⁴⁷

2) Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte

Mit der komparativen Zielsetzung dieser Untersuchung und der Auswahl konkreter Großprojekte ist eine Eingrenzung auf Projekte erfolgt, die dem Verkehrssektor angehören und Kosten von mindestens einer Milliarde Euro verursachen. Häfen,

⁴³ BMVBS, Mögliche Ursachen für Kosten- und Terminüberschreitungen bei der Realisierung von Großprojekten, Themenpapier für die 1. Sitzung Reformkommission Bau von Großprojekten am 17.04.2013: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/reformkommission-bau-grossprojekte-themenpapier-erste-sitzung.pdf?__blob=publicationFile.

⁴⁴ Vgl. zum Begriff auch Mann, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544 (547).

⁴⁵ Vgl. hierzu eingehend: Hender, in: Dyong u.a., ROG Bd. 1, § 3 Rn 100ff; ders., in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, § 1 Rn 13ff; Runkel, in: Bielenberg/ders./Spannowsky, Raumordnung und Landesplanungsrecht, L § 3 Rn 231ff.

⁴⁶ Runkel, in: Spannowsky/ders./Goppel, ROG, § 3 Rn 105.

⁴⁷ BMVI, Reformkommission Bau von Großprojekten: Endbericht, S. 16.

Ein Spezialfall des Großprojekts ist das „Megaprojekt“. Dieser Begriff wird vornehmlich im anglo-amerikanischen Raum für Großprojekte verwendet, die ein Finanzvolumen von mindestens einer Milliarde US-Dollar umfassen (*Flyvbjerg/ Bruzelius/Rothengatter*, Megaprojects and Risk, S. 1f; *Flyvbjerg*, What You Should Know About Megaprojects, and Why: An Overview, in: Project Management Journal, vol. 45, no. 2, April-May, S. 6, 8). Er wird jedoch im deutschen Sprachgebrauch bisher selten genutzt und findet in der rechtswissenschaftlichen Literatur keine Anwendung, sodass auch in dieser Arbeit auf seine Verwendung verzichtet wird.

Flughäfen und Bahnhöfe sind vom verkehrsinfrastrukturellen Bereich umfasst.⁴⁸ All diesen Verkehrsinfrastrukturprojekten ist gemein, dass sie eine überregionale Bedeutung einnehmen und daher in besonderem Maße Fernwirkung haben.

3) Begriff der rein öffentlichen Partnerschaft

Öffentlich-öffentliche Partnerschaften haben im Wesentlichen zwei Komponenten: die Erledigung einer öffentlichen Aufgabe sowie die Kooperation in einer Partnerschaft mindestens zweier öffentlicher Hoheitsträger.⁴⁹ Beide Komponenten bedürfen im Folgenden weiterer Vertiefung.

a) Anknüpfungspunkt: die öffentliche Aufgabe

Öffentliches Tun fügt sich ob seiner Heterogenität kaum in generalisierbare Kategorien ein.⁵⁰ Öffentliche Aufgaben sind eine Grundkategorie öffentlichen Tuns, Staatsaufgaben und Verwaltungsaufgaben stehen hierzu in einem Spezialitätsverhältnis.⁵¹ Öffentliche und die hierunter fallenden speziellen Verwaltungs- sowie staatlichen Aufgaben werden von den Staatszielbestimmungen, Grundrechten und Kompetenzregelungen vorgegeben,⁵² jedoch werden sie weder näher definiert, noch in einen bestimmten Rahmen gegossen. Die Verfassung setzt sie in Art. 30 und Art. 33 Abs. 4 GG voraus, weder das Grundgesetz noch die Landesverfassungen bieten jedoch einen eindeutig umrissenen Bestand von Staatsaufgaben oder öffentlichen Aufgaben. Während die in Art. 70ff. GG und Art. 83ff. GG niedergeschriebenen Kompetenzen sich „auch als Staatsaufgabenkataloge lesen“ lassen,⁵³ kann man ihnen gleichwohl keinen klar definierten Auftrag oder eine Klassifizierung bezüglich der Art der Staatsaufgabe entnehmen.⁵⁴

Mangels einer eindeutigen und generell anerkannten Staatsaufgabenlehre⁵⁵ bedürfen Staatsaufgaben, wie auch öffentliche und Verwaltungsaufgaben,⁵⁶ stets der

⁴⁸ Zu den Begriffen der Infrastruktur sowie des Verkehrs siehe unten B)II)3)a)cc).

⁴⁹ *Storr*, Public-Public-Partnerships, in: LKV 2005, 521 (522).

⁵⁰ *Lubmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaften, S. 71.

⁵¹ Vgl. dazu u. a. *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, 585 (587); *Heintzen*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62, 220 (228).

⁵² *Dreier*, in: ders., GG, Vorbem. vor Art. 1 Rn 63; *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 211ff; *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 13, 42ff.

⁵³ *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 42.

⁵⁴ *Rißner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: HStR IV, § 96 Rn 18.

⁵⁵ Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 41; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 41f; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 248; *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54, 204 (207).

⁵⁶ So z.B. *von Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 14f; *Koch*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, S. 133; *Ossenbühl*, Öffentliches Recht und Privatrecht in

Konkretisierung. Öffentliche Aufgaben sind diejenigen Aufgaben, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt und daher Gemeinwohlaufgaben sind.⁵⁷ Verwaltungsaufgaben sind eine weitere Unterkategorie der öffentlichen Aufgaben. Sie sind jene öffentlichen Aufgaben, die ein Verwaltungsträger nach der jeweils geltenden Rechtsordnung zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt. Unter den öffentlichen Aufgaben sind Staatsaufgaben nur diejenigen Aufgaben, deren Übernahme dem Staat selbst – in mittelbarer oder unmittelbarer Staatsverwaltung – von Rechts wegen obliegt.⁵⁸ Nach dem Bundesverfassungsgericht sind Staatsaufgaben im engeren Sinne solche, die der Staat selbst – als Verwaltungsaufgaben durch eigene Behörden – wahrnehmen muss und öffentliche Aufgaben solche, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, aber anderen Aufgabenträgern zugewiesen sind.⁵⁹ Für die Unterscheidung ist folglich das Grundgesetz wesentlicher Bezugsrahmen. Aus ihm muss dem Staat die Kompetenz zustehen, eine Angelegenheit als Staatsaufgabe zu erfüllen.⁶⁰

In der Aufgabenzuordnung zu Ländern und Bund gilt allein der Maßstab von Art. 30 GG. Ein Gebietsbezug der Aufgaben, die durch Länder wahrgenommen werden, wird hierbei im Unterschied zum kommunalrechtlichen Örtlichkeitsprinzip⁶¹ gerade nicht gefordert.⁶² Das heißt, dass die Länder im Rahmen ihrer subsidiären Allzuständigkeit (vgl. Art. 30 GG) grundsätzlich alle staatlichen Befugnisse und Aufgaben wahrnehmen dürfen, die nicht explizit dem Bund zugewiesen sind. Hier

der Leistungsverwaltung, in: DVBl 1974, 541 (542); *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl 1994, 962. Hierher gehören auch die Aufgaben der Ministerialverwaltung. Zur weiteren Konkretisierung werden darunter diejenigen Aufgaben gefasst, die einem Verwaltungsorgan unmittelbar durch Gesetz oder zumindest mittelbar nach Sinn und Zweck der einschlägigen Norm überantwortet sind (*Hengstschläger*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54, 165 (173).⁵⁷ *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz/Hübner, FS für H. C. Nipperdey, Bd. 2, S. 877 (878); *Uerpman*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 32; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 22.

⁵⁸ *Baer*, Verwaltungsaufgaben, in: GVwR I, § 11 Rn 13; *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 13; *Sterzel*, in: Blanke/Fedder, Privatisierung, Teil 2 B. Rn 158.

⁵⁹ BVerfGE 107, 59 (90 f, 93); 52, 63 (85); 41, 205 (218); 38, 281 (299); 32, 54 (65); 20, 56 (113); 17, 371 (376); 10, 89 (102 f). Es kann sich demnach um verselbständigte Funktionseinheiten unter staatlichem Einfluss handeln, z.B. Anstalten des öffentlichen Rechts oder Körperschaften, um privatrechtliche juristische Personen oder auch natürliche Personen. Vgl. auch *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 30 Rn 14.

⁶⁰ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 41; *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 137 (153); *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS H. C. Nipperdey, Bd. 2, S. 877 (880); *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 131; *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, S. 585 (587).

⁶¹ *Dreier*, in: ders., GG II, Art. 28 Rn 101ff; *Loschelder*, Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und gemeindliche Gebietserhaltung, S. 38ff, 157ff; *Püttner*, Kommunale Selbstverwaltung, in: HStR VI, § 144 Rn 29.

⁶² *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im GG, in: ders./Kirchhof, HStR VI, § 126 Rn 46.

liegt zugleich ein Potenzial gesamtstaatlicher Gemeinwohlverwirklichung, ohne dass die Landeskompetenz hierbei in Frage gestellt werden müsste.

aa) Bezugspunkt öffentlicher Aufgaben: das öffentliche Interesse

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben hat sich am Gemeinwohl, als „allgemeinste[m] aller Staatsziele“⁶³ zu orientieren. Das öffentliche Interesse ist eine Grundkategorie, in der sich angestrebte oder bestehende ideelle Güter der Allgemeinheit vereinen, im Ganzen somit die Gemeinwohlinteressen.⁶⁴ Das Gemeinwohl ist der Legitimationsgrund der Staatlichkeit und findet keine weitere inhaltliche Definition, sondern steht als Grundgedanke und -forderung über sämtlichem staatlichen Tun.⁶⁵ Gerade dieser Punkt unterscheidet die öffentliche von der privaten Aufgabe: Das Ziel der öffentlichen Aufgabe fußt auf einem übergeordneten, an der Allgemeinheit orientierten, nicht hingegen einem individuellen Interesse.⁶⁶ Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses ist daher notwendige Voraussetzung für die rechtliche Zulässigkeit staatlichen Handelns.⁶⁷ Die Versorgungssicherung im Sinne einer grundlegenden Daseinsvorsorge ist insofern unstreitig eine Staatsaufgabe.⁶⁸ Sie ist als solche weder ausschließlich noch unvertretbar.

bb) Modus der Aufgabenerfüllung

Die grundsätzliche Fähigkeit des modernen Staates, seinen eigenen Wirkungskreis zu definieren und so seine eigenen Aufgaben zu bestimmen, liegt in seiner im Organisationstypus angelegten staatlichen Allzuständigkeit.⁶⁹ Auch wie er die Komponenten seiner Staatsziele erledigt, steht in seinem freien Ermessen.⁷⁰ Die Zuordnung unter die jeweilige Aufgabenkategorie (s.o.) obliegt der Legislative.⁷¹ Zu unterschei-

⁶³ Ebda, Rn 1.

⁶⁴ *Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR IV, § 73 Rn 5; *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 380ff; *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz/Hübner, FS H. C. Nipperdey Bd. II, S. 877 (878).

⁶⁵ *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 71 Rn 2.

⁶⁶ *Löner*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: VVDStRL 59, 416 (419f).

⁶⁷ BVerfGE 15, 235 (241); 53, 366 (401); *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem GG, S. 50; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 117; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 43; *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Bd. 2, S. 877 (878);

⁶⁸ *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, 585 (586).

⁶⁹ *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 47ff; *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV § 73 Rn 55; zu den Grenzen der Allzuständigkeit, vgl. ebda. Rn 158ff.

⁷⁰ BVerwG, NVwZ 2001, 184ff; *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, 585 (586).

⁷¹ *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54, 204 (207f); *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Bd. 2, S. 877 (890f).

den ist dabei stets zwischen der Aufgabenverantwortung und der Aufgabenerfüllung.⁷² Während erstere einem Organ der Exekutive oder Judikative obliegt, kann die Aufgabenerfüllung regelmäßig durch private Dritte erfolgen.⁷³ Insofern sind verschiedene Modi der Aufgabenerfüllung zu unterscheiden: die Erfüllung durch den Staat selbst, die Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten und die völlige Ausgliederung der Aufgabe auf den gesellschaftlichen Akteur im Rahmen materieller Privatisierung.⁷⁴

cc) Bereitstellung von Infrastruktur als staatliche Aufgabe?

Wie fügen sich die in dieser Arbeit gegenständlichen Projekte und die damit einhergehenden staatlichen Tätigkeiten nun in die oben dargelegten Aufgabenkategorien ein?

Die Sicherung der Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse fällt unter dem Begriff der Daseinsvorsorge in den Aufgabenbereich des Staates.⁷⁵ Wegen des Be-

⁷² *Baer*, Verwaltungsaufgaben, in: GVwR I, § 11 Rn 1; *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, 585; *Vofskuble*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 62, 266 (273ff).

⁷³ *Rißner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: HStR IV, § 96 Rn 29; *Baer*, Verwaltungsaufgaben, in: GVwR I, § 11 Rn 12. Tatsächlich ist es dem Staat letztendlich gar nicht möglich sämtliche öffentlichen Aufgaben selbst und ohne das Zutun privater Akteure zu erledigen, vgl. *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 12.

Ausnahme von der möglichen Aufgabenverantwortung Dritter sind freilich Aufgaben, deren Erfüllung notwendig und wesentlich durch Einsatz des dem Staat vorbehaltenen Mittels des körperlichen Zwangs geprägt ist (z.B. Polizei, Justiz, Militär).

⁷⁴ *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, 585f; *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rn 110; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, § 23 Rn 67ff.

⁷⁵ *Ernst Forsthoff* brachte den Begriff der Daseinsvorsorge bereits 1938 in den staats- und verwaltungswissenschaftlichen Diskurs ein, seinen Ursprung hat er jedoch schon in *Hegels* Theorien. Vgl. dazu insgesamt: *Forsthoff*, Verwaltung als Leistungsträger, S. 6f; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 97; *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, S. 22ff; *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 27; kritisch zum weiten Begriff der Daseinsvorsorge: *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, 585 (586).

dürfnisses der Allgemeinheit nach Verkehrsmitteln, -wegen und -anlagen sowie ihrer Nutzung zu verträglichen Preisen,⁷⁶ ist Infrastruktur eine hierunter fallende Aufgabenkategorie.⁷⁷ Zur Infrastruktur im weiteren Sinne zählt der Versorgungs-, Entsorgungs-, Kommunikations- und Verkehrssektor.⁷⁸ Infrastrukturgüter und -dienstleistungen sind regelmäßig solche öffentlichen Güter, die im Zuge von staatskategorischer Wandlung zur Staatsaufgabe bestimmt wurden.⁷⁹

Der Verkehrssektor betrifft die Verkehrsträger Straße, Schiene, Wasser und Luft und schließt damit auch Brücken, Eisenbahnen, Wasserstraßen, Häfen und Flughäfen ein.⁸⁰ Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen im Allgemeinen sind elementarer Teil der Daseinsvorsorge.⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht stellte bereits 1963 fest, dass die „Sicherung der [...] Funktionsfähigkeit des binnenländischen Verkehrs im ganzen“⁸² eine wesentliche Angelegenheit des Staates sei. Zu dieser Funktionsfähigkeit bedarf es eines Verkehrsnetzes von Straßen und Schienen, Wasserstraßen und Flugrouten⁸³ für den Individualverkehr und die Verkehrsdienstleistungen.⁸⁴ Das Bereitstellen und Instandhalten von öffentlichen Verkehrswegen sowie der dazu notwendigen entsprechenden Vor- und Einrichtungen ist originäre Aufgabe des (Wohlfahrts-)Staates.⁸⁵ Indem das Grundgesetz dem Bund die Eigentümerstellung an den Verkehrsnetzen zuweist, kommt ihm zugleich die Erfüllungsverantwortung zu.⁸⁶ Mit der Organisationsprivatisierung der Eisenbahn (vgl. Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG)⁸⁷

⁷⁶ Vgl. *Budäus*, Finanzierung öffentlicher Infrastrukturen, in ZfgK 1993, 451; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 166f, 324.

⁷⁷ *Uerpmann-Witzack*, Verkehr, in: HStR IV, § 89 Rn 1.

⁷⁸ *Willms*, Private Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen, S. 17.

⁷⁹ *Sterzel*, in: Blanke/Fedder, Privatisierung, Teil 2 B. Rn 163; zur Ausnahme Telekommunikationssektor vgl. unten Fn 90.

⁸⁰ BMVI, Verkehr und Mobilität, Verkehrsträger: http://www.bmvi.de/DE/VerkehrUndMobilitaet/Verkehrstraeger/verkehrstraeger_node.html; *Willms*, Private Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen, S. 17.

⁸¹ *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HB des Staatsrechts, Bd. IV, § 73 Rn 54: Er umreißt als notwendige Staatsaufgaben neben der Erschließung des Staatsgebiets durch Verkehrswege auch die Bereitstellung und Durchsetzung der Rechtsordnung, der Gewährleistung der Justiz, dem Schutz der Grundrecht sowie der Schulaufsicht.

⁸² BVerfGE 16, 147 (172).

⁸³ Eine Netzverantwortung des Bundes fehlt hier mangels einer eigentumsfähigen baulichen Grundlage. Vgl. *Uerpmann-Witzack*, Verkehr, in: HStR IV, § 89 Rn 49.

⁸⁴ Ebda, Rn 1.

⁸⁵ *Ronellenfisch*, Mobilität: Vom Grundbedürfnis zum Grundrecht?, in DAR 1992, 321 (323); *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 54;

⁸⁶ Vgl. Art. 89 Abs. 1 GG für das Bundeswasserstraßennetz und Art. 90 Abs. 1 GG für das Bundesfernstraßennetz.

⁸⁷ *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 3, Art. 87e Rn 42f; *Mösl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e Rn 172; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), in: DÖV 1994, 577 (580); *Windtborst*, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn 38; zum Begriff der Organisationsprivatisierung: *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl 1994, 962f.

trifft den Staat hierbei nur noch eine Gewährleistungsverantwortung, ggf. auch die Finanzierungsverantwortung⁸⁸ für ein ausreichendes Eisenbahnangebot (Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG). Hiervon ausgenommen ist nach Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG der Personennahverkehr, der damit in die Gewährleistungs- und Finanzierungsverantwortung der Länder fällt (Art. 143a Abs. 3 S. 1 GG).⁸⁹ Dies ändert jedoch grundsätzlich nichts an der Aufgabenkategorie.⁹⁰ Auch der Bau und die Unterhaltung von Häfen, Bahnhöfen und Flughäfen sind jeweils als Staatsaufgabe zu klassifizieren.⁹¹ Dies jedoch zunächst ohne eine Konkretisierung im Hinblick auf die Aufgabenzuständigkeit, die an dieser Stelle nicht zu erfolgen hat. Sämtliche der im Folgenden zu untersuchenden Großprojekte – das Bahnprojekt „Stuttgart 21“, der JadeWeserPort und der Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt – haben einen verkehrsinfrastrukturellen Bezug. Das Bereitstellen von Flughäfen, Bahnhöfen und Schifffhäfen ist insofern notwendiger Teil der Aufgabe der Gewährleistung infrastruktureller Daseinsvorsorge und unterfällt der Aufgabenverantwortung des Staates.⁹² Die Errichtung von Häfen, Bahnhöfen und Flughäfen muss daher als öffentliche Aufgabe im Allgemeinen sowie als Staatsaufgabe im Speziellen klassifiziert werden. Da es sich bei den Aufgaben weder um obligatorische noch um unvertretbare Aufgaben handelt,⁹³ unterfallen sie jedoch nicht zwangsläufig auch der Aufgabenerfüllung durch den Staat.⁹⁴ Vielmehr kann an die Stelle öffentlicher Dienste die staatliche Gewährleistung für eine ausreichende und geeignete Infrastrukturversorgung treten

⁸⁸ Diese trifft ihn dann, wenn die zum Wohl der Allgemeinheit erforderlichen Maßnahmen unter privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten unrentabel sind. Vgl. *Sommer*, Staatliche Gewährleistung im Verkehrs-, Post- und Telekommunikationsbereich, S. 80, 125.

⁸⁹ *Burger*, Zuständigkeit und Aufgaben des Bundes für den öffentlichen Personenverkehr nach Art. 87e GG, S. 53; *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 3, Art. 87e Rn 67; *Windtborst*, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn 60.

⁹⁰ Mit der Privatisierung des Telekommunikationssektors (Art. 87f II 1 GG) fand hingegen aufgabenrechtlich eine Umwandlung der Versorgungsaufgabe von der Staatsaufgabe zur öffentlichen Aufgabe statt. Der Staat erfüllt hier nun lediglich noch eine Garantie- und Regulierungsfunktion, vgl. z.B. *Frennd*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, in: NVwZ 2003, 408 (409).

⁹¹ *Bull*, Die Staatsaufgabe nach dem GG, S. 267; *Ossenbühl*, Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, in: DVBl 1974, 541 (542).

⁹² Mangels eines klar umrissenen Bestands von Staatsaufgaben, kann als Indiz für die Qualifizierung einer Aufgabe als solche der Funktionenplan (FPL) des Bundes herangezogen werden. Er bildet ein „Werk angewandter, praktischer Staatsaufgabenlehre“ (*Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 54). Dort ist unter der Gliederungsnummer 7 das Verkehrs- und Nachrichtenwesen mit den sog. Oberfunktionen Wasserstraßen und Häfen (da insb. auch Aus- und Neubau, Unterhaltung und Betrieb (731), Förderung der Schifffahrt (73), Eisenbahnen (74) sowie Luftfahrt, dort insb. Flughäfen und Luftverkehr (75)) als Staatsaufgabe aufgeführt.

⁹³ Hierzu *Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR IV, § 73 Rn 29, 31.

⁹⁴ Vgl. z.B. *Ossenbühl*, Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, in: DVBl 1974, 541ff; *Uerpmann-Wittzack*, Verkehr, in: HStR IV, § 89 Rn 5f.

(Wirtschaftsaufsicht). Dies entspricht den Privatisierungsvorgängen in diesem Bereich in jüngerer Zeit.⁹⁵

b) Partnerschaftsbegriff

Die öffentliche Partnerschaft bedeutet die Kooperation in einer Partnerschaft von mindestens zwei öffentlichen Hoheitsträgern.⁹⁶

Die Begriffe Kooperation, Partnerschaft und Zusammenarbeit betreffen im Wesentlichen einen inhaltsgleichen Kern: das zweckgerichtete Zusammenwirken zweier oder mehrerer (juristischer) Personen oder Systeme in Arbeitsteilung zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels.⁹⁷ Der Kooperationsbegriff wird in den verschiedenen Wissenschaftsbereichen, insbesondere im Hinblick auf die kooperative Zwecksetzung, divergent aufgefasst.⁹⁸ Nach einem tendenziell wirtschaftswissenschaftlichen Kooperationsverständnis vereinen sie regelmäßig zwei Grundprinzipien, die gleichermaßen Motiv und Motor sind: ein synergetisches und ein additives Element. Ersteres betrifft die Schaffung von Neuem, das durch einen Einzelnen allein nicht erschafft werden kann, während die additive Komponente diejenigen Effekte beschreibt, die durch das Zusammenfassen bestimmter Abläufe verschiedener Partner zu deren Optimierung erfolgen.⁹⁹ Diese Begriffsebenen lassen sich insgesamt übertragen und spiegeln Motivationen und Auswirkungen von Kooperationen im Allgemeinen wider. Zentrales Strukturmerkmal von kooperativem Zusammenwirken ist der Umstand, dass sich die Beteiligten im jeweiligen Prozess willentlich auf Gleichordnungsebene begeben und damit strukturell und prozessual dem Grundsatz nach formell gleichberechtigt sind.¹⁰⁰

Im rechtswissenschaftlichen Kontext der öffentlichen Partnerschaft trifft die Offenheit des Kooperationsbegriffes auf das Bedürfnis rechtlicher Bestimmtheit und Bestimmbarkeit. Mangels eindeutiger Determination findet sich in der einschlägigen Literatur eine begriffliche Vielfalt von Umschreibungen kooperativer Zusammenarbeit im öffentlichen Recht.¹⁰¹ *Hoffmann-Riem* attestierte bereits vor knapp

⁹⁵ *Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, S.194f.

⁹⁶ Vgl. oben unter B. I. 3.; *Schulze-Fielitz*, *Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung*, in: *GVwR* I, § 12 Rn 66; *Storr*, *Public-Public-Partnerships*, in: *LKV* 2005, 521 (522).

⁹⁷ Vgl. *Benz*, *Kooperative Verwaltung*, S. 34.

⁹⁸ Zum soziologischen, politik- und rechtswissenschaftlichen Kooperationsbegriff: *Benz*, *Kooperative Verwaltung*, S. 34ff mwN.

⁹⁹ Vgl. z.B. aus einem betriebswirtschaftlichen Blickwinkel: *Krüger*, *Kooperation und Wertschöpfung*, S. 8; *Swoboda*, in: *Zentes/ders./Morschett*, *Kooperationen, Allianzen und Netzwerke*, S. 35ff.

¹⁰⁰ *Klimecki*, *Laterale Kooperation*, S. 81.

¹⁰¹ Mit Umschreibungen wie Wechselseitigkeit (*Ritter*, *Der kooperative Staat*, in: *AöR* 104, S. 389 (391,396), Mitwirkungsbedürftigkeit des Verwaltungshandelns (*P. Kirchhof*, *Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken*, S. 30), Verflechtungen und Aufgabenteilung sowie Begriffsverwendungen wie Partnerschaften, Dialog (beides *J. Hesse*, *Aufgaben einer Staatslehre heute*, in: *Jahrbuch zur Staats-*

dreißig Jahren, dass „der Siegeszug von Kooperationsbeziehungen [...] empirisch nicht bezweifelbar“ sein dürfte.¹⁰² Demnach sei ein wichtiger Markstein die gewachsene Einsicht in die Bedeutung von Organisation und Verfahren für Entscheidungsinhalte.¹⁰³ Als Erscheinungsform eines gewandelten Staatsverständnisses zum „kooperativen Staat“¹⁰⁴ stellen Kooperationen strukturell regelmäßig eine Zwischenform zwischen Markt und Hierarchie dar und bringen entsprechenden Steuerungsbedarf mit sich.¹⁰⁵ Partnerschaften umfassen in abstracto diverse Formen der Aufgabenwahrnehmung. Klammert man mangels Relevanz für die hier geführte Erörterung diejenigen Beziehungen aus, die zwischen Staat und Privaten bestehen,¹⁰⁶ bleiben diverse Formen öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit. Je nach Bindungsintensität reichen Kooperationen von bloßem Informationsaustausch, zu gemeinsamer Planung und Koordination, informeller Zusammenarbeit über formalisierte gemeinsame/arbeitssteilige Leistungserbringung bis hin zur Kooperation in Form einer gemeinsamen Organisation (Institutionalisierung/Fusion).¹⁰⁷

III) Strukturelle Wandlung des Staates – Überlegungen zur Zusammenarbeit

Rein öffentliche Kooperation zieht vielgestaltige Folgen für das staatliche Gefüge öffentlicher Aufgabenerbringung nach sich.¹⁰⁸ Sie ist jedoch kein Selbstzweck, sondern in erster Linie Hilfsmittel im Hinblick auf die Erfüllung politischer Zielsetzungen.¹⁰⁹ Insofern ist sie auf ihren Verlauf (1), den Bezug zu Privatisierung (2) und Effizienz (3) sowie ihre möglichen Vorzüge und Nachteile (4) hin zu untersuchen.

und Verwaltungswissenschaft 1987, S. 55 (73, 80), Kommunikation und Konsensfindung ist nur ein kleiner Ausschnitt dieser terminologischen Vielfalt betroffen.

¹⁰² Hoffmann-Riem, Demonstrationsfreiheit durch Kooperation, in: Brandt u.a., FS Simon, S. 379 (381).

¹⁰³ Ebda.; Hesse, in: Benda/Maihofer/Vogel, HB des Verfassungsrechts, § 5 Rn 42ff.

¹⁰⁴ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn 271.

¹⁰⁵ Schwintowski/Ortlieb, in: Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 189ff.

¹⁰⁶ Dazu umfassend: Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 insbes. Rn 77ff.

¹⁰⁷ Vgl. Reichard, Institutionelle Alternativen zu Public-Private-Partnerships, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf, Verwaltungskooperation, S. 61ff.

¹⁰⁸ Je nach Kooperationssubjekten besteht die Möglichkeit einer Wandlung von Überordnung zur Gleichordnung, von Anhörungen zu Verhandlungen, einseitig-hoheitlich verpflichtenden Instrumenten zur Durchsetzung durch Verträge sowie generell hin zu Verhandlungsorientierung und konsensual geprägter Problemlösung.

¹⁰⁹ Zur kooperativen Zielsetzung des „aktivierenden Staates“ als Leitbild i.S.d. Kabinettsbeschlusses „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“ der 19. BReg (Kabinett Schröder I): BMI, Moderner Staat

Die Verschiebung der Austragung gesellschaftspolitischer Konflikte auch und gerade auf die Exekutiv-, spezieller die Administrativebene, hat Folgen im Hinblick auf Effektivität und Legitimation.¹¹⁰ Dementsprechend mehrten sich die Handlungsbedürfnisse, Unsicherheiten und Konflikte, die nach Steuerungsintensivierung und gewandelter Leistungserbringung durch den Staat verlangen.¹¹¹ Die ursprünglichen hoheitlichen und hierarchischen Mechanismen staatlicher Steuerung können diesen Vorgängen allein nicht mehr adäquat begegnen.¹¹² Kooperatives Vorgehen und kooperative Partnerschaften staatlicher Akteure können zur effizienten Ausfüllung des Bereichs zwischen hoheitlich-hierarchischen Ausprägungen staatlicher Aufgabenerfüllung und gesellschaftlicher Selbststeuerung dienen.

1) Kooperationsprozess

Kooperation ist kein abstrakter Vorgang, der sich in einer isolierten Handlung vollzieht. Sie ist vielmehr ein komplexer Prozess, der kommunikative und strategische Interaktion erforderlich macht. Das Verfahren gliedert sich in verschiedene generell typisierbare Prozessstufen.¹¹³ Es unterliegt primär freilich nicht rechtswissenschaftlichen Prämissen, sondern ist in der Hauptsache geprägt durch sozio-politische und verhaltensökonomische Erwägungen. Für das Verständnis um die kooperationsbezogenen Vorgänge ist es dennoch sinnvoll, den Kooperationsprozess auf zeitlicher Ebene in gebotener Kürze darzustellen.

Auf der ersten Stufe steht die Entschließung zu kooperativem Handeln.¹¹⁴ Kooperationsbereitschaft ist ein wesentliches Element zur Zielerreichung in diesem

– Moderne Verwaltung; *Vorlesung*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: GVwR I, § 1 Rn 63f; vgl. zudem *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn 273.

¹¹⁰ *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: GVwR I, § 6 Rn 58.

¹¹¹ Staatliche Steuerung betrifft den Modus, die Art und Weise der Durchsetzung eines Ziels einem Adressaten gegenüber, alternativ die Durchsetzung eines bezweckten Verhaltens. Vgl. *Mayntz*, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme, in: Ellwein u.a., Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1987, S. 89 (100ff).

¹¹² *Franzjusz*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: GVwR I, § 4 Rn 53; *John-Koch*, Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat, S. 5; *Künig*, Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 43; *Ritter*, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Staatswissenschaft und Staatspraxis 1990, 50 (58ff); *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem Staat“, S. 13 (15).

¹¹³ Vgl. dazu insgesamt *Benz*, Kooperative Verwaltung, S.74ff.

¹¹⁴ Begrifflich müsste es Kooperationshandeln heißen, da kooperatives Handeln insofern eine allgemeine verhaltensbezogene Strategie zum Erreichen eines Konsenses betrifft, während Kooperationshandeln sich auf das Vorgehen in der Kooperationsbeziehung bezieht. Vgl. *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 81.

Sinne.¹¹⁵ Wenngleich sich dies als theoretische Selbstverständlichkeit darstellt, wird im Folgenden noch zu veranschaulichen sein, dass ein nachträglicher Wegfall der Kooperationsbereitschaft eine bereits eingegangene Kooperation signifikant erschwert und erhebliche Folgen nach sich ziehen kann.¹¹⁶ Kooperationsbereitschaft und Kooperationsverhalten sind insofern eng verknüpfte Faktoren. Generell wird davon ausgegangen, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit der Kooperation proportional zu tatsächlichen Einflussmöglichkeiten der Partner verlaufen: Je gleichwertiger also die Machtverhältnisse in Kooperationen sind, desto höher ist die Kooperationsbereitschaft und desto wahrscheinlicher wird die erfolgreiche Umsetzung des Kooperationsziels.¹¹⁷

Im Fortgang der Zusammenarbeit, auf der zweiten Stufe, gilt es etwaige divergierende Interessen in Einklang zu bringen und Kompromisse zu erarbeiten.¹¹⁸ Im Sinne effizienter Gestaltungen sind hier pragmatische Handlungsorientierungen, d.h. vor allem eine Ausrichtung an konkreter Realisierbarkeit, erstrebenswert.¹¹⁹

Auf einer dritten Stufe erfolgt das Handeln im konsensualen partnerschaftlichen Sinne im Hinblick auf Ziele und Aktionen, demnach der Vollzug der Kooperationsvereinbarungen.¹²⁰ Tatsächliche Subordinationsverhältnisse, begründet durch stark divergierende Finanzkraft der Partner etwa, wirken sich naturgemäß gerade auf dieser Ebene besonders aus.¹²¹ Nach einer Einigung über den Kooperationsgegenstand sowie über Details der Zusammenarbeit beginnt das eigentliche Kooperationsverhältnis – das nun folgende Vorgehen hat im Sinne aller Kooperationspartner zu erfolgen, die Interessen und Motivationen können hingegen divergieren.¹²² Dabei ist die Informationsbasis der Kooperation entscheidend. Informationsasymmetrien können nicht nur Ineffizienzen bewirken, sie sind auch begrifflich entgegengesetzt zur Zwecksetzung und haben damit eine unkooperative Tendenz. Informationsgewinnung und -intensivierung in komplexen Sachverhalten hingegen

¹¹⁵ Zu deren Umfang und Auswirkungen, vgl.: *Mintzberg/McHugh*, Strategy Formation in Adhocracy, in: *Administrative Science Quarterly* 30 (1985), 160ff; *Mintzberg/Waters*, Of Strategies, Deliberate and Emergent, in: *Strategic Management Journal* 6 (1985), 257ff.

¹¹⁶ Siehe unten E)IV)3).

¹¹⁷ Vgl. *Amy*, The Politics of Environmental Mediation, S. 80ff; *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 100.

¹¹⁸ Vgl. zum Grundbegriff des Konsenses: *Lepora/Goodin*, On Complicity and Compromise, S. 17ff.

¹¹⁹ *Battmann*, Verhaltensökonomie: Grundannahmen und eine Anwendung am Fall des kooperativen Handelns, S. 59ff.

¹²⁰ Vgl. zu Konsensfindungsmodi: *Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, S. 204ff.

¹²¹ In diesem Sinne: *Pruitt*, Negotiation Behavior, S. 92.

¹²² Vgl. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Bd. 1, S. 441.

sind ein wesentlicher Nutzen dieser Vorgehensweisen.¹²³ Darüber hinaus erfordern Kooperationen zugleich eine breite Vertrauensbasis zwischen den Beteiligten.

Die letzte Stufe ist die Beendigung der Kooperation. Sie erfolgt im Idealfall nach erfolgreicher Zielerreichung, mitunter aber auch nach einem Scheitern der Kooperation.

2) Kooperation und Privatisierung

Kooperationen befinden sich nicht selten an der Schnittstelle zum Privaten. Dies betrifft insbesondere auch die Aufgabenerledigung im Rahmen neu geschaffener organisatorischer Einheiten in privater Rechtsform. Die Aufgabenerledigung der Kooperation in einer privatrechtlichen Gesellschaftsform stellt eine formelle Privatisierung dar. Es handelt sich jedoch nicht um die Privatisierung der öffentlichen Aufgabe selbst, allein Organisation und Verfahren zur Erledigung erfolgen in privatrechtlichem Rahmen unter Beibehaltung der originären Aufgabenverantwortung.¹²⁴ Im Zuge einer formellen Privatisierung wird eine öffentliche Aufgabe auf eine vollständig von der öffentlichen Hand gehaltene Eigengesellschaft in privater Rechtsform übertragen.¹²⁵ Demzufolge ist der Begriff der öffentlich-öffentlichen Kooperation, wie er in dieser Arbeit verwendet wird, auch in diesen Fällen weit zu verstehen und nicht auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen beschränkt.

3) Effizienz als Maxime öffentlicher Aufgabenerfüllung?

Die Gründung einer Eigengesellschaft, einer rechtlich und wirtschaftlich aus der Verwaltung ausgegliederten Tochtergesellschaft, deren Anteile gänzlich in der Hand von öffentlichen Trägern verbleiben,¹²⁶ erfolgt aus diversen Motiven. Flexibilisierung des wirtschaftlichen Handelns, Straffung von Entscheidungsprozessen, breitere Möglichkeiten der Personalgewinnung bzw. des -abbaus und Steigerung der Marktakzeptanz sind nur einige davon. Effizienzsteigerung ist jedoch Überbegriff all dieser Motive. Effizienz und Effektivität, häufig synonym verwendet, dienen zur

¹²³ *Treiber*, Probleme der Neutralität staatlichen Handelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 287 (288f).

¹²⁴ *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, in: ZGR 1996, 345 (347).

¹²⁵ Vgl. *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, 585 (588); *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn 268; *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, in: GewArch 1995, 129 (130); *Lecheler*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: BayVBl 1994, 555 (559); *Mayen*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, in: DÖV 2001, 110 (111); *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn 124; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl 1994, 962.

¹²⁶ *Bultmann*, Zur Privilegierung gemischt-öffentlicher Eigengesellschaften bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2006, 222.

Beschreibung der Geeignetheit von Art und Weise der Leistungserbringung.¹²⁷ Unter denjenigen zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen ist diejenige effizient, die den größten Nettonutzen erwarten lässt¹²⁸ und diejenige effektiv, die maximale Wirksamkeit erreicht. Einen rechtlichen Rahmen finden Effizienz und Effektivität im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsprinzips, das im Zuge der Forderung nach Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 6 Abs. 1 HGrG) in erster Linie haushaltsrechtliche Bedeutung hat.¹²⁹ Mit Effizienz ist somit zugleich Optimierung des Mittel-Zweck-Verhältnisses angesprochen.¹³⁰ Die hiermit ausgedrückte Wirtschaftlichkeit hat nach mittlerweile wohl einhelliger Auffassung Rechtsprinzipcharakter und bedeutet mitunter die Rechtswidrigkeit derjenigen Handlungen, die unwirtschaftlich sind. Sie ist insofern Vollzugs- und Kontrolldirektive für öffentliches Wirtschaften.¹³¹

Diesen Direktiven entsprechend sind wesentliche Anreize des kooperativen Zusammenarbeitens auch Effektivitäts-, Effizienz-, bzw. Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte. Insofern ist jedoch nicht allein der sparsame Mitteleinsatz als Bestandteil der Wirtschaftlichkeit betroffen,¹³² vielmehr ist mit der Effektivität und Effizienzsteigerung jenseits hiervon auch ein nicht kostenbezogener Ansatz im Zusammenhang mit diesen allgemeinen Prinzipien des Staatsrechts¹³³ angesprochen.

¹²⁷ Reding, Die Effizienz staatlicher Aktivitäten, S. 26.

¹²⁸ v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 47; ders., Ist der rationale Staat möglich?, in: ders./Lüder, Wirtschaftlichkeit in Staat und Verwaltung, S. 72; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 311; Häberle, Effizienz und Verfassung, in: AöR 98, 625ff; Rischer, Finanzkontrolle staatlichen Handelns, S. 348ff; Schulze-Fielitz, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, in: VVDStRL 55, 231 (255).

¹²⁹ Vgl. auch Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG und § 7 Abs. 1 BHO/LHO.

¹³⁰ v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 36f.; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 423.

¹³¹ Vgl. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 60f; Pabst, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, S. 112; R. Schmidt, Rechtliche Möglichkeiten für Privatisierungen im Bereich der Deutschen Bundespost, in: Badura/Scholz, FS Lerche, S. 965 (975f).

¹³² Vgl. zum Verhältnis der Termini Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit: v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 49; Eichborn, Verwaltungshandeln und Verwaltungskosten, S. 14; Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, S. 185 mwN.

¹³³ So Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 311f: Demnach sei das Wirtschaftlichkeitsgebot eine „Konkretisierung“ des „allgemeine[n] Prinzip[s] der Effizienz“. Vgl. zur Zuordnung dieses Effizienzprinzips zum Staatsrecht: ders., Der Fiskalbeamte – ein Fiskalprivileg, in: DÖV 1970, 397 (404).

4) Anreize für und Risiken von öffentlichen Partnerschaften

Die Motive für eine rein öffentliche Kooperation liegen anders als die Motive der sogenannten PPPs¹³⁴ – den funktional privatisierten Zusammenarbeitsformen mit privatwirtschaftlichen Akteuren¹³⁵. Nicht die Gewinnung von Fremdkapital für das eigene Projekt ist hier Hauptmotiv für Zusammenarbeit, vielmehr ist Motiv einer Suche nach einem staatlichen Partner regelmäßig die Aufgabenbewältigung in einem besonders belastbaren und leistungsfähigen Bündnis. Rein öffentliche Zusammenarbeit birgt jedoch auch Risiken. Pro und Contra der öffentlichen Partnerschaft sollen nachfolgend gegenübergestellt werden. Dabei wird an dieser Stelle zunächst ein genereller Vergleich angestellt. Anreize und Risiken differieren im Hinblick auf die konkrete Kooperation und ihre spezielle Zwecksetzung teilweise erheblich. Dies wird im folgenden Abschnitt E. durch den konkreten Projektvergleich dargelegt.

¹³⁴ Diese vielfältigen Formen öffentlich-privater Zusammenarbeit, die am Ende der 1990er Jahre in Deutschland aufkamen (vgl. *Bauer*, Verwaltungsverträge, in: GVwR II, § 36 Rn 42; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 5 Rn 53), dienen der öffentlichen Hand vor allem zur Akquirierung finanzieller Ressourcen für öffentliche Projekte der Daseinsvorsorge (*Budäus*, Public Private Partnership, in: ders., Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 11; *Tettinger*, Public Private Partnership, in: NWVBl 2005, 1). Typische Einsatzgebiete sind der Verkehrssektor, die Ver- und Entsorgung und der öffentliche Hochbau. Verallgemeinerungsfähige Merkmale sind eine langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen Hoheitsträger und privatem Wirtschaftssubjekt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (*Alfen/Fischer*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, PraxisHB Public Private Partnership, S. 3; *Sack*, Public Private Partnership, in: *Blanke u.a.*, HB zur Verwaltungsreform, S. 161). In den vergangenen Jahren hat diese zunächst äußerst beliebte Kooperationsform im Anstieg stagniert. Zunehmend waren entsprechend realisierte Maßnahmen erheblicher Kritik ausgesetzt, da häufig nicht die erwarteten Potenziale realisiert werden können (BRH-Gutachten v. 24.09.2013, Gz. V 3-2013-0144, insb. S. 47ff). Kritisiert wird vor allem der durch die Auslagerung bedingte Kontrollverlust der öffentlichen Hand und die damit einhergehende unzureichende organisatorische Steuerbarkeit von für die Allgemeinheit bedeutender Vorhaben. Andere Kriterien, die gegen diese Kooperationsform sprechen, sind zunehmend unklare Verantwortungsstrukturen mit teilweise erheblichen Legitimationsproblemen sowie ein Zielwandel weg von der Allgemeinwohl- hin zur Gewinnerorientierung (vgl. dazu insgesamt *König*, Zur Managerialisierung und Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung, in: *Speyerer Forschungsberichte* 209, S. 33ff). Auch handele es sich bei der Gewinnung von privatem Fremdkapital lediglich um eine „verdeckte Staatsverschuldung“, letztendlich eine Umgehung der Schuldenbremse und keine tatsächliche Haushaltsentlastung. Vgl. insgesamt zur mangelnden Transparenz der PPP-Modelle in öffentlichen Haushalten: *Gatzke*, Public Private Partnerships und öffentliche Verschuldung, S. 58f. Zu entsprechender Kritik verschiedener Landesrechnungshöfe: LRH BW, Denkschrift 2000, S. 8f; LRH Bay, Jahresbericht 1994, S. 57; LRH SH, Bemerkungen 2002, S. 206f).

¹³⁵ Der Begriff der funktionalen Privatisierung, auch Vollzugsprivatisierung genannt, ist eine Zwischenform von formeller und materieller Privatisierung. Sie bedeutet die Einbeziehung eines, zumindest partiell, von der öffentlichen Hand unabhängigen Privaten in die Erledigung öffentlicher Aufgaben. Dabei bleibt die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung bestehen. Der einbezogene Dritte trägt in der Folge ggü. dem öffentlichen Partner die sog. Erfüllungs- oder Erledigungsverantwortung, während die Aufgabenverantwortung weiterhin beim öffentlichen Träger liegt. Vgl. dazu *DiFabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: *JZ* 1999, 585 (589f).

a) Vorteile öffentlicher Partnerschaften

Allgemein ist wesentlicher Anreiz einer öffentlichen Kooperation die Kräftebündelung. Insbesondere durch das Nutzbarmachen des Knowhows anderer öffentlicher Einrichtungen, die Kumulation von Verwaltungskraft zu ihrer Stärkung und die Modifizierung eines Wettbewerbsverhältnisses zu einem Partnerschaftsverhältnis können weitreichende Synergieeffekte erzielt werden. Insgesamt liegt hier die Annahme zugrunde, dass die Verbesserung von Verwaltungs- und Organisationsabläufen die Zielformulierungen eines modernen Staatsverständnisses kennzeichnen sollten, weniger hingegen die Abführung dieser Aufgaben an den privaten und der Verbleib lediglich „*unwirtschaftlicher Restaufgaben*“ im öffentlichen Sektor.¹³⁶

Partnerschaften können gerade im Rahmen des Effektivitätsgebots¹³⁷ als administrativer Handlungsmaßstab sinnvoll, mitunter gar erforderlich sein. Wesentlicher Nutzen der öffentlichen Partnerschaft ist die grundsätzlichere Unabhängigkeit der öffentlichen Hand von privatwirtschaftlichen Interessen und Vorstellungen. Diese orientieren sich an Partikularinteressen und sind naturgemäß anders gelagert und daher schwieriger vereinbar mit den am öffentlichen Interesse ausgelegten Motivationen der öffentlichen Träger.¹³⁸ Kostensenkungen und steigende Verwaltungskraft bei gleichzeitigem Erhalt politischer Eigenständigkeit und Unabhängigkeit sind ein weiteres signifikantes Potenzial von rein öffentlichen Partnerschaften.¹³⁹ Hierbei spielt auch die notwendige Einhaltung verfassungsrechtlicher Demokratievorgaben in Bündnissen mit öffentlicher Beteiligung eine nicht unerhebliche Rolle.¹⁴⁰

Die föderalistischen Strukturen haben letztlich zu einer Aufspaltung ursprünglich wirtschaftsstarker gewachsener Gebiete geführt. In Regionen wie den norddeutschen Ländern Schleswig-Holstein, Hamburg und Bremen oder dem Rhein-Neckar-Raum wurden durch die Grenzziehungen Wettbewerbsstrukturen geschaffen und der über lange Zeit gewachsene – auch wirtschaftliche – Zusammenhalt

¹³⁶ Kiffler, Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Gusy, Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 57 (59).

¹³⁷ Effektivität wird dabei als Grad der Zielerreichung verstanden, siehe Eibhorn, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, S. 162.

¹³⁸ Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: ders., Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 330 (335); Reichard, Organisations-PPP, in: Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 79, 81ff.

¹³⁹ Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 614.

¹⁴⁰ Siehe insb. unten D)I)4); Vgl. insges. v. Münch, Das Spannungsverhältnis zwischen funktionaler Privatisierung und demokratischer Legitimation.

Nicht zu Unrecht wird daher angeführt, dass die Kooperation mit Privaten gerade „in der Demokratie, in der die Staatsgewalt nicht vom Einzelnen, sondern vom Volke ausgeht“ Beziehungen zu Privaten „durchaus als eine atypische, regelwidrige und somit als begrenzte, an strenge Voraussetzungen gebundene Ausnahme von der Regel“ gewertet werden müssen, da zunächst nur der Staat einseitig den Volkswillen vermitteln kann (Krüger, Allg. Staatslehre, S. 614).

geschwächt.¹⁴¹ Dies gilt für ihre Kommunen ebenso wie für die Länder im Ganzen. Konkurrenz weicht dann der Kooperation: Wird in einem Tätigkeitsfeld aus einem föderal bedingten Wettbewerbsverhältnis¹⁴² eine Kooperation, so kann dadurch eine Stärkung der externen Wettbewerbsfähigkeit erreicht werden.¹⁴³ Die Partner profitieren dabei von wirtschaftlichen, andererseits von fachkompetenziellen Ressourcen und entsprechenden vorhandenen Infrastrukturen.

Öffentliche Kooperation dient insbesondere auch dazu, die „staatliche Leistungsfähigkeit bei zunehmender Komplexität gesellschaftlicher Probleme, Unsicherheit von Entwicklungen und Ressourcenknappheit sicherzustellen.“¹⁴⁴ Dies spielt auch im Zusammenhang mit finanzieller Leistungskraft eine wichtige Rolle: Länder mit hohem Verschuldungsstand, Bremen oder Berlin etwa,¹⁴⁵ benötigen zur Umsetzung besonders kapitalfordernder Vorhaben externe Partner.¹⁴⁶ Spezifisches Fachwissen, Sachverstand, vorhandene Infrastrukturen, etc. können dabei in die Verhandlungsmasse um eine Partnerschaft eingebracht werden, wobei die Aufgabenwahrnehmung, bzw. ihre Erfüllung weiterhin im eigenen Verantwortungsbe- reich bewahrt wird. Gemeinsame Ressourcennutzung ist folglich ebenfalls ein Vorzug öffentlicher Partnerschaften.¹⁴⁷

Insbesondere die Qualitätskontrolle im Hinblick auf die Dienstleistungserbringung sowie die Einflussnahme auf konkrete Qualitätsstandards sind, anders als bei der Auslagerung auf Private, müheloser möglich und eine wesentliche Zielsetzung. Durch den Erhalt der Aufgaben- bzw. der Projektorganisation im Bereich öffentlicher Trägerschaft ist die Flexibilität der Organisation gewährleistet, so dass auch Anpassungen bei veränderten Anforderungen möglich bleiben.

¹⁴¹ *Herdegen*, Neugliederung des Bundesgebiets im Spannungsfeld zwischen staatsrechtlicher Kontinuität und Effizienzerwartung, in: Bohr, Föderalismus. Demokratische Struktur für Deutschland und Europa, S. 127 (129, 134).

¹⁴² Vgl. zur Thematik um den sog. Wettbewerbsföderalismus insgesamt: *Heise*, Bündische Solidarität oder föderaler Wettbewerb?; *Hobler*, Kooperation Staat Kooperation; *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung; *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 15.

¹⁴³ *Musil*, Wettbewerb der staatlichen Verwaltung, S. 25; *Reichard*, Verwaltungsmodernisierung in Deutschland, in: Wallerath, Verwaltungsrenewierung, S. 30f; *Nagel*, Verwaltung anders denken, S. 82f.

¹⁴⁴ *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 59.

¹⁴⁵ Vgl. Statistisches Bundesamt, Statistiken über die Schulden der öffentlichen Haushalte 2014 (Fachserie 14 Reihe 5).

¹⁴⁶ *Botbe*, Rechtsvergleichender Generalbericht, in: Starck, Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, S. 175 (194); *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 40.

¹⁴⁷ *Schulz/Schuppan*, Fusionen im öffentlichen Sektor, in: Hilgers/Schauer/Thom, Public Management im Paradigmenwechsel, S. 427f.

b) Nachteile öffentlicher Partnerschaften

Rein öffentliche Partnerschaften können jedoch auch Nachteile mit sich bringen. Problematisch stellt sich häufig die Verantwortungs- und Risikoverteilung von Kooperationen dar. Die Verteilung ist mitunter nicht eindeutig bzw. unübersichtlich gestaltet und kann Überkapazitäten und erschwerte oder mangelhafte Projektsteuerung zur Folge haben.¹⁴⁸ Kooperation soll Effizienz und Effektivität von Entscheidungen und Aufgabenerledigung sicherstellen. Unklare Verantwortungsstrukturen bergen hingegen die Gefahr, die dahingehenden Potenziale regelrecht umzukehren und zu vorhabenschwächenden Ineffizienzen zu führen.

Oft mangelt es öffentlichen Partnerschaften gerade bei großen und bedeutsamen Zusammenschlüssen an einer entsprechenden Informations- und Kommunikationsbasis. Die Organisationsstrukturen weisen dort nicht selten Defizite auf.¹⁴⁹ Je komplexer jedoch eine Aufgabe ist, desto wesentlicher werden diese Faktoren für die erfolgreiche Durchführung.¹⁵⁰ Gerade starre hierarchische Strukturen in der für die Partnerschaft zuständigen Verwaltungseinheit können hierbei kooperationschwächend wirken. Auch im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Legitimation können die Kooperationen Schwierigkeiten aufwerfen.¹⁵¹ Insbesondere institutionalisierte Kooperationen, für die eine Gesellschaft in Privatrechtsform gegründet wurde, weisen nicht selten undurchsichtige Strukturen auf, die insbesondere unter Gesichtspunkten der Kontrolle staatlichen Handelns problematisch sind.¹⁵² Auf diese Punkte wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit vertieft eingegangen.

5) Zwischenergebnis

Nach alledem ist die rein öffentliche Zusammenarbeit ein geeignetes Instrument für die effiziente Aufgabenerfüllung im modernen Staat. Nicht nur überwiegen die Anreize die Nachteile, auch sind Letztere insgesamt grundsätzlich vermeidbar. Gerade ein Anreiz wie die Kräftebündelung hat großes Potenzial zur staatlichen Leistungssteigerung beizutragen, während Zusammenarbeit gut strukturiert auch eine klare Verantwortungs- und Risikoverteilung gewährleisten kann. Zusammenarbeit bietet daher eine attraktive Alternative zur Auslagerung der Aufgabenerledigung auf private Dritte und ermöglicht den Erhalt bedeutender Aufgaben (der Daseinsvorsorge) im staatlich weitgehender steuerbaren Raum.

¹⁴⁸ BReg, Praxisleitfaden Projektmanagement für die öffentliche Verwaltung, S. 56.

¹⁴⁹ Vgl. zu Informations- und Organisationsdefiziten unten das Projekt BER unter E)IV)2).

¹⁵⁰ Ebda.

¹⁵¹ Siehe umfassend unten D)I)4).

¹⁵² Vgl. dazu unten unter D)III).

6) Vorhabenträger

Träger eines Großprojekts ist der Bauherr,¹⁵³ derjenige also, der das Vorhaben für eigene oder fremde Zwecke realisiert. Während dies prinzipiell private sowie öffentliche Stellen – letztere insbesondere auch in privatrechtlich organisierter Form – sein können, werden in der vorliegenden Untersuchung nur solche Projekte begutachtet, deren Vorhabenträger Gebietskörperschaften bzw. hiervon organisatorisch ausgegliederte Unternehmen sind.

IV) Formen und Ebenen der Kooperation

Rein öffentliche Partnerschaften bieten vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Es stellt sich daher nicht die Frage, „*ob überhaupt Kooperation notwendig ist (sie ist es immer), sondern die Frage nach Ausmaß und Formen.*“¹⁵⁴ Unter dem noch neueren allgemein gehaltenen Begriff der Öffentlich Öffentlichen Partnerschaft (ÖÖP) werden diverse Formen (1) gemeinsamer öffentlicher Aufgabenwahrnehmung verschiedener öffentlicher Träger (2) zusammengefasst.¹⁵⁵ Die Bezeichnung ist jedoch kein Rechtsbegriff, auch eine trennscharfe Begriffsdefinition besteht wegen der vielfältigen Ausformungen nicht.¹⁵⁶ Kooperationen beinhalten neben strukturellen, auch prozessuale und vor allem ergebnisbezogene Merkmale und erweisen sich insgesamt als multidimensionales Gebilde.¹⁵⁷ Sie begegnen darüber hinaus verfassungsrechtlichen Grenzen (3).

1) Kooperationsformen

Die Formen der Zusammenarbeit reichen hinsichtlich ihrer inhaltlichen Qualität von der informellen (a), über die vertragliche (b), bis zur institutionalisierten Kooperation (c).

¹⁵³ Vgl. auch die Legaldefinition des Art. 56 Abs. 1 BayBO und § 54 Abs. 1 HBauO mit ihrer Bezugnahme auf die Verantwortlichkeit als Ansatz der Bauherreneigenschaft. Krit. hierzu *Wiebert/Sander*, in: Große-Suchsdorf/u. a., NBauO, § 56 Rn 7f: Die Verantwortlichkeit sei weniger Voraussetzung als vielmehr rechtliche Folge der Bauherreneigenschaft. Demnach ist Bauherr derjenige auf dessen Veranlassung und nach dessen Willen eine Baumaßnahme vorbereitet oder durchgeführt wird.

¹⁵⁴ *Articus/Söbbeke*, Möglichkeiten und Probleme des Föderalismus in der BRD aus Sicht des Deutschen Städtetages, in: Härtel, HB Föderalismus, Bd. II, § 34 Rn 10.

¹⁵⁵ *Storr*, Public-Public-Partnerships, in: LKV 2005, 521 (522).

¹⁵⁶ Vgl. *Bauer*, Verwaltungsverträge in: GVwR II, § 36 Rn 48.

¹⁵⁷ *Grundwald*, Konflikt-Konkurrenz-Kooperation, in: ders./Lilge, Kooperation und Konkurrenz in Organisationen, S. 50 (72); *Benß*, Kooperative Verwaltung, S. 37.

a) Informelle Kooperation

Unter dem Begriff des informellen oder informalen Verwaltungshandelns¹⁵⁸ werden solche Handlungen zusammengefasst, die sich keiner herkömmlichen formalisierten Handlungsform zuordnen lassen.¹⁵⁹ Umfasst sind damit vor allem Absprachen und sonstige Kontakte, die einer behördlichen¹⁶⁰ Entscheidung vorgeschaltet sind oder diese ersetzen.¹⁶¹

Informelle Formen der Kooperation bedürfen in Ermangelung rechtlicher Bindungswirkung zuvorderst des *konsensualen Zusammenwirkens* der Beteiligten.¹⁶² Erfüllungsansprüche können gar nicht, Sekundäransprüche nur in sehr begrenztem Rahmen geltend gemacht werden.¹⁶³ Es handelt sich um Kooperationen, in denen die Beteiligten sich willentlich für die Form der Informalität vor der Verbindlichkeit entscheiden.¹⁶⁴ Diese informellen Realakte gewinnen zunehmend an Bedeutung.¹⁶⁵ Häufig sind sie Teil der schlechthin notwendigen Gespräche, bzw. Verhandlungen von Hoheitsträgern untereinander oder aber mit privaten Unternehmen.

Bei Großprojekten tritt diese Kooperationsform aber mitunter früher ein. Schon auf der Ebene der Bedarfsplanung und Projektentscheidung bieten informelle Kooperationen gleichzeitig Flexibilität und Planungsklarheit, während sie Planungssicherheit in Ermangelung rechtlicher Verbindlichkeit nicht hervorbringen können.¹⁶⁶ Ein solches Vorgehen eignet sich insbesondere zur bürgerseitigen Akzeptanzgewinnung, z.B. im Rahmen von Mediationsverfahren,¹⁶⁷ die bereits in sehr

¹⁵⁸ Zur Begriffsdifferenzierung vgl. *Bohne*, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln, in: *VerwArch* 1984, 343; *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, S. 16; *Kautz*, Absprachen im Verwaltungsrecht, S. 32.

¹⁵⁹ *Ossenbühl*, Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: *UTR* Bd. 3 (1987), 29; *Kautz*, Absprachen im Verwaltungsrecht, S. 39.

¹⁶⁰ Informales Handeln beschränkt sich jedoch mitnichten auf administratives Tun. Auch das Verfassungsrecht hält entsprechende Möglichkeiten für informelle Organisations- und Verfahrensmodalitäten bereit (dazu ausführlich: *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, S. 12ff; *Oebbecke*, Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen, *DVB1* 1986, 793ff.).

¹⁶¹ *Maurer*, Staatsrecht I, § 10 Rn 58.

¹⁶² Informelles öffentliches Handeln ist darüber hinaus nicht auf beiderseitiges Zusammenwirken beschränkt, sondern umfasst auch einseitige informelle Akte (vgl. *Febling*, Informelles Verwaltungshandeln, in: *GVwR* II, § 38 Rn 13).

Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: *HStR* VI, § 141 Rn 36

¹⁶³ Haftung aus Sekundäransprüchen kommt nur dort in Frage, wo eine haftungsrechtliche Anknüpfung an tatsächliches Verhalten erfolgen kann. Vgl. auch: *Febling*, Informelles Verwaltungshandeln, in: *GVwR* II, § 38 Rn 7, 116.

¹⁶⁴ Vgl. *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: *GVwR* II, § 12 Rn 69.

¹⁶⁵ *Kautz* beschreibt insofern einen „Trend zur Kooperation [...] hin zum sog. ‚informalen‘“, vgl. *Kautz*, Absprachen im Verwaltungsrecht, S. 31.

¹⁶⁶ *Erdmann*, Der JadeWeserPort, in: *NdsVBl* 2009, 104 (105).

¹⁶⁷ Siehe dazu unten S. 28ff.

frühen Projektstadien, beispielsweise im Rahmen der Standortwahl eingesetzt werden.¹⁶⁸ Informelles Verwaltungshandeln innerhalb von Kooperationen zeichnet sich weiterhin dadurch aus, dass es stets eines Interessenausgleichs mit dem Partner, bzw. Betroffenen bedarf. Der Erfolg hängt schließlich immer von der Kooperationsbereitschaft des Partners ab. Ein großer Vorteil dieser Verfahrensweisen ist vor allem, dass Standpunkte, Auffassungen, Optionen und Alternativen umfassend ausgetauscht und geklärt werden können. Es besteht daher das Potenzial einer Entlastung des rechtsförmigen Verwaltungsverfahrens sowie erheblicher Kosten- und Zeitersparnisse.¹⁶⁹ Abbau von Rechtsunsicherheit, Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten, vor allem mit betroffenen Bürgern, Effektivitäts- und Praktikabilitätsabwägungen sowie die Flexibilisierung exekutivischer Vorgänge sind insofern wesentliche Vorteile informaler Kooperation.¹⁷⁰

Daneben bestehen jedoch auch Risiken dieser Zusammenarbeitsform. Neben ihrer mangelnden Verbindlichkeit, die grundsätzlich einen Ausstieg aus Verhandlungen ohne weitergehende rechtliche Konsequenzen möglich macht,¹⁷¹ wird vor allem angemahnt, dass diese Kooperationen das Hinwegsetzen über gesetzliche Regeln erleichtert.¹⁷² Im Rahmen der „*Eigendynamik des Informalen*“¹⁷³ bestehe auch eine Gefahr mangelnder Transparenz sowie der Missachtung des staatlichen Distanzgebotes.¹⁷⁴ Die Offenlegung informeller Vereinbarungen lässt sich regelmäßig nicht erzwingen. Gerade im Hinblick auf die Möglichkeit demokratischer Kontrolle kann informelles kooperatives Handeln somit Schwierigkeiten mit sich bringen.

Informelle Kooperation zeigt sich in verschiedenen Ausgestaltungen. Hier finden allein die für diese Arbeit in Betracht zu ziehenden Formen Erörterung.

¹⁶⁸ Vgl. dazu unten, Projekt BER, E)IV)2)e)bb)(1)(b)(bb).

¹⁶⁹ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 36; Kautz, Absprachen im Verwaltungsrecht, S. 68ff.

¹⁷⁰ Vgl. Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, in: VerwArch 1987, 241 (250ff).

¹⁷¹ Febling, Informelles Verwaltungshandeln, in: GVwR II, § 38 Rn 53. Nur ganz ausnahmsweise wird eine Bindungswirkung angenommen, wenn Zusagen als rechtsverbindlich erkennbar getroffen werden, vgl. Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 36.

¹⁷² Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn 21; Febling, Informelles Verwaltungshandeln, in: GVwR II, § 38 Rn 56.

¹⁷³ Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, S. 145.

¹⁷⁴ Febling, Informelles Verwaltungshandeln, in: GVwR II, § 38 Rn 59; Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, S. 145; Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56, 160 (178); Trute, Selbstregulierung und staatliche Steuerung, in: DVBl 1996, 950 (956, 961).

aa) Absprache

Zentrale Ausprägung der informellen Kooperation ist die Absprache, mitunter auch Besprechung¹⁷⁵ genannt.¹⁷⁶ Ihr Einsatzbereich ist vor allem der administrative und politische Sektor.¹⁷⁷ Das Absprechen eines Sachverhalts macht zugleich die Konsensfindung, im Sinne einer Einigung notwendig.¹⁷⁸ Gegenstand können z.B. ein künftiges Verhalten, die Durchführung einer Tätigkeit oder auch deren Unterlassen sein. Im Gegenzug fordert der Kooperationspartner eine – informelle – Gegenleistung im Sinne eines *do ut des*. Absprachen liegt daher grundsätzlich das Tauschprinzip zugrunde.¹⁷⁹

Regelmäßig wählen die Beteiligten bewusst keine rechtliche Verbindlichkeit, so dass ein Rückgriff auf Vertrauensschutzargumentationen nicht möglich ist.¹⁸⁰ Jedoch ist eine faktische Bindung in engen Grenzen denkbar, da gegebenenfalls nach den Grundsätzen der im Zivilrecht beheimateten *Culpa in Contrahendo*¹⁸¹ eine Haftung möglich sein kann.¹⁸² Im Allgemeinen können weitere rechtliche Bindungen entstehen, wenn erkennbar rechtsverbindliche Zusagen getroffen werden, die anschließend schriftlich bestätigt werden und damit ihre informelle Qualität verlieren.¹⁸³

¹⁷⁵ So z.B. *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 33.

¹⁷⁶ *Fehling*, Informelles Verwaltungshandeln, in: GVwR II, § 38 Rn 12.

¹⁷⁷ Sie ist insofern verschiedentlich einfachgesetzlich normiert. Vgl. z.B. § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV, § § 71c, 71e VwVfG, § 5 UVPG, § 25 Abs. 1 KrW-/AbfG.

¹⁷⁸ *Bauer*, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, in: VerwArch 1987, 241 (254); *Bulling*, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, in: DÖV 1989, 277 (287f); *Hoffmann-Riem*, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe, in: AöR 115, 400 (423, 429).

¹⁷⁹ *Bohne*, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, in: VerwArch 1984, 343 (344); *Dreier*, Informales Verwaltungshandeln, in: Staatswissenschaft und Staatspraxis 4, 647 (649ff); *Heintzen*, Öffentliche Warnung als Handlungsform?, in: Becker-Schwarze u.a., Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, S. 167 (172); *Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: HStR III, § 37 Rn 31.

¹⁸⁰ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn 20.

¹⁸¹ Die Bezeichnung *culpa in contrahendo* (c.i.c.) kommt aus dem Lateinischen und bedeutet Verschulden bei Vertragsschluss. Umfasst sind Fälle in denen ein Schaden entstanden ist, bevor bzw. ohne dass es zum Vertragsschluss kam. Rechtsgrund ist ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, in dem der Verhandlungspartner eines bestimmten Schutzes vor Verletzungen des anderen bedarf. Vgl. zur c.i.c. *Emmerich*, in: MüKo BGB Bd. 2, § 311 Rn 35ff.

¹⁸² Für die Anwendung und Anwendbarkeit im öffentlichen Recht vgl. *Jäckle*, Die Haftung der öffentlichen Verwaltung aus culpa in contrahendo im Licht der oberinstanzlichen Rechtsprechung, in: NJW 1990, 2520ff mwN.

¹⁸³ *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 36.

Informelle Absprachen sind regelmäßig zulässig, da ein Numerus Clausus von Handlungsformen der Verwaltung nicht besteht.¹⁸⁴ Ihre Grenzen findet die Absprache in der aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wonach keine Vereinbarungen getroffen werden dürfen, die mit Recht und Gesetz nicht im Einklang stehen. Insbesondere dürfen Anhörungs- und Beteiligungsrechte Drittbetroffener nicht unterlaufen werden, was gleichfalls erhebliche Einschränkungen dieser Kooperationsmöglichkeit bedeutet. Dennoch bleibt sie die flexibelste Kooperationsform für ein öffentliches Handeln. Formen der Absprache sind Vorabsprachen, Mediationen, normvollziehende, normvorbereitende und normersetzende Absprachen sowie zudem das sogenannte einseitig informelle (Aufsichts-) Handeln.¹⁸⁵ Absprachen können auf Normsetzungs- oder Vollzugsebene den Erlass von Rechtsnormen oder Gesetzesvollzugsmaßnahmen vorbereiten,¹⁸⁶ zur Vorbereitung eines Verwaltungsverfahrens dienen, ebenso Aufsichtsmaßnahmen anbahnen oder ersetzen sowie als Austausch- oder Vergleichsabsprache fungieren.¹⁸⁷ Für alle Formen gilt das Verbot der Umgehung der gesetzlichen (Verfahrens-) Anforderungen.

Absprachen sind zumeist ein nahezu zwingendes Produkt von den in Großprojekten ohnehin notwendigen Gesprächen der am Vorhaben Beteiligten.¹⁸⁸ Relevant sind insbesondere die sogenannten projektbezogenen Absprachen.¹⁸⁹ Gerade im Rahmen von vorbereitenden Absprachen für die Bauplanung innerhalb oder anstelle umfangreicher Verwaltungsverfahren können sie große zeitliche Ersparnisse bewirken. Insofern weichen Absprachen häufig von den gesetzlichen Verfahrensmustern ab und überlagern dabei nicht selten normative Instrumente.¹⁹⁰ Mitunter werden dabei Inhalte korrespondierender später ergehender Verwaltungsakte vorbesprochen und inhaltlich weitgehend determiniert.¹⁹¹

¹⁸⁴ Jenseits der ÖÖP auf Staat-Bürger-Ebene sind Erörterungen von Bürgeranliegen o. ä. vielmehr im Rahmen von Anhörungen (§ 28 VwVfG, dem das rechtsstaatliche Gebot zu fairem Verfahren des Art. 6 EMRK und die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde liegen) sowie im Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) sogar normativ verankert. Vgl. dazu *Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 28 Rn 2.

¹⁸⁵ Im Einzelnen dazu: *Kautz*, *Absprachen im Verwaltungsrecht*, S. 50f.

¹⁸⁶ Dazu unten zur Koordinationsabsprache B)IV)1)b)a.

¹⁸⁷ *Fehling*, *Informelles Verwaltungshandeln*, in: *GVwR II*, § 38 Rn 39ff; *Michael*, *Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat*, S. 37ff; *Hoffmann-Riem*, *Selbstbindung der Verwaltung*, in: *VVDStRL 40*, 212.

¹⁸⁸ *Kippes*, *Bargaining*, in: *Becker/Schuppert/Thieme, Verwaltungswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 11*, S. 5.

¹⁸⁹ *Eberle*, *Arrangements im Verwaltungsverfahren*, in: *Die Verwaltung 1984*, 439ff; *Bulling*, *Kooperatives Verwaltungshandeln*, in: *DÖV 1989*, 280ff; *Kloepfer*, in: *König/Dose, Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, S. 329 (334).

¹⁹⁰ *Kloepfer*, in: *König/Dose, Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, S. 329 (334).

¹⁹¹ Vgl. insbes. zur Bedenklichkeit solcher Vorgehensweisen *Kloepfer*, *Umweltrecht*, § 5 Rn 1664ff..

Gerade in Bezug auf die projektbezogenen Absprachen wird eine wichtige Unterform der Absprache relevant: Mediationen sind ein Instrument der jüngeren Verwaltungsrechtswissenschaft und dienen der Konfliktbewältigung.¹⁹² Der Mediationsbegriff ist im MediationsG legal definiert. § 1 Abs. 1 MediationsG definiert ihn als „ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben“. Mediation betrifft somit eine Verfahrensmittlung, deren Ziel eine interessengerechte und kooperative Konfliktlösung zum Nutzen der Beteiligten unter der Begleitung und mit Hilfe eines „neutralen Dritten“ ist.¹⁹³ In einem das Verwaltungsverfahren begleitenden Sinne ist Mediation eine besondere Form der Verhandlung, die durch einen Dritten unterstützt wird.¹⁹⁴ Der Dritte hat dabei weder Entscheidungsbefugnis noch Durchsetzungsmittel (§ 1 Abs. 2 MediationsG), er hat vielmehr die Funktion eines neutralen Moderators, der zu einem einvernehmlichen Verhandlungsergebnis führen soll. Mediation ist öffentlich-rechtlich insbesondere im Baurecht und Telekommunikationsrecht explizit vorgesehen,¹⁹⁵ erhebliche Bedeutung hat sie aber auch in der umweltrechtlichen Planung.¹⁹⁶ Zentrale Faktoren des Mediationsverfahrens sind auch im öffentlichen Bereich die Freiwilligkeit und die Selbstverantwortlichkeit.¹⁹⁷ Darüber hinaus erfolgt es jenseits des subordinatorischen Verfahrensverständnisses im Öffentlichen Recht auf der Ebene der Gleichordnung.¹⁹⁸

Führen Mediationsverhandlungen zu einem Ergebnis, so besteht neben dem konsensualen Charakter regelmäßig das Potenzial eines hohen Maßes an Akzeptanz bei den Beteiligten.¹⁹⁹ Das Mediationsergebnis entfaltet daher faktische Wirkung,

¹⁹² Zur Mediation als „Kompromiss“: *Koutnatzjs*, Kompromisshafte Verfassungsnormen, S. 54.

¹⁹³ Vgl. *Fuchs/Hehn/Wagner*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: UPR 2011, 81.

¹⁹⁴ *Appel*, Privatverfahren, in: GVwR II, § 32 Rn 102ff; *Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, § 4b Rn 1f; *Krautzberger/Wagner*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Bd. 1, § 4b Rn 4, vgl. dazu insgesamt: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Konfliktbewältigung durch Verhandlung Bd. I.

¹⁹⁵ Vgl. beispielhaft § 4b BauGB, § 124 TKG sowie § 173 VwGO i.V.m. § 278a Abs. 1 ZPO.

¹⁹⁶ In das dort geltende Recht wurde eine mit § 4b BauGB vergleichbare Regelung jedoch noch nicht inkorporiert. Vgl. zum Thema: *Fuchs/Hehn/Wagner*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: UPR 2011, 81 (84f).

¹⁹⁷ Siehe C)I)1)3)c); Ulrich/Vogt: Mediation in der Praxis - Teil I: Alternative Streitlösungsmodelle und Grundzüge der Mediation, in: DS 2009, 217ff.

¹⁹⁸ *Zilleßen*, Mediation als kooperatives Konfliktmanagement, in: ders., Mediation in der Umweltpolitik, S. 17f.

¹⁹⁹ *Fuchs/Hehn/Wagner*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: UPR 2011, 81 (83).

aus rechtlicher Sicht muss es hingegen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes unverbindlich sein.²⁰⁰ Andernfalls verbleiben die tradierten öffentlich-rechtlichen Verfahren unter den herkömmlichen, in der Regel subordinativen Beteiligungsstrukturen.

bb) Sonstige Verfahren

Auch Verfahren wie z.B. Expertenrunden mit öffentlich-rechtlichem Bezug unterfallen dem kooperativen informellen öffentlichen Handeln. Sämtlichen informellen Verfahren ist gemein, dass irgendeine Art des Interessenausgleichs, bzw. der Interessenwahrnehmung und Informationsgewinnung im Rahmen von Gesprächen bezweckt wird.²⁰¹

Informelles öffentliches Handeln bewegt sich daher insgesamt zwischen erwünschter Steuerungs erleichterung und ungewolltem Steuerungsdefizit.²⁰² Auch sind diese Beziehungen nicht per se gleichrangige Beziehungen, vielmehr finden sich real bestehende Asymmetrien grundsätzlich – wenn auch in anderem Gewand – ebenfalls in diesen weniger formalisierten Verfahren. Dieser Umstand spricht jedoch regelmäßig nicht gegen diese Kooperationsform. Zweck bleibt hauptsächlich die Flexibilisierung ansonsten starrer und bürokratischer Verfahren zugunsten wirkungsvoller und unkomplizierter Handhabung. Zudem liegt in der Bereitschaft zur Kooperation zumindest auf tatsächlicher Ebene die wechselseitige Anerkennung als gleichberechtigte Partner.²⁰³ Als Grundsatz muss stets gelten, dass je kleiner der Kreis der Beteiligten bleibt, desto höher die Einigungs- und Erfolgsaussichten sind.²⁰⁴

b) Vertragliche Kooperation

Verträge sind traditionelle Instrumente zwischen- und innerstaatlicher Kooperation. Hierbei erfolgt die Zusammenarbeit auf Grundlage von privat- oder öffentlich-rechtlichen Regelwerken.²⁰⁵ Dem Partner kann vertraglich eine Aufgabe des anderen übertragen, er kann in die Erledigung einbezogen oder ihm kann die Mitbenutzung einer vom anderen betriebenen Einrichtung gestattet werden (sog. „contracting out“).²⁰⁶

²⁰⁰ BVerwG NVwZ 2012, 1314 (1316) zum Ausbau des Flughafen Frankfurt a.M.

²⁰¹ Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 33ff.

²⁰² Trute, Selbstregulierung und staatliche Steuerung, in: DVBl 1996, 950ff.

²⁰³ Ebda., S. 38.

²⁰⁴ Fehling, Informelles Verwaltungshandeln, in: GVwR II, § 38 Rn 64.

²⁰⁵ Ziekow/Siegel, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, in: VerwArch 96, 119 (122).

²⁰⁶ Bauer, Verwaltungsverträge, in: GVwR II, § 36 Rn 49.

aa) Zusammenarbeit auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Verträge

Häufig wird zur Kooperation auf öffentlich-rechtliche Verträge (§ § 54 ff. VwVfG) zurückgegriffen.²⁰⁷ Diese sind vielfältig und lassen weitgehend flexible und individuelle Gestaltungsmöglichkeiten zu. Auch sie basieren auf dem oben schon angesprochenen Konsensprinzip.²⁰⁸

Das rechtlich intensivste Kooperationsinstrument der Länder ist der intraföderale Staatsvertrag.²⁰⁹ Diese öffentlich-rechtlichen Verträge werden zwischen Regierungen von Bund und Ländern oder zwischen den Ländern geschlossen, beziehen sich auf Materien, deren Regelung dem Gesetzesvorbehalt unterliegt und stehen daher in der Regel unter Parlamentsvorbehalt,²¹⁰ vgl. z.B. Art. 35 Abs. 2 NV. Anders verhält es sich bei Verwaltungsabkommen. Es handelt sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung zwischen verschiedenen Trägern hoheitlicher Gewalt über die Aufgabenteilung bei der Ausübung bestimmter Verwaltungsaufgaben, die Länder untereinander oder ein Land mit dem Bund auf Gleichordnungsebene

²⁰⁷ Vertragliche Regelungen in öffentlich-rechtlichem Gewand zwischen den Ländern existieren in zahlreichen Bereichen ihrer Kompetenz. Vergleichbare Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern beziehen sich regelmäßig auf diejenigen Bereiche der Bundesgesetzgebungskompetenz für welche die Länder die Verwaltungskompetenz innehaben. Insofern findet eine Beschränkung der Befugnis statt, über den Vertragsgegenstand zu verfügen, denn die vertragsschließenden Rechtssubjekte einigen sich schließlich über die Übernahme oder Abgabe von Kompetenzen.

²⁰⁸ Siehe hierzu bereits B)III)1).

²⁰⁹ Staatsverträge (Erscheinungsformen: bilaterale (zw. zwei Ländern), der multilaterale (zw. div. Ländern) und der omnilaterale (zw. allen Ländern)) sind die Kooperationsform mit der rechtlich weitgehendsten Verbindlichkeit. Eine einheitliche Definition hat sich trotz der langen Verwendung dieser Handlungsform nicht gefunden. Annäherungsweise wurde der Staatsvertrag jedoch umschrieben als „Vereinbarung öffentlich-rechtlichen Inhalts, die ein Land mit einem anderen Land, mit anderen Ländern, mit dem Bund oder mit einem auswärtigen Staat auf der Ebene der Gleichordnung trifft und deren landesinterne Durchführung einen gesetzgeberischen Akt erfordert“ (*Schladebach*, Staatsverträge zwischen Ländern, in: *VerwArchiv* 2007, 238, 243; *Bortnikov*, Staatsverträge der Länder, in: *JuS* 2017, 27, 28). Das GG enthält keine grundsätzlichen Regelungen zum Staatsvertrag. Es erwähnt diese jedoch und sieht gerade die Zusammenarbeit von Bund und Ländern und der Länder untereinander vor (vgl. z.B. Art. 29 Abs. 7 S.1, Abs. 8 GG; Art. 130 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GG). Dass die Länder Staatsqualität besitzen ist unumstritten. Sie ergibt sich aus dem GG und ist eine originäre eigenständige Staatlichkeit, sie ist also nicht vom Bund abgeleitet, sondern von ihm anerkannt (BVerfGE 1, 14 (34); Vgl. *Vogel*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, HB Verfassungsrecht, § 22 Rn 27; *Schladebach* Staatsverträge zwischen Ländern, in: *VerwArchiv* 2007, 238, 241). Die Länder behalten in diesem Verhältnis (zum Bund) die subsidiäre Allzuständigkeit (Art. 30 GG) für die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben.

Durch intraföderale Staatsverträge wird im Bundesstaat von den Ländern Recht gesetzt. Damit wirken sie gerade auch gegenüber Individuen, dem Bürger, zum Teil mit erheblicher, auch grundrechtsrelevanter Bedeutung (vgl. *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 7).

²¹⁰ *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: *HStR* VI, § 141 Rn 59; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs ÖfFR, § 8 Rn 27.

treffen und die auf den Verwaltungszuständigkeitsbereich beschränkt sind.²¹¹ Sie bedürfen nicht der Zustimmung des jeweiligen Parlaments und können von der Regierung oder dem zuständigen Minister allein abgeschlossen werden.²¹² Eine weitere Ausformung öffentlich-rechtlicher vertraglicher Zusammenarbeit bilden die Koordinationsabsprachen, welche die übereinstimmende Rechtssetzung oder Verwaltungspraxis innerhalb des kompetenzrechtlichen Rahmens der Partner bezwecken.²¹³ Anders als Verwaltungsabkommen und Staatsverträge sind sie nicht *self-executing*, d.h. Tatbestand und Rechtsfolge sind gerade nicht so exakt umschrieben, dass die bezweckte Wirkung ohne einen weiteren Rechtsetzungsakt umsetzbar ist.²¹⁴ Koordinationsabsprachen erfordern daher noch Normsetzungsakte zu ihrer Wirksamkeit.²¹⁵ Unter ihnen sind Formen mit Bindungswirkung und solche, die lediglich informell wirken (s. o.), zu unterscheiden.²¹⁶

bb) Zusammenarbeit auf Grundlage privatrechtlicher Verträge

Auch der öffentlichen Hand steht das zivilrechtliche Instrumentarium zur Verfügung. Ist die Verwaltung Beteiligte, handelt es sich ungeachtet der Rechtsnatur des Vertrages um einen Verwaltungsvertrag.²¹⁷ Für die rechtliche Einordnung des Vertrages kommt es auf den Vertragsgegenstand, bzw. auf den Vertragsschwerpunkt an.²¹⁸ Für das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages müssen sich die vertrag-

²¹¹ *Schladebach*, Länderstaatsverträge in: *VerwArch* 2007, 238 (243).

²¹² *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn 10; *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: *HStR* VI, § 141 Rn 58.

²¹³ Vgl. *Schmidt*, Aufgaben und Struktur der Treuhandanstalt, in: *Hommelhoff*, Treuhandunternehmen im Umbruch, S. 17 (37).

²¹⁴ Dies gilt für Staatsverträge selbst dann wenn zur innerstaatlichen Umsetzung weitere untergesetzliche Normen oder Verwaltungsvorschriften notwendig sein sollten. Vgl. zu *self-executing*-Regelungen: *Rudolf*, Völkerrecht und deutsches Recht, S. 173f.

²¹⁵ Dies kann i. R. v. Gesetzen, Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften erfolgen.

²¹⁶ *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: *HStR* VI, § 141 Rn 66f.

²¹⁷ Der Terminus wird nicht eindeutig verwendet und mitunter dem öffentlich-rechtlichen Vertrag der §§ 54ff VwVfG gleichgesetzt, so z.B. *Schlette*, Verwaltung als Vertragspartner, S. 164ff. Vgl. zum Begriff in dem hier verstandenen Sinne insgesamt *Krebs*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, in: *VVDStRL* 52, 248 (257); *Spannowky*, Grenzen des Verwaltungshandelns, S. 47f; *Gurlit*, Verwaltungshandeln, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 30 Rn 2.

²¹⁸ Die sog. „Gegenstandstheorie“ ist mittlerweile ganz überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, vgl. *BVerwGE* 138, 140f; *BGHZ* 56, 365; *OLG Schleswig NVwZ* 1983, 761; *Gern*, Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag, in: *VerwArch* 1979, 219; *Schimpf*, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 49ff.

lichen Regelungen demnach auf Gegenstände beziehen, die in Normen des Privatrechts geregelt sind. Anderenfalls ist der Vertrag als öffentlich-rechtlichen zu kategorisieren.²¹⁹

In ihrer Relevanz tritt die vertragliche Kooperation regelmäßig hinter die institutionalisierte Kooperation zurück, da Verträge oftmals – z.B. als Gesellschaftsvertrag – lediglich deren Grundlage sind. Während einfache Austauschverträge zwar unter einen weiten Kooperationsbegriff fallen, aber qualitativ nicht den Kooperationen in dem hier verwendeten Kontext entsprechen, sind lediglich umfangreiche Vertragswerke tatsächlich geeignet als Kooperationsregularium klassifiziert zu werden.²²⁰ Generell werden privatrechtliche Verträge zu Kooperationen in erster Linie in der planenden, rechtsgestaltenden und vorsorgenden Verwaltung verwendet.²²¹ Ihr großer Vorteil besteht in der flexiblen Handhabung dieser Rechtsform, die rasches Handeln begünstigt und mit ihrer, wenn auch begrenzten, grundsätzlichen Privatautonomie größtmögliche Gestaltungsfreiheit lässt, dies freilich im Rahmen der für den jeweiligen Hoheitsträger geltenden Gesetze.²²² Insofern sind eindeutige Grenzen gesetzt.²²³

c) Institutionalisierte Kooperation

Wird speziell für die Zusammenarbeit eine Organisationseinheit gegründet, so z.B. die Arbeitsgemeinschaft, ein Zweckverband oder auch ein sogenanntes gemischt-öffentliches Unternehmen²²⁴, so liegt eine institutionalisierte Kooperation vor.²²⁵

Grundlage dieser Formen sind regelmäßig ebenfalls Verträge, privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur, jedoch wird hier nicht unmittelbar aus den Verträgen

²¹⁹ Zur Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Vertrag sowie deren Bedeutsamkeit: *Bonk/Neumann/Siegel*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 54 Rn 51ff; *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 1 Rn. 83; *Ziekow*, *VwVfG*, § 54 Rn 20ff. Vgl. zudem insgesamt: *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner.

²²⁰ Vgl. *Eblers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 442ff.

²²¹ Nach überwiegender Auffassung steht der verwaltungsrechtlichen Leistungsverwaltung insofern ein Wahlrecht im Hinblick auf die Rechtsform der Leistungserfüllung zu, vgl. BVerwG DVBl 1970, 735 m. Anm. *Kopp*, Der beliebige Unternehmer, in: DVBl 1970, 724 ; BVerfGE 92, 56; BGHZ 91, 84 (86). Vgl. insgesamt: *Kempen*, Formenwahlfreiheit der Verwaltung, S. 112ff, 117ff; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 39.

²²² Vgl. BVerwGE 97, 56 (64f); BGHZ 91, 84 (97); 93, 372 (381); BGH NVwZ 2007, 246; *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, S. 906ff.

²²³ Vgl. insgesamt: *de Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, S. 90ff; *Eblers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 109ff; *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht: zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen.

²²⁴ Siehe dazu D)II)2)b)

²²⁵ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines VerwR, § 14 Rn 10.

heraus zusammengearbeitet, vielmehr bilden sie lediglich die Grundlage für die Bildung der Organisationseinheit.²²⁶ Die gemeinsam geschaffene Organisationseinheit ermöglicht eine direktere und unmittelbarere Zusammenarbeit zwischen den Partnern. Die beteiligten Parteien behalten dabei eine weitreichende Kontrolle über die Abläufe, womit grundsätzlich im Rahmen von Gremienarbeit auch etwaige Anpassungen im Laufe der Zusammenarbeit möglich bleiben.²²⁷

Die wohl – auch für diese Arbeit – bedeutendste Ausprägung der privatrechtlich ausgestalteten institutionalisierten Zusammenarbeit öffentlicher Träger ist das gemeinsam organisierte Unternehmen, das sog. gemischt-öffentliche Unternehmen.²²⁸ Bei dieser häufig genutzten Form der Kooperation betreiben mindestens zwei Hoheitsträger gemeinsam ein Unternehmen. Teilweise wird zudem zwischen vertikalen und horizontalen gemischt-öffentlichen Unternehmen differenziert: In zweiterem agieren Träger der gleichen gebietskörperschaftlichen Ebene, so z.B. Kommunen untereinander. In vertikalen gemischt-öffentlichen Unternehmen kooperieren dagegen Hoheitsträger verschiedener Ebenen, beispielsweise Kommune und Land oder auch Bund und Länder. Oft erfolgt diese Zusammenarbeit zudem in privatrechtlicher Form, dann meistens in Form einer Kapitalgesellschaft. Insbesondere die GmbH bietet sich dazu wegen der sich durch sie ergebenden weitreichenden Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung an. Die AG hat mit ihren für Konzernstrukturen besonders geeigneten Ausprägungen steuerliche Vorteile, ermöglicht aber vor allem einen großen Fremdkapitalzufluss. Diese Formen der institutionalisierten Zusammenarbeit werden noch weitergehend untersucht und daher an anderer Stelle umfassend begutachtet.²²⁹

Eine privatrechtlich ausgestaltete institutionalisierte Kooperation birgt generell Konfliktpotentiale im Hinblick auf das Spannungsverhältnis öffentlich-rechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Vorgaben,²³⁰ dies wird an geeigneter Stelle näher betrachtet.²³¹

²²⁶ *Bauer*, Verwaltungskooperation, in: Bauer/Brosius-Gersdorf/Büchner, Verwaltungskooperation, S. 19.

²²⁷ *Storr*, Public Public Partnerships, in: LKV 2005, 521 (522).

²²⁸ Der Begriff des öffentlichen Unternehmens betrifft eine Bandbreite von staatlicher Tätigkeit in dezentraler Trägerschaft im (mehrheitlichen) Eigentum öffentlicher Gebietskörperschaften. Zum Typus des gemischt-öffentlichen Unternehmens, vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 12; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 26.

²²⁹ Siehe näher unten D)I)3).

²³⁰ Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 265; dort auch eingehend zur Thematik des Verwaltungsgesellschaftsrechts, vgl. S. 269ff; *Mann*, Kapitalgesellschaften, in: ders./Püttner, HKWP Bd. 2, § 46, Rn. 7.

²³¹ Siehe unten D)I)4).

2) Ebenen der Kooperationsbeziehung

Die Bundesrepublik als Föderalstaat besteht aus einem Bund als „*Oberstaat, der durch die Verbindung der Länder zu einem Bundesstaat bewirkt wird*“²³² und den Ländern, deren Kompetenzen verfassungsrechtlich beschränkt und die dem Bund damit untergeordnet sind, vgl. Art. 30, 70 GG. Gleichordnung zwischen Bund und Ländern besteht hingegen nur in den Bereichen, die das Grundgesetz nicht geregelt hat.²³³ Die Entwicklung der Bund-Länder- sowie der reinen Länderkooperation hat sich ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage vollzogen.²³⁴ Die interkommunale Zusammenarbeit findet in dieser Abhandlung mangels Relevanz für den Untersuchungsgegenstand keine weitergehende Erörterung.²³⁵

Auf den Gebieten der Finanzverfassung, der inneren Sicherheit sowie im Rahmen außenpolitischer Abkommen ist eine Kooperation mit den Ländern verfassungsrechtlich angelegt, da den Beteiligten die vollständige Erfüllung dieser Aufgaben ermöglicht wird.²³⁶ Das Bundesstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG und die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern sowie der Länder untereinander, ziehen Kooperationsbedürfnisse und vor allem vielfältige Kooperationsoptionen nach sich. Art. 30 GG statuiert die grundsätzliche Zuständigkeit der Länder, wie es dem föderalistischen Staatsverständnis entspricht. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis hat sich zwar mit der Errichtung umfangreicher Bundeskompetenzen gewandelt, teilweise gar umgekehrt,²³⁷ Art. 83 GG, Art. 84 Abs. 1 GG und die eindeutigen Kompetenzregeln weisen die Ausführung der Bundesgesetze, die Verwaltungstätigkeit und -organisation jedoch dennoch den Ländern zu²³⁸. Generell haben die Länder trotz der starken Stellung des Bundes durch die Föderalismusreform²³⁹ eine weitgehende Kompetenzstärkung erfahren. Neben Notwendigkeiten der länderübergreifenden Zusammenarbeit, besteht aber oftmals auch die bloße Möglichkeit einer Kooperation. Hintergrund sind dabei regelmäßig politische

²³² BVerfGE 13, 54 (78).

²³³ Ebda.

²³⁴ Vgl. *Kappius*, Föderale Vielfalt in Deutschland, S. 195; *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 49; zu verfassungsrechtlich vorgesehenen Kooperationen, vgl. *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 25.

²³⁵ Vgl. dazu bspw. *Oebbecke*, in: Mann/Püttner, HKWP Bd. 1, § 29; *Schmidt*, Kommunale Kooperation.

²³⁶ Vgl. Art. 107 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 GG; Art. 87a Abs. IV, 91 GG; Art. 32 Abs. 2, Abs. 3 GG.

²³⁷ *Schladebach*, Staatsverträge zwischen Ländern, in: *VerwArch* 2007, S. 238 (240).

²³⁸ Vgl. *Wißmann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: *GVwR* I, § 15 Rn 25.

²³⁹ Die sog. Föderalismusreform I hat die Neuregelung der Bund-Länder-Beziehungen im GG bewirkt und trat am 01.09.2006 in Kraft. Vgl. dazu: *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 72 Rn 45ff; insgesamt: *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006.

oder wirtschaftliche Gegebenheiten, die eine Zusammenarbeit sinnvoll erscheinen lassen.

a) Intraföderale Zusammenarbeit

Im Rahmen einer global zu beobachtenden Tendenz der Dezentralisierung und Regionalisierung hat die Bedeutung der Länder und Kommunen sowie das Ausmaß ihrer Tätigkeiten zugenommen.²⁴⁰ Beziehungen zwischen den Ländern sind fortwährend gegeben. Sie liegen in der Natur des föderalen Bundesstaates und bieten ein umfangreiches Spektrum an Kooperationsmöglichkeiten.

Mit der Bezeichnung des „länderkooperierenden Föderalismus“ beschreibt Stern die Überwindung „kompetenziellen Egoismus[?]“ sowie die Herstellung „eine[r] ausgewogene[n] Balance zwischen gemeinsamer überregionaler Aufgabenerfüllung und eigenständiger Landespolitik“.²⁴¹ Notwendig werden Kooperationen dort, wo überregionale wirtschaftliche, strukturpolitische oder geographische Themenstellungen oder Gegebenheiten die Aufgabenbewältigung durch ein Land allein unmöglich machen. Dort ist der Rückgriff auf eine Zusammenarbeit oder die Übertragung dieser Aufgabe auf ein Land geboten.²⁴²

Neben bundesrechtlich initiierten Kooperationsformen arbeiten Länder vielfach freiwillig zusammen. Ausdrückliche Regelungen zu den Länderbeziehungen existieren nicht. Insofern steht das oben dargestellte Kooperationsinstrumentarium zur Verfügung, wobei in der Praxis insbesondere kasuelle Kooperationen – die Zusammenarbeit von Fall zu Fall – häufig vorkommen. Diese einzelfallbezogenen Zusammenarbeiten betreffen Sachverhalte mit grenzüberschreitender Bedeutung, häufig durch Vereinbarungen, die auch zukünftig gleichgelagerte Fälle regeln.²⁴³

Die Zusammenarbeit von Verwaltungen verschiedener Länder betrifft die geringste Intensität der Länderzusammenarbeit. Hier sind sowohl kleingliedrige Zusammenarbeit von Fall zu Fall als auch institutionalisierte Zusammenarbeit möglich. Eine große Vielzahl von länderübergreifenden themenbezogenen Ausschüssen und Konferenzen zeigt die enorme Bedeutung dieser Kooperationen. Die Verwaltungszusammenarbeit ist in der Regel informell. Sie bezweckt dabei Koordination, Beratung und Empfehlung und dient der Information und Abstimmung von Verwaltungshandeln unterschiedlicher Länder mit ähnlichen Interessen.²⁴⁴ Höchste Stufe der Länderexekutivzusammenarbeit sind die Ministerpräsidentenkonferenz

²⁴⁰ *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 35f.

²⁴¹ *Stern*, Staatsrecht Bd. I, § 19 IV 3, S. 758.

²⁴² *Rudolf*, Teilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern, in: HStR VI, § 141 Rn 20.

²⁴³ Ebd.

²⁴⁴ *Rudolf*, Teilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern, in: HStR VI, § 141 Rn 20.

und die Ressortministerkonferenzen auf Ebene der Gubernative.²⁴⁵ Von besonderer Praxisrelevanz sind die informelle Zusammenarbeit und die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens im Rahmen der institutionalisierten Kooperation.

b) Bund-Länder-Zusammenarbeit

Ziel der Föderalismusreform I aus dem Jahr 2006 zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung war die Verbesserung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern, die eindeutigere Zuordnung politischer Verantwortlichkeiten sowie die Steigerung von Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung.²⁴⁶

Auch im Rahmen der Bund-Länder-Zusammenarbeit gibt es verschiedene Bereiche, in denen der Bund eine Kooperation bestimmt, sowie andere Bereiche, in denen diese auf Freiwilligkeit beruht. Insgesamt bestehen auf dieser Ebene viele Parallelen zu den intraföderalen Kooperationen. Zu den bundesrechtlich initiierten, also vorgegebenen Bereichen der Zusammenarbeit gehören die Finanzverfassung und Gemeinschaftsaufgaben,²⁴⁷ die innere Sicherheit,²⁴⁸ die auch die intraföderale Kooperation betrifft und die außenpolitisch bedingte Kooperation.²⁴⁹ Freie Bund-Länder-Kooperationen sind vielgestaltig und haben eine Reichweite von informeller Konsultation, bis hin zu staatsvertraglich geregelter Zusammenarbeit. Letztere ist jedoch mit einzelnen Ländern äußerst selten, in der Regel schließt der Bund Staatsverträge mit allen deutschen Ländern.²⁵⁰

Neben Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen bestehen auf Vertragsebene bzw. vertragsähnlicher Ebene auf bundesstaatsrechtlicher Stufe zusätzlich die sogenannten Koordinationsabsprachen, die wie oben dargelegt über den informellen

²⁴⁵ Diese Konferenzen finden turnusmäßig statt und haben informellen Charakter. Vgl. *Feuchte*, Die bundesstaatliche Zusammenarbeit, in: AöR 98, 473 (503); *Schneider*, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, in: VVDStRL 19, 12; *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 53.

²⁴⁶ *Kluth*, in: ders., Föderalismusreformgesetz, Einf. Rn 51ff; *Starck*, Idee und Struktur des Föderalismus, in: Härtel, HB Föderalismus Bd. I, § 1 Rn 38ff; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 72 Rn 45ff.

²⁴⁷ Vgl. dazu Art. 91a, 91b, 104a GG.

²⁴⁸ Art. 87a Abs. 4 GG, Art. 91 GG sowie Art. 73 Nr. 10 GG, Art. 35 Abs. 2, Abs. 3.

²⁴⁹ BVerfGE 6, 309 (361f).

²⁵⁰ *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 52.

Auch in diesen Fällen betrifft die Zusammenarbeit regelmäßig nur eine mittelbare Ebene, inhaltlich handelt es sich hingegen überwiegend um Länderkooperationen, an denen der Bund zusätzlich (oft nur formell) beteiligt ist.

Charakter sonstiger Absprachen hinausgehen.²⁵¹ Dennoch sind sie nicht anwendungsreif und haben demnach aus sich heraus keine Bindungswirkung,²⁵² was sie im Endeffekt als bundesstaatliche Absprache klassifiziert.²⁵³

Die Kooperationen zwischen Bund und Land/Ländern sind rechtlich insgesamt schwierig einzuordnen. Sie sind ob ihrer Wirkung über die Landesgrenzen hinaus kein Landesrecht und fallen gleichwohl nicht unter das Bundesrecht, da sie dennoch keine Bundes-, sondern Landeskompetenzen betreffen. Nach überwiegender Auffassung kann es sich trotz struktureller Ähnlichkeit nicht um Völkerrecht handeln,²⁵⁴ da die Länder nicht aus ihrer beschränkten Völkerrechtsfähigkeit (Art. 32 Abs. 3 GG), sondern als Glieder des Bundesstaates handeln.²⁵⁵ Vielmehr handelt es sich nach *Rudolf* um eine eigene Rechtskategorie, welche er als Intraföderationsrecht bezeichnet.²⁵⁶ Nicht betroffen von diesem sind jedoch institutionelle Kooperationen auf Bund-Länder- oder Zwischen-Länder-Ebene, da für sie allein das Recht des für den ihnen zugrundeliegenden Vertrag gelten muss.²⁵⁷

3) Zwischenergebnis

Zentrales Merkmal sämtlicher Kooperationen auf den verschiedenen Ebenen ist das Ziel konsensualen Zusammenwirkens. Die Beteiligten begeben sich zumindest formell auf die Ebene der Gleichordnung, um sich über den entsprechenden Verhandlungsgegenstand zu einigen. Die vorangehenden Gespräche und Verhandlungen ermöglichen effektive und effiziente Ergebnisse, obgleich sie keine Garantie für eine Akzeptanzsteigerung auf Seiten der Bürger bieten.²⁵⁸ Die unterschiedlich ausgeprägte Intensität der Kooperationen zieht vielgestaltige Anwendungsmöglichkeiten nach sich. Zusammenarbeit ist damit zugleich die Überwindung der gebietskörperschaftlichen „Inselbetrachtung“ zugunsten flexibler Bewältigung komplexer oder schwieriger Sachverhalte und Aufgaben.

²⁵¹ Vgl. oben B)IV)1)b)aa)

²⁵² *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 66.

²⁵³ *Rudolf* sieht sie als Ausprägung der vertraglichen Kooperation, verneint aber im Endeffekt die Bindungswirkung. Sie könnten demnach „Bindungen bezwecken“, aber keine „automatische Bindung des Landes“ nach sich ziehen, vgl. *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 66. Genau das macht aber den letztendlich informellen Charakter der Absprache aus, sodass auch die Koordinationsabsprache nicht den vertraglichen Kooperationen zuzuordnen ist. Zwar führt *Rudolf* aus, dass es sich bei gegensätzlichem Handeln dann wohl um ein Verstoß gegen das Verbot des *venire contra factum proprium*, dennoch verneint er eine zwingende Bindungswirkung im Ergebnis.

²⁵⁴ A.A. *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 198ff; in eine ähnliche Richtung gehen Stimmen in der Literatur, die Völkerrecht in diesem Zusammenhang lückenfüllend anwenden wollen, vgl. *Kisler*, Kooperation im Bundesstaat, S. 65ff; *Rill*, Gliedstaatsverträge, S. 146ff.

²⁵⁵ *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 88.

²⁵⁶ Ebda.

²⁵⁷ Fn 255 Rn 89.

²⁵⁸ Vgl. dazu *Kappius*, Föderale Vielfalt in Deutschland im Widerstreit zum Bürgerinteresse, S. 210.

V) Besonderheiten multidimensionaler Großprojektpartnerschaften

Nach der Erörterung grundlegender Parameter rein öffentlicher Kooperationen werden nachfolgend die Besonderheiten derjenigen rein öffentlichen Kooperationen näher begutachtet, die im Fokus der vorliegenden Untersuchung liegen. Partnerschaften zwischen öffentlichen Trägern bei (verkehrsinfrastrukturellen) Großprojekten der anfänglich beschriebenen besonderen Größenordnung²⁵⁹ haben drei wesentliche Merkmale: Sie bestehen über eine sehr lange Zeitspanne – mitunter viele Jahrzehnte –, sind extrem kostenintensiv, binden also in besonderem Umfang – und in nicht unerheblichem Maße steuerbasiertes – Kapital und können sich prinzipiell jeder der oben dargestellten Zusammenarbeitsformen bedienen. Darüber hinaus wohnen ihnen aber weitere Besonderheiten inne:

Im Rahmen von Großprojekten – ganz gleich in welchem Bereich – entstehen immer dann umfangreiche rein öffentliche Partnerschaften, wenn ein Beteiligter sich gegen eine alleinige Umsetzung entscheidet. Motive hierfür sind vielfältig und decken sich im Wesentlichen mit den oben dargelegten Anreizen im Allgemeinen. Dabei zeichnen sich diese Partnerschaften – insbesondere bei kostenintensiven Großprojekten – durch eine Multidimensionalität aus,²⁶⁰ die im öffentlichen Sektor einzigartig ist und sie daher von sonstigen Projekten abgrenzt. Der Terminus der multidimensionalen Großprojektpartnerschaft versucht dem Umfang und der komplexen Gestalt dieser Zusammenarbeit gerecht zu werden und sie begrifflich von den übrigen vielgestaltigen, rein öffentlichen Partnerschaften abzugrenzen, die weder qualitativ noch quantitativ den faktischen und rechtlichen Dimensionen einer Großprojektrealisierung in dem hier verstandenen Sinne entsprechen.

1) Überregionale Bedeutung

Auf rein tatsächlicher Ebene ist es den baulichen, räumlichen und finanziellen Dimensionen geschuldet, dass die in dieser Arbeit fokussierten Großprojekte eine Sonderrolle einnehmen.²⁶¹ Mit zunehmender Größe wächst zwangsläufig auch die Komplexität ihrer Strukturen, wird zugleich ihre Organisation und rechtliche Verfasstheit schwieriger.

Es ist in nicht unerheblichem Maße ein Standortwettbewerb, größtenteils föderal bewirkt, aber auch ein darüber hinausgehender, nicht mehr lediglich national

²⁵⁹ Siehe dazu oben B)II)2).

²⁶⁰ Grundwald, Konflikt–Konkurrenz–Kooperation, in: ders./Lilje, Kooperation und Konkurrenz in Organisationen, 50 (72); er spricht von der „Mehrdimensionalität“ der Kooperation. Vgl. auch Kaiser, Kommunikation der Verwaltung, S. 219.

²⁶¹ Vgl. bereits oben zum Großprojektbegriff B)II)1).

angelegter Kontext, der die Projekte attraktiv macht. Große, architektonisch anziehende Infrastrukturprojekte sind ein Symbol für Modernisierung und bewirken überregionales Medieninteresse, sie stellen sich so als standortstrategisch wichtige Wirtschaftsfaktoren dar.²⁶²

Neben diesen evidenten Faktoren ist auch der Wettbewerb um volkswirtschaftliche Produktionsfaktoren, Natur-, Human- und Sachkapital,²⁶³ eine wesentliche Komponente von Großprojekttattraktivität.²⁶⁴ Während die ersten beiden tendenziell inflexibel und immobil sind, gilt es die Rahmenbedingungen für letztere so zu gestalten, dass die Wirtschaft in der jeweiligen Gebietskörperschaft profitieren kann.²⁶⁵ Durch qualitativ hochwertige öffentliche Güter, insbesondere z.B. eine gute Verkehrsinfrastruktur, kann die allgemeine Kapitalproduktivität²⁶⁶ erhöht werden.²⁶⁷ Verkehrsinfrastrukturelle Großvorhaben haben demnach grundsätzlich einen kapitalanziehenden Effekt. Für die Vorhabenträger gilt es, dieses Potenzial auch tatsächlich zu realisieren. Die Projekte sind damit regelmäßig nicht lediglich Faktor einer konsequenten Standortpolitik, sondern kennzeichnen sich durch eine erhebliche Fernwirkung. Verkehrsinfrastrukturelle Großprojekte haben damit das Potenzial einer weit überregionalen Kapitalproduktivitätssteigerung und gewinnen Bedeutsamkeit für die gesamte Bundesrepublik. Dies wird durch die kompetenziell dem Bund zugeordnete Legislativplanung für den Bundesverkehrswegebedarf

²⁶² *Kröger*, Informationen zur Raumentwicklung, Heft 11/12.2012, 598.

²⁶³ Zum Standortwettbewerb um Produktionsfaktoren vgl. *Siebert*, On the Concept of Locational Competition, Kiel Working Paper 731; *ders./Koop*, Institutional Competition versus Centralization, in: Oxford Review of Economic Policy, Vol. 9/1993, S. 15ff; *Straubhaar*, Internationale Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft, in: Wirtschaftsdienst 1994, 534ff.

²⁶⁴ Vgl. *Berthold/Fricke*, Die Bundesländer im Standortwettbewerb, in: Härtel, HB Föderalismus II, § 30 Rn 4ff; *Kröger*, Informationen zur Raumentwicklung, Heft 11/12.2012, 598.

²⁶⁵ Zur Kapitalmobilität im Zusammenhang mit Wettbewerbsföderalismus: *Apolte*, Die ökonomische Konstitution eines föderalen Systems, S. 136ff.

²⁶⁶ Die Kapitalproduktivität ist als volkswirtschaftliche Kennzahl ein Produktivitätsmaß. Sie gibt das Verhältnis zwischen der Produktionsmenge einerseits und dem dafür erforderlichen Kapitalstock andererseits an. Das Statistische Bundesamt weist im Rahmen seiner Veröffentlichungen zur Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung eine Kapitalproduktivität aus, indem es das Bruttoinlandsprodukt (BIP) in konstanten Preisen ins Verhältnis zum Kapitalstock setzt, vgl. Statistisches Bundesamt, Wirtschaft, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, Inlandsprodukt: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Volkswirtschaftliche-Gesamtrechnungen-Inlandsprodukt/anlage-vermoegen-vermoegensrechnung.html>.

²⁶⁷ *Berthold/Fricke*, Die Bundesländer im Standortwettbewerb, in: Härtel, HB Föderalismus II, § 30 Rn 5.

(Straße und Schiene) unterstrichen.²⁶⁸ Das Hauptziel dieser politischen Leitentscheidung, die Schaffung eines gewissen Grades von Planungssicherheit,²⁶⁹ verdeutlicht die Bedeutung verkehrlicher Infrastruktur im bundesstaatlichen Gesamtzusammenhang.

2) Umfangreiche vertragliche Bindungen

Höchst komplexe Regelwerke gestalten gewöhnlich die öffentliche Großprojektpartnerschaft. Der Vorhabenträger bindet sich bspw. in Gesellschafts-, Finanzierungs-, Bürgschafts-, Leistungs-, Pacht-, Rahmen- und Generalplanerverträgen. Während diese sich einer generellen Verallgemeinerung verwehren, sind doch wesentliche Eigenschaften aufführbar. Die umfangreichen Gebilde sind die Grundlage einer weitreichenden und langfristigen Bindung der Partner aneinander sowie an das gemeinsame Projekt. Sie gestalten die Institutionalisierung der Vorhaben, regeln aber überwiegend auch darüber hinausgehende Gegenstände. Insgesamt sind diese zumeist privatrechtlich geprägten Vertragswerke gerade im Rahmen von Finanzierung und Risikotragung maßgebliche Voraussetzung für die Absicherung der Beteiligten und daher von herausragender Bedeutung für den Projekterfolg.²⁷⁰

Oft binden die Vereinbarungen die Partner über lange Zeiträume. Teilweise wird dies konkret im Klauselwerk festgeschrieben, z.B. im Rahmen von Konzessionierungen und Finanzierungsvereinbarungen oder aber der Vertragsinhalt bewirkt dies faktisch, bspw. bei langfristigen Institutionalisierungen. Bereits die Planungs- und Realisierungsphase dieser Großprojekte erstreckt sich mitunter über Jahrzehnte. Bis also der erwünschte Zweck überhaupt tatsächlich eintritt, müssen Investitionen in nicht unerheblichem Umfang getätigt werden, deren Refinanzierung bzw. Amortisation zu diesem Zeitpunkt ungewiss bleibt. Aufgrund der vertraglichen Bindung ist jedoch ein zwischenzeitlicher Ausstieg schwierig, mitunter unmöglich, denn entweder sind Kündigungsmöglichkeiten vertraglich nicht vorgesehen oder die üblicherweise bestimmten Vertragsstrafen machen einen Ausstieg rechtlich kompliziert und wirtschaftlich kaum tragbar. Verbunden mit den ohnehin angefallenen Planungskosten stellt dies regelmäßig eine immense und äußerst unattraktive Bürde für die Entscheidungsträger dar und ist nach außen schwer zu vermitteln. Insofern wird vom sogenannten „point of no return“ in der Großprojektrealisierung gesprochen, einem Punkt also, an dem es faktisch unmöglich für die politischen Akteure und die Vorhabenträger wird, das Projekt nicht weiter voranzutreiben.²⁷¹

²⁶⁸ Vgl. Zeissler Schink/Reidt/Mitschang, UVPG / UmwRG, § 53, Rn 1f.

²⁶⁹ Vallendar/Wurster, in: Hermes/Sellner, AEG, § 18 Rn 109f.

²⁷⁰ BMVBS, Reformkommission Bau von Großprojekten, S. 11, vgl. Fn 43.

²⁷¹ Vgl. Budäus/Grüb, Public Private Partnership (PPP): Zum aktuellen Entwicklungs- und Diskussionsstand, in: Bauer/Brosius-Gersdorf/Büchner, Verwaltungskooperation, S. 33 (42).

Den grundlegenden Projektverträgen kommt daher eine übergeordnete Bedeutung zu. Je eindeutiger und umfassender die vertraglichen Regelungen festgeschrieben sind, desto durchschaubarer werden deren Konsequenzen für die Beteiligten und Abweichungen rechtlich erschwert. Dazu zählen Eckpunkte wie Leistungsinhalte und -termine, ausführliche Haftungsregelungen, Zahlungsstufen und Aufgabeterminierungen.²⁷² Teilweise erfolgt auch der Rückgriff auf sogenannte Bonus-/Malus-Regelungen (vgl. z.B. § 7 Abs. 8 HOAI).²⁷³ Diese können einen erheblichen Anreiz im Hinblick auf eine zügige und fristgemäße Fertigstellung darstellen und haben damit Steuerungsfunktion.²⁷⁴ Darüber hinaus sind auch Vertragsanpassungsklauseln von besonderer Bedeutung. Sie regeln das Vertragsverhältnis im Falle einer, bei Großprojekten nicht unüblichen, Änderung der zugrundeliegenden Umstände. Nur solche Regelungen können insofern neben Reaktionsmöglichkeiten auch konkrete Vorgehensweisen bestimmen und somit für später auftretende Projektkomplikationen antizipiert Lösungsrichtungen vorgeben.

3) Großes Finanzvolumen und steigende Kosten

Verkehrsinfrastrukturprojekte in dem hier verstandenen Sinne charakterisiert ein immens hohes Finanzvolumen. Keines der hier untersuchten Vorhaben unterschreitet Kosten von einer Milliarde Euro. Aber auch andere Großvorhaben, die das Aufbringen acht- oder neunstelliger Summen erforderlich machen, binden so öffentliche Gelder in besonders hohem Maße.²⁷⁵

Eine interdisziplinäre Studie über weltweit mehr als 150 Infrastrukturgroßprojekte hat festgestellt, dass Großprojekte hinsichtlich ihrer Kosten im Durchschnitt knapp 30 Prozent zu niedrig kalkuliert werden.²⁷⁶ Das Ergebnis deckt sich mit einer national ausgerichteten Studie, die 170 deutsche Großprojekte begutachtete und im Verkehrsbereich durchschnittliche Kostensteigerungen von 33 Prozent feststellte.²⁷⁷ Die Wissenschaftler konstatierten insofern für alle Projekte unrealistische Kostenkalkulationen²⁷⁸ in der Planungsphase und bezeichneten dies als „globales

²⁷² *Schliesky*, in: Mann/Püttner, HKWP Bd. 2, § 47 Rn 46.

²⁷³ *Galda*, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 7 Rn 125ff; *Schwenker/Wessel*, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 7 HOAI Rn 19ff.

²⁷⁴ Vgl. LRH HH, Kostenstabiles Bauen, S. 40 Rn 832.

²⁷⁵ Vgl. zu verschiedenen Arten der Kosten sowie der Signifikanz ihrer grundsätzlichen Unterscheidung gerade im Hinblick auf Vermeidbarkeit: LRH HH, Kostenstabiles Bauen, S. 15 Rn 23.

²⁷⁶ *Flyvberg/Bruzelius/Rothengatter*, Megaprojects and Risk, S. 16.

²⁷⁷ *Kostka*, Großprojekte in Deutschland - Zwischen Ambition und Realität, Zusammenfassung Teil I: Sektorübergreifende Analyse, S. 1.

²⁷⁸ Zur Vernachlässigung insbesondere von Transaktionskosten, vgl. *Budäus*, Finanzierung öffentlicher Infrastrukturen, in: ZfgK 1993, 451 (452ff).

Phänomen“.²⁷⁹ Insgesamt liegt den Projekten eine „systematische Unterschätzung von Risiken und Überschätzung von Vorteilen“ zu Grunde.²⁸⁰

4) Knowhow-Optimierung und fachliche Kräftebündelung

Häufig fehlt es einem Bauherrn an der notwendigen fachlichen Erfahrung bei der Durchführung von Großprojekten.²⁸¹ Während dies keine spezielle Partnerschaftsproblematisierung darstellt, ist es doch innerhalb der komplexen Strukturen solcher umfangreicher Partnerschaften umso verheerender, wenn mangelnde Erfahrung im Umgang mit Großprojekten deren Planung und Umsetzung hemmt.²⁸²

Die multidimensionale Großprojektpartnerschaft erfordert ein erfahrenes Planungsteam. Die Projektpartner müssen daher in ausreichendem Umfang spezifisches Fachwissen in das Vorhaben einbringen. Dies erfolgt nicht selten durch das Hinzuziehen externer Spezialisten. Jedoch kann die Knowhow-Optimierung gerade Hauptmotivation dazu sein, eine Partnerschaft einzugehen: Verfügt z.B. ein Land über eine lange Schifffahrts- und Hafentradition, kann sich der Kooperationspartner dieses zunutze machen und unmittelbar – ohne den Zuzug externer Berater – auf den Erfahrungsschatz sowie das Wissen des routinierten Partners zugreifen.²⁸³ Die Stärkung von Knowhow ist auf Praxisebene eines der zentralen Argumente für den Zusammenschluss von öffentlichen Trägern.²⁸⁴

5) Potenzielles Kräfteungleichgewicht

Nicht selten kooperieren öffentliche Partner, die unterschiedlich groß und wirtschaftsstarke sind. Gerade in der Nutzbarmachung dieser divergierenden Potenziale liegt ein wesentlicher Motivationsfaktor für das Eingehen solcher Verhältnisse. Dies zieht gleichermaßen Unterschiede im Hinblick auf vorhandene Strukturen, Ressourcen, Finanzmittel, Personal, Erfahrungen und Informationen nach sich, die das Risiko eines Ungleichgewichts innerhalb der Partnerschaft bergen: So wird es dem

²⁷⁹ Ebda, in die gleiche Richtung geht auch oben Fn 43, S. 3f.

²⁸⁰ *Kostka*, Großprojekte in Deutschland - Zwischen Ambition und Realität, Zusammenfassung Teil I: Sektorübergreifende Analyse, S. 3. Vgl. zudem insges. *Kabnemann/Lovullo*, Decision Making: How Optimism Undermines Executives' Decisions, in: Harvard Business Review 07/2003, 56ff.

²⁸¹ *Püttner*, Chancen und Risiken von PPP, in: Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 102.

²⁸² LRH Bbg, Mitteilung über die Prüfung der Betätigung des Landes Brandenburg als Gesellschafter der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH im Zusammenhang mit den Kostensteigerungen und Verzögerungen beim Bau des Flughafens BER („Mitteilung BER“) vom 10.07.2015, S. 25, 63.

²⁸³ Siehe dazu Projekt JadeWeserPort unter E)IV)1)a) cc).

²⁸⁴ *Bauer*, Verwaltungsverträge, in: GVwR II, § 36 Rn 49; *Storr*, Public-Public-Partnerships, in: LKV 2005, 521.

jeweils punktuell überlegenen Partner häufig wichtig sein, dass sich seine Überlegenheit im Rahmen des (Vertrags-) Verhältnisses niederschlägt. Spiegelbildlich wird der schwächere Partner dieses Ungleichgewicht nicht vertraglich forciert sehen wollen. Was die Partner aushandeln, wird für das Projekt im Rahmen der zivilrechtlichen Anspruchshierarchie diktiert, die Benachteiligung eines Partners wirkt sich insofern auf das Projekt aus.²⁸⁵ Eine Kooperation hat indes größere Erfolgsaussichten, wenn die Partner sich ihrer Entscheidung zugunsten der Gleichordnung bewusst sind und sich entsprechend weniger kompetitiv und eigennützig, sondern kooperativ orientieren.²⁸⁶

6) Intensives Kommunikationsbedürfnis

Die Begriffe Kooperation und Kommunikation haben sehr ähnliche Zielrichtungen.²⁸⁷ Gemeinsam mit dem Konsensbegriff werden diese Termini als wesentliche Strukturprinzipien des zeitgenössischen Verwaltungsrechtsmodells angeführt.²⁸⁸ Die Abhängigkeit der Großprojektbeziehungen von einem umfangreichen Informationsaustausch macht Kommunikation zwischen den Partnern zu einem unumgänglichen Faktor für das Gelingen der Partnerschaft und einer effizienten Realisierung des Projekts.²⁸⁹ Die strukturelle Komplexität ist ein wesentlicher Grund für ein solches Bedürfnis. Sie betrifft die Wirksamkeit und gegenseitige Beeinflussung einer Vielzahl von Einzelfaktoren und steht häufig in enger Verbindung mit unvollständiger Information.²⁹⁰ Je bedeutsamer folglich die Information, desto wichtiger ist die Kommunikation dieser Information. Insofern hängt das Gelingen eines Großprojekts eng zusammen mit einer intakten Verständigung der beteiligten Kooperationspartner.²⁹¹ Eine weitere Ebene der Kommunikation ist ebenfalls die Zuordnung von Kompetenzen, die anders als innerhalb der herkömmlichen exekutivischen Strukturen in diesen Partnerschaften nicht formell organisiert sind.²⁹² Somit ist die Herausbildung eindeutiger Zuständigkeits- und Verantwortungsstrukturen für die multidimensionale Großprojektzusammenarbeit essentiell.

²⁸⁵ Vgl. Nds. LT Drs. 15/4370, S. 22f.

²⁸⁶ Nds. LT Drs. 15/4370, S. 24; *Scharpf*, Decision Rules, Decision Styles and Policy Choices, in: *Journal of Theoretical Politics* 1989, 149ff.

²⁸⁷ *Kaiser*, Kommunikation der Verwaltung, S. 219.

²⁸⁸ Ebda.; *Krüger*, Allg. Staatslehre, S. 613f; *Pitschas*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 219 (226).

²⁸⁹ *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 38; *Kaiser*, Kommunikation der Verwaltung, S. 223; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 722.

²⁹⁰ *Waechter*, Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, in: DÖV 2015, 121 (122).

²⁹¹ *Habermas*, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, S. 77.

²⁹² Vgl. Fn 43, 270.

VI) Zwischenergebnis zur multidimensionalen Großprojektpartnerschaft

Die multidimensionale Großprojektpartnerschaft stellt zusammenfassend eine hochspezielle Ausformung rein öffentlicher Kooperationsgebilde von mindestens zwei Beteiligten dar. Handelt es sich hierbei zudem um eine Verkehrsinfrastrukturpartnerschaft, so trägt dieses Merkmal zu weiterer Spezifizierung bei und bringt diverse Erfordernisse die Zusammenarbeit betreffend mit sich.

Den vorstehend dargelegten Herausforderungen solcher Partnerschaften, wie ein mögliches Ungleichgewicht zwischen den Kooperierenden, langfristige vertragliche Bindungen, große Kostenlast und ein ausgeprägtes Bedürfnis nach Kommunikation, stehen weitreichende Nutzen, gerade durch Kräftebündelung und Know-How-Optimierung gegenüber. Vorteile der multidimensionalen Großprojektpartnerschaft liegen vor allem in der schwierigen Transformation hergebrachter hoheitlich hierarchischer Strukturen in eine vornehmlich kooperativ geprägte Projektorganisation, die neben einem hohen allgemeinen Strukturierungsgrad insbesondere auch effiziente Informationsgefüge erfordert.

Die Beteiligten können sich hierbei verschiedener Zusammenarbeitsformen bedienen, die sich in der inhaltlichen Qualität insbesondere im Hinblick auf ihre Verbindlichkeit unterscheiden und allen Ebenen öffentlicher Tätigkeit offen stehen. Für die vorliegende Untersuchung werden vor allem die intraföderale und die Bundesländer-Kooperation innerhalb der institutionalisierten Partnerschaft Bedeutung haben.

C) Verfassungsrechtliche Vorgaben von Demokratieprinzip und Transparenzgebot

Nachdem die begrifflichen Determinanten von multidimensionalen und rein öffentlichen Großprojektpartnerschaften erarbeitet wurden, ist zu untersuchen, welchen verfassungsrechtlichen Erfordernissen diese im Wesentlichen begegnen. Charakteristisch für die Aufgaben des heutigen Staates ist seine dem Prinzip nach umfassende Verantwortung für die materielle Wohlfahrt, die Wirtschaftsentwicklung und die soziale Sicherheit.²⁹³ Von weiterer Bedeutung ist die der Bundesrepublik Deutschland zugrundeliegende Staatsform, die in Art. 20 Abs. 1 GG als republikanisch, bundesstaatlich und demokratisch determiniert wird. Welche der weitreichenden verfassungsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen sind und in welchem Umfang sie Einfluss auf die hier untersuchten Projektpartnerschaften nehmen, wird im Folgenden zu klären sein.

Hierbei ist zunächst auf das Demokratieprinzip (I) einzugehen, das von staatlichem Handeln die nötige Legitimation verlangt. Dabei werden seine Grundlagen (1), Ausgestaltung (2) und Umsetzung (3) untersucht. Sodann erfolgen eine Auseinandersetzung mit dem noch wenig besprochenen Transparenzgebot (II), seinen begrifflichen Grundlagen (1 und 2) und der rechtlichen Herleitung (3) sowie eine Betrachtung der transparenzrechtlichen Vorgaben für die Verwaltung (3), die

²⁹³ Vgl. *Badura*, Staatsrecht, D 33.

für die Realisierung der in dieser Arbeit untersuchten Projekte besonders relevant sind. Schließlich werden die Grenzen von Transparenz untersucht (4).

I) Das Demokratieprinzip – Grundpfeiler des deutschen Staatsverständnisses

Demokratie ist einer der elementaren Verfassungsgrundsätze,²⁹⁴ die das Grundgesetz statuiert.²⁹⁵ Sie formt staatliches Handeln und ist daher ein wesentlicher Maßstab für die Vorhabenumsetzung in der Großprojektpartnerschaft verschiedener Hoheitsträger. Im Folgenden sind die strukturellen Erfordernisse im Hinblick auf die Rechtfertigung staatlicher Herrschaftsgewalt in ihren Grundzügen abstrakt zu skizzieren, um im Fortgang der Arbeit eine umfängliche Subsumtion der jeweiligen Projektausgestaltung unter diese Kategorien vornehmen zu können.²⁹⁶

1) Herrschaft des Volkes und demokratische Legitimation – ein Überblick

Kerngehalt des in Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG niedergelegten Demokratieprinzips ist die Volkssouveränität. Danach ist das deutsche Staatsvolk als Souverän Träger der Staatsgewalt (Abs. 2 S. 1 GG) und übt diese in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der drei Gewalten aus (Abs. 2 S. 2 GG). Art. 20 Abs. 2 GG verdeutlicht so den Zusammenhang von Herrschaft und Regierung: Während der erste Satz das Prinzip der Volkssouveränität²⁹⁷ zum Ausdruck bringt, formuliert Satz 2 die Entscheidung für die repräsentative Demokratie als Staats- und Regierungsform.²⁹⁸ Die Verfassungsstrukturentscheidungen bzw. -prinzipien²⁹⁹ zielen wiederum auf die Formung des politischen und gesellschaftlichen Lebens.³⁰⁰ Das allgemeine Demokratieprinzip hat verschiedene konkretisierende normative Gehalte: Neben der angesprochenen Volkssouveränität statuiert es im Wesentlichen politische Freiheit und Gleichheit, das Legitimationserfordernis und die hinreichende Öffentlichkeit staatlichen Handelns. Das Demokratieprinzip forciert und

²⁹⁴ Zur Verfassung als rechtlicher Grundordnung des Staates und ihren typischen Inhalten, vgl. insgesamt: *Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, insbes. S. 113ff.

²⁹⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art 20 II Rn 1; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG Bd. 7, Art. 20 Rn 407.

²⁹⁶ S.u. D)II), E)1)e)aa)E)2)e)aa), E)3)e)aa).

²⁹⁷ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 42; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 35ff; *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 45ff.

²⁹⁸ Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 8.

²⁹⁹ Vgl. dazu näher *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (333f); *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 20 Rn 88ff.

³⁰⁰ *Gröpl*, Staatsrecht I, § 5 Rn 241 u. 243ff; *Maurer*, Staatsrecht I, § 6 Rn 1ff; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (333); *Stern*, Staatsrecht I, 3 III 3d)ff.

formt damit auch die Funktion der Grundrechte als Teilhabe am demokratischen Prozess.³⁰¹ Es umfasst insoweit die Kerngehalte der Kommunikationsgrundrechte (v.a. aus Art. 5, Art. 8, Art. 9 GG) und prägt den Grundsatz der Freiheit und Gleichheit politischer Parteien sowie insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).³⁰² Dabei betrifft die vom Demokratieprinzip angesprochene Gleichheit die Teilnahme an politischer Willensbildung und Herrschaftsausübung und damit die politische Gleichheit (i.V.m. Art. 38 GG), nicht hingegen die allgemeine Rechtsgleichheit.

Der Gedanke, dass politische Herrschaft keineswegs natürlich hinzunehmen ist und als gegeben angesehen werden kann,³⁰³ führt zur Notwendigkeit der rechtfertigenden Herleitung und damit ihrer Legitimation unter dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes. Damit muss jedes Organ staatlicher Gewalt und jede Ausübung der Staatsgewalt ihre Grundlage in einer Entscheidung des Volkes finden. Die Grundentscheidungen des Art. 20 Abs. 2 GG für die Volkssouveränität und die daraus folgenden Grundsätze von demokratischer Organisation und Legitimation sind nach dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG auch für die verfassungsmäßige Ordnung der Länder verbindlich.³⁰⁴

Das Volk³⁰⁵ als Träger der Staatsgewalt³⁰⁶ ist Subjekt und damit Bezugspunkt demokratischer Legitimation.³⁰⁷ Die Legitimation muss dem Demokratieprinzip

³⁰¹ Vgl. *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, 1529 (1530f); *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG Bd. 7, Art. 20 Rn 488; *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: HStR III.

³⁰² Betroffene besondere Gleichheitssätze sind z. B, Art. 3 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 5 GG.

³⁰³ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (338).

³⁰⁴ BVerfGE 9, 268 (281); 83, 60 (71); 93, 37 (66). Sämtliche Landesverfassungen bekennen sich direkt (BWVerf: Präambel, Art. 23 Abs. 1; BayVerf: Präambel, Art. 2 Abs. 1 S. 1; BlnVerf: Vorspruch; BbgVerf: Art. 2 Abs. 1; BremVerf: Art. 65 Abs. 1; HmbVerf: Vorspruch, Art. 3 Abs. 1; HessVerf: Präambel, Art 65; MVVerf: Art 2, 3 Abs. 2; NV: Art. 1 Abs. 2; RPVerf: Vorspruch, Art. 74 Abs. 1; SaarlVerf: Art. 60 Abs. 1; SächsVerf: Art. 1; VerfSachsAnh: Art. 2 Abs. 1; TVerf: Art. 44 Abs. 1 S. 2) oder indirekt zur Demokratie als zentralem Verfassungsprinzip (NWVerf: Art. 2, 3; SHVerf: Art. 2.

³⁰⁵ Der Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG bezeichnet dabei das der Bundesrepublik Deutschland angehörige Volk im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG, gekennzeichnet durch eine spezifische Verfasstheit als Personengemeinschaft, seine Allgemeinheit und die Ausrichtung auf das Staatsangehörigkeitsprinzip. Vgl. BVerfGE 83, 37 (51); aufgegriffen in *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (348); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 26.

³⁰⁶ Volkssouveränität „ist daher zu bestimmen als die vom Volk (im Sinne einer vor-verfassungsmäßigen Kompetenz) zukommende Kraft und Autorität, die Verfassung in ihrem normativen Geltungsanspruch hervorzubringen, zu tragen und aufzuheben.“ (*Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 7; *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 94, 99f).

³⁰⁷ Vgl. *Groß*, Was ist ein Volk?, in: Bäuerle u.a., FS Bryde, S. 157 (162ff); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 57; *Stern*, Staatsrecht II, § 25 I 1; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, S. 329 (337, 348ff).

entsprechend mindestens mittelbar durch die verfasste Personengesamtheit erfolgen, der die Staatsgewalt ihre Entstehung verdankt.³⁰⁸

Objekt demokratischer Legitimation ist die „Staatsgewalt“. Der Begriff ist weit zu verstehen und daher keinesfalls auf rein hoheitliche Tätigkeiten des Staates beschränkt. Vielmehr stellt „jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“³⁰⁹ Ausübung von Staatsgewalt in diesem Sinne dar. Auch der Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht über rein hoheitliche Tätigkeiten hinaus, wenn er von „alle[r] Staatsgewalt“ spricht. „Staat“ ist dabei jeder Träger hoheitlicher Gewalt sowie dessen Organe, „Staatsgewalt“ jedes dem Staat zurechenbare Tun, Dulden oder Unterlassen.³¹⁰ Für die Exekutive bedeutet dies die Einbeziehung der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung sowie der Privatrechtssubjekte, derer sie sich diese für die Erledigung hoheitlicher Tätigkeiten bedient.³¹¹ Nach *Böckenförde* ist dabei „der gesamte Umfang staatlichen Handelns“ gegenständlich erfasst und demnach die dem Staat obliegenden, „bzw. von ihm tatsächlich in Anspruch genommenen Aufgaben insgesamt“.³¹² In welcher Handlungs- und welcher Rechtsform der Staat tätig wird, ist dabei unerheblich.³¹³

Bedeutungsinhalt der repräsentativen Demokratie ist die Übertragbarkeit staatlicher Gewalt auf die Volksvertreter, bei gleichzeitiger „Selbstverwaltung“ sowie Rücknehmbarkeit und Neuvergabeberechtigung dieser Übertragung unter bestimmten Voraussetzungen.³¹⁴ Entscheidungen müssen demnach stets dem Volk gegenüber verantwortet werden. Dabei hat sich jedes staatliche Handeln unmittelbar oder jedenfalls mittelbar auf das Volk als Träger der Staatsgewalt zurückführen zu lassen.³¹⁵ Diese „Legitimationskette“³¹⁶ gewährleistet eine Rückführbarkeit jeden

³⁰⁸ BVerfGE 83, 37 (51); *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (348ff).

³⁰⁹ BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (73); 93, 37 (68).

³¹⁰ *Ehlers*, Die Staatsgewalt in Ketten, in: Faber/Götz, FS E. Stein, S. 125 (138); *Badura*, Staatsrecht, A 2; *Pieroth*, in: Jarass/ders., GG, Art. 20 Rn 3.

³¹¹ Vgl. *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art 20 Rn 146.

³¹² *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 12.

³¹³ Vgl. *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art 20 Rn 146; BGHZ 91, 84 (96ff); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 13; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation, in: AöR 116, 329 (346).

³¹⁴ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation, in: AöR 116, 329 (346).

³¹⁵ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 11; vgl. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 61.

³¹⁶ Die Theorie der „Legitimationskette“ wurde von dem Rechtsphilosophen *Ernst-Wolfgang Böckenförde* hervorgebracht und fand während dessen Tätigkeit als Richter am BVerfG Eingang in seine Rechtsprechung. Seither ist sie ein anerkannter Grundsatz zur Bestimmung des Vorliegens einer demokratischen Legitimation.

staatlichen Handelns auf den Willen des Volkes als Souverän und damit dessen effektiven Einfluss auf hoheitliche Entscheidungen.³¹⁷ Nur so kann die Aufgabewahrnehmung der Organe und Volksvertreter als „durch“ diese im Sinne der Verfassung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) verstanden und legitimiert werden. Sie betrifft somit auch die Rechtfertigung der Herrschaft, die in den Handlungs- und Organisationsformen der öffentlichen Verwaltung ausgeübt wird.³¹⁸ Diese Staatsgewalt erstreckt sich auf Bund, Länder und Kommunen, vgl. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. „Im Mittelpunkt der Demokratie steht das Parlament, das unmittelbar vom Volke gewählt ist und die Gesetze beschließt, über den Haushalt entscheidet und von Regierung und Verwaltung Rechenschaft fordert“.³¹⁹

2) Legitimationsformen

Der oben aufgezeigte Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft im Rahmen der Ausübung von Staatsgewalt wird insbesondere „durch die Parlamentswahl, die vom Parlament beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluß auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt.“³²⁰ Als zentrale Bestandteile des Demokratieprinzips werden nach dem vom Bundesverfassungsgericht maßgeblich entwickelten sogenannten monistischen Legitimationskonzept³²¹ verschiedene Formen demokratischer Legitimation unterschieden: die funktionelle, institutionelle, organisatorisch-personelle und die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation.³²² Während die Verfassung keine Forderung nach konkreten Ausgestaltungen enthält, stellen die hier beschriebenen Formen durch ihr Zusammenwirken dennoch eine wirksame Kategorisierung für das Erreichen eines insgesamt hinreichenden Legitimationsgehalts („Effektivität der Legitimation“)³²³ dar.³²⁴

³¹⁷ Zu den Grenzen im Rahmen einer „effektive demokratische Legitimation“, vgl. unten C)I)2)c).

³¹⁸ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff in AöR 116, 329 (330).

³¹⁹ *P. Kirchhof*, Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, in: NJW 2001, 1332.

³²⁰ BVerfGE 93, 37 (66).

³²¹ Gemeint ist das monistisch-hierarchische Legitimationkettenprinzip, welches das (deutsche) Volk als Kollektiv in den Mittelpunkt stellt, vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 158.

Ihm steht das pluralistische Demokratiekonzept gegenüber, welches insgesamt offener ausgelegt ist und den Einzelnen und dessen Betroffenheit von bestimmten Entscheidungen zum Ausgangspunkt nimmt. Vgl. dazu z.B. *Bryde*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion KJ, Demokratie und Grundgesetz., 59 (61); *Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, S. 24ff.; *Groß*, Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, S. 166f.; *Hanebeck*, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip, in: DÖV 2004, 901 (903f.).

³²² Vgl. v.a. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 14.

³²³ Siehe dazu unten C)I)2)c)cc).

³²⁴ BVerfGE 83, 60 (72); vgl. hierzu sowie zum Begriff des hinreichenden Legitimationsniveaus unten C)I)2)c)cc).

Funktionelle und institutionelle Legitimation betreffen die Ebenen von Gewaltenteilung und der abstrakten Funktionengliederung.³²⁵ Für die Ausübung der vom Volk ausgehenden Gewalt hat der Verfassungsgeber selbst in Art. 20 Abs. 2 GG die drei Gewalten – Legislative, Exekutive und Judikative – mit eigener Funktion und eigenen Organen konstituiert. Damit ist jede Gewalt für sich demokratisch autorisiert Staatsgewalt auszuüben.³²⁶ Die institutionelle Legitimation betrifft die Organisation, die funktionelle Legitimation die Ausgestaltung der staatlichen Hoheit.³²⁷

Daneben treten die personelle und sachliche demokratische Legitimation im verfassten Staat. Beide müssen zum Erreichen der Legitimation des staatlichen Handelns vom Volk her zusammenwirken.³²⁸ Anders als funktionelle und institutionelle Legitimation, dienen sie der Rückführung der konkreten Ausübung der Staatsgewalt auf den Willen des Volkes.

a) Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation

Wie sich bereits ihrer Bezeichnung entnehmen lässt, ist Bezugspunkt der organisatorisch-personellen Legitimation die jeweils Staatsgewalt ausübende Person. „*Ein Amtsträger ist uneingeschränkt personell legitimiert, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat.*“³²⁹ Gleichzeitig findet eine demokratische Legitimation der zugehörigen Organe statt.³³⁰ Die Legitimation hat dabei stets konkret individuell für den einzelnen Amtswalter zu erfolgen, eine lediglich abstrakte und generelle Legitimation genügt unter dem Demokratieprinzip nicht.³³¹ Zulässig sind jedoch neben der unmittelbaren, auch eine mittelbare Berufung durch das Volk:³³² Entscheidend ist allein, dass die Kette individueller Berufungsakte vom Volk bis hin zum konkreten Amtswalter ununterbrochen bleibt.³³³ Erforderlich ist jeweils die Bestellung eines bestimmten Amtswalters für ein bestimmtes Amt im konkreten Fall durch Wahl

³²⁵ *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 221.

³²⁶ Vgl. *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn 79ff; *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: HStR V, § 112 Rn 9f.

³²⁷ BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88); 83, 60 (72); *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 41ff; *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 105ff; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, S. 56f.

³²⁸ Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23.

³²⁹ BVerfGE 107, 59 (88).

³³⁰ Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 16.

³³¹ Es gilt vielmehr das von *Roman Herzog* entwickelte Prinzip der individuellen Berufung der Amtswalter durch das Volk oder durch volksgewählte Organe, vgl. *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 210.

³³² BVerfGE 38, 258 (271); 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77, 1 (40); 83, 60 (72 f).

³³³ Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 16; *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 210.

oder Ernennung von einer ebenfalls demokratisch legitimierten Einheit.³³⁴ Im parlamentarischen Regierungssystem ist zentrales Glied dieser Legitimationskette das Parlament, das die Legitimität staatlichen Handelns vermittelt.³³⁵

Wie bereits eingangs dargestellt, erfolgen die in dieser Arbeit begutachteten Projektrealisierungen innerhalb des Bereichs der Exekutive. Deren organisatorisch-personelle Legitimation wird auf Bundesebene lückenlos durch die Wahl des Bundeskanzlers vom volksgewählten Parlament (Art. 63 GG), über den von ihm berufenen Ressortminister (Art. 64 GG), hin zur Ernennung konkreter Beamten vermittelt.³³⁶ Gleiches gilt für die Föderalstaaten, vgl. Art. 28 Abs. 1 GG. Art. 28 Abs. 2 GG fordert für die kommunale Selbstverwaltung Legitimation. Deren personelle Legitimation geht anders als bei Art. 20 Abs. 2 GG nicht vom Staatsvolk, sondern von einem nach Art. 28 Abs. 2 GG dafür vorgesehenen Teil- bzw. Landesvolk aus.³³⁷ Exemplarisch geht dies für den Niedersächsischen Landtag aus Art. 7 S. 1 NV hervor. Der gemäß Art. 8 Abs. 1 NV in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählte Landtag wählt seinerseits den Ministerpräsidenten gemäß Art. 29 Abs. 1 NV. Letzterer beruft die übrigen Mitglieder der Landesregierung nach Art. 29 Abs. 2 NV, die Landesregierung bedarf zur Amtsübernahme der Bestätigung durch den volksgewählten Landtag (Art. 29 Abs. 2 NV).

Da die personelle Legitimation nicht um ihrer selbst willen besteht, ergeben sich dort Besonderheiten, wo Bestellungs- und Berufungsentscheidungen von Organen gefällt werden, deren Mitglieder nicht alle über eine entsprechende personelle Legitimation verfügen. Dies betrifft auch Kollegialgremien, die demokratisch legitimationsbedürftige Staatsgewalt ausüben. Auch bei kollegial verfassten Entscheidungsträgern ergeben sich insoweit keine Schwierigkeiten, als die einzelnen Amtswalter demokratisch legitimiert sind. Probleme ergeben sich aber dann, wenn in diesen Kollegialgremien demokratisch legitimierte Amtswalter mit nichtlegitimierten gesellschaftlichen Gruppen oder aber mit demokratisch legitimierten Personen zusammenwirken, deren Legitimation auf einem anderen Legitimationssubjekt, das heißt auf einem anderen (Teil-) Volk beruht. Die jeweiligen Vertretungskörperschaften und mit ihnen auch die entsprechende Aktivbürgerschaft verlieren in derartigen Szenarien wegen der Beteiligung der aus ihrer Sicht demokratisch nicht Legitimierten an Einfluss auf den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess.³³⁸ Für

³³⁴ BVerfGE 83, 60 (74); 93, 37 (67); 107, 59 (87); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 121; *Herzog*, Allg. Staatslehre, S. 210 ff; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 269.

³³⁵ BVerfGE 122, 304 (397); *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn 36ff.

³³⁶ Vgl. zum Erfordernis flächendeckender Regierungszuständigkeit als demokratieprinzipieller Forderung: *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 120ff.

³³⁷ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 25.

³³⁸ Vgl. zu supranationalen Organisationen: BVerfGE 89,155 (182 f).

eine Legitimation der jeweiligen Entscheidung muss jedoch nach dem Bundesverfassungsgericht die „*die Entscheidung tragende Mehrheit aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimierter Mitglieder des Kurationsorgans*“ bestehen („Prinzip der doppelten Mehrheit“).³³⁹ Weiterhin setzt die Vermittlung personeller demokratischer Legitimation voraus, dass „*die personell demokratisch legitimierten Mitglieder eines solchen Kurationsorgans bei ihrer Mitwirkung an der Bestellung eines Amtsträgers ihrerseits auch parlamentarisch verantwortlich handeln.*“³⁴⁰

Gerade hier verbirgt sich die Bedeutsamkeit der in diesem Abschnitt behandelten Legitimationsform, deren Funktion darin liegt, staatlichen Entscheidungen die erforderliche Legitimation zu vermitteln.³⁴¹ Anknüpfungspunkt für die Frage nach hinreichender personeller Legitimation in diesen Gremien ist daher weniger deren Zusammensetzung, sondern vielmehr die Legitimation der von diesen getroffenen Entscheidungen. Das heißt die konkret getroffene Entscheidung muss vom Willen der Mehrheit der demokratisch legitimierten Gremienmitglieder getragen werden.³⁴² Damit kommt es auf grundsätzlich auf zweierlei an: Zum einen müssen die demokratisch legitimierten Gremienmitglieder Entscheidungen durchsetzen können, zum anderen muss sich dies auch in der jeweiligen Einzelentscheidung konkret darstellen.³⁴³ Dies heißt, dass den jeweils nicht Legitimierten keine maßgebliche Entscheidungsmacht zukommen darf, sie also Entscheidungen nicht gegen die Legitimierten durchsetzen können dürfen. Wenn Art. 20 Abs. 2 GG insofern vorgibt, dass alle Staatsgewalt vom Volk auszugehen hat, bedeutet dies, dass die in so einem Gremium Legitimierten Entscheidungen stets zum einen herbeiführen, zum anderen aber auch verhindern können müssen. Diese sogenannte positive und die negative Entscheidungskompetenz müssen unter den Vorgaben des Demokratieprinzips in der Hand der demokratisch legitimierten Gremienmitglieder liegen.³⁴⁴ Ist eine dieser Entscheidungskompetenzen durch die tatsächliche Besetzung des Gremiums oder aber durch das diesem gegebene Statut verkürzt oder gar nicht vorhanden und pflanzt sich dies tatsächlich in konkreten Entscheidungen des Gremiums

³³⁹ BVerfGE 93, 37 (67f); 107, 59 (88).

³⁴⁰ BVerfGE 93, 37 (68).

³⁴¹ Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 373; Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, S. 92; Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162.

³⁴² Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 374; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 207.

³⁴³ Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 377; Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162.

³⁴⁴ Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 208; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 376; Papenfuß, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 159ff.

fort, so müssen diese Entscheidungen im Lichte des Art. 20 Abs. 2 GG als legitimatorisch defizitär gelten,³⁴⁵ was sich unweigerlich auf Ebene der im folgenden zu erörternden sachlich-inhaltlichen Legitimation auswirkt.³⁴⁶

b) Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation

Daneben fordert Legitimation unter dem Demokratieprinzip die Herleitung der Staatsgewalt vom und die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk auch ihrem Inhalt nach (sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation).³⁴⁷ Eine direkte Bindung an das inhaltlich vom Volk Gewollte besteht jedoch nicht, öffentliches Handeln muss sich vielmehr auf dieses zurückführen lassen können. In der repräsentativen Demokratie bedeutet dies die Bindung der Regierung an den Willen des Parlaments und im weiteren Verlauf wiederum die Bindung nachgeordneter exekutivischer Instanzen an den Regierungswillen.

Praktisch erfolgt die Vermittlung durch die Verankerung des Legislativrechts beim Parlament als direkt legitimiertem Repräsentationsorgan sowie die Bindung sämtlicher übrigen staatlichen Organe an die von ihm beschlossenen Gesetze (vgl. v. a. Art. 20 Abs. 3, aber auch Art. 97 Abs. 1 GG; für die Länder exemplarisch Niedersachsen: Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 NV).³⁴⁸ Die demokratische Verantwortlichkeit der Regierung und ihrer Minister, unmittelbar für eigenes Handeln und mittelbar für die nachrangigen Organe und Behörden, hat auf politischer Ebene Konsequenzen. Eine Kontrolle und – letztlich – eine Bewertung der Arbeit des Parlaments erfolgt durch den Wahlakt selbst, während Regierung und Minister parlamentarischen Abberufungs- und Kontrollrechten unterliegen.³⁴⁹ Für die nachgeordneten Behörden stellen Aufsichts-, Weisungs- und exekutive Rechtsetzungsbefugnisse diese Kontrolle her und schaffen damit die Verantwortlichkeit gegenüber Regierung und Volk.³⁵⁰

Das Leitungs- und Weisungsrecht der Minister erstreckt sich über die gesamte ihnen nachgeordnete Verwaltung ebenso auf deren Handlungen und führt so schlussendlich auch zur Legitimierung des Tuns des jeweiligen Amtswalters.³⁵¹ Eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation setzt voraus, dass dieser „*Amtsträger*

³⁴⁵ *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 209.

³⁴⁶ Vgl. dazu auch BVerfGE 93, 37 (72).

³⁴⁷ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 21; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 122; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 66.

³⁴⁸ *Becker*, in: Mann/Püttner, HKWP, § 50 Rn 40; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24, Rn. 21; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 122.

³⁴⁹ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24, Rn. 21; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 176; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 291f.

³⁵⁰ BVerfGE 93, 37 (66); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 122.

³⁵¹ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 24.

*im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln [kann] und die Regierung damit in die Lage versetzt, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.*³⁵² Die Ministerialverwaltung bleibt stets dem Legitimationsprinzip unterworfen, legitimationsfreie Räume dürfen grundsätzlich nicht bestehen, sofern nicht die Eigenart der administrativen Aufgabe es unbedingt erforderlich macht.³⁵³ Insbesondere kann auch ein Verzicht des Parlaments auf seine Legitimationsbefugnis dies nicht begründen.³⁵⁴ Ausschlaggebend ist demnach, dass die maßgeblichen Entscheidungsträger Glied der oben aufgezeigten Kette sind.³⁵⁵ Sofern es sich um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben handelt, gilt dies gleichermaßen für Konstrukte, die sich außerhalb des klassischen Staatsapparats befinden,³⁵⁶ namentlich neben den oben aufgeführten Kollegialgremien insbesondere auch staatliche Unternehmen, die öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind.³⁵⁷ Verwaltungstätigkeiten werden insgesamt jedoch nicht auf einen mechanischen Gesetzesvollzug begrenzt, vielmehr bestehen weitreichende Spielräume.³⁵⁸ Neben dem Erlass untergesetzlicher Normen, der gesetzesfreien Verwaltung im Rahmen der Leistungsverwaltung sowie Beurteilungsspielräumen, gilt das auch für die Planung.³⁵⁹ Bei all dem ist allerdings zu berücksichtigen, dass den oben erläuterten Maßgaben von positiver und negativer Entscheidungskompetenz sowie denen des Prinzips der doppelten Mehrheit stets auch bei Sachentscheidungen genüge zu tun ist.

c) Beziehung beider Legitimationsebenen

aa) Zusammenwirken

Verfassungsrechtlich ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität entscheidend (zum Legitimationsniveau siehe unten cc)). Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation steht wie eingangs erwähnt im verfassten Staat neben der organisatorisch-personellen Legitimation der staatlichen Organe und wirkt mit dieser zum Erreichen der Effektivität

³⁵² BVerfGE 9, 268 (281f).

³⁵³ Vgl. zu den wenigen betroffenen Bereichen: BVerfGE 9, 268 (281f).

³⁵⁴ A.A. Klein, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, S. 191ff.

³⁵⁵ Vgl. Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 59.

³⁵⁶ Siehe zur Erforderlichkeit der insoweit erforderlichen (Sach-)Entscheidungskompetenzen oben C)I)2)a).

³⁵⁷ Vgl. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR116, 329 (343); F. Kirchhof, Kommunale Aufgabenerfüllung durch ausgegliederte Einheiten, in: Henneke, Organisationsformen kommunaler Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, S. 31.

³⁵⁸ Ebda; Emde, Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 332.

³⁵⁹ F. Kirchhof, Kommunale Aufgabenerfüllung durch ausgegliederte Einheiten, in: Henneke, Organisationsformen kommunaler Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, S. 31.

demokratischer Legitimation zusammen.³⁶⁰ Von zentraler Bedeutung für den demokratischen Staat ist der durch beide Formen gesicherte Bestand und der Erhalt eines strukturellen Rahmens für staatliches Amtshandeln, das stets nicht lediglich theoretisch, sondern effektiv auf den Willen der Gesamtheit rückführbar sein muss.³⁶¹ Die Verzahnung beider Komponenten macht deutlich, dass es sich nicht lediglich um staatsrechtliche Konstrukte handelt: Sie sind Bausteine des komplexen Systems, das dem Demokratiegehalt des Art. 20 Abs. 2 GG entsprechen muss.³⁶² Ohne eine sachlich-inhaltliche Legitimation betätigt sich ein personell demokratisch legitimer Entscheidungsträger in vom Volkswillen nicht gedeckten Bereichen.³⁶³

bb) Substituierbarkeit von Legitimation

In begrenztem Rahmen besteht grundsätzlich die Möglichkeit zur teilweisen Substitution einer Legitimationsform durch die andere,³⁶⁴ solange der strukturelle Rahmen des Handelns letztlich auf den Volkswillen rückführbar ist: So kann eine hinreichend qualifizierte sachlich-inhaltliche Legitimation in strikt eingegrenzten Bereichen die personelle Besetzung von (Entscheidungs-)Organen mit gesellschaftlichen Akteuren ermöglichen.³⁶⁵ Als Beispiel sind hier Entscheidungsgremien der funktionalen Selbstverwaltung anzuführen, die mit (betroffenen) Bürgern besetzt sind (s. o.). Hinreichende Legitimation kann zum Teil dadurch erreicht werden, dass die Aufgabe sowie die konkrete organisatorische Ausgestaltung der Selbstverwal-

³⁶⁰ BVerfGE 49, 89 (125); 83, 60 (72) mit Verweis auf *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR I (1987), § 22 Rn 14; 93, 37 (66f).

³⁶¹ Vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 121ff (124, 139); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23.

³⁶² BVerfGE 83, 60 (72).

³⁶³ Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23.

³⁶⁴ Hierbei besteht insgesamt Uneinigkeit: Für eine teilweise Substitutionsmöglichkeit: *Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23; *Raiser*, Konzernverflechtungen unter Einschluß öffentlicher Unternehmen, in: ZGR 1996, 458 (477); *Ossenbühl*, Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, in: ZGR 1996, 504 (509); *Emde*, Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 330f. Für eine Totalsubstitution: *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 173; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 283ff. Gegen jegliche Form der Substitution: *Schäfer*, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 46, 50; *Wössner*, Paritätische Mitbestimmung, S. 116f.

³⁶⁵ Vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat, S. 121ff; *Emde*, Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (371ff).

tungseinheit durch Gesetz bestimmt und gegebenenfalls eine staatliche Rechtsaufsicht etabliert wird.³⁶⁶ Das über die sachlich-inhaltlich Legitimation erzielte Legitimationsniveau bleibt dabei in aller Regel hinter dem der Ministerialverwaltung zurück, da für die Tätigkeiten der Selbstverwaltungseinheiten häufig erhebliche inhaltliche Entscheidungsspielräume, in der Regel in Form von Satzungsautonomie, eingeräumt werden.³⁶⁷ Daher ist im Einzelfall entscheidend, ob im Zusammenwirken mit der personellen Legitimation ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht werden kann.³⁶⁸

Voraussetzung bleibt stets, dass die von Art. 20 Abs. 2 GG aufgestellten Anforderungen an das Legitimationsniveau, die Effektivität demokratischer Legitimation also, nicht verfehlt werden.³⁶⁹ Ein Vorrang der sachlich-inhaltlichen vor der personellen Legitimation sollte hieraus jedoch nicht abgeleitet werden. Entgegen vereinzelter Ansichten in der Literatur³⁷⁰ führt auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dazu, dass (Sach-)Entscheidungen die staatliche Herrschaft steuern und sich daher vom Volk herleiten müssen,³⁷¹ nicht zu einer höheren Bedeutsamkeit sachlicher Legitimation.³⁷² Eine Hierarchie der Legitimationsformen ist dem Grundgesetz insofern nicht zu entnehmen. Insgesamt bestehen für Legislative und Exekutive also grundsätzlich Gestaltungsmöglichkeiten in einem begrenzten Substitutionsrahmen.³⁷³

cc) Signifikanz des Legitimationsniveaus

Um der Vielgestaltigkeit öffentlichen Handelns im Hinblick auf dessen Demokratiegehalt Rechnung zu tragen, hat das Bundesverfassungsgericht die Kategorie des

³⁶⁶ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 2 Rn 174.

³⁶⁷ *Emde*, Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 58ff.

³⁶⁸ Siehe dazu sogleich C)I)2)c)cc).

³⁶⁹ Umfassend dazu: *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23; *Emde*, Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 281ff; vgl. auch BVerfGE 82, 60 (72).

³⁷⁰ *Gersdorf* führt insofern an, die Legitimationsformen hätten eine rein legitimationsvermittelnde Funktion, während sie selbst „keine integralen, unverzichtbaren Bausteine“ des Legitimationsergebnisses seien. Demnach seien sie „beliebig ersetz- und austauschbar“, vgl. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 505.

³⁷¹ BVerfGE 83, 60 (73).

³⁷² Vgl. bspw. *Emde*, Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 46; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 II Rn 48; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 255.

³⁷³ *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23.

Legitimationsniveaus geschaffen und formuliert damit eine oben schon angeschnittene Forderung nach der Effektivität der Legitimation.³⁷⁴ Eine Maßgabe im Hinblick darauf, wann dieses erreicht und im Umkehrschluss eben kein „hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation“³⁷⁵ erlangt ist, trifft das Gericht jedoch nicht. Das Grundgesetz und dessen Demokratie-Kernnorm, Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, benennen kein explizites Maß, gleichwohl fordern sie einen Mindestgrad demokratischer Legitimation.³⁷⁶ Dieser Legitimationsgrad gewinnt im Zusammenspiel mit anderen verfassungsrechtlichen Organisationsregelungen an Dichte.³⁷⁷ Nur so kann adäquater Schutz vor einer isolierten sowie absoluten Sichtweise auf diese bedeutsame Verfassungsnorm geboten werden.³⁷⁸ Demnach entspräche es auch nicht ihrem Charakter als Verfassungsprinzip³⁷⁹ über ihren Sinngehalt hinaus Maßstäbe oder Modi ihrer Verwirklichung in concreto vorzufassen.³⁸⁰ Genau aus diesem Sinngehalt ist jedoch eine generelle Rückführbarkeit jeder einzelnen amtlichen Entscheidung zu entnehmen, die Entscheidung über das ausreichende Legitimationsniveau bedarf daher stets einer Begutachtung im Einzelfall nach dessen Art und Tragweite.

Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG proklamiert damit also eine Grundlage und den Ausgangspunkt für staatliche Aktivität im Sinne der Volkssouveränität, nicht hingegen bietet er einen faktisch und unumstößlich definitiven Katalog für seine Umsetzung an. Hierin liegt die seinem Wesen innewohnende Flexibilität des Demokratieprinzips.³⁸¹

³⁷⁴ BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182); 93, 37 (67); 107, 59 (87); BVerfG, NVwZ 2018, 51 (51)). Vgl. zudem: Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23; DiFabio, Demokratie im System des GG, in: Brenner, FS Badura, S. 77 (83ff); Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 168; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 126; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 287f, 301f; ders., Demokratie unter Bagatellvorbehalt?, in: Der Staat 32, 29 (53); ders., Radien der Demokratie, in: Heinig/Terhechte, Postnationale Demokratie, S. 3 (7); Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 67. Zur Kritik am Begriff des Legitimationsniveaus vgl. Brosius-Gersdorf, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, S. 52 ff.

³⁷⁵ BVerfGE 83, 60 (72).

³⁷⁶ Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 288.

³⁷⁷ Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 245; Badura, Die parlamentarische Demokratie, in: HStR II, § 25 Rn 28, demnach ist „Die Verfassung der organisatorische Bauplan der Demokratie.“ Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 42; Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (366f); Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 168.

³⁷⁸ Böckenförde legt hierzu dar, dass „es nicht um einen Legitimationsfetischismus“ gehe, vgl. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 23 aE.

³⁷⁹ Siehe zum Terminus C)II)2)b)dd).

³⁸⁰ Vgl. Lerbe, Das BVerfGE und die Verfassungsdirektiven, in: AöR 90, 341ff.

³⁸¹ Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG Komm, Art. 20 Rn 169f; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 149ff; Müller-Franken, Unmittelbare Demokratie und die Direktiven der Verfassung, in: DÖV 2005, 489 (490f); Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff,

3) Umsetzung des Demokratieprinzips – Ausübung der Staatsgewalt

Das Legitimationsverhältnis zwischen Staatsvolk und Staatsgewalt wird in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG formuliert und in S. 2 im Hinblick auf dessen Umsetzung konkretisiert. Staatsgewalt bezeichnet summarisch die staatliche Herrschaftsmacht.³⁸² Ihre Ausübung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GG bedarf notwendig der Willensbildung des Volkes. Mit der Überwindung der Trennung von Staat und Gesellschaft, die ihre Blüte im vorletzten Jahrhundert trug,³⁸³ ist auch die Überzeugung gereift, dass „*Demokratie [...] eine ständige freie Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen [voraussetzt], in der sich auch politische Ziele klären und wandeln und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen vorformt*“³⁸⁴. Die Verfassung bestimmt zwei Grundmodi im Hinblick auf die Ausgestaltung ihrer Ausübung: Staatsgewalt kann demnach durch besondere Organe (Hs. 2) und durch Wahlen und Abstimmungen (Hs. 1) ausgeübt werden. Während Art. 20 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GG im Wesentlichen das Gewaltenteilungsprinzip als „tragendes Organisationsprinzip“³⁸⁵ und Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips für die Bundesrepublik fest schreibt,³⁸⁶ bezieht sich Hs. 1 auf die Vermittlung der Legitimation durch den Souverän. Für die vorliegende Untersuchung werden gerade auch Abstimmungen als direktdemokratische Form der Ausübung von Staatsgewalt durch das Volk relevant sein, sodass diese bereits an dieser Stelle nach Darstellung der Wahlen a) kurz in ihren grundsätzlichen Wesenszügen umrissen werden (im Folgenden b) und c)).

a) Wahlen

Die Souveränität des Volkes wird in erster Linie durch Wahlen ausgeübt, im Rahmen derer das Volk eine Entscheidung über die personelle Besetzung des legislativen Staatsorgans trifft.³⁸⁷ Es gelten die Wahlrechtsgrundsätze von Art. 38 Abs. 1 GG, bzw. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG.³⁸⁸ Aufgrund der von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG garantierten Freiheit des Mandates wird vermieden, dass lediglich eine Repräsentation von Partikularinteressen erfolgt, vielmehr sind die Abgeordneten „Vertreter des ganzen Volkes“. Die zeitliche Begrenzung des Herrschaftsauftrags durch

in: AöR 116, 329 (334); *Schuler-Harms*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, 417 (467).

³⁸² *Dreier*, in: ders., GG Bd II, Art. 20 (Demokratie) Rn 86; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 90; *Sachs*, in: ders., GG Komm, Art. 20 Rn 29.

³⁸³ *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, S. 10.

³⁸⁴ BVerfGE 97, 350 (369).

³⁸⁵ BVerfGE 3, 225 (247); 34, 52 (59).

³⁸⁶ Während das GG den Terminus lediglich in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verwendet, besteht Einigkeit darüber, dass auch Art. 20 GG ein wesentlicher Rechtsstaatsgehalt zu entnehmen ist. Vgl. dazu umfassend: *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR II, § 26 Rn 3ff.

³⁸⁷ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (352).

³⁸⁸ BVerfGE 123, 39 (68f); 44, 125 (138ff).

Art. 39 Abs. 1 GG auf vier Jahre³⁸⁹ dient der Sicherstellung des Legitimationszusammenhangs der Wahl mit dem Legislativorgan.³⁹⁰ Die Begrenzung der parlamentarischen Amtszeit ist damit wesentliches Element des Demokratieprinzips zur Erneuerung oder Bestätigung der Rückkopplung von Volkswillen und Repräsentativorgan und insofern von der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst.³⁹¹ Der inhaltliche Gehalt der Repräsentation verlangt über den formell legitimierenden Akt der Wahl hinaus zugleich unabhängig von Meinungs- und Auffassungsverschiedenheiten eine Identifikation des Volkes mit dem Handeln und Entscheiden seiner Repräsentanten, welche „stets von neuem verwirklicht wird“³⁹² und insofern fortwährenden Bürgerkontakt erforderlich macht.³⁹³

b) Abstimmungen

Durch Abstimmungen trifft das Volk Sachentscheidungen jenseits der Wahl in verschiedenen plebiszitären Formen.³⁹⁴ Diese sieht das Grundgesetz jedoch nur in sehr engen Grenzen vor: Während demokratietheoretische Überlegungen direkte Demokratie als „eigentliche, volle Demokratie“ beschreiben,³⁹⁵ sind Volksbegehren, Volksbefragungen und Volksentscheide der Verfassung nach nur für die Frage der Länderneugliederung vorgesehen, vgl. Art. 29 Abs. 2, Art. 118 GG, und im Übrigen auf Bundesebene unzulässig.³⁹⁶

³⁸⁹ Anders gilt für die Länder regelmäßig eine Wahlperiode von fünf Jahren, vgl. bspw. Art. 30 Abs. 1 S. 1. BWVerf; Art. 62 Abs. 1 S. 1 BbgVerf; Art. 16 Abs. 1 S. 1 BayVerf; Art. 54 Abs. 1 S. 1 BlnVerf; Art. 9 Abs. 1 NV, Art. 34 Verf NRW; Art. 19 Abs. 1 S. 1 SHVerf; dies gilt jedoch nicht für die Länder Bremen und Hamburg, vgl. Art. 75 Abs. 1 S. 1 BremVerf; Art. 10 Abs. 1 S. 1 HmbVerf.

³⁹⁰ BVerfGE 44, 125 (139); BVerfGE 18, 151 (154); 20, 56 (113); 123, 267 (340).

³⁹¹ BVerfGE 18, 151 (154); 1, 14 (33); 77, 1 (40).

³⁹² *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, § 34 Rn 29.

³⁹³ Ebda.; *Draht*, Entwicklung der Volksrepräsentation, in: Rausch, Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation, S. 260 (275ff, 292ff); *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn 6.

³⁹⁴ *Stern*, Staatsrecht Bd. II, § 25 II 1b); *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: HStR III, § 35 Rn. 19; *Sommermann*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 20 Rn 161.

³⁹⁵ Vgl. dazu *Eichenberger*, Der Staat der Gegenwart, S. 96; *Bäumlin*, Lebendige oder gebändigte Demokratie; a.A. *Stern*, Staatsrecht Bd. I, S. 593; *Böckenförde*, Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: Müller/u.a., FS K. Eichenberger, S. 307 (311); sowie kritisch darstellend: *Böckenförde*, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 379, 382ff.

³⁹⁶ *Isensee*, Demokratie ohne Volksabstimmung, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner GG, S. 117; *Möstl*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, 355 (356ff).

Direktdemokratische Elemente sind in den Landes- und Kommunalverfassungen hingegen erheblich umfangreicher implementiert.³⁹⁷ Regelungen zum plebisziären Instrumentarium bestehen hierbei in verschiedener Intensität.³⁹⁸

c) Repräsentation versus Plebiszit

Die Kontroverse um das Verhältnis von Wahlen und Abstimmungen im System des Grundgesetzes ist nicht neu, konnte aber bisher keiner Lösung zugeführt werden. Zum einen wird angeführt, der Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 GG sehe die Ausübung der Staatsgewalt explizit gleichrangig auch durch Abstimmungen vor.³⁹⁹ Dagegen wird zum anderen betont, Art. 28 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 1 S. 1 GG brächten einen eindeutigen Vorrang der Repräsentation zum Ausdruck.⁴⁰⁰ Dem Grundgesetz ist keine ausdrückliche Präzedenz im Hinblick auf die Thematik um plebisziäre Demokratieformen zu entnehmen.⁴⁰¹ Festzuhalten ist jedoch, dass die repräsentative Demokratie Staatsform der Bundesrepublik ist und die hierfür erforderlichen Legitimationsanforderungen fortwährend vorliegen müssen. Die Ausübung der Staatsgewalt durch Abstimmungen tritt dahinter als Ausnahme von der Repräsentativregel zurück.⁴⁰² Die wenigen, in sehr engen Grenzen vorgesehenen Ausnahmen zur Repräsentation stellen sich als grundsätzlich geeignete Erweiterung der demokratischen Legitimation staatlicher Entscheidungen dar.

³⁹⁷ Dazu insgesamt: *Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland, S. 405-903; *Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie im Bundes- und Landesverfassungsrecht, S. 337ff; *Weber*, Direkte Demokratie im Landesverfassungsrecht, in: DÖV 1985, 178ff.

³⁹⁸ Volks- und Bürgerbegehren sowie gesetzgeberische Volksentscheide sind in sämtlichen Ländern vorgesehen, Volksinitiativen, welche die Vorstufe zum Legislativverfahren darstellen sowie Volksentscheide zu anderen Fragen, hingegen nicht in allen Landesverfassungen. Vgl. umfassend *Jürgens*, Direkte Demokratie in den Bundesländern; *Schuler-Harms*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, 417ff sowie *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: HStR III, § 35 Rn 27ff.

³⁹⁹ *Bleckmann*, Zulässigkeit des Volksentscheides nach dem GG, in: JZ 1978, 217ff; *Steinberg*, Standortplanung umweltbelastender Großvorhaben durch Volksbegehren und Volksentscheid, in: ZRP 1982, 113 (117f); *Wassermann*, Die Zuschauerdemokratie, S. 183;

⁴⁰⁰ *Kriele*, Das demokratische Prinzip im GG, in: VVDStRL 29, 46 (60); *Scheuner*, Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, FS H. Huber, S. 235f; *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik, Bd. II, § 25 II (insbes. 1 u. 2) mwN.

⁴⁰¹ *Ivensee*, Volksgesetzgebung - Vitalisierung oder Störung der parlamentarischen Demokratie?, in: DVBl 2001, 1161 (1166); *Jacobsen*, Zur Verbindlichkeit der Volksgesetzgebung, in: DÖV 2007, 949 (954 ff); *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: HStR III, § 35 Rn 1ff.

⁴⁰² Vgl. *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: HStR III, § 35 Rn 19f; *Möstl*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, 355 (361f).

Auch unter Fürsprechern basisdemokratischer Strukturen bestehen nach wie vor Kontroversen im Hinblick auf die Haltung des GG zu identitär-unmittelbaren⁴⁰³ Demokratieformen.⁴⁰⁴ Direktdemokratische Initiativen und Verfahren erscheinen regelmäßig als eine Herausforderung der parlamentarischen Repräsentation und bringen Unzufriedenheit im Hinblick auf den parteidemokratischen Parlamentarismus zum Ausdruck.⁴⁰⁵ Die Geltendmachung des scheinbaren Volkswillens birgt jedoch das Risiko diffuser Meinungsäußerung von Partikularinteressen sowie der Segmentierung der politischen Willensbildung in sich.⁴⁰⁶ In einer Ausweitung plebiszitärer Abstimmungen kann daher kaum eine Option vollständiger Kompensation der bestehenden Krise der Repräsentation gesehen werden, die sich insbesondere in schwindender Akzeptanz für politische Entscheidungen zeigt. Hierdurch würde die Legitimationswirkung solch plebiszitärer Voten im Sinne des grundgesetzlichen Demokratieverständnisses verkannt.⁴⁰⁷ Dieses verlangt die Rückführbarkeit von Entscheidungen auf das Volk im Rahmen parlamentarischer Repräsentation und unter den Prinzipien von demokratischer Freiheit und Gleichheit bei gleichzeitiger Zurechenbarkeit von Verantwortlichkeit. Während den Abstimmungen insofern mitunter eine partielle Ergänzungsfunktion innewohnen kann, übersteigt eine Kompensation oder gar Alteration von Abstimmungen gegenüber der Repräsentation das demokratische Potenzial unter dem Grundgesetz. Insofern mag dem direktdemokratischen Instrumentarium legitimationsergänzende Wirkung zugesprochen werden können. Es wird jedoch im Verlauf der Arbeit noch zu klären sein, inwieweit auch eine legitimationsheilende Qualität besteht, d.h. ob plebiszitäre Instrumente Legitimationsdefizite grundsätzlich ausgleichen können.⁴⁰⁸

⁴⁰³ Vgl. zum Terminus und zur Kritik: *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR II (1. A.), § 34 Rn 2ff.

⁴⁰⁴ Eine Übersicht hierzu findet sich bei *Isensee*, Der antiplebiszitäre Zug des GG, in: Akyürek u.a., Verfassung in Zeiten des Wandels, S. 53 (56ff).

⁴⁰⁵ *Badura*, Staatsrecht, E 12; *ders.*, Plebiszitäre Ergänzung oder Verformung des parlamentarischen Regierungssystems in der Bundesverfassung, in: Ruffert, FS Meinhard Schröder, S. 307ff; *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: HStR III, § 35 Rn 45f; *Meyer*, Volksabstimmungen im Bund: Verfassungslage nach Zeitgeist?, in: JZ 2012, 538.

⁴⁰⁶ *Ewer*, Kein Volksentscheid über die Zulassung von Infrastrukturprojekten, in: NJW 2011, 1328 (1330); *Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, S. 48ff; *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, S. 6ff; 11f; *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: HStR III, § 35 Rn 5; *Lowi*, The public philosophy: Interest-group liberalism, in: American Political Science Review Bd. 61, 5ff; vgl. auch zur Ablehnung direkter Demokratie als Formprinzip: *Kelsen*, Allg. Staatslehre, S. 366; *ders.*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 70ff; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 123.

⁴⁰⁷ *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, § 34 Rn 53.

⁴⁰⁸ Ebd.

d) Ausübung durch besondere Organe

Neben Wahlen und Abstimmungen erfolgt die Ausübung von Staatsgewalt zudem „durch besondere Organe“. Es bleibt dort bei dem Grundsatz, dass staatliches Handeln als änderungsfester Kern des Demokratieprinzips mindestens mittelbar auf den Volkswillen rückführbar sein muss, der in Wahlen und Abstimmungen seinen Ursprung hat.⁴⁰⁹ Die besonderen Organe aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG sind daher nicht auf lediglich öffentlich-rechtliche Organe begrenzt zu verstehen,⁴¹⁰ sondern schließen in einem funktionsbezogenen Verständnis auch privatrechtliche Rechtsformen ein.⁴¹¹

4) Fazit zum Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG ist als eines der Staatsfundamentalprinzipien Messlatte staatlicher Tätigkeit. Dabei fordert es die Legitimation allen amtlichen Tuns mit Entscheidungscharakter, speziell auf personeller und auch sachlich-inhaltlicher Ebene. Die jeweilige (Sach-) Entscheidung muss demnach durch einen aufgrund ununterbrochener Kette individueller Berufungsakte legitimierten Amtswalter auf Grundlage der vom durch den Wahlakt eingesetzten Parlament beschlossenen Gesetze erfolgen, mit denen dieses das Handeln der besonderen Organe inhaltlich vorgibt und damit dem Volk gegenüber verantwortet. Die beiden Legitimationsformen stehen dabei nicht isoliert nebeneinander, entscheidend ist vielmehr eine Effektivität der Legitimation insgesamt, ein hinreichendes Legitimationsniveau also, womit ein Mindestgrad demokratischer Legitimation im jeweiligen Einzelfall angesprochen ist.

Dieser Mindestgrad an Legitimation muss dabei bei der Ausübung von Staatsgewalt in allen Formen bestehen, das heißt unabhängig davon, ob der Staat in klassischen Bereichen oder in ausgegliederten Einheiten und Gremien tätig wird.

⁴⁰⁹ Vgl. *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art 20 Rn 81.

⁴¹⁰ *Peine*, Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, in: DÖV 1997, 353 (356); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 69; *Schoch*, Privatisierung der Abfallbeseitigung, S. 48; *Krieger*, Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge, S. 45f.

⁴¹¹ *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 196; *Kraft*, Verwaltungsrecht, S. 48, 56; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 69.

II) Transparenz im Staatswesen

Nach der Aufschlüsselung der für diese Arbeit relevanten Aspekte des Demokratieprinzips ist des Weiteren zu untersuchen, ob die Verfassung Transparenz bei der Großprojektumsetzung erforderlich macht und in welchem Umfang sie dies ggf. fordert.

Transparenz erscheint zunehmend als allzweckhafte Wunderformel im Hinblick auf Defizite staatlichen Tuns im Allgemeinen und seines Wirtschaftens im Speziellen. Im rechtswissenschaftlichen Umfeld wurde die Thematik lange Zeit eher vernachlässigt,⁴¹² mitunter als „neuerdings (leider) in den Vordergrund rückende, ja ‚modische‘“ Erscheinung und „eher blass“ gegenüber der „alteuropäischen Öffentlichkeit“ abgetan.⁴¹³ Jenseits solcher Werturteile ist es jedoch angezeigt, sich dieser immer brisanteren Thematik gerade im Lichte aktueller Großprojektrealisierungen eingehender anzunehmen.⁴¹⁴ Ohne nähere Eingrenzung des Sinngehalts von Transparenz sowie der rechtlichen Bedeutsamkeit bleibt der Terminus jedoch unspezifisch und damit inadäquat für den rechtswissenschaftlichen Diskurs. Wegen seiner strukturellen Unbestimmtheit bedarf er daher der allgemeinen Erläuterung (1), Abgrenzung (2) und normativen Herleitung (3). Zuletzt ist auf etwaige Transparenzbezogene Determinanten einzugehen (4).

1) Allgemeiner Transparenzbegriff

Seinem lateinischen Ursprung nach setzt sich der Terminus „Transparenz“ aus den Worten *trans* „(hin)durch“ und *parere* „scheinen“ zusammen. Ausgehend vom Wortsinn bedeutet Transparenz Durchsichtigkeit, Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit.⁴¹⁵ Transparent sind bestimmte Vorgänge und Sachverhalte mithin dann, wenn sie für den außenstehenden Beobachter durchschaubar und nachvollziehbar sind.⁴¹⁶ Transparenz kann in der Folge ihrem Potenzial nach zur Informiertheit führen, die den Außenstehenden erst in die Lage versetzt, sich zu dem in Frage

⁴¹² So schon *Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60, 246 (276).

⁴¹³ *Häberle*, Aussprache zu Gröschner/Masing, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 445f.

⁴¹⁴ Auf der 16. Demokratietagung in Speyer hielt *Wieland* „eine Auseinandersetzung mit den Chancen, Risiken und Grenzen staatlicher Transparenz“ insofern für „überfällig“, v. *Arnim* konstatierte für die Thematik hohe Aktualität und *Leutheusser-Schnarrenberger* sprach hierbei vom paradigmatischen Wandel. Vgl. jeweils: v. *Arnim* (Hrsg.), Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft, S. 5, 9 u. 13.

⁴¹⁵ Der Duden definiert Transparenz als 1. das Durchscheinen; Durchsichtigkeit, [Licht-]durchlässigkeit, 2. (Optik) [Maß für die] Lichtdurchlässigkeit (als Kehrwert der Opazität), 3. Durchschaubarkeit, Nachvollziehbarkeit.

⁴¹⁶ *Frenz*, HB Europarecht Bd. 6, Kap.1 § 3 Rn 274.

stehenden Sachverhalt oder Vorgehen eine eigene Meinung zu bilden, die in der Regel wiederum Ursprung von Akzeptanz oder Ablehnung ist.

2) Grundlagen: Rechtliche Bezugspunkte und begriffliche Abgrenzung

Das Grundgesetz selbst kennt keinen Transparenzbegriff. Transparenz, in ihrer staats- bzw. öffentlich-rechtlichen Begriffsverwendung bezieht sich auf „eine (noch unbestimmte) Menge an rechtlich relevanten Informationen jeglicher Art, die den beteiligten Rechts-subjekten [im Verhältnis zwischen Bürger und staatlichen Institutionen bzw. zwischen staatlichen Einrichtungen untereinander] zugänglich und die für einen bestimmten Vorgang rechtlich relevant sind bzw. sein können.“⁴¹⁷

Eine inhaltliche Durchschaubarkeit von Informationen erfordert jedoch auch deren Strukturiertheit: Transparenz bedeutet daher zugleich auch Komplexitätsreduktion⁴¹⁸ und Aufbereitung hin zu einer nutzbaren und tatsächlich durchschaubaren Information.⁴¹⁹ Der politikwissenschaftliche Transparenzbegriff setzt diesen Gedanken um. Danach ist Transparenz ein Zustand mit freier Information, Partizipation und Rechenschaft im Sinne einer offenen Kommunikation zwischen den Akteuren eines politischen Systems und dessen Bürgern.⁴²⁰

Im öffentlich- und staatsrechtlichen Sprachgebrauch werden verschiedene Begrifflichkeiten mit ähnlicher Bedeutung benutzt: Öffentlichkeit, Publizität, Transparenz und Akzeptanz sind Wendungen, die insbesondere in neuerer Zeit immer wieder – mitunter auch synonym⁴²¹ – verwendet werden. Sie sind jedoch keine eindeutig öffentlich-rechtlich geprägten Begriffe. Während ihr Ansatz in einer ähnlichen Sphäre liegt, ist eine Abgrenzung geboten, eine undifferenzierte Verwendung zu vermeiden. Schon die Begriffsbestimmungen zeigen dies.

⁴¹⁷ Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 18.

⁴¹⁸ Komplexität ist die Vielschichtigkeit und das Ineinander vieler Merkmale. Die Komplexität eines Systems steigt, je mehr Elemente es aufweist, je größer die Zahl der Beziehungen zwischen diesen Elementen ist und je unterschiedlicher die Beziehungen sind. Dabei ist unklar, wie sich die Zahl der Elemente, der Beziehungen sowie die Uneinheitlichkeit der Beziehungen im Zeitablauf verändern und auswirken. Vgl. zur Komplexität sowie zu verschiedenen Komplexitätsformen umfassend: *Mainzer*, Komplexität.

⁴¹⁹ Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 19; *Masing*, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 377 (425ff).

⁴²⁰ *Fairbanks/Plowman/Rawlins*, Transparency in government communication, in: *Journal of Public Affairs* Nr. 7 (2007), 23.

⁴²¹ So z.B. von *Brocker*, in *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 42 Rn 1; *Holznapel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, in: VVDStRL 68, 381 (383); *Kluth*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, Art. 42 Rn 4; *Kretschmer*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke*, GG, Art. 42 Rn 4f; *Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60, 276f.; *Morlok*, in: *Dreier*, GG II, Art. 42 Rn 14; *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 49ff.

Der Transparenzbegriff ist nicht lediglich deskriptiv, er zeigt vielmehr eine Adressatenbezogenheit auf und umfasst daher gerade auch eine inhaltliche Verständlichkeit.⁴²² Transparenz bezieht sich damit insbesondere auch auf die Qualität der Information sowie ihrer Zugänglichkeit und Nachvollziehbarkeit.

a) *Erläuterungsansätze und Bezugspunkte*

Transparenz als öffentlich-rechtlicher Begriff ist ohne eindeutiger Konturen. Um den Begriff einzugrenzen ist von seinem Hauptbezugspunkt, der Nachvollziehbarkeit auszugehen.

Im Rahmen der sogenannten *Ergebnistransparenz* wird nur ein Resultat eines Entscheidungsprozesses transparent für Außenstehende dargelegt.⁴²³ *Verfahrenstransparenz* dagegen involviert zudem auch die Art und Weise des Zustandekommens des Entscheidungsergebnisses.⁴²⁴ Im Zusammenspiel mit Ergebnistransparenz sind durchaus Mischformen denkbar.⁴²⁵ Über diese Transparenzformen geht die *inhaltliche Transparenz* vom Grad der Durchschaubarkeit öffentlich-rechtlicher Vorgänge hinaus. Auch die Grundlagen und sämtliche Umstände, die zur Entscheidung führen, sollen nachvollziehbar sein. Der Begriff der *Verantwortungstransparenz* betrifft die Frage der Zuordnung politischer und öffentlicher Verantwortung zu dem entsprechenden Hoheitsträger, bzw. Agierenden.⁴²⁶ Gerade diese Art der Transparenz ist im tatsächlichen Geschehen oft problematisch. Wirtschaftliche, planerische oder andere relevante Vorgänge zeigen ihre Wirkung häufig weder zeitlich noch rechtlich in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Entscheidung, sondern mitunter Jahre später und verlaufen selten geradlinig. Insbesondere im Rahmen von Gewaltenschränkungen und privatrechtlichen Gesellschaftskonstrukten wird die Verantwortlichkeit zunehmend undurchsichtig. In diesem Anstieg der Komplexität liegt ein besonderes Transparenzbedürfnis begründet. Transparenz verlangt insoweit nicht allein Informationsquantität, sondern insbesondere auch Strukturiertheit hin zu einer hinreichenden Qualität der bereitgestellten Information. Der Transparenzwert erfährt demnach durch eine schlanke Aufbereitung erheblicher Information über

⁴²² Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, S. 204; Siegel, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, S. 70f.

⁴²³ Zur begrifflichen Annäherung der Transparenz vgl. insgesamt Böhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 19ff; Siegel, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, S. 70; Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, S. 181.

⁴²⁴ Hierzu auch Gurlit, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 227 (243); Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, S. 181.

⁴²⁵ So z.B. bei Gerichtsverfahren, dort sind die äußeren Umstände des Verfahrens transparent, die Entscheidungsfindung selbst erfolgt geheim. Im Rahmen von Verkündung und Begründung herrscht dann jedoch volle Ergebnistransparenz.

⁴²⁶ Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: HStR II, § 26 Rn 79.

das reine Aufdecken hinaus eine Steigerung im Hinblick auf die faktische Verwertbarkeit der jeweiligen Information.⁴²⁷

b) *Transparenz und Öffentlichkeit*

Voraussetzung für eine sich vom Volk zu den Staatsorganen entfaltende Willensbildung ist die Öffentlichkeit des Staatshandelns.⁴²⁸ Nur hierin kann sich das Verständnis und Vertrauen der Bürger begründen und eine abgewogene Willensbildung gewährleistet werden, die auch einen effektiven Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt ermöglicht.⁴²⁹ Öffentlichkeit ist damit im Wesentlichen eine Forderung des Demokratieprinzips.⁴³⁰ Dies im Kontext dieser Untersuchung vorangestellt, weisen Transparenz und Öffentlichkeit vom Begriffsinhalt sowie von der Bedeutungsrichtung her wesentliche Übereinstimmungen auf, wenngleich sie nicht identisch sind.⁴³¹ Öffentlichkeit ist ein Wesensmerkmal des liberalen Verfassungsstaats und seiner Abkehr von der Arkanpolitik.⁴³² Der gemeinschaftsbezogene Öffentlichkeitsbegriff hat seinen Schwerpunkt, anders als der vor allem inhaltsbezogene Transparenzterminus, aber vornehmlich in der Zugänglichkeit für die Allgemeinheit.⁴³³ Dies verdeutlichen z.B. die Verwendungen „öffentliche Straße“ und „öffentlicher Verkehr“. Seine staatsrechtliche Prägung ist hauptsächlich im demokratischen Parlamentarismus zu verorten.⁴³⁴ Ähnlich ist dies auf europarechtlicher Ebene: Der ausdrücklich formulierte allgemeine Grundsatz der Offenheit wird durch die Forderung nach einer öffentlichen Sitzung des Europäischen Parlaments weiter konkretisiert.⁴³⁵ Die Offenheit dient nach dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 AEUV der Sicherstellung von zivilgesellschaftlicher Beteiligung. Die Parlamentsöffentlichkeit befähigt die Zivilgesellschaft überhaupt erst zu Partizipation und den durch diese geschaffenen Handlungsoptionen.⁴³⁶ Parlamentsöffentlichkeit wird da-

⁴²⁷ Loddenkemper, *Transparenz im öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht*, S. 17.

⁴²⁸ Vgl. zur Differenzierung der demokratischen, republikanischen und rechtsstaatlichen Öffentlichkeit: Gröschner, *Transparente Verwaltung*, in: VVDStRL 63, 344 (355ff).

⁴²⁹ Vgl. Caspar, *Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz*, in: Hill u.a., *Zur Zukunftsfähigkeit des GG*, S. 233 (237).

⁴³⁰ BVerfGE 69, 315 (344ff); 70, 324 (358); 97, 350 (369); 103, 44 (63); *Fisahn*, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, S. 7ff; *Kloepfer*, *Öffentliche Meinung, Massenmedien*, in: HStR III, § 42 Rn 56; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, *BK GG*, Art. 20 Abs. 1 Rn 624f.

⁴³¹ Insgesamt wird die begriffliche Verwendung im Hinblick auf Überschneidungen und Abgrenzungen nicht einheitlich vorgenommen. Regelmäßig erfolgt eine generelle Gleichsetzung der Termini.

⁴³² *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, S. 47; *Klein*, in: Maunz/Dürig, *GG*, Art. 42 Rn 5; *Kloepfer*, *Öffentliche Meinung, Massenmedien*, in: HStR III, § 42 Rn 45.

⁴³³ Duden - Die deutsche Rechtschreibung.

⁴³⁴ BVerfGE 70, 324 (355); 84, 304 (329); 125, 104 (123f); 131, 152 (204ff).

⁴³⁵ Art. 15 Abs. 2 AEUV.

⁴³⁶ Vgl. *Frenz*, *HB Europarecht* Bd. 6, Kap. 1 § 3 Rn 277.

mit zum Vehikel für demokratie-, bzw. rechtsstaatsbezogene Rechtsausübung. Öffentlichkeit ist demnach der Wegbereiter dahingehend, dass sie das deutsche Wahlvolk unter der jeweils geltenden Verfassung zur Partizipation überhaupt erst befähigt. In einem weiteren Schritt ermöglicht Transparenz Durchschaubarkeit inhaltlicher Zusammenhänge.⁴³⁷ In Verbindung verschaffen die Faktoren Öffentlichkeit – im Sinne von Zugänglichkeit – und Transparenz – im Sinne von Nachvollziehbarkeit – effektive Kontrolle durch die Bevölkerung im Rahmen ihrer partizipatorischen Rechte.

Der Unterschied zwischen den Begrifflichkeiten ist mithin vor allem auch ein qualitativer. Auf staatsrechtlicher Ebene gibt es erhebliche Schnittpunkte.⁴³⁸ Öffentlichkeit ist eine Kernforderung der Transparenz. Transparenz ist in diesem Verhältnis das Mehr im Hinblick auf die Orientierung am Wahlbürger und dessen Rechtsstellung unter der Verfassung.⁴³⁹ Ein Mehr an Öffentlichkeit bedeutet daher immer einen Schritt hin zu Transparenz.⁴⁴⁰ Zwar lassen sich Transparenz und Öffentlichkeit demnach nicht voneinander trennen, sehr wohl aber begrifflich unterscheiden. Öffentlichkeit lässt sich als Oberbegriff und Sammelbecken für verschiedene staatsrechtliche Faktoren zusammenfassen, die auf Seite der Bürger Einsicht in staatliches Tun gewähren. Abgrenzungsmerkmal ist dabei deren Wirkrichtung.⁴⁴¹ Öffentlichkeit zielt grundsätzlich auf Wahrnehmbarkeit im Sinne eines Informationszugangs,⁴⁴² wohingegen Transparenz diese voraussetzt und darüber hinaus eine inhaltlich orientierte Nachvollziehbarkeit verlangt. Ohne weitere Präzisierung bleibt der Öffentlichkeitsbegriff begrenzt auf die reine (räumliche) Zugänglichkeit. Die Herstellung von Öffentlichkeit erzeugt demnach nicht zwangsläufig Transparenz.

c) *Transparenz und Publizität*

Auch die begriffliche Bedeutung von Publizität liegt in der Zugänglichkeit für die Allgemeinheit und scheint auf den ersten Blick synonym mit dem Öffentlichkeitsbegriff.⁴⁴³ Dennoch besteht bei der rechtlichen Verwendung ein qualitativer Unterschied zur bloßen Öffentlichkeit. Es zeigen sich erhebliche Ähnlichkeiten zum Transparenzbegriff.

⁴³⁷ Vgl. *Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: HStR III, § 37 Rn 140.

⁴³⁸ Siehe dazu unten C) II) 2) b).

⁴³⁹ *Gröschner*, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 344 (346).

⁴⁴⁰ *Frenz*, HB Europarecht Bd. 6, Kap. 1 § 3 Rn 278.

⁴⁴¹ Dazu eingehend *Gröschner*, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 344 (351ff).

⁴⁴² Vgl. *Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: HStR III, § 37 Rn 140.

⁴⁴³ Der Wortherkunft entsprechend entwickelte sich die Publizität aus dem französischen *publicité*, welche selbst zurückzuführen ist auf das lateinische *publicus* und damit im staatlichen Zusammenhang öffentlich bedeutet.

Dies verdeutlicht vor allem die Verwendung des Publizitätsbegriffs im europarechtlichen Kontext. Dort (vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 3 S. 2 EUV) werden Transparenz- und Publizitätsbegriff weitgehend parallel verwendet, sie gelten als zentrale Grundsätze des Gemeinschafts-, bzw. Unionsrechts und als wesentliche Instrumente für die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes.⁴⁴⁴ Mittlerweile hat der Transparenz- gegenüber dem Publizitätsbegriff europarechtlich an Dominanz gewonnen.⁴⁴⁵ Der Publizitätsbegriff wird dort regelmäßig im Zusammenhang mit Veröffentlichungspflichten verwendet. Transparenz gilt demnach als „zwingende Voraussetzung für die Verwirklichung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“,⁴⁴⁶ Publizität dient ihr zur Umsetzung.⁴⁴⁷

Außerhalb des öffentlichen Rechts, zum Beispiel im Bereich des Handelsrechts, beinhaltet der Begriff der Registerpublizität eine Publikations-, Beweis-, Kontroll- und Schutzfunktion.⁴⁴⁸ Neben der bloßen öffentlichen Zugänglichkeit (Publikation) umfasst sie daher auch weitergehende, den Inhalt der Information betreffende Funktionen (v.a. Kontrollfunktion). Transparenz und Publizität weisen in der rechtswissenschaftlichen Begriffsverwendung und der Rechtsanwendung erhebliche Parallelen auf. Beide Begriffe sind im Hinblick auf den Bezugspunkt „Information“ inhaltsbezogen, vielschichtig und miteinander verwoben. Auch eint beide Termini ihre Limitiertheit in rechtlicher Sicht. So wie eine allumfassende Publizität nicht besteht, ist auch die Transparenz in ihrer Geltung begrenzt.

Gröschner begegnet beiden Termini in ihrer geschichtlichen Bedeutungsschicht und charakterisiert Transparenz als „die jüngere Schwester der Publizität“.⁴⁴⁹ Beide forderten demnach Öffentlichkeit, doch während Transparenz sich rechtsstaatlich legitimiere und auf die Legalität der Administrative als Adressatin ziele, betreffe Publizität die demokratische und letztendlich die republikanische Ebene.⁴⁵⁰ Diese begriffliche Auslegung ist durchaus beachtenswert, muss jedoch letztlich als formale

⁴⁴⁴ Vgl. z.B. EuGH Rs. 810/79, *Überschär*, Slg. 1980, 2747; EuGH Rs. C-357/89, *Raulin*, Slg. 1992, I-1027; EuGH, EuZW 1999, 446; *Dreber*, Transparenz und Publizität bei Ratsentscheidungen, in: EuZW 1996, 487. Vgl. zudem unten C)II)3)a).

⁴⁴⁵ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/ders., *Das Recht der EU*, EUV Art. 1 Rn 35ff, Art. 10 Rn 90ff; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der EU*, AEUV Art. 15 Rn 3f.

⁴⁴⁶ *Bergmann*, *Handlexikon der EU* (5. A.), S. 935.

⁴⁴⁷ Unfraglich ist die europarechtliche Schwerpunktsetzung auf Transparenz sowie die begrifflich dogmatische Vermengung beider Begriffe auch auf differierendes rechtliches Transparenzverständnis in den Mitgliedsstaaten zurückzuführen, in denen Transparenz in sehr unterschiedlichem Umfang im nationalen Recht inkorporiert ist. Vgl. unten C)II)3)a), Vgl. auch *Lübbe-Wolff*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in: *VVDStRL* 60, 246 (276) mwN. Auch sie verwendet die Begriffe jedoch synonym.

⁴⁴⁸ Vgl. z.B. *Hopt*, in: *Baumbach/ders.*, *HGB*, § 15 Rn 1; *Gehrlein*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, *HGB* 1, § 15 Rn 2; *Roth*, in: *Koller u.a.*, *HGB*, § 15 Rn 1ff;

⁴⁴⁹ *Gröschner*, *Transparente Verwaltung* in: *VVDStRL* 63, 344 (346).

⁴⁵⁰ Ebd.

rechtshistorische Verkürzung der Transparenzbedeutung auf die Fokussierung der subjektiven Rechtssphäre des Einzelnen zumindest mit Zurückhaltung betrachtet werden: Eine Annäherung an Transparenz im öffentlich-rechtlichen Sinne hat hinsichtlich des hiesigen Untersuchungsgegenstandes anhand des geltenden Rechts und damit in erster Linie anhand des Grundgesetzes zu erfolgen. Während das Rechtsstaatsprinzip zwar, wie zu zeigen sein wird,⁴⁵¹ in beachtlichem Umfang Transparenz fordert,⁴⁵² ist Transparenz insbesondere auch unverzichtbares Instrument zur Verwirklichung eines ausreichenden Demokratiegehalts staatlichen Tuns per se⁴⁵³ und wird in der jüngeren Literatur auch entsprechend verwendet.⁴⁵⁴ Auch *Gröschner* weist dabei auf die dogmatischen Zusammenhänge des von ihm hergeleiteten Trios aus „rechtsstaatlicher Transparenz“, „demokratischer Allgemeinheit“ und „republikanischer Publizität“ hin.⁴⁵⁵ Eine trennscharfe Abgrenzung und Zuordnung sei demnach häufig nicht möglich, oftmals aber auch nicht nötig, vielmehr sei das „politische Recht“ Oberbegriff für die Öffentlichkeitswirkungen von Publizität, Allgemeinheit und Transparenz.⁴⁵⁶ Transparenz ist, anders als der historisch geprägte Begriff der Publizität, eine neuzeitliche Erscheinung. Transparenz dient einfachgesetzlich wesentlich auch dem Individualrechtsschutz, sie geht in ihren Wirkrichtungen aber darüber hinaus. Im Ergebnis weisen die beiden Begriffe eine erhebliche Synonymität auf und lassen sich in vergleichbaren Kontexten verwenden. Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Differenzierung der beiden Begriffe – wo sie erfolgt – eine tiefere Exegese erfordert, die in dieser Arbeit nicht erfolgen soll.

⁴⁵¹ Siehe unten C)II)3)b)bb).

⁴⁵² *Debus*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 IFG Rn 22.

⁴⁵³ Vgl. *Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60, 246 (276f); *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 57.

⁴⁵⁴ *Bröbmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 38, 49, 134; *Callies*, in: ders./Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 Rn 85; *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Beck OK Informations- und Medienrecht, § 1 IFG Rn 22; *Gusy*, Der transparente Staat, in: DVBl 2013, 941ff; *Stumpf*, Hamburgs Transparenzgesetz - Eine „Blaupause“ für die moderne Informationsfreiheitsgesetzgebung?, in: VerwArch 2015, 499ff; *Tetzlaff*, Transparenz und Auskunftsrechte auf kommunaler Ebene – ein Paradigmenwechsel?, in: LKV 2012, 489.

⁴⁵⁵ *Gröschner*, Transparente Verwaltung in: VVDStRL 63, 344 (356).

⁴⁵⁶ Ebd.

d) *Transparenz und Akzeptanz*

Der Akzeptanzbegriff⁴⁵⁷ wird verwendet, um die Vorgänge des Anerkennens, Billigens und Einverständenseins zu umschreiben.⁴⁵⁸ In der Rechtssprache ist Akzeptanz ein noch recht junger Terminus und im Hinblick auf den staatstheoretischen Gehalt eng verwandt mit Gehorsam.⁴⁵⁹ Sie betrifft damit das An- und Hinnehmen von Recht und Gesetz durch die (Mehrheit der) Normadressaten.⁴⁶⁰ Der Akzeptanzbegriff ist jedoch rechtlich schwer greifbar und beinhaltet insbesondere rechtspolitische und -psychologische Komponenten. Er hat gleichwohl gerade auch eine staats- und verfassungsrechtliche Bedeutungsschicht. So charakterisiert die deutsche Verfassung neben ihrer formalorganisatorischen Komponente auch eine Ebene der Sinnggebung und der Akzeptanz.⁴⁶¹ Diese hat damit nicht lediglich eine funktionale Bedeutung sondern einen eigenen Wert, Akzeptanz ist insofern ein notwendiges Bindeglied der funktionalen Gesetzesfunktion der Verfassung mit dem Staat als Gebilde, der neben ihrer normativen Geltung auch ihren Sinngehalt und ihre Zielsetzung anerkennt.⁴⁶² Akzeptanz kommt damit eine legitimierende Wirkung im Hinblick auf die Ausübung von Staatsgewalt zu.⁴⁶³ Dennoch ist der Terminus als staatstheoretische Komponente und Bestandteil des Demokratieprinzips zu charakterisieren,⁴⁶⁴ der lediglich dessen ideelles Selbstverständnis betrifft und

⁴⁵⁷ Der Begriff der Akzeptanz kommt von dem lateinischen „accipere“ für gutheißen, annehmen, billigen.

⁴⁵⁸ *Czybulka*, Akzeptanz als staatsrechtliche Kategorie?, in: *Die Verwaltung* 26, 27.

⁴⁵⁹ *Oboedientia facit imperatem*, Gehorsam macht den Herrscher. Rousseau konstatierte: „Auch der stärkste ist nicht stark genug, seine Herrschaft auf Dauer zu behaupten, wenn er nicht die Gewalt in Recht und den Gehorsam in Pflicht verwandelt.“ (Rousseau, *Du contrat social*, I 3). Dies wird unterstrichen von *Jellinek's* Zitat „Näher besehen ruht die ganze Staatsgewalt auf dem Gehorsam der Untertanen, all ihre Tätigkeit ist verwandelter Gehorsam“, *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, S. 426. Vgl. auch *Würtenberger*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, in: *NJW* 1991, 257 (263); *Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, § 9 I. 2., S. 47.

⁴⁶⁰ Vgl. zum Akzeptanzbegriff umfassend *Czybulka*, Akzeptanz als staatsrechtliche Kategorie?, in: *Die Verwaltung* 26, 27ff; *Pichler*, Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung; *Würtenberger*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, S. 61ff.

⁴⁶¹ *Heller* führt hierzu aus „Die objektive Wirkung der Staatsgewalt kann weder den Machtunterworfenen allein noch irgendeinem Machthaber, und sei er auch der unbeschränkteste Diktator, zugerechnet werden. Immer verdankt sie ihr Entstehen und Bestehen erst dem Zusammenwirken beider.“ *Heller*, *Staatslehre*, S. 239.

⁴⁶² *Isensee*, Staat und Verfassung, in: *HStR* II, § 15 Rn 3.

⁴⁶³ *Dreßf*, Zur verfassungsrechtlich gebotenen Transparenz staatlicher Tätigkeit, in: *Dreyer u.a.*, *Informationen der öffentlichen Hand*, S. 89 (103f).

⁴⁶⁴ Vgl. dazu und zur Akzeptanz in diesem Kontext insgesamt: *Würtenberger*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, in: *NJW* 1991, 257 (258).

keine normative Wirkung hat.⁴⁶⁵ Immer häufiger ist Akzeptanz jedoch auch expliziter Gesetzeszweck.⁴⁶⁶ Die Beziehung von Akzeptanz und Transparenz liegt in der sie verbindenden Komponente des volksseitigen Vertrauens in seine Repräsentanten:⁴⁶⁷ Transparenz hat vertrauensstiftende Wirkung, welche zur Akzeptanz der Bürger hinsichtlich der Entscheidungen ihrer Volksvertreter erwachsen kann.⁴⁶⁸ Stimmen staatliche Regelungen oder staatsseitige Tätigkeiten mit dem Rechtsempfinden der Mehrheit überein, betrifft dies eine rein faktische Steigerung deren Legitimationsgehalts jenseits der verfassungsrechtlich geforderten Legitimierung durch Wahl und Legitimationsvermittlung.⁴⁶⁹ Akzeptanz ist damit eine nicht unwesentliche Kategorie im Verhältnis zwischen Staat und Volk, wodurch nach der demokratischen Legitimitätsvorstellung die bürgerliche Selbstbestimmung in der Staatsgewalt Geltung erlangt.⁴⁷⁰

e) *Intransparenz*

„Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial disease. Sunlight is said to be the best disinfectant and electric light the most effective policeman“.⁴⁷¹ Als Antonym von Transparenz bedeutet Intransparenz Undurchschaubarkeit. Gerade bei einer Vielfalt von Beziehungen und Verstrickungen innerhalb komplexer Prozesse ist eine Transparenzreduktion bis hin zur Intransparenz naheliegend und wahrscheinlich.⁴⁷²

Geheime, unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindende Vorgänge und Tätigkeiten sind intransparent und daher weder durchschaubar noch nachvollziehbar.

⁴⁶⁵ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, S. 329 (332); *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544 (569); *Stern*, Staatsrecht I, S. 587ff.

⁴⁶⁶ Bspw. auf Bundesebene zum Standortwahlgesetz (StandAG) s. BT-Drs 18/11398 v. 7.3.2017, S. 51; zum EnWG s. BT-Drs 17/6072 v. 6.6.2011, S. 2; zu § 25 III VwVfG s. BT-Drs 17/9666 v. 16.5.2012, S. 18; zum EEG s. BT-Drs 18/8832 v. 20.6.2016, S. 214; auf Landesebene § 1 I SH IZG.

⁴⁶⁷ Zum Vertrauensbegriff siehe unten F)II)1)a)bb).

⁴⁶⁸ *Frenz*, HB Europarecht Bd. 6, Kap. 1 § 3 Rn 274; *Landfried*, in: Bruha/Nowak, Die EU, S. 89 (91).

⁴⁶⁹ *von Arnim*, Steuerung durch Recht, in: ders./Klages, Probleme der staatlichen Steuerung und Fehlsteuerung in der BRD, 51ff; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 3 II 2, S. 14f, § 9 I, S. 47.

⁴⁷⁰ Vgl. *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 17 III. 4. aE.

⁴⁷¹ *Brandeis*, Other People's Money, S. 67. Übersetzt: „Die Öffentlichkeit wird zu Recht als Mittel gegen soziale und industrielle Krankheiten gelobt. Sonnenlicht gilt als das beste Desinfektionsmittel und elektrisches Licht als der effektivste Polizist.“ Nach dem berühmten Zitat des ehemaligen Richters am Obersten Gerichtshof (U.S.) *Justice Brandeis* aus dem Jahr 1933 wurde der Titel des Government in the Sunshine Act v. 1976, das Transparenzgesetz Floridas benannt.

⁴⁷² Zur mangelnden Öffentlichkeit im Stoff- und Produktzulassungsrecht sowie der Bedeutung kooperativer Kommunikationsstrukturen vgl. *Gurlit*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 227 (250f).

Geheimhaltung bezweckt stets den Schutz bestimmter Güter. Die Verfassung statuiert verschiedene solcher Pflichten zugunsten des Bürgers (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis: Art. 10 GG, Geheimheit der Wahl: Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, informationelle Selbstbestimmung: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).⁴⁷³ Daneben bestehen diejenigen Geheimhaltungsinstrumente und -pflichten, die der Staat zu eigenen Zwecken nutzt. Diese verfolgen verschiedene Ziele und werden an geeigneter Stelle eingehender beleuchtet.⁴⁷⁴ Aber nicht allein geheime Vorgänge sind intransparent. Undurchschaubarkeit kann auch an denjenigen Stellen vorkommen, an denen Informationen zwar grundsätzlich zur Verfügung stehen, sie aber nicht konkret nutzbar sind. Dies betrifft im heutigen Kontext oftmals ein Zuviel an Informationen und führt zu mangelnder Nachvollziehbarkeit komplexer Vorgänge,⁴⁷⁵ die folglich als intransparent zu klassifizieren sind.⁴⁷⁶

Intransparente Vorgänge sind nach alledem undurchschaubar. Sie entziehen sich der Nachvollziehbarkeit und sind daher in ihrer Kontrollierbarkeit stark beschränkt.

f) Zusammenfassung und Fazit

Öffentlichkeit, Publizität und Transparenz sind eng verwobene Begrifflichkeiten, deren Beziehung untereinander sich dogmatisch nur schwierig abstrahieren lässt. Als wenig konturierter Begriff umhüllt der Öffentlichkeitsbegriff Transparenz und Publizität, die sich kaum weiter unterscheiden lassen. Beide haben eine inhaltliche Wirkrichtung, wobei Publizität in der Tendenz auf Wahrnehmbarkeit, Transparenz auf Durchschaubarkeit und letztlich auf Nachvollziehbarkeit gerichtet ist. Sie kennzeichnen demnach ihre Öffentlichkeitswirkungen in qualitativer Weise, wobei ihre Unterschiedlichkeit jedenfalls marginal bleibt. Wie es der Eigenart staatsrechtlich geprägter Begriffsverwendungen entspricht,⁴⁷⁷ existiert keiner der Begriffe unter dogmatischen Gesichtspunkten absolut, sondern ist stets aus dem Kontext heraus auszulegen und zu definieren.

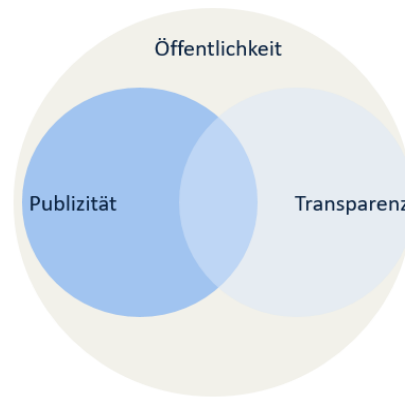
⁴⁷³ Zur Geheimsphäre des Bürgers, vgl. *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 74ff.

⁴⁷⁴ Vgl. unten C)II)4)b).

⁴⁷⁵ *Lenk/Brüggemeier/Hebmann/Willms*, Bürgerinformationssysteme, S. 9ff.

⁴⁷⁶ Vgl. auch *Pieroth*, Die planende Verwaltung zwischen Geheimhaltung und Öffentlichkeit, in: *JuS* 1981, 625 (626); *Wegener*, Der Geheime Staat, S. 71, 437f.

⁴⁷⁷ Zu den unterschiedlichen Wirkungen allgemeiner staatsrechtlicher Prinzipien, vgl. *Stern*, Staatsrecht I, § 18 II 1, S. 599ff.



Verhältnis von Publizität und Transparenz zum
Öffentlichkeitsbegriff

Abb 1: eigene Darstellung

Demnach kennzeichnet ein Facettenreichtum den Transparenzbegriff, der eine eindeutige Kategorisierung ungleich erschwert. Transparenz als Terminus – dies wird zu zeigen sein – ist damit einem rechtspolitischen Sammelbegriff ähnlich,⁴⁷⁸ ihr wohnt ein allgemeines Öffentlichkeitspostulat inne, das sich in verschiedenen Bereichen des Staatlichen zu einer konkreten Pflicht verdichten kann und dann der spezifischen Erläuterung und Auslegung im Kontext der Verfassung bedarf.⁴⁷⁹

3) Rechtsquellen der Transparenz

Wie bereits angesprochen, kennt das Grundgesetz keinen Transparenzbegriff. Für transparenzrechtliche Herleitungen bieten sich dennoch verschiedene Grundlagen. Prägend ist hierbei die europarechtliche Ebene. Dort wird der Transparenzbegriff bereits seit dem Maastrichter Vertrag verwendet.⁴⁸⁰ Eine große Zahl der europäischen Staaten hat Transparenz als Prinzip mittlerweile explizit in ihre Verfassungen

⁴⁷⁸ Vgl. *Mickel/Bergmann*, Handlexikon der EU, S. 722; *Röling*, Transparenz bei der Finanzierung und Genehmigung des straßengebundenen ÖPNV, S. 20.

⁴⁷⁹ *Stern* erörtert dies für den Demokratiebegriff, der ob seiner Vielgestaltigkeit in der Wirklichkeit erläutert werden müsse, „in der Regel durch adjektivische Zusätze oder andere beschreibende Kriterien“ (*Stern*, Staatsrecht I, § 18 I 3, S. 590).

⁴⁸⁰ Auf europäischer Ebene hat Transparenz bereits im Maastrichter Vertrag Eingang ins Primärrecht gefunden, vgl. BGBl. Teil II 1992, S. 1253ff.

implementiert.⁴⁸¹ Da das Europarecht auch die Rechtslage in Deutschland maßgeblich beeinflusst hat, wird im Folgenden zunächst dessen Haltung zur Transparenz untersucht.

a) Europarechtliche Grundlagen

Als übergreifender Grundsatz hat das Transparenzprinzip im Unionsrecht eminente Bedeutsamkeit. Eine wichtige normative Ausprägung findet es in Art. 15 AEUV, der die Grundsätze verantwortungsvoller Verwaltung der EU niederlegt. Aber bereits Art. 1 Abs. 2 EUV betont den Stellenwert für die mit dem EUV erreichte neue Stufe der europäischen Integration, dadurch dass „Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden“. Mit der Forderung nach Offenheit und Bürgernähe wird gleichfalls das hiermit in enger Verbindung stehende Demokratieprinzip angesprochen, das gemäß Art. 10 Abs. 1 EUV eine wesentliche Grundlage der Arbeitsweise der Union ist.⁴⁸² Offenheit der Entscheidungen im Sinne von Öffentlichkeit und Zugänglichkeit ist wesentlicher Bestandteil demokratischer Partizipation (vgl. Art. 10 Abs. 3 S. 1 EUV) im Sinne des Vertrages.⁴⁸³ Dies gilt für die Tätigkeiten der EU prinzipiell flächendeckend.⁴⁸⁴ Transparenz ist damit insbesondere auch ein Maßstab für das Handeln der Exekutivorgane der EU und ein Grundsatz einer „offenen, effizienten und unabhängigen europäischen Verwaltung“ i.S.v. Art. 298 Abs. 1 AEUV sowie eines nach dieser Regelung zu erlassenden europäischen Verwaltungsrechts (Abs. 2). Bereits mit der Einführung eines Rechts auf Zugang zu Dokumenten hat sich der politische Anspruch auf Bereitstellung einer verbesserten Bürgerbeteiligung an den Entscheidungsprozessen der Union sowie zur Gewährleistung einer größeren Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung im Verhältnis zum EU-Bürger manifestiert.⁴⁸⁵ Mit Art. 15 AEUV wurde eine normative Grundlage für den Abbau „intransparenter Herr-

⁴⁸¹ Insb. die skandinavischen Länder, allen voran Schweden, aber auch Großbritannien, Belgien, die Niederlande und auch die Schweiz haben eine weit längere Tradition der Transparenz auf Verfassungsebene. Vgl. auch *Bullinger*, in: Aussprache zu Gröschner/Masing, Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: VVDStRL 63, 447.

⁴⁸² Vgl. *Halter*, Europarecht, Dogmatik im Kontext, § 3 Rn 277.

⁴⁸³ Zum Grundsatz der Offenheit: *Frenz*, HB Europarecht Bd. 6, Kap. 1 § 3 Rn 275ff; *Kugelmann*, in: *Niedobitek*, Europarecht, § 4 Rn 25f.

⁴⁸⁴ Im Vergleich zur Vorgängerregelung in Art. 255 EGV-Nizza liegt Art. 15 AEUV eine Erweiterung der Pflicht zur Offenheit auf sämtliche Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union zugrunde (Abs. 3). Zuvor waren nur Dokumente des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission umfasst gewesen, vgl. Art. 255 Abs. 1 EGV-Nizza.

⁴⁸⁵ Vgl. Erklärung 17 zur Schlussakte zum Vertrag von Maastricht, ABl. 1992 C 191/101 sowie Erwägungsgrund 2 der VO (EG) 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 L 145/45.

schaft“ und die Bildung einer informierten europäischen Öffentlichkeit geschaffen.⁴⁸⁶ Die prinzipielle Begründungspflicht von Art. 296 Abs. 2 AEUV unterstreicht die Forderung nach Nachvollziehbarkeit bei hoheitlichen Entscheidungen.⁴⁸⁷ Transparenz und Zugänglichkeit von Informationen haben damit für die Legitimation und Akzeptanz der komplex organisierten und exekutivisch geprägten EU in der Öffentlichkeit gerade im Hinblick auf den Abbau von innerorganischen Informationsprivilegien eine besondere Bedeutsamkeit.⁴⁸⁸ Es stellt sich daher die Frage, ob diese hohen Anforderungen an Transparenz und Informationszugang sich auf die Bundesrepublik bezogen auch im Grundgesetz finden.

b) Transparenz im Grundgesetz

Ohne ausdrückliche grundgesetzliche Bekräftigung lässt sich der Wesensgehalt von Transparenz unter der deutschen Verfassung nicht ohne weiteres einordnen. Daher ist zu untersuchen, ob Transparenz eine grundgesetzliche Kategorie darstellt und, sofern dies zu bejahen ist, welche Qualität ihr beigemessen werden muss. In diesem Rahmen ist auch zu prüfen, ob Transparenz ein rein objektives verfassungsrechtliches Erfordernis ist oder ob sie auch ein subjektives Recht vermittelt.

„*Verfassungsrecht wirkt in der Zeit*“, das Grundgesetz nutzt hierbei die typischen Entwicklungsmöglichkeiten von „Verfassungen“.⁴⁸⁹ Es dient den Gewalten als Rahmenordnung und bietet ihnen die nötige Flexibilität zur Entwicklung und Ausgestaltung.⁴⁹⁰ Dass nicht allein der Verfassungswortlaut die Forderungen der modernen Verfassung verkörpert,⁴⁹¹ zeigt bereits das Rechtsstaatsprinzip, welches

⁴⁸⁶ Haltern, Europarecht, Dogmatik im Kontext, § 3 Rn 277; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV Art. 15 Rn 4.

⁴⁸⁷ v. *Bogdandy*, in: ders./Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 13 (67).

⁴⁸⁸ *Frenz*, HB Europarecht Bd. 6, Kap. 1 § 3 Rn 274ff; *Haltern*, Europarecht, Dogmatik im Kontext, § 3 Rn 277; *Heitsch*, Die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane im Lichte des Transparenzprinzips, S. 41 ff; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 6.

⁴⁸⁹ *P. Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: HStR II, § 21 Rn 76.

⁴⁹⁰ Vgl. *Gurlit*, Das Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung im demokratischen Staat, in: Botha/Schaks/Steiger, Das Ende des repräsentativen Staates?, S. 157 (158).

⁴⁹¹ Zum formellen und materiellen Verfassungsbegriff, vgl. *Böckenförde*, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: Morey u.a., Staat, Politik, Verwaltung in Europa, S. 127 (137f); *Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR II, § 15 Rn 184ff; *Schuppert*, Staatswissenschaft, S. 793ff; *Winterhoff*, Verfassung-Verfassungsgebung-Verfassungsänderung, S. 99ff, 113ff.

selbst keine seiner überragenden Bedeutung entsprechende eindeutige Kodifizierung erfahren hat.⁴⁹² Das Grundgesetz ist insofern „nicht als vollständiges materiales Gemeinwohlprogramm konzipiert“⁴⁹³, sondern bietet als Rahmenverfassung⁴⁹⁴ zur Organisation staatlicher Herrschaft Freiraum für politische Gestaltung und Verfassungsinterpretation.⁴⁹⁵ Die Verfassung besteht demzufolge unzweifelhaft neben ihren geschriebenen Grundsätzen zudem aus einer Vielzahl von ungeschriebenen, allgemeinen Rechtsgrundsätzen und -prinzipien, ohne die das Grundgesetz im modernen verfassten Staat unvollständig wäre.⁴⁹⁶ Signifikante Grundsätze wie Rechtssicherheit oder auch Verhältnismäßigkeit, die bspw. dem Rechtsstaatsprinzip zuzuordnen sind,⁴⁹⁷ werden im Grundgesetz nicht genannt, gleichwohl ist ihre Existenz kaum umstritten. Wo ein relevanter Begriff fehlt, ist durch Verfassungsauslegung folglich die Rechtslage *de constitutione lata* zu ermitteln. Eine vergleichbare Situation besteht im Hinblick auf das Demokratieprinzip, das jenseits der im Wortlaut enthaltenen Forderungen weitere Gebote staatlichen Handelns impliziert.

Transparentes Handeln im weiteren Sinne wird an verschiedenen Stellen des Grundgesetzes gefordert, denn die Verfassung setzt Zugänglichkeit zu Informationen, Durchschaubarkeit und Publizität vielerorts als grundlegend notwendig voraus.⁴⁹⁸ Dabei ist die Bedeutung jedoch regelmäßig auf die Öffentlichkeit als Sitzungsprinzip für die obersten Bundesorgane begrenzt.⁴⁹⁹ Vorgesehen ist Öffentlichkeit für den Bundestag, die Untersuchungsausschüsse, für den Bundesrat und grundsätzlich für das Bundesverfassungsgericht und die weiteren Bundesgerichte.⁵⁰⁰ Jedoch sind weder die Bundesregierung⁵⁰¹ noch die übrigen Ausschüsse⁵⁰² einem Öffentlichkeitsgebot unterworfen.

⁴⁹² Insofern geht es in der Summe seiner vielfältigen Aspekte weit über das hinaus, was das GG unmittelbar festlegt. Vgl. *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 292ff; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR II, § 26 Rn 2ff.

⁴⁹³ *Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatswissenschaft, in: Achterberg, FS H. U. Scupin, S. 317 (321).

⁴⁹⁴ Ebda.

⁴⁹⁵ *Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR II, § 15 Rn 188ff.

⁴⁹⁶ Insgesamt zu ungeschriebenem Verfassungsrecht, vgl. *H. Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem GG. Vgl. zudem *Bröbmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 15f.

⁴⁹⁷ *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 458, 463.

⁴⁹⁸ *Höfner*, Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2010, 73 (74).

⁴⁹⁹ *Holznapel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit, in: VVDStRL 68, 381 (383f); *Achterberg/Schulte* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 42 Rn 1, 3ff.

⁵⁰⁰ Vgl. Art. 42 Abs. 1, Art. 44 Abs. 1, Art. 52 Abs. 3 GG; § 17, 25 Abs. 1 BVerfGG.

⁵⁰¹ Vgl. § 22 Abs. 3 S. 1 GO BReg.

⁵⁰² § 69 Abs. 1 GO BT; etwas anderes gilt aber für Anhörungssitzungen, § 70 Abs. 1 GO BT. Vgl. dazu auch *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 42 Rn 32ff, 39ff.

aa) Transparenz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Eine Definition hat der Transparenzbegriff im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bisher nicht erfahren. Es zeigt sich jedoch insgesamt, dass das Gericht der Transparenz in seiner Rechtsprechung wiederholt grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat.

„Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt, zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich.“ Mit diesem Satz bekräftigte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1976 die notwendige Durchschaubarkeit parlamentarischer Willensbildungsprozesse und deren Ergebnisse für den Bürger als elementaren Bestandteil des demokratischen und des rechtsstaatlichen Prinzips – dies sei die einzige wirksame Kontrolle.⁵⁰³ Die Prinzipien verlangten demnach, dass „der gesamte [staatliche] Willensbildungsprozess für den Bürger durchschaubar“ sei „und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen“ werde.⁵⁰⁴

Während die Entscheidung in erster Linie die Öffentlichkeit als Sitzungsprinzip gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG betrifft, lässt sie im Lichte des oben dargelegten Transparenzverständnisses, insbesondere im Hinblick auf die zuvor aufgeführten Transparenzbestandteile „Durchschaubarkeit“ und „Nachvollziehbarkeit“ auch in der Gesamtschau mit den ihr nachfolgenden, sich mitunter auf sie beziehenden Entscheidungen eine Verallgemeinerung zu. Demnach ist der Rechtsprechung zu entnehmen, dass Transparenz ein allgemeines Erfordernis der repräsentativen Demokratie ist, das den Souverän erst befähigt, seine Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen auszuüben. Die Rechtsprechung stützt insofern weitgehend die oben dargestellte Differenzierung von Öffentlichkeit und Transparenz. Die in diesem Abschnitt dargestellten Entscheidungen betreffen die grundgesetzlich geforderte Zugänglichkeit (Öffentlichkeit) parlamentarischer Entscheidungsfindung und die Voraussetzungen von Willensbildung des Staatsvolkes in Form von Informationen und deren Durchschaubarkeit, die Transparenz bewirken.

Das Bundesverfassungsgericht hat der Transparenz in seiner Rechtsprechung zum Verhältnis von EU und Grundgesetz aus dem Jahr 1993 die Qualität einer vorrechtlichen Verfassungsvoraussetzung zugebilligt:⁵⁰⁵

„Demokratie, soll sie nicht lediglich formales Zurechnungsprinzip bleiben, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer ständigen freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln [...]“

⁵⁰³ BVerfGE 40, 296 (327), wiederholt 2008 in 118, 277 (353ff).

⁵⁰⁴ BVerfGE 40, 296 (297 [Ls.]; 327).

⁵⁰⁵ BVerfGE 89, 155 (185), 97, 355 (369).

*und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen verformt. Dazu gehört auch, daß die **Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten politischen Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind**, und ebenso, daß der wahlberechtigte Bürger mit der Hoheitsgewalt, der er unterworfen ist, in seiner Sprache kommunizieren kann.“ (Anm.: Hervorhebungen in diesem Abschnitt durch die Verfasserin)*

Während sich „Sichtbarkeit“ in der Öffentlichkeit staatlicher Entscheidungsverfahren erschöpft, verlangt die vom Bundesverfassungsgericht benannte „Verstehbarkeit“ ein Mehr als die reine Zugänglichkeit dieser Verfahren: Sie verlangt die Nachvollziehbarkeit und nach den oben dargelegten Grundsätzen folglich Transparenz.

Den Kontrollaspekt von Öffentlichkeit bekräftigte der Erste Senat im Jahr 2001 im Zusammenhang mit seiner Entscheidung zur Gerichtsöffentlichkeit.⁵⁰⁶ Während demnach ein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle weder in den Schutzbereich der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG noch den der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG falle und die Freiheiten demnach nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Beschränkungen hinsichtlich allgemein zugänglicher Informationsquellen sicherten,⁵⁰⁷ sei „*Staatsgewalt [...] einer Kontrolle in Gestalt des Einblicks der Öffentlichkeit zu unterziehen*“.⁵⁰⁸ Dies sei wesentliche Voraussetzung aller drei Gewalten und vor allem Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, aber auch wesentlich für die Demokratie.

*„Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Entscheidung sind **Informationsquellen**. Ihre **öffentliche Zugänglichkeit** regelt der Gesetzgeber im Rahmen seiner Befugnis zur Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens und unter **Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben wie insbesondere des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips** und des Schutzes der **Persönlichkeit**.“*

Dabei betonte der Erste Senat, dass der im Demokratieprinzip verankerte Grundsatz der Zugänglichkeit von Informationen sowohl für die individuelle als auch die öffentliche Meinungsbildung Bedeutung gewinne.⁵⁰⁹ Ein subjektiver Anspruch ist daraus aber – und das betont die Entscheidung – nicht herzuleiten. Vielmehr sei es eine Legislativentscheidung, wie das Öffentlichkeitsprinzip aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip umzusetzen ist. Auch sind der Entscheidung konkrete Bezüge zum Transparenzbegriff nicht zu entnehmen, es lassen sich aber Argumente ableiten, die die hier vertretene Auffassung zum Transparenzbegriff unterstreichen, da

⁵⁰⁶ BVerfGE 103, 44 (64f).

⁵⁰⁷ BVerfGE 103, 44 (59f).

⁵⁰⁸ BVerfGE 103, 44 (64f).

⁵⁰⁹ BVerfGE 103, 44 (65).

sie die Relevanz von Informationen sowie die Kontrollfunktion des Öffentlichkeitsprinzips an diversen Stellen des Urteils betont. Diese Punkte sind gleichfalls Kernpunkte von verfassungsrechtlicher Transparenz. Das wird gerade durch das Sondervotum zum Urteil unterstrichen, denn dort legen die Richter Kühling, Hohmann-Denhardt und Hoffmann-Riem die Wandlung von öffentlicher Beobachtung und Kontrolle im Rahmen der historischen Entwicklung von Rechtsstaat und Demokratie dar.⁵¹⁰ Öffentlichkeit habe einen grundlegenden Funktionswandel erfahren. Es seien neue nachhaltige Veränderungen zu beobachten, die im Begriff der Informationsgesellschaft gebündelt würden. Die Gerichtsöffentlichkeit sei daher nach Auffassung der o.g. ehemaligen Bundesverfassungsrichter kraft objektivem Verfassungsrechts vom Gesetzgeber über die Saalöffentlichkeit hinaus auf die Medienöffentlichkeit zu erweitern, soweit dem keine gegenläufigen Belange entgegenstünden.⁵¹¹ Die Medien seien zu wichtigen Begleitern fast aller Bürger geworden, die Kommunikation finde maßgeblich auch über diese statt.

*„Die Bürger wären **überfordert**, würden sie versuchen, die **Vielzahl von Ereignissen und die Vielfalt von möglichen Themen und Sichtweisen** persönlich aufzunehmen; stattdessen **vertrauen sie auf die Medien**. [...] Die Veränderung der Kommunikationsmöglichkeiten und -gewohnheiten hat die Wichtigkeit der medienvermittelten Wahrnehmung auch **für die Beobachtung und Kontrolle von Gerichtsverhandlungen verstärkt**.“*

Die Zugangsbeschränkung der besonders wichtigen audiovisuellen Medien bewirke daher funktional betrachtet eine Begrenzung der Medienöffentlichkeit.

*„Die Freiheit der Medien in der Wahl der Themen und der Darstellungsformen ist **Grundbedingung der Funktionsweise** einer auch auf Medienfreiheit gestützten **rechtsstaatlichen Demokratie**. Denn auch **durch die Beschränkungen der Darstellungsform kann Einfluss auf die Medieninhalte genommen werden**. Solch ein Einfluss ist dem Staat aber grundsätzlich verwehrt. Daher ist es **rechtfertigungsbedürftig**, wenn der Staat die **Entscheidungsfreiheit der Medien über die Darstellungsweise begrenzt**, und zwar auch insoweit, als die Medienbetätigung nicht durch subjektive Rechte der Medien, sondern **durch objektives Recht geprägt** ist. So liegt es bei der Entscheidung über die Modalitäten des Zugangs zu Informationsquellen aus dem Verantwortungsbereich des Staates.“⁵¹²*

Die gesetzgeberische Rechtfertigung müsse auf die Gegenwart bezogen sein und deshalb den geschilderten Wandel zur Informationsgesellschaft einbeziehen. Das

⁵¹⁰ BVerfGE 103, 44 (73).

⁵¹¹ BVerfGE 103, 44 (72).

⁵¹² BVerfGE 103, 44 (74f).

Sondervotum verdeutlicht anschaulich die Bedeutung der Verknüpfung von gesellschaftlichem Wandel und staatlicher Informationsbereitstellung im Lichte rechtsstaatlicher Demokratie. Die Informationen, die der Staat bereitzustellen hat, müssen bürgerorientiert aufbereitet werden, damit das Volk sie vor dem Hintergrund der Vielfältigkeit von Informationen aufnehmen kann. Angesprochen ist damit das in dieser Arbeit dargelegte Verständnis von Transparenz, die demnach gerade über die reine Zugänglichkeit hinaus (Saalöffentlichkeit), eine den gesellschaftlichen Entwicklungen und Bedürfnissen der Bürger angepasste Informationsaufbereitung im Rahmen einer objektiven Gewährleistung verlangt.

In seinem Urteil zur Offenlegung von Abgeordneteneinkünften (vgl. § 44a Abs. 4 S. 1 AbgG) aus dem Jahr 2008 hatte der Zweite Senat Bedürfnis und Funktion von Transparenz⁵¹³ im Zusammenhang mit Wahlakt und Repräsentation betont.⁵¹⁴

*„Der Akt der Stimmabgabe bei Wahlen erfordert nicht nur Freiheit von Zwang und unzulässigem Druck, sondern auch, **dass die Wähler Zugang zu den Informationen haben, die für ihre Entscheidung von Bedeutung sein können.** Vielfältige Regelungen des Grundgesetzes (vgl. insbesondere Art. 5 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1 Satz 4, Art. 42 Abs. 1, Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG) sind Ausprägungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit politischer Herrschaft. Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt, zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich (BVerfGE 40, 296 [327]). Dementsprechend schließt das freie Mandat die Rückkoppelung zwischen Parlamentariern und Wahlvolk nicht aus, sondern ganz bewusst ein und schafft **durch den Zwang zur Rechtfertigung Verantwortlichkeit** (BVerfGE 112, 118 [134]) [...] Der Wähler muss wissen, wen er wählt.“⁵¹⁵*

Demnach dürften diejenigen Regelungen, die zulässigerweise darauf abzielten, den Wählern (anderweitig nicht zugängliche) Informationen zu verschaffen, zur Kontrolle des Repräsentanten durch die Öffentlichkeit verpflichtend ausgestaltet sein.⁵¹⁶ Es sei Sache des Gesetzgebers Gegenstand und Reichweite im Rahmen seiner Kompetenz nach Art. 38 Abs. 3 GG festzulegen.

*„**Offener Zugang zu den** [für die Erkennbarkeit möglicher Interessenverknüpfungen der Mitglieder des Deutschen Bundestages] **notwendigen Informationen** ist nicht nur **für die demokratische Willensbildung wesentlich**, er ist auch Voraussetzung dafür, dass der Abgeordnete das **Mandat glaubwürdig wahrneh-***

⁵¹³ In der Entscheidung selbst ist von Öffentlichkeit die Rede, wobei inhaltlich der Transparenzbe-
griff nach dem hier dargelegten Verständnis betroffen ist.

⁵¹⁴ BVerfGE 118, 277 (352ff).

⁵¹⁵ BVerfGE 118, 277 (353) mit Verweis auf BVerfGE 112, 118 (134).

⁵¹⁶ BVerfGE 118, 277 (353).

*men und dem Vertrauen der Bürger in die Fähigkeit des Parlaments gerecht werden kann, als Repräsentationsorgan des ganzen Volkes die Vielfalt der Interessen zu integrieren und Konflikte befriedend auszugleichen.[...] **Transparenzregeln finden danach ihre grundsätzliche Rechtfertigung im Vorrang der Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages gegenüber dem Privatinteresse des Abgeordneten an informationeller Abschirmung seiner Tätigkeiten neben dem Mandat.***⁵¹⁷

Nach der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip grundsätzlich ein Transparenzerfordernis herleiten. Die Informationsbeschaffung und Informiertheit des Volkes zur Willensbildung sowie die Kontrollierbarkeit der drei Gewalten stehen dabei im Vordergrund und verdeutlichen auch das Gewicht, welches das Bundesverfassungsgericht diesen Voraussetzungen im Lichte rechtstaatlicher Demokratie beimisst. Die in diesem Abschnitt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Öffentlichkeitsprinzip aufgezeigten Voraussetzungen betreffen den oben entwickelten Transparenzbegriff. Transparenz ist demnach ein objektives Recht, das neben der bloßen Zugänglichkeit (Öffentlichkeit) staatlicher Entscheidungsverfahren auch deren Verstehbarkeit und inhaltliche Nachvollziehbarkeit gewährleistet. Die Qualität eines subjektiven Rechts kommt ihr nicht zu, vielmehr verpflichtet sie die Legislative zur Berücksichtigung im Rahmen ihrer Gesetzgebungsentscheidungen. In der Zusammenschau der in diesem Abschnitt zitierten Entscheidungen lässt sich feststellen, dass diese zwar die Öffentlichkeit bzw. Zugänglichkeit zu Sitzungen oder Verhandlungen zum Gegenstand haben, ihr Stellenwert und die Einschränkung anderer Verfassungsgüter aber auf der Notwendigkeit der Durchschaubarkeit, Nachvollziehbarkeit und Kontrolle von Entscheidungen gründen: allesamt wesentliche Bestandteile des hier entwickelten Transparenzbegriffes. Dies bedeutet nicht, dass das Bundesverfassungsgericht den Transparenzbegriff als bestimmtes Verfassungsgut charakterisiert oder qualifiziert, es zeigt jedoch, dass das Gericht die Bestandteile des Transparenzbegriffes als in der Verfassung angelegte Güter ansieht, die es zu beachten gilt.

Wie eingangs erörtert, verwendet das Bundesverfassungsgericht den Transparenzbegriff eben nicht als definierte verfassungsrechtliche Kategorie, weshalb die Einordnung des Transparenzbegriffes im Folgenden weiter zu untersuchen ist.

bb) Transparenz als Bestandteil von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip

Mit der wiederholten Hervorhebung notwendiger Durchschaubarkeit parlamentarischer Willensbildungsprozesse und deren Verknüpfung mit der Kontrolle staatli-

⁵¹⁷ BVerfGE 118, 277 (355f).

cher Prozesse hat das Bundesverfassungsgericht die Bedeutsamkeit von Transparenz bzw. ihrer Bestandteile im Lichte von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip bekräftigt. Insbesondere durch die bundesverfassungsgerichtliche Unterstreichung der Bedeutsamkeit von Zugänglichkeit zu Informationen erhält Transparenz eine wichtige Rolle für Gehalt und Funktionsweise der Kommunikationsbeziehung zwischen Staat und Bürgern.⁵¹⁸ Die öffentliche Meinung stellt dabei das Bindeglied zwischen gesellschaftlicher und staatlicher Willensbildung dar.⁵¹⁹

Art. 21 Abs. 1 GG normiert die Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes als die wesentlichste Funktion der Parteien. Der Staat gewährleistet eine möglichst freie und uneingeschränkte Ausgestaltung dieser Willensbildung insbesondere im Rahmen der Freiheitsgrundrechte aus Art. 5, 8 und 9 GG.⁵²⁰ Staatliche Willensbildung erfolgt hingegen auf Grundlage von Kompetenzen, die den Trägern staatlicher Gewalt verliehen werden und die aus Art. 38, 71 ff., 77 GG und den aufgrund dieser erlassenen Rechtsakten folgen. Die Resultate staatlicher Willensbildung können aufgrund des zur Verfügung stehenden Entscheidungsinstrumentariums der Hoheitsträger Verbindlichkeit erlangen. Um beide Willensbildungsinstanzen nicht isoliert nebeneinander bestehen zu lassen und der Herrschaft des Volkes i.S.v. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG Ausdruck zu verleihen, bildet die öffentliche Meinung die vermittelnde Ebene der Artikulation des gesellschaftlichen Willens gegenüber dem Staat.⁵²¹ Die so begründete Informationssphäre nährt sich von der Informiertheit ihrer Bezugssubjekte.⁵²² Es besteht daher ein gesellschaftliches Bedürfnis danach, über den Umgang des Staates mit der ihm anvertrauten Gewalt Bescheid zu wissen und Kenntnis über die von ihm getroffenen Entscheidungen und deren Erwägungen und Alternativen zu haben.⁵²³

Transparenz und Öffentlichkeit sind nach alledem, wie schon mehrfach angeschnitten, insbesondere auch zentrale Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit, die

⁵¹⁸ Drefs, Zur verfassungsrechtlich gebotenen Transparenz staatlicher Tätigkeit, in: Dreyer u.a., Informationen der öffentlichen Hand, S. 89 (95).

⁵¹⁹ Siehe zu staatlicher und gesellschaftlichen Willensbildung: BVerfGE 20, 56 (98). Zum Begriff der öffentlichen Meinung: BVerfGE 8, 104 (112); Steinberg, Die Repräsentation des Volkes, S. 62ff, 275ff; Zentara, Medienordnung und öffentlicher Diskurs, S. 23ff.

⁵²⁰ Die Kerngehalte werden aufgrund der herausragenden Bedeutung von Art. 20 Abs. 1 GG mit umfasst, vgl. Grzegórecki, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 17. Dazu auch Loddé, Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat, S. 110.

⁵²¹ BVerfGE 20, 56 (99).

⁵²² Vgl. Mertens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 64, wonach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG eine „Gebot zu prinzipieller staatlicher Publizitätsbereitschaft“ zu entnehmen sei.

⁵²³ Zur Bedeutung staatlicher Informationen für die Bildung der öffentlichen Meinung: EGMR, Urt. v. 14.04.2009, Nr. 37374/05, Tazs gg. Ungarn.

als Wesenselement den demokratischen Verfassungsstaat kennzeichnet.⁵²⁴ Der Öffentlichkeitsgrundsatz, insbesondere in Verfahrensgesetzen, soll vor allem auch die Kontrollierbarkeit von Verfahren bewirken⁵²⁵ und kann zudem wesentlich zur Rechtsgleichheit jedes Einzelnen beitragen.⁵²⁶

Die oftmals undogmatische Nutzung des Transparenzbegriffs veranschaulicht die verbreitete Vorstellung, das Recht diene im modernen Rechtsstaat in erster Linie der Umsetzung individueller Rechte.⁵²⁷ Zum Beispiel ist zur Durchsetzung eigener rechtlich geschützter Interessen Akteneinsicht zu gewähren (vgl. z.B. § 29 VwVfG, ⁵²⁸ § 406e StPO). Dies ist lediglich ein Streiflicht der Transparenzbedeutung im Rechtsstaatsprinzip. Ein rechtsstaatlich begründbares Individualrecht ist jedoch aus dem Transparenzerfordernis der Staatsfundamentalnorm des Art. 20 GG nicht herleitbar.⁵²⁹ Dies entspräche auch nicht seiner Qualifizierung als allgemeiner abstrakter Handlungsdirektive. Vielmehr sind aber die Durchsichtigkeit des staatlichen Handelns, Erkennbarkeit des Staatswillens und die Bestimmtheit von staatlichen Geboten und Verboten unumstößliche Grundbedingungen der Rechtsstaatlichkeit.⁵³⁰ Der Rechtsstaat soll ein rationaler Staat sein,⁵³¹ die Klarheit und Wahrheit staatlicher Normen sowie der Schutz des Vertrauens in staatliche Rechtssetzungs- und Rechtsfindungsakte sind wesentliche Gewährleistungen dieses rationalen Staates.⁵³²

Dem wird auch durch den Vorbehalt des Gesetzes Ausdruck verliehen. Dazu führte das Bundesverfassungsgericht aus, dieser erschöpfe „sich nicht in einer förmlichen Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen.“⁵³³ Vielmehr habe der

⁵²⁴ BVerfGE 6, 32 (41); *Robbers*, in: BK GG, Art. 20 Abs. 1 Rn 2950; *Debus*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 IFG Rn 22.

⁵²⁵ BVerfGE 103, 44 (64).

⁵²⁶ *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG, Art. 20 Abs. 1 Rn 2955. Zur rechtsstaatlichen Rechtsgleichheit vgl. *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR III, § 26 Rn 31f.

⁵²⁷ *Grüschner*, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 343 (354f; 372).

⁵²⁸ Zur Subjektivierung des Staats-Bürger-Verhältnisses im Verwaltungsrecht, vgl. *Bachof*, Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen Verwaltungsrecht, in: Külz/Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift Bd. II, S. 3 (11ff).

⁵²⁹ VG Berlin Urt. v. 7.6.2007 – 2 A 130.06, pauschal bestätigt von OVG Bln-Bbg Urt. v. 6.11.2008 – OVG 12 B 50.07. So im Ergebnis auch *Gurlit*, Das Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung im demokratischen Staat, in: Botha/Schaks/Steiger, Das Ende des repräsentativen Staates?, S. 157 (158); *Wirtz/Brink*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationsfreiheit, in: NVwZ 2015, 1166ff.

⁵³⁰ BVerfGE 5, 25 (31f); 56, 1 (12); 99, 216 (243); 103, 21 (33), 332 (384); 108, 52 (75), 186 (235); 110, 33 (53f); 114, 1 (53); s.a. *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn 63.

⁵³¹ *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 20 Rn 289; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG, Art. 20 Rn 2138.

⁵³² BVerfGE NVwZ 2008, 1229; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 51, 69.

⁵³³ BVerfGE 85, 386 (403f).

Verfassungsgeber für diejenigen Entscheidungen, die grundrechtliche Freiheiten einschränken können und einen Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten verlangen, zugunsten eines dem Öffentlichkeits- und Transparenzerfordernis unterliegenden legislativen Verfahrens und gegen ein weniger durchschaubares Verwaltungsverfahren⁵³⁴ entschieden.⁵³⁵ Entscheidungen von derartiger Tragweite sollten folglich nach dem Grundgesetz nach außen hin aufgedeckt und in öffentlicher parlamentarischer Debatte ausgetragen werden.⁵³⁶ Während Grundlage dieser Haltung eine demokratische ist, erstreckt sich der Transparenzgehalt des Gesetzesvorbehaltsgrundsatzes auch auf ein rechtsstaatliches Element.⁵³⁷ Es ist ein Erfordernis rechtsstaatlicher Transparenz, dass die materiellen Voraussetzungen staatlichen Handelns eindeutig bestimmt sind. Für den Einzelnen muss darüber hinaus verständlich und allgemein vorhersehbar sein, wann diese vorliegen.⁵³⁸ Die Anforderungen aus dem Bestimmtheitsgebot steigen dabei mit der Intensität eines staatlichen Eingriffs, was gerade durch den strengen Gesetzesvorbehalt im Strafrecht nach Art. 103 Abs. 2 GG verdeutlicht wird. Demnach trifft den Staat die Pflicht seinen Machtbereich eindeutig und für den Bürger klar verständlich zu bestimmen.⁵³⁹ Transparenz ist mit diesem Bestimmtheitsgebot nicht deckungsgleich, auch wenn es insbesondere im Hinblick auf die Verständlichkeit inhaltliche Überschneidungen gibt. Transparenz soll Durchschaubarkeit, Nachvollziehbarkeit und Kontrolle staatlicher Entscheidungen ermöglichen. Das Bestimmtheitsgebot hingegen zielt darauf, dass Normen so bestimmt formuliert sind, dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten so vorhersehbar und berechenbar sind, dass er sein Verhalten entsprechend ausrichten kann.⁵⁴⁰ Darüber hinaus müssen der Administ-

⁵³⁴ Zur Arkantradition der deutschen Verwaltung vgl. C) II) 3) a).

⁵³⁵ BVerfGE 85, 386 (403f): Der Sinn des Gesetzesvorbehalts „erschöpft sich nicht in einer förmlichen Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen. Wenn das Grundgesetz die Einschränkung von grundrechtlichen Freiheiten und den Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten dem Parlament vorbehält, so will es damit sichern, daß Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären. Diese Funktion kann der Gesetzesvorbehalt aber nur erfüllen, wenn die Ermächtigung zum Freiheitseingriff im Gesetz nicht bloß unausgesprochen vorausgesetzt, sondern ausdrücklich offengelegt wird.“

⁵³⁶ BVerfGE 85, 386 (403f).

⁵³⁷ Vgl. *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 64ff.

⁵³⁸ *Dörr* sieht daher ein Transparenzgebot in Art. 5 Abs. 1 EMRK: *Dörr*, in: ders./Grote/Marauhn, EMRK/GG; Kap. 13 Rn 213.

⁵³⁹ *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 34.

⁵⁴⁰ BVerfGE 31, 255 (264); 37, 132 (142); 45, 400 (420); 52, 1 (41); 56, 1 (12); 62, 169 (183); 78, 205 (212); 83, 130 (145); 84, 133 (149); 87, 234 (263); 108, 52 (75); 110, 33 (53 f).

rative angemessen klare Handlungsmaßstäbe vorgeben werden und eine hinreichende gerichtliche Kontrolle möglich sein.⁵⁴¹ Das Bestimmtheitsgebot fordert demnach eine Vorhersehbarkeit und einhergehende Verlässlichkeit staatlichen Handelns, die durch eine Anwendung bei der Normgebung erreicht werden. Hauptschauplatz des Bestimmtheitsgebotes ist daher die Fassung von Normen, das Transparenzgebot hat einen deutlich weiteren Aktionsradius. Es betrifft auch in seinen rechtsstaatlichen Komponenten vor allem die Kontrollierbarkeit staatlichen Handelns der drei Gewalten und dabei insbesondere die Art und Weise, das grundsätzlich durchschaubar, nachvollziehbar und damit insgesamt verstehbar sein soll. Damit zielt das Transparenzgebot inhaltlich auf den staatlichen Informationsfluss und in der Wirkrichtung auf die Handlung und das Verfahren staatlicher Akteure ab. Die vom Bestimmtheitsgebot angesprochene Normgebung ist demnach nur ein Streiflicht des Transparenzgebotes.

Als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist darüber hinaus der Grundsatz von hinreichender Klarheit des Bestandes und des Inhalts staatlicher Akte ein zwingender Verfassungsrechtssatz, der sämtliche Verfassungsorgane bindet.⁵⁴² Er gilt gleichermaßen für die Exekutive und die ihr zuzuordnende Verwaltungsorganisation.⁵⁴³ Ausgehend vom Bürger ist Kernforderung des Rechtsstaatsprinzips an diese Organe die Klarheit der Kompetenzordnung und damit die Forderung nach Verantwortungstransparenz.⁵⁴⁴ Die Transparenzbedingende Kontrolle staatlichen Tuns sowie die Schaffung effektiver Verantwortungstransparenz sind mithin eine wesentliche rechtsstaatliche Forderung. Dieser Grundsatz erstreckt sich auch auf die Kontrolle der Exekutive und insbesondere auf deren administrativen Teil.⁵⁴⁵

Im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip sind im Kern drei Transparenzrichtungen zusammenzufassen: die Klarheit und Bestimmtheit staatlicher Normen, der rechtsstaatlich notwendige Zugang zu denjenigen Daten, der der Bürger zur Wahrung eigener Rechte und zur Wahl geeigneter Rechtsbehelfe bedarf⁵⁴⁶ sowie die Möglichkeit zur Befriedigung des bürgerlichen Kontrollbedürfnisses.

⁵⁴¹ BVerfGE 110, 33 (54 f.).

⁵⁴² *Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 264; vgl. *ders.*, in Dreier, GG Bd. 3, Art. 110 Rn 21; *Stern*, Staatsrecht II, S. 1245; vgl. *Siekmann*, in: Sachs, GG, Art. 110 Rn 54.

⁵⁴³ Vgl. *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 66.

⁵⁴⁴ *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR II, § 26 Rn 79.

⁵⁴⁵ *Ehlers*, in: Ehrichsen/ders., Allg. VerwR, § 1 Rn 89; *Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, in: DÖV 1998, 907 (910).

⁵⁴⁶ Umfassend: *Wahl*, Verwaltungsverfahren zw. Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41, 151ff.

cc) Art und Weise der Erzeugung von Transparenz

Transparenz kann auf verschiedene Weisen geschaffen werden. Ausgangspunkt der Betrachtung ist in der vorliegenden Untersuchung der Adressat der Transparenz. Unmittelbare Informationsgewinnung betrifft dabei die direkte Vermittlung zwischen Staat und Bürger, mittelbar ist die Gewinnung, wenn dem Informationsprozess ein Vermittler zwischengeschaltet wird. Die Bedeutsamkeit dieser Unterscheidung wird nachfolgend dargelegt.

(1) Transparenz zur unmittelbaren Informationsgewinnung

„Gute Obrigkeit scheut nicht das Licht“.⁵⁴⁷ Das mittelalterliche Zitat verdeutlicht, dass Öffentlichkeit und Durchschaubarkeit hoheitlichen Vorgehens nicht erst seit der Neuzeit als Ausweis von Tugendhaftigkeit, Rechtmäßigkeit und Rechtschaffenheit empfunden werden.⁵⁴⁸ Während Geheimhaltung in absolutistischen Regierungsformen⁵⁴⁹ als Kennzeichen politischer Vernunft galt,⁵⁵⁰ werden Öffentlichkeit und Transparenz als die wesentlichen Instrumente und Garantien demokratischer Herrschaftsformen begriffen.⁵⁵¹ Das Demokratieprinzip legt Elemente der Organisation und der Funktionsweise des deutschen Staates fest. Als Staatsform ist Demokratie jedoch für ihr Funktionieren von verschiedenen Faktoren abhängig: Zentrale Größe ist die oben bereits aufgeführte demokratische Legitimation. Anders als bei vormaligen geheimen Regierungsweisen,⁵⁵² soll im demokratischen Bundesstaat Transparenz und Öffentlichkeit die „*Publizität und Richtigkeit der Maßnahmen und die Gerechtigkeit der Entscheidungen verbürgen*“⁵⁵³. Geheimnisse des Staates sind hingegen strukturell undemokratisch,⁵⁵⁴ „*denn jede illegitime und korrupte Herrschaft braucht Verdunklung und Heimlichkeit*.“⁵⁵⁵ Solche Geheimnisse schließen die Allgemeinheit von Informationen aus und verwehren ihr so die Möglichkeit zu freier Meinungsbildung

⁵⁴⁷ Heinrich dem Teichner zugeschrieben, Zitat nach Hölscher, in: Brunner/Conze/Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, S. 413.

⁵⁴⁸ Rotteck, in: v. Arétin/v. Rotteck, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, Bd. 3 (2. A.), S. 258; Simmel, Soziologie, Kap V, S. 272f.

⁵⁴⁹ Der Ausspruch „Nescit regnare, qui nescit dissimulare“, der Ludwig XI. von Frankreich zugeschrieben wird (hier zitiert nach Hegels, Arnold Clapmarus, S. 10) verdeutlicht die Stellung des Arkanums in der politischen Kultur von (Früh-)Renaissance und Absolutismus.

⁵⁵⁰ Hölscher, Öffentlichkeit und Geheimnis, S. 7f.; Wegener, Der geheime Staat, S. 47.

⁵⁵¹ BVerfGE 118, 277 (384); Bentham, Essay on Political tactics, Works II, S. 299 (310); ders., Principles of Judicial Procedure, Works II, S. 1 (8).

⁵⁵² Im 16. und 17. Jahrhundert herrschte die Theorie von den Staatsgeheimnissen, der „Arcana rei publicae“, vgl. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 36.

⁵⁵³ Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 444.

⁵⁵⁴ Marčić, Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie, in: Ehmke, FS A. Arndt, S. 287; Jestaedt, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, in: AöR 126, 202 (220); Wegener, Der geheime Staat, S. 391ff.

⁵⁵⁵ BVerfGE 118, 277 (384, Sondervotum).

und -äußerung.⁵⁵⁶ Ohne „sichtbar[e] und verstehbar[e]“ Entscheidungsverfahren ist die öffentliche Meinungsbildung unmöglich,⁵⁵⁷ entbehrt die Wahlentscheidung einer inhaltlichen Grundlage. Freie Meinungsbildung und -äußerung hingegen sollen Machtmissbrauch unterbinden und die Möglichkeit von Kontrolle verschaffen sowie die Teilnahme am politischen Geschehen erlauben.⁵⁵⁸ Diese Teilnahme manifestiert sich periodisch wiederkehrend in einem zentralen Legitimationsakt, den Wahlen, und ist hierbei auf ausgewogene Informiertheit unbedingt angewiesen.⁵⁵⁹ Durch die politische Rechenschaftspflicht wird dieser Grundsatz gestützt.⁵⁶⁰ Transparenz ist hierbei das Instrument zur unmittelbaren Informationsgewinnung durch das Volk selbst,⁵⁶¹ mittelbare Vermittlung erhält damit eine Lückenfüllungsfunktion für diejenigen Bereiche, in denen Informationen aufgrund der Limitiertheit der verfassungsrechtlichen Transparenz für die Bürger nicht beschaffbar sind.⁵⁶² Die auf diese Weise bewirkte Kontrolle der Staatsorgane durch Offenlegung von Vorgängen und Entscheidungen ist ein wichtiges Element der Einhaltung demokratischer Verfahren.⁵⁶³ In diesem Zusammenhang besteht ein Bedürfnis nach Offenlegung von Beweggründen, Absichten und etwaigen Folgen politischer Aktivitäten und Planungen.⁵⁶⁴ Unmittelbare Informationsgewinnung betrifft demnach die Informationsebene zwischen dem Staat und seinem Souverän, den Bürgern (nachfolgend auch „Staat-Bürger-Ebene“).

Gerade auch für die Einsetzung der Staatsorgane bzw. die vom Parlament ausgehende Staatsgewalt und ihre durch das Wahlvolk vermittelte demokratische Legitimation ist Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit signifikant. Das einhergehende Problem liegt auf der Hand: Je indirekter die Legitimation und je größer die Anzahl der legitimationsmittelnden Glieder, desto schwieriger gestaltet sich regel-

⁵⁵⁶ „Nur umfassende Informationen, für die durch ausreichende Informationsquellen Sorge getragen wird, ermöglichen eine freie Meinungsbildung und -äußerung“, vgl. BVerfGE 27, 71 (81).

⁵⁵⁷ BVerfGE 89,155 (171f); 90, 350 (369); *Robbers*, in: BK GG, Art. 20 Abs. 1 Rn 637.

⁵⁵⁸ Vgl. *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 58.

⁵⁵⁹ Vgl. dazu oben C)I)3)d).

⁵⁶⁰ *Höffler*, Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2010, 73 (74).

⁵⁶¹ Das BVerfG veranschaulicht dabei eine wesentliche Differenzierung von Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit: während erstere dem Empfänger eine passive Rolle zuweist, ist zweitere gerade angelegt auf die Sicherung des Rechts zur selbstständigen und freien Informationsgewinnung. Vgl. BVerfGE 27, 71 (81).

⁵⁶² S.a. unten C)II)4)b) sowie *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 59.

⁵⁶³ BVerfGE 103, 44 (64); *Marvic*, Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie, in: Ehmke, FS A. Arndt, S. 267ff; *Hobler*, Competition statt Kooperation, S. 197; *Debus*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 IFG Rn 22.

⁵⁶⁴ *Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: HStR III, § 42 Rn 53.

mäßig insbesondere die praktische Nachvollziehbarkeit für das Wahlvolk als Legitimationsursprung, in der Folge nimmt auch die Kontrollierbarkeit ab.⁵⁶⁵ Die steigende bürgerseitige Forderung nach mehr Transparenz in der Politik ist in diesem Kontext auch ein Indikator des steigenden Misstrauens der Wähler in die repräsentative Demokratie.⁵⁶⁶

Zwischen den Wahlen garantiert Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG die Unabhängigkeit der Repräsentanten.⁵⁶⁷ Diese zielt, neben einem gewissen Maß an Sachkunde, auf Stabilität, Sachlichkeit und vor allem auch Kontinuität im Staatswillensbildungsprozess sowie eindeutige Verantwortlichkeit.⁵⁶⁸ Aber auch fernab vom eigentlichen Wahlakt findet demokratische Bürgerpartizipation denknotwendig statt: Im Rahmen der Dynamik von politischer Gestaltung ist die stete Auseinandersetzung zwischen den gewählten Vertretern und den wählenden Bürgern eine demokratische Gegebenheit,⁵⁶⁹ die für beide Seiten wichtig und ertragreich ist. Das freie Mandat bezweckt dabei auch die Rückkopplung von Parlamentariern und Wahlvolk, der entsprechende Rechtfertigungszwang bewirkt Verantwortlichkeit.⁵⁷⁰ Den legitimierten Volksrepräsentanten obliegt die Steuerung und Rezeption der öffentlichen Meinung.⁵⁷¹ Beides bedarf insofern der Interaktion zwischen Bürgern und Repräsentanten: Steuerung erfolgt hierbei in erster Linie durch die Deskription von Aufgaben und etwaigen Handlungsalternativen, während im Zusammenhang mit der Rezeption auf der anderen Seite vor allem die Einbringung der öffentlichen Meinung in den politischen Prozess von Bedeutung ist.⁵⁷² In der repräsentativen Demokratie ist das Wissen(können) der Bürger um Identität, Positionen und relevante Interessen ihrer Repräsentanten zwingend. Wie bereits zuvor erwähnt, betont der Zweite Senat mit seiner Entscheidung zu Anzeige- und Veröffentlichungspflichten von Nebentätigkeiten und daraus erzielten Einkünften der Abgeordneten unter dem

⁵⁶⁵ Insgesamt dazu: *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, S. 38ff; vgl. auch *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 43; ähnlich auch *Gusy*, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: GVwR III, § 23 Rn 20f.

⁵⁶⁶ *Drefs*, Zur verfassungsrechtlich gebotenen Transparenz staatlicher Tätigkeit, in: Dreyer u.a., Informationen der öffentlichen Hand, S. 89f; *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 Plus, S. 5, 8; *Polke-Majewski*, Demokratie: Transparenz, auch wenn's schwer fällt, in: Zeit Online v. 13.02.2013: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-02/transparenz-demokratie-politik-kommentar>.

⁵⁶⁷ Vgl. zur Entwicklung dieses wesentlichen Grundsatzes: *Badura*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG, Art. 38 Rn 1 (6ff); *Podlech*, Repräsentation, in: Brunner/Conze/Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe Bd. 5, S. 509 (524 ff).

⁵⁶⁸ *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG Komm., Art. 38 Rn 204; *Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: HStR III, § 42 Rn 17.

⁵⁶⁹ BVerfGE 118, 277 (353).

⁵⁷⁰ Vgl. BVerfGE 112, 118 (134); 118, 277 (353).

⁵⁷¹ *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 40; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 42 Rn 9.

⁵⁷² *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 40.

AbgG die Erheblichkeit der fortwährenden Kontrollmöglichkeit des Souveräns gegenüber den von ihm gewählten Vertretern.⁵⁷³ Überdies sichere die Kenntnis etwaiger Interessenverflechtungen und wirtschaftlicher Abhängigkeiten von Abgeordneten auch die Fähigkeit des Parlaments zur Vertretung des Volkes als Ganzes und speziell das bürgerseitige Vertrauen in diesen verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatz.⁵⁷⁴ Transparenzregelungen dienen nach Ansicht des Gerichts auch als maßvolles Korrektiv für eine aufgabengerechte Mandatsausübung.⁵⁷⁵ Die öffentliche Meinung ist dabei geeignet, in nicht unbeträchtlichem Maße Einfluss auf die Repräsentanten zu nehmen, *Scherzberg* bezeichnet sie insofern als „prozeduralisierte Volkssouveränität“⁵⁷⁶. Art. 21 Abs. 1 S. 4 GG konkretisiert mit seiner Pflicht zur Offenlegung parteiinterner Finanzverhältnisse die demokratisch begründete Transparenzpflicht und unterstreicht die Bedeutsamkeit politisch relevanter Hintergründe und Interessenvertretungen im Hinblick auf die volksseitige Willensbildung.⁵⁷⁷

Für den freiheitlich demokratischen Staat muss es daher auch rechtlich eine notwendige Eigenschaft sein, wesentliche politisch relevante Sachverhalte in jeweils angemessenem Maße offenzulegen, denn diese sind unumgängliche Grundlage für eine Entscheidungsfindung von Parlament und Bürger gleichermaßen.⁵⁷⁸ *Schmitt Glaeser* bezeichnet Arkanpolitik insofern als undemokratisch, da sie „der Willensbildung im Volk die unabdingbaren tatsächlichen Voraussetzungen“ nehme.⁵⁷⁹ Nach alledem ist festzustellen, dass Transparenz ein integraler Bestandteil des Demokratieprinzips ist und ihm erst zu seiner Umsetzung im substanziellen Sinne verhilft.⁵⁸⁰ Als wesentliche Aufgabe für die Öffentlichkeit stellt sich die Beobachtung, Steuerung und Kontrolle der politischen Prozesse dar. Erst eine nachhaltige Transparenz versetzt das (Wahl-)Volk in die Lage, die Parlamentstätigkeit tatsächlich verfolgen zu können und ist damit ein wertvolles Instrument eines demokratischen Parlamentarismus,⁵⁸¹ darüber hinaus unerlässlich für eine freiheitlich demokratische Rechts- und Werteordnung.

⁵⁷³ BVerfGE 118, 277 (353).

⁵⁷⁴ BVerfGE 118, 277 (354).

⁵⁷⁵ BVerfGE 118, 277 (362).

⁵⁷⁶ *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 294.

⁵⁷⁷ Vgl. *Brähler*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 36. Einfachgesetzlich wird dies von § 6 PartG sowie § 18 Abs. 2 BWahlG noch unterstrichen, die sowohl nach schriftlicher Satzung als auch schriftlichem Programm verlangen und deren Inhalte eindeutigen Angaben unterstellt.

⁵⁷⁸ *Caspar*, Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz, in: Hill u.a., Brauchen wir eine neue Verfassung?, S. 233 (238).

⁵⁷⁹ *Schmitt Glaeser*, Mitwirkung an der Willensbildung, in: HStR III, § 38 Rn 10 mit Verweis auf BVerfGE 97, 350 (369).

⁵⁸⁰ *Höjler*, Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2010, 73 (74).

⁵⁸¹ BVerfGE 70, 324 (355); 84, 304 (329); 118, 277 (354); BVerfG NVwZ 2010, 634ff.

(2) Transparenz zur mittelbaren Informationsgewinnung – Repräsentation als Informationsmittlung

Transparenz hat zudem eine weitere Bedeutung im Rahmen der demokratischen Übung: Sie betrifft, anders als die bloße Öffentlichkeit,⁵⁸² auch die Vorgänge in verschiedenen gerade nicht öffentlichen Gremien sowie die Schaffung von politisch relevantem Wissen im Sinne einer repräsentativen Informationsmittlung. Transparenz kann insofern auch dann gewährleistet sein, wenn die volksgewählten Repräsentanten als Mittler nicht allgemein öffentlicher relevanter Informationen fungieren. Hier zeigt sich eine weitergehende Dimension des Transparenzgebotes: Sie bezieht sich nicht zwangsläufig auf jedermann, denn Transparenz kann verschiedene Adressaten haben und einen entsprechenden Bezug zu diesen aufbauen.⁵⁸³ So kann ein gewisser Grad transparenter Gestaltung für die gewählten Volksvertreter ausreichend sein und eine Nichtöffentlichkeit für die Allgemeinheit damit abgelten, denn die ausnahmslose Teilhabe an sämtlichen staatlichen Wissenssphären ist weder demokratische noch rechtsstaatliche Voraussetzung.⁵⁸⁴ Beispiele hierfür sind z.B. die Nicht-Öffentlichkeit vieler Ausschüsse⁵⁸⁵ oder ähnlicher Gremien: Ihre Mitglieder, als Volksrepräsentanten, bedürfen zu Meinungsbildung und Entscheidungsfindung für sie transparent aufbereiteter Informationen.⁵⁸⁶ Auch erfolgt auf diesem Wege die Kontrolle durch die dort tätigen Repräsentanten des Volkes. Diese Dimension der Transparenzwirkung ist dem repräsentativen Demokratiesystem der Bundesrepublik geschuldet und verläuft insofern dem Grunde nach parallel zu der oben behandelten Legitimationskette. Hierin zeigt sich zudem der qualitative Unterschied zwischen einer Öffentlichkeit und einer Transparenz dieser Vorgänge: Trotz der Gemeinsamkeiten und gleichgerichteten Tendenz beider Grundsätze ist anders als wie dargelegt mitunter angenommen,⁵⁸⁷ eine Gleichsetzung von Transparenzgebot und Öffentlichkeitsprinzip daher abzulehnen.

Während allerdings die Legitimationsvermittlung mit Hilfe der Legitimationskettentheorie letztlich abstrakt nachvollzogen werden kann, ist dies im Rahmen der Transparenzmittlung nicht ohne Weiteres möglich. Vielmehr wird dort ein im de-

⁵⁸² Siehe oben C)II)2a)bb).

⁵⁸³ Siehe dazu unten C)II)4).

⁵⁸⁴ *Casper*, Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz, in: Hill u.a., Brauchen wir eine neue Verfassung?, S. 233 (238). Zu den Grenzen der Budgetöffentlichkeit als demokratiebezogener Verfassungsgrundsatz: BVerfGE 70, 324 (358).

⁵⁸⁵ Vgl. z.B. § 69 Abs. 1 GO BT.

⁵⁸⁶ Siehe dazu unten C)II)4)a).

⁵⁸⁷ Siehe insb. oben C)II)2)b).

mokratischen Repräsentativsystem allgemein geltender Faktor relevant: das Vertrauen des Bürgers in den Repräsentationsakt.⁵⁸⁸ So wie der Verzicht des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt jenseits von Wahlen das Vertrauen des Volkes auf die ordnungsgemäße Ausführung des Repräsentationsauftrags erfordert,⁵⁸⁹ so ist auch der Transparenzmittlungsakt auf eben dieses Vertrauen angewiesen, denn die Informationskette lässt sich regelmäßig gerade nicht lückenlos nachvollziehen. Transparenzmittlung bedeutet daher, dass nicht jede Information für jeden beliebigen Adressaten zugänglich sein muss, es für ein ausreichendes Transparenzniveau vielmehr hinreichend sein kann, wenn der gewählte Volksvertreter die jeweiligen Informationen erhält. Diese schwächere Transparenzmittlung kann daher nicht bei sämtlichen Informationsverlangen genügen. Insbesondere in den Bereichen, in denen der Souverän den Repräsentanten selber kontrolliert und dessen Entscheidungen bewertet, d.h. in Wahlen, ist daher eine mittelbare Transparenz nicht ausreichend.

Die Ebene, die das Verhältnis von Staat und Volksrepräsentant betrifft, namentlich das Parlament, bzw. den einzelnen Abgeordneten (nachfolgend auch „Staat-Repräsentanten-Ebene“), hat in der repräsentativen Demokratie eine signifikante Bedeutung. Gerade hier drücken sich die Grundlagen und Potenziale des Transparenzgedankens aus. Neben der Funktion von demokratierelevanter Meinungs- und Willensbildung, die oben bereits Erörterung gefunden hat, dient Transparenz darüber hinaus demnach als wesentliches Instrument Vertrauen und Zustimmung der Bürger zu gewinnen.⁵⁹⁰ „*Transparenzregelungen finden [...] ihre grundsätzliche Rechtfertigung im Vorrang der Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages [...]*“.⁵⁹¹ In dieser Funktion macht Transparenz staatliches Vorgehen insgesamt leichter und gleichermaßen effizienter, denn wo Zustimmung herrscht, müssen Konflikte nicht behoben und Entscheidungen im Nachhinein nicht revidiert werden. Dies wiederum von der konkreten auf die abstrakte Ebene gehoben, ist Voraussetzung für ein grundsätzliches Einverständnis der Bürger mit dem staatlichen Handeln.⁵⁹²

⁵⁸⁸ Gebauer, Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen stärken, in: DÖV 2007, 115 (116); ders., Konferenzbericht, in: Deutsche Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Verwaltungswissenschaftliche Informationen 34. Jg. 2006, 46 (47).

⁵⁸⁹ Siehe dazu umfassender unten F)II)1)a)bb).

⁵⁹⁰ Bentham, Essay on Political tactics, Works II, S. 299 (310); Wegener, Der geheime Staat, S. 129, 153.

⁵⁹¹ BVerfGE 118, 277 (355).

⁵⁹² Bleyl, Allgemeines Informationszugangsrecht, in: DuD 1998, 32 (33); Windsheimer, Information als Interpretationsgrundlage, S. 140.

Diese Ebene des Transparenzgebots, die im Kern mittelbare Informationsgewinnung und -verarbeitung betrifft,⁵⁹³ unterscheidet sich von der oben dargelegten Staat-Bürger-Ebene vor allem in Wirkrichtung und Wahrnehmbarkeit nach außen.

(a) Information als Basis repräsentativen Handelns

Ansatzpunkt ist die Rolle des Repräsentanten als Mitglied des Parlaments: Neben der Wahl-, Gesetzgebungs- und Willensbildungsfunktion hat vor allem auch die Kontrollfunktion in der repräsentativen Demokratie besonderen Stellenwert.⁵⁹⁴ Parlamentarische Arbeit erfolgt – im Gegensatz zu exekutivischem Vorgehen – dem Grundsatz nach unter den Geboten der Transparenz, Öffentlichkeit und freien Ausübung des Mandats.⁵⁹⁵ Repräsentation macht die Vermittlung von Informationen in doppelter Richtung im Sinne eines reziproken Kommunikationsprozesses erforderlich, d.h. der Bürger muss über das Handeln des Repräsentanten und der Repräsentant über den Willen des Bürgers, den er repräsentiert, informiert sein.⁵⁹⁶ Dies ist ohne Publizität, die Transparenz schafft, nicht denkbar.⁵⁹⁷ Nur so kann der effektive Einfluss des Volkes auf die Ausübung von Staatsgewalt realisiert werden. Ein hinreichender Informationsaustausch zwischen den Mandatsträgern sowie im Verhältnis zu weiteren Einheiten des Staates verbürgt die notwendige Entscheidungsgrundlage und demokratische Verhältnisse: Auch höchstrichterlich findet die Notwendigkeit umfassender Information der Abgeordneten für die Wahrnehmung ihrer ureigenen parlamentarischen Aufgaben fortlaufend Beachtung.⁵⁹⁸ Transparenz schafft die Voraussetzung für diesen Austausch.⁵⁹⁹ Das Parlament als erste Gewalt verfügt nicht über das umfangreichste Wissen im Staat im Hinblick auf die Menge vorhandener Informationen. Es ist daher auf Informationen durch die informierte zweite Gewalt, bestehend aus Gubernative und Administrative, angewiesen. Die faktisch sehr starke Stellung der Verwaltung hinsichtlich des staatlichen Informationsbestandes erfordert effektive Verfahren zur hinreichenden Teilhabe der Volksvertreter an diesem Wissen. Die Informationspflicht ist eine „Bringschuld“ der zweiten gegenüber der ersten Gewalt, das Informationsrecht gewinnt so als Instrument der parlamentarischen Arbeit und Kontrolle zentrale Bedeutung

⁵⁹³ Siehe dazu oben, C)II)2b)aa)(2).

⁵⁹⁴ *Morlok/Hientzsch*, Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie, in JuS 2011, 1 (2).

⁵⁹⁵ *Jahn/Engels*, Geheimschutzordnung des Bundestages, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 20 Rn 1.

⁵⁹⁶ BVerfGE 134, 141, 173; BVerfGE 44, 125; *Müller-Terpitz*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG, Art. 42 Rn 30.

⁵⁹⁷ *Müller-Terpitz*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG, Art 42 Rn 27.

⁵⁹⁸ So z.B. in BVerfGE 70, 324 (355); 105, 252 (270); 110, 199 (214f); BayVerfGH NVwZ 2007, 204ff; SächsVerfGH, Urt. v. 28.01.2016 - Vf. 63 I 15.

⁵⁹⁹ *Bentham*, Essay on Political tactics, Works II, S. 299 (312).

und hohes Gewicht.⁶⁰⁰ Insgesamt muss ein wirksames Legitimationsniveau hergestellt und unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen eine sachgerechte Ausübung der Mandatsfunktionen möglich sein. Es ist ein großes Maß an Öffentlichkeit, öffentlicher Debatte und Diskussion zu gewährleisten.⁶⁰¹ Vertraglich vereinbarte oder einfachgesetzliche Verschwiegenheitsvorgaben sind allein nicht geeignet, das verfassungsrechtlich abgesicherte Informationsrecht einzuschränken.⁶⁰²

(b) Transparenz und Geheimhaltung

Ein zentraler Unterschied dieser Transparenz zur unmittelbaren Transparenz ist die jeweilige Wahrnehmbarkeit. Während transparente Vorgänge, wie oben beschrieben, überwiegend durch ihre allgemeine Wahrnehmbarkeit gekennzeichnet sind, trifft dieses auf die Transparenz im Verhältnis des einzelnen Repräsentanten zum Staat nicht zwingend zu. Im Gegenteil: Einige Vorgänge und Informationen, die grundsätzlich der Geheimhaltung unterliegen (z.B. sogenannte Verschlussachen, vgl. § § 16 Abs. 4, 17 GOBT i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 GSOBT),⁶⁰³ sind dennoch für die Abgeordneten zugänglich, vgl. § § 3a, 4 Abs. 1, Abs. 2 GSOBT.⁶⁰⁴ Dies entspricht dem aus Art. 38 Abs. 1 GG entspringenden Recht des Abgeordneten auf den grundsätzlich freien Zugang zu den im Parlament vorhandenen Informationsquellen,⁶⁰⁵ welches für die parlamentarische Kontrolle unerlässliche Voraussetzung ist.⁶⁰⁶ Insbesondere ist es auch der für diese Kontrolle unverzichtbaren Opposition lediglich so möglich die Handlungen der Regierung nachzuvollziehen und zu überprüfen.⁶⁰⁷ Hierin liegt die Gewährleistung von tatsächlicher Volksherrschaft vermittelt durch Repräsentanten im demokratischen Staat, vgl. Art. 38 Abs. 1 S. 2, 20 Abs. 2 S. 2 GG.

⁶⁰⁰ BVerfGE 124, 161 (187 ff); 137, 185; *Brüning*, Staat 2004, 511; *Poschmann*, Anm. zum Urte. des BVerfG v. 7.11.2017 – 2 BvE 2/11, in: NVwZ 2018, 51 (71ff.).

⁶⁰¹ Vgl. BVerfGE 124, 161 (193); 147, 50 (128ff.).

⁶⁰² BVerfGE 147, 50 (2. Ls.).

⁶⁰³ Geheimschutzordnung des Deutschen Bundestages, Anlage 3 zur GO des Deutschen Bundestages, vgl. § 17 GOBT.

⁶⁰⁴ Teilweise sind dabei über § 2a GSOBT auch Geheimnisse Privater, namentlich auch und gerade Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (Abs. 1), umfasst. Vgl. auch *Engels*, Verfahren des Deutschen Bundestags, in: Graf von Westphalen, Parlamentslehre, § 11 S. 257f.

⁶⁰⁵ Vgl. dazu insb. auch § § 16 Abs. 1 S. 1, 69 Abs. 2 GOBT.

⁶⁰⁶ *Jahn/Engels*, Geheimschutzordnung des Bundestages, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 20 Rn 2f.

⁶⁰⁷ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 191.

Das Recht der Abgeordneten, unter strengen Auflagen und Einhaltung diverser Pflichten Einsicht auch in diejenigen Dokumente zu nehmen, die der Geheimhaltung unterliegen,⁶⁰⁸ ermöglichen zumindest eine mittelbare Kenntnisnahme des Volkes vermittelt durch dessen Repräsentanten, die künftige Handlungen und Entscheidungen unter Einfluss des erlangten Wissens vornehmen können. Dabei muss das besondere Geheimhaltungsinteresse des Staates mit dem Informations- und Meinungsbildungsinteresse des Volkes in Einklang gebracht werden.⁶⁰⁹ Insofern kann auch im Bereich dieser Unterlagen zumindest auf dieser mittelbaren Ebene eine möglichst weitreichende Transparenz in inhaltlicher Hinsicht festgestellt werden, die mittelbar – vergleichbar mit dem System demokratischer Legitimationsvermittlung – auch eine Transparenzwirkung zugunsten der Bevölkerung im repräsentativen System erzeugen kann. An dieser Stelle ist Transparenz daher nur durch den Repräsentanten gemittelt. Der Bürger selbst kann die Information nicht wahrnehmen und nachvollziehen, sondern muss vielmehr darauf vertrauen, dass der Abgeordnete als Repräsentant eine auf Grundlage umfassender Information basierende, informierte Handlung vornimmt.

(c) Selbstinformation und Fremdinformation

Die notwendigen Informationen, die das Parlament für die Ausübung der Mandate benötigt,⁶¹⁰ können auf zwei unterschiedlichen Wegen verschafft werden: Das benötigte Wissen kann selbst beigebracht werden (Selbstinformation) oder die Regierung⁶¹¹ wird veranlasst, die ihr verfügbaren Kenntnisse zur Verfügung zu stellen (Fremdinformation).⁶¹² Beide Alternativen der Informationsbeschaffung, originäre und derivative, sind als Instrumente der parlamentarischen Kontrolle im Wesentlichen Ausfluss des Art. 38 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 2 GG.⁶¹³ Die rechtlichen Grundlagen der einzelnen Rechte beider Alternativen der Informationsbeschaffung sind unterschiedlich und teilweise umstritten.

Das Recht zur Selbstinformation wird konkretisiert z.B. durch das Untersuchungsrecht (Art. 44, 45a Abs. 2 S. 1 GG), den Petitionsausschuss (Art. 45c GG), das Parlamentarische Kontrollgremium (Art. 45d GG) und das Enqueterrecht (§ 56

⁶⁰⁸ Verschlusssachen sind Dokumente die im öffentlichen Interesse unter Verschluss bleiben, vgl. *Jahn/Engels*, in: *Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, § 20 Rn 20.

⁶⁰⁹ Vgl. auch umfassend BVerfG NVwZ 2018, 51.

⁶¹⁰ *Magiera*, in *Sachs, GG*, Art. 38 Rn 39; *Stern*, Staatsrecht II, S. 39; *Klein*, Stellung und Aufgaben des Bundestages, in: *HStR III*, § 50 Rn 1; *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: *HStR III*, § 34 Rn 16ff.

⁶¹¹ Der vorliegende Abschnitt behandelt beispielhaft ausschließlich die Bundesebene.

⁶¹² *Schneider*, Opposition und Information, in: *AöR* 99, 628 (630, 646).

⁶¹³ Vgl. *Magiera*, in *Sachs, GG*, Art. 38 Rn 65; *Morlok/Hientzsch*, Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie, in *JuS* 2011, S. 1 (8); *Morlok*, in: *Dreier, GG*, Art. 38 Rn 43, 150; Art. 43 Rn 12; im Erg. ebenso *Teuber*, Parlamentarische Informationsrechte, S. 172ff.

GOBT). Der Anspruch auf Verschaffung von Fremdinformationen des Bundestages gegenüber der Bundesregierung betrifft das Zitierrecht (Art. 43 Abs. 1 GG), das Fragerecht (§ § 100ff. GOBT)⁶¹⁴ und das Unterrichtsrecht (§ § 75 Abs. 1e), 77 Abs. 2, 93 GOBT). Diese Rechte finden ihre Grundlage im Verfassungsstatus des einzelnen Abgeordneten, der nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG „Vertreter des ganzen Volkes“ ist.⁶¹⁵ Sachgerechte politische Entscheidungen verlangen insoweit nach informierten Abgeordneten.

Dennoch ist die parlamentarische Kontrolltätigkeit in ihrer Wirksamkeit im Ergebnis nicht immer zufriedenstellend. So ist zwar erwiesen, dass Parlamentarier in diesem Zusammenhang dem Grunde nach sehr aktiv sind,⁶¹⁶ doch wird die Auskunftserteilung insgesamt – so z.B. auch von dem ehemaligen Bundestagspräsidenten *Lammert* – zunehmend als „zu oberflächlich“ und „ausweichend“ wahrgenommen.⁶¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht bestätigte im Jahre 2009 erneut die umfassende Antwortpflicht der Regierung. Demnach muss die „Bundesregierung [...] den Bundestag in die Lage versetzen, seine Aufgabe der parlamentarischen Kontrolle des Regierungshandelns effektiv wahrzunehmen“, wobei der Zweite Senat klarstellte, dass es grundsätzlich der Entscheidung der Abgeordneten, bzw. der

⁶¹⁴ Während das Recht auf Informationen – insb. das Fragerecht des Bundestags – zunächst überwiegend im Zitierrecht des Art. 43 Abs. 1 (und der Vorgängerregelung in Art. 33 Abs. 1 WeimVerf) gesehen wurde, hat sich die neuere Lehre von dieser Einschätzung abgewendet. Im Anschluss an die Rspr. des BVerfG sieht sie die verfassungsrechtliche Grundlage des parlamentarischen Fragerechts und der ihm korrespondierenden Antwortpflicht der Regierung im verfassungsrechtlichen Status des Abgeordneten, mithin in Art. 38 GG, begründet. Das BVerfG formulierte dazu Parameter der verfassungsrechtlichen Grundlage dieser Vorgänge: „Dem einzelnen Abgeordneten erwächst aus seinem in Art. 38 Abs. 1 GG gewährleisteten Status ein Recht darauf, dass ihm grundsätzlich diejenigen Informationen nicht vorenthalten werden, die ihm eine sachverständige Beurteilung [...] ermöglichen“ (BVerfGE 70, 324 (355); 80, 188 (217ff); 110, 119 (225), 124, 161 (188)). So hat die Regierung entsprechende Fragen auch tatsächlich zu beantworten (Str.: zust. etwa *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn 703; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 38 Rn 158 mwN; *Morlok/Hientzsch*, Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie, in: JuS 2011, 1 (8)). Die Verfassungen von Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen (Art. 67 ThürVerf) sehen entsprechende Regelungen vor.

⁶¹⁵ BVerfGE 70, 324 (355); 80, 188 (217ff); 110, 119 (225), 124, 161 (188).

⁶¹⁶ Für die Statistik des Bundestages, vgl: *Schindler*, Datenhandbuch zur Geschichte des deutschen Bundestages 1949-1999, S. 2636-2705; *Feldkamp*, Datenhandbuch zur Geschichte des deutschen Bundestages 1994-2003, S. 613-661; *ders.* Deutscher Bundestag 1987 bis 2005: Parlaments- und Wahlstatistik, in: ZParl 2006, 3ff sowie Deutscher Bundestag, Statistik der Parlamentarischen Kontrolltätigkeit, abzurufen über dessen Homepage. Für die Statistik der Länderparlamente: *Mielke/Reutter*, Länderparlamentarismus in Deutschland. Eine Bestandsaufnahme, in: dieselben, Länderparlamentarismus in Deutschland, S. 19 (44).

⁶¹⁷ Zu den internen Ausführungen *N. Lammerts* an *T. de Maizière* in seiner Funktion als Chef des Bundeskanzleramts: *Birnbaum*, Herrsche und schweige, in: Tagesspiegel v. 30.10.2008, S. 4.

Fraktionen unterliegt, welcher Informationen sie bedürften.⁶¹⁸ Zudem sei insbesondere die Einrichtung alternativer Kontrollinstrumente – im konkreten Fall ein Untersuchungsausschuss – keine im Ermessen der Regierung befindliche Alternative zum Auskunftsverlangen, dabei könne Effizienz kein Argument für ein entgegenstehendes Ergebnis sein. Das Fragerecht und andere parlamentarische Kontrollinstrumente sind somit ihrer rechtlichen Ausgestaltung nach zur Schaffung von Transparenz, Informationsbeschaffung sowie Herstellung von Öffentlichkeit durchaus gut geeignet. Sie zeigen sich jedoch nur dann als effiziente Mittel, um Informationen der Ministerialverwaltung zu beschaffen, wenn diese ihrer Verpflichtung aus dem parlamentarischen Informationsanspruch in gebührendem Umfang nachkommen.⁶¹⁹

(3) Transparenzniveau

Die beiden oben aufgezeichneten Varianten der Transparenzerzeugung bewirken eine unterschiedliche Qualität von Durchschau- und Nachvollziehbarkeit. Das Transparenzideal ist hierbei die unmittelbare Transparenz, die der demokratischen Allgemeinheit Zugang zu Informationen ermöglicht und das Potenzial selbstbestimmter Gemeinwohlkonkretisierung in sich trägt. Mittelbare Transparenz im Rahmen politischer Repräsentation mag hierbei eine qualitative Einbuße darstellen, ist jedoch rechtlich grundsätzlich ausreichend um dem Transparenzgebot in seiner Limitiertheit Wirkung zu verleihen.⁶²⁰ Sie vermag – in Anlehnung an das oben dargelegte notwendige Maß von Legitimation – insgesamt ein hinreichendes Transparenzniveau herzustellen, wo unmittelbare Transparenz auf rechtliche Grenzen stößt.

Insofern gilt auch hier, dass die Verfassung kein explizites Maß an Transparenz vorschreibt.⁶²¹ Welches Niveau an notwendiger Transparenz damit hinreichend ist, entscheidet sich im jeweiligen Einzelfall, je nach Art und Tragweite. Insofern gilt im Rahmen des Transparenzgebotes nichts anderes, als auch bei anderen Verfassungssätzen, die jeweils nicht abstrakt und absolut im System des Grundgesetzes bestehen, sondern für die Vielzahl möglicher Sachverhalte je nach konkreter Erscheinungsform bewertet werden müssen. Das bedeutet gleichsam, dass die Forderung an die Transparenz staatlichen Handelns je nach verfassungsrechtlichem Stellenwert des betroffenen Gutes zu bewerten ist.

⁶¹⁸ BVerfG, Urt. v. 01.07.2009 - 2 BvE 5/06, Rn 129, 132, 146; JuS 2010, 840 (842f).

⁶¹⁹ *Siefken*, Parlamentarisches Frageverfahren, in: ZParl 2010, 18 (34f.); speziell zur Beteiligungsverwaltung der Finanzministerien BVerfG NVwZ 2018, 51ff.

⁶²⁰ Zur Limitiertheit des Transparenzgebots, siehe unten C)II)4).

⁶²¹ Vgl. hierzu oben C)I)2)c)cc).

dd) Rechtliche Qualität - Transparenz als rechtsstaatliches Demokratieerfordernis
Zusammenfassend können drei wesentliche Transparenzbedürfnisse im Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip konstatiert werden:⁶²² Transparenz des Legitimationsakts, Transparenz zur Kontrolle der Herrschaftsausübung zwischen Legitimationsakten sowie diejenige Transparenz, die Information und Informiertheit herstellt und damit Willens- und Meinungsbildung ermöglicht. Folgerichtig muss das Transparenzgebot neben seiner Bedeutung als inhaltsbezogener Faktor demokratischer Strukturen auch als Verfahrensvorgabe zur Umsetzung des Demokratiegebots verstanden werden.⁶²³

Nach alledem ist Transparenz dem Grunde nach eine verfassungsrechtliche Forderung vor allem des Demokratieprinzips, aber in beachtlichem Umfang auch des Rechtsstaatsprinzips. Es verbleibt nach den vorangegangenen Ausführungen die Frage nach der Qualität von Transparenz unter der Verfassung.

Im Staatsrecht wird eine Fülle von Begrifflichkeiten zur Einteilung der Verfassungsrechtssätze verwendet.⁶²⁴ Transparenz könnte darunter als Verfassungsprinzip zu kategorisieren sein. Der Begriff des Verfassungsprinzips wiederum ist jedoch nicht ohne weiteres zu umfassen.⁶²⁵ Weitestgehend einig sind sich Rechtsprechung und Schrifttum aber hinsichtlich der wesentlichen Bestimmungsmerkmale. Es handelt sich demnach um die geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsnormen, die „wegen ihrer zentralen Bedeutung den Kernbestand des objektiven Verfassungsrechts eines Staates bilden.“⁶²⁶ Kurz gesagt sind sie „Zentralnorm[en] der Verfassung ohne Rechtsfolgenvorherbestimmung“.⁶²⁷ Insofern seien auch die sogenannten impliziten, also ungeschriebenen Prinzipien als Normen klassifizierbar, *da ein „Formerfordernis, nach dem die Verfassung nur explizit regeln dürfte“ nicht bestehe.*⁶²⁸ Dies gilt unfraglich für eine Reihe von Grundgehalten des GG,⁶²⁹ wie beispielsweise die Bundestreue.⁶³⁰

⁶²² *Jestaedt*, Zwischen Öffentlichkeit und Vertraulichkeit, in: *Deppenheuer*, Öffentlichkeit und Vertraulichkeit, S. 67 (86f).

⁶²³ *Hassemer*, Über Transparenz, in: *Durner/Peine/Shirvani*, FS Papier zum 70. Geburtstag, S. 237 (243).

⁶²⁴ Dazu umfassend: *Nowrot*, Das Republikprinzip, S. 70ff; *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 263ff.

⁶²⁵ Vgl. *Nowrot*, Das Republikprinzip, S. 69; *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 19ff.

⁶²⁶ *Nowrot*, Das Republikprinzip, S. 75.

⁶²⁷ *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 249.

⁶²⁸ *Ebda*, S. 252; Dazu umfassend auch *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz.

⁶²⁹ BVerfGE 1, 14 (15, LS 4).

⁶³⁰ BVerfGE 6, 309 (328); 21, 312 (319); 81, 310 (337); 104, 249 (269 f.); 106, 1 (27); 110, 33 (52).

Im wissenschaftlichen Diskurs wird weiter unterschieden zwischen Haupt- und Subprinzipien. Die Abgrenzung erfolgt nach der Abstraktionshöhe: Hauptprinzipien seien die höchsten, fundamentalsten sachbereichsbezogenen⁶³¹ Prinzipien. Die Subprinzipien⁶³² oder Derivate⁶³³ ließen sich unmittelbar oder mittelbar aus einem oder diversen Hauptprinzipien ableiten. Die Unterscheidung ist indessen im konkreten Fall mitunter schwer. Ein Subprinzip hat begründenden oder beschränkenden Anteil an der Teleologie des entsprechenden Hauptprinzips. Das Hauptprinzip wiederum kennzeichnet „teleologische Unabhängigkeit“.⁶³⁴ Subprinzipien werden in der Regel nicht als Zentralnorm i.S.d. oben verwendeten Definition verstanden. Für ihre Klassifizierung unter die Kategorie des Verfassungsprinzips wird viel mehr angemahnt, man stelle sie auf eine Stufe mit den letztlich höherrangigen Hauptprinzipien.⁶³⁵ Nach dieser Definition und den vorgehend erarbeiteten Parametern stellt sich Transparenz als Subprinzip sowohl des Demokratie- als auch des Rechtsstaatsprinzips dar. Transparenz ist für das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip eine notwendige Voraussetzung, steht mit ihr hingegen nicht auf derselben Stufe. Ihr objektiv-rechtlicher Verfassungsgehalt lässt sich daher, anders als der von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip,⁶³⁶ nicht ohne Weiteres versubjektivieren. Ein subjektives Recht lässt sich aus ihr als reines Subprinzip und notwendige Bedingung für das ihr übergeordnete Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip für den einzelnen Bürger jedenfalls nicht ableiten.

Diese prinzipienbezogenen Begriffsdefinitionen sind zu weiteren Rechtsbegriffen und Instituten in Bezug zu setzen und abzugrenzen.⁶³⁷ In Betracht kommen hier allein Verfassungsgebote, also Gebote beliebigen Inhalts mit Verfassungsrang. Das Bundesverfassungsgericht verwendet den Begriff des Verfassungsgebotes in verschiedenen Entscheidungen.⁶³⁸ Er wird vielfach synonym mit dem des Verfassungsprinzips verwendet und dürfte bei hinreichender Zentralität des Gegenstands als solches qualifiziert werden können.⁶³⁹

⁶³¹ Den Begriff verwendet *Reimer* zur Abgrenzung zum Menschenwürdesatz, als „oberste[m] Konstitutionsprinzip“ des GG.

⁶³² Vgl. z.B. BVerfGE 30, 1 (24f); 52, 214 (219); 92, 203 (239).

⁶³³ So *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 27 (EL 02/1999).

⁶³⁴ *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 187.

⁶³⁵ *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 257.

⁶³⁶ *Schröder*, Schutzbereich der Grundrechte, in: JA 2016, 641 (648).

⁶³⁷ Siehe zu einer umfassenden Auflistung: *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 263ff.

⁶³⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 5, 85 (128); 98, 169 (200); 55, 349 (369); 138, 64 (86 f); 117, 71 (105); 140, 115; 10, 302 (323); 29, 183 (195 f.); 58, 208 (220); 37, 150 (153); 65, 1 (70); 99, 1 (7 f).

⁶³⁹ *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 267.

Transparenz ist nach dieser Auffassung ein notwendiges Subprinzip sowohl des Demokratie- als auch des Rechtsstaatsprinzips⁶⁴⁰ und hat zugleich die Qualität eines Verfassungsgebots. In Frage steht dabei, ob der Transparenzgedanke sich darüber hinaus zu einem Verfassungs(haupt)prinzip verdichtet, da der Transparenz im demokratischen Rechtsstaat derartig weitreichende eigenständige Bedeutung zukommt, dass sie als ungeschriebene Zentralnorm des Grundgesetzes zu charakterisieren ist. Dies wird nach den vorangegangenen Ausführungen zu verneinen sein.

Auch wenn der Transparenz die Einordnung als selbstständiges Verfassungsprinzip verwehrt ist, so ist ihr Gewicht unter dem Grundgesetz dennoch gebührend anzuerkennen. Transparenz bezieht sich dabei stets auf diese verfassungsrechtlichen Ziele, konkretisiert sie und muss folglich mit ihnen notwendig in Verbindung gesetzt werden.⁶⁴¹

Ihre Bedeutsamkeit als ungeschriebenes Verfassungsgebot darf dabei nicht unterschätzt werden: Transparenz ist in diesem Kontext gleichwohl ein unerlässliches Instrument zur Verwirklichung der verfassungsmäßigen Ordnung, wodurch sie ein nicht unerhebliches Maß an Eigenständigkeit als grundgesetzliches Gebot gewinnt. Ohne Transparenz ist Demokratie nicht demokratisch und der Rechtsstaat nicht rechtstaatlich, denn Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit sind unumgängliche Bedingung und Voraussetzung von deren Wirksamkeit.⁶⁴² *Leuthenauer-Schnarrenberger* konstatierte insofern: „*Wenn die Geheimhaltung staatlichen Handelns einst die Regel, deren Publizität die Ausnahme war, so wird in Zukunft die Publizität des staatlichen Handelns die Regel sein. Eine Entwicklung, die unbedingt zu begrüßen ist.*“⁶⁴³

Das bedeutet, dass Transparenz auch überall dort eine Rolle spielen kann, wo Demokratie und Rechtsstaatlichkeit einen Einfluss haben. Der Grad, in dem Transparenz dabei beachtet werden muss, und ob Transparenz zur unmittelbaren Informationsgewinnung vorzuliegen hat oder diese durch Repräsentanten gemittelt werden kann, ist, wie bei jedem Verfassungsgebot, jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, sprich dem jeweiligen Stellenwert transparenten Handelns zu beurteilen.⁶⁴⁴ Es kann aber festgehalten werden, dass die Vermittlung von Transparenz insbesondere dann nicht genügen kann, wenn das Verhältnis zwischen Souverän und Repräsentant selbst berührt wird. Zur Durchschaubarkeit, Nachvollziehbarkeit

⁶⁴⁰ Zur Notwendigkeit in diesem Zusammenhang: *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 188 mwN. Zur Transparenz als Subprinzip des Republikprinzips, s. *Nowrot*, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft, S. 422ff.

⁶⁴¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art 20 Rn 22; *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544 (569).

⁶⁴² *Robbers*, in: Bonner GG, Art. 20 Abs. 1 Rn 633.

⁶⁴³ *Leuthenauer-Schnarrenberger*, Ein paradigmatischer Wandel vom Amtsgeheimnis zum gläsernen Staat?, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung, S. 13.

⁶⁴⁴ Siehe hierzu oben C)II)3)b)c(3).

und vor allem Kontrolle des Repräsentanten bedarf es einer unmittelbaren Informiertheit und damit Transparenz. Das bedeutet aber auch, dass in den Fällen, in denen eine Transparenzmittlung ausreichen muss, der Souverän auf das Vertrauen in den Repräsentanten beschränkt ist, weil der Informationsfluss gerade nicht beim Bürger selbst ankommt, wie dies der repräsentativen Demokratie strukturell immanent ist.⁶⁴⁵

c) *Einfachgesetzliche Umsetzung von Transparenz*

Das zuvor entwickelte Transparenzgebot als Subprinzip von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip bindet die drei Gewalten. Angesichts der Themenstellung dieser Arbeit sollen Transparenzanforderungen nur im Hinblick auf die hier für die im weiteren Verlauf zu untersuchenden Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte relevanten staatlichen Akteure hin geprüft werden. Umsetzung und Betrieb der Projekte unterfallen in erster Linie dem Bereich der Exekutive: Ihre Realisierung erfolgt, dies wird detailliert zu erörtern sein⁶⁴⁶, unter der Gubernative, ihre Zulassungsverfahren verlaufen im administrativen Bereich. Es ist daher an dieser Stelle zu prüfen, welche Anforderungen das Transparenzgebot an die Exekutive stellt.

aa) Informations- und Transparenzpflicht der Administrative?

Anders als für die Parlamentsarbeit und die Judikatur schweigt das Grundgesetz zur Öffentlichkeit der Verwaltungsarbeit,⁶⁴⁷ konkrete Regelungen sind demnach der Legislative überlassen.

Ein Bedarf demokratischer Legitimation in der Verwaltung bedeutet nach dem oben Dargelegten, dass mit der Transparenz staatlichen Handelns auch das Handeln der Verwaltung unter dem Transparenzgebot angesprochen ist. Insbesondere unterliegt auch die Kette der Vermittlung demokratischer Legitimation grundsätzlich dem Transparenzgebot, ihre Nachvollziehbarkeit im Hinblick auf Verantwortungstransparenz ist zugleich ein rechtsstaatliches Erfordernis. In welchem Umfang aber dieser Bereich öffentlichen Handelns dem Transparenzgebot genügen muss, darüber besteht Uneinigkeit.⁶⁴⁸ In denjenigen Bereichen, die nach überwiegender Auffassung zwar der demokratischen Kontrolle durch Justiz und Parlamente bedürfen, die aber dem Bürger gegenüber eine lediglich ausführende administrative

⁶⁴⁵ Siehe dazu im Detail F)II)1)a)bb).

⁶⁴⁶ Vgl. unten jeweils E)IV)1)e); E)IV)2e); E)IV)3)e).

⁶⁴⁷ Insofern trifft das GG aber auch zur grundsätzlichen Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren keine Aussage, so dass eine *e contrario*-Argumentation hier offensichtlich keine Grundlage finden kann.

⁶⁴⁸ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 21ff.

Funktion haben, bestehen Publizität und Transparenz nicht im gleichen Maß wie auf der Ebene von Parlament und Justiz.⁶⁴⁹

bb) Arkanstruktur des deutschen Verwaltungsverständnisses

Anders als auf Ebene der EU, wo die Geheimhaltung als Ausnahmeverbehalt gilt, bedarf im Bereich deutscher Verwaltung bis dato grundsätzlich nicht die Vorenthaltung von Informationen der Rechtfertigung, sondern die Ausnahme der Offenlegung bestimmter Tatsachen und Informationen.⁶⁵⁰ Die Beschränkung der Akteneinsicht auf die Verfolgung der „rechtlichen Interessen“ im Verwaltungsverfahren wird durch die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht noch bestätigt (vgl. § 67 BBG, § 37 BeamtStG). Eine gesetzliche Fixierung dieser Beschränkung der Informationserlangung existiert jedoch nicht.⁶⁵¹ Begründet wird das Vorgehen in erster Linie mit der bewährten Verwaltungspraxis und der Vertraulichkeit der Verwaltung.⁶⁵² Anders als in anderen europäischen Ländern,⁶⁵³ kennzeichnet nach wie vor die Arkantradition das deutsche Verwaltungsvorgehen.⁶⁵⁴ Eine Ausnahme von die-

⁶⁴⁹ *Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: HStR III, § 42 Rn 55ff; *Brohm*, Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR II (2. A.), § 36 Rn 52; *Dreier*, in: ders., GG Bd. 2, Art. 20 (Demokratie) Fn zu Rn 83; a.A. *Voßkuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR II, § 43 Rn 73.

⁶⁵⁰ Vgl. dazu *Wegener*, Der geheime Staat, insb. S. 7ff; *Gröschner*, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 343 (372); dazu auch BT-Drs. 15/4493.

Vgl. zur Rspr: BVerwGE 30, 154 (160f); 61, 15 (22f); 69, 278 (279ff). Zur Auffassung in Lit., vgl. z.B. *Kaufmann*, Grundrechtlicher Anspruch auf Akteneinsicht als Voraussetzung der Demokratie?, in: Bertschi, Demokratie und Freiheit, S. 41 (44); *Trantas*, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, S. 262.

⁶⁵¹ Weder die Verfassung noch die einfachen Gesetze normieren ein solches Geheimhaltungsgebot. Mitunter bestehen eindeutige Geheimhaltungsgebote, z.B. § 30 VwVfG, die jedoch anweisen, insbesondere personen- und geschäftsbezogene Informationen im konkreten Falle nicht preiszugeben. Ein allgemeines Gebot ist aus solchen Regelungen hingegen nicht abzuleiten.

⁶⁵² *Trantas*, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, S. 260ff. In einem seiner Beschlüsse hatte das BVerfG ausgeführt: „Es bedarf keiner näheren Begründung, daß die öffentliche Verwaltung nur dann rechtsstaatlich einwandfrei, zuverlässig und unparteiisch arbeiten kann, wenn sichergestellt ist, daß über die dienstlichen Vorgänge von Seiten der Behördenbediensteten nach außen grundsätzlich Stillschweigen bewahrt wird“ und damit einen Amtsverschwiegenheitsprozess zu lasten der verurteilten Beamten entschieden (BVerfG, Beschl. v. 28.04.1970 – 1 BvR 690/65).

⁶⁵³ Vgl. *Bullinger*, in: Aussprache zu Gröschner/Masing, Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: VVDStRL 63, 447.

⁶⁵⁴ *Düvel*, Das Amtsgeheimnis, S. 16; *Wegener*, Der geheime Staat, S. 3ff, 390ff; *Fluck*, Verwaltungstransparenz durch Informationsfreiheit, in: DVBl 2006, 1406 (1408); *Trantas*, Akteneinsicht und Geheimhaltung, S. 257; *Gröschner*, Transparente Verwaltung in: VVDStRL 63, 347; *Faber*, Privatisierung streng geheim!, in: NVwZ 2003, 1317 (1318).

sem Grundsatz ist nur die ausdrückliche gesetzliche Normierung eines Zugangsanspruchs.⁶⁵⁵ Ein allgemeines einfachgesetzliches administratives Transparenzgebot besteht demnach nicht, ebenso wenig ein umfassender Anspruch auf den Zugang zu Informationen. Während, freilich innerhalb ihres jeweiligen Anwendungsbereichs, Informations- und Transparenzgesetze solche Ansprüche durchaus begründen können, ist damit kein verfassungsrechtlicher Transparenzanspruch im Sinne eines grundsätzlich transparenten Verwaltungsverständnisses betroffen.

Grenzen des legislativen Spielraums sind allein die Grundrechte und die Strukturprinzipien der deutschen Verfassung. Dies gilt für die Verwaltung gleichermaßen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Es mehren sich die Stimmen in der Literatur, die hier Steuerungsbedarf sehen: Eine Geheimverwaltung entspräche demnach nicht der Verwaltung eines republikanischen Staates, so wie eine Geheimjustiz keine rechtstaatliche und ein Geheimparlament kein demokratisches sei.⁶⁵⁶ Vielmehr sei eine transparente, für den Bürger durchsichtige Verwaltung Ausdruck einer gemeineuropäischen Rechtsidee.⁶⁵⁷ Denjenigen Stimmen, die das Demokratieprinzip in seiner Ausprägung als zu unscharf und somit auch die aus diesem entstammenden Transparenz- und Publizitätspflichten gerade auch für die Verwaltung als nicht unmittelbar bindend sehen,⁶⁵⁸ muss entgegen gehalten werden, dass so die Relevanz und verfassungsrechtliche Bedeutung dieses „Leitprinzips“⁶⁵⁹ banalisiert wird.

cc) Wandlung im Informationsverhalten der Administrative

Die sogenannte Informationsgesellschaft benötigt in ihrer Entwicklung ihrem steigenden Informationsbedarf entsprechende Grundlagen.⁶⁶⁰ Dieser Umstand hat ein gewandeltes Informationsverständnis staatlicher und auch administrativer Akteure nach sich gezogen. Zunehmend kennzeichnen dieses Verständnis auch Dialog, Interaktion und Partizipation und lösen ein rein einseitig verkündend-informierendes

⁶⁵⁵ Relativiert wurde dieser Grundsatz, zumindest in gewissen Umfang, im Zuge der Rspr. des BVerwG zur unmittelbaren Ableitung von Informationsansprüchen aus Art. 12 GG, vgl. BVerwGE 118, 270 (271ff).

⁶⁵⁶ Vgl. v. Arnim, Die geheimen Regeln der Macht jenseits der offiziellen Fassade, in: ders., Transparenz contra Geheimhaltung, S. 93 (103f); Häberle, Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat, in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, S. 126ff; Gröschner, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 344 (357); Leutheusser-Schnarrenberger, Ein paradigmatischer Wandel vom Amtsgeheimnis zum gläsernen Staat?, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung, S. 13 (25).

⁶⁵⁷ Gröschner, Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 371.

⁶⁵⁸ Vgl. etwa Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 54; Jestaedt, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, in:

AöR 126, 204.

⁶⁵⁹ Auch „Grundprinzip“, vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 5 Rn 130.

⁶⁶⁰ Vgl. zum Begriff der Informationsgesellschaft: Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft - Einleitende Problemskizze, in: ders./Schmidt-Abmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, S. 9 (10f); Schmidt-Abmann, ebda., S. 405 (406f); BVerfGE 103, 72 (73).

Verständnis der Öffentlichkeitsarbeit ab.⁶⁶¹ Neben Österreich blieb Deutschland lange Zeit Schlusslicht im Hinblick auf voraussetzungslose Zugangsrechte der Bürger zu Verwaltungsdaten.⁶⁶² Es galt der Grundsatz beschränkter Aktenöffentlichkeit.⁶⁶³ Während eine entsprechende Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats hierzu bereits 1979 aufforderte,⁶⁶⁴ hat sich dies auf Bundesebene erst 2006 mit der Einführung eines Informationsfreiheitsgesetzes,⁶⁶⁵ wesentlicher noch mit der Einführung des ersten gliedstaatlichen Transparenzgesetzes 2012, dem Hamburgischen Transparenzgesetz (HmbTG) grundlegend geändert.⁶⁶⁶ Während bspw. das schwedische Verfassungsrecht⁶⁶⁷ sowie das bundesstaatliche Recht in den USA⁶⁶⁸ bereits seit langem eine Öffnung von Informationen aus Verwaltungsverfahren für den Bürger vorsieht, wurden die legislativen Aktivitäten in der Bundesrepublik hinsichtlich einer Öffnung über die klassischen Akteneinsichtsrechte der Beteiligten hinaus, vor allem durch die Transparenzverordnung der EU angestoßen.⁶⁶⁹ Die TransparenzVO betrifft zwar nur EU-Dokumente, war aber richtungsweisend für die diesbezügliche Rechtsetzung in den Mitgliedstaaten.⁶⁷⁰ Die

⁶⁶¹ Vgl. dazu insgesamt: *Bumke*, Publikumsinformation, in: DV 2004, 1ff.

⁶⁶² *Jastrow/Schlatmann*, IFG, B 57ff; *Rossi*, IFG HK, Einl. Rn 16ff.

⁶⁶³ Siehe dazu zB *Caspar*, Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz, in: DÖV 2013, 371; *Engel*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 29 Rn 24; *Kühling*, DVBl 2008, 1098 (1101).

⁶⁶⁴ BT-Drs. 8/2675, S. 20ff.

⁶⁶⁵ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz) vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das durch Art. 2 Abs. 6 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

⁶⁶⁶ Näher dazu unten C)II)3)c)dd).

⁶⁶⁷ Bereits das erste Pressegesetz Schwedens (Tryckfrihetsförordningen) aus dem Jahre 1766 gewährte jeder Person unabhängig von Betroffenheit und Einsichtnahmeziel Zugang zu amtlichen Schriftstücken. Seit 1809 zählt das Gesetz zum materiellen Verfassungsrecht und dient vornehmlich der Öffentlichkeit der Verwaltung. Vgl. dazu: Tryckfrihetsförordning (Svensk författningssamling 1949:105); *Petrén*, Die Aktenöffentlichkeit in Schweden, in: *VerwArch* 1958, 323ff; *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 28f; *Schaar*, Zwischen Öffentlichkeit und Datenschutz, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung, S. 27 (30).

⁶⁶⁸ Besonders bekannt ist z.B. das sog. „Sunshine Law“ in Florida, das inhaltlich am weitreichendsten ist; vgl. *Chance/Locke*, Government-in-the-Sunshine Law Then and Now, in: *FSU Law Journal* 2008, 245. Dessen Titel geht auf den berühmten Ausspruch des ehemaligen Richters am Obersten Gerichtshof der USA *Brandeis* zurück: „*Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial disease. Sunlight is said to be the best disinfectant and electric light the most effective policeman.*“ Die Ursprünge der Informationsfreiheitsgesetze in den USA liegen bereits in den 1960er-Jahren. Sie haben jedoch meist eine Neuinterpretation in den 1990er-Jahren erfahren.

⁶⁶⁹ VO (EG) Nr. 1049/2001 v. 30. 5. 2001.

⁶⁷⁰ BT-Drs. 15/4493, S. 6.

bundesdeutschen Informationsöffnungsbestrebungen sind demnach primär unionsrechtlich motiviert.⁶⁷¹

Informationsfreiheit – „unpräzise verstanden als die Summe aller gesetzlichen Vorschriften, die ein voraussetzungsloses Recht auf Zugang zu Informationen der Verwaltung einräumen – zielt auf Transparenz des Staates, macht sie zum Grundsatz und die Geheimhaltung zur Ausnahme.“⁶⁷² Das vielerorts bestehende Informationsmonopol des Staates stellt die übrigen gesellschaftlichen Akteure vor eine Hürde, die es mit einem prinzipiell voraussetzungslosen Informationszugangsanspruch den entsprechenden staatlichen Stellen gegenüber zu überwinden galt.⁶⁷³ Prinzipiell voraussetzungslos ist dieser insofern, als dass es sich um ein Jedermann-Recht handelt und konkrete Betroffenheit keine Anspruchsvoraussetzung ist. Dennoch bleibt das administrative Informationsverhalten auch mit der Einführung einer Informationsgesetzgebung regelmäßig ein restriktives, da es eine einzelfallabhängige behördliche Entscheidung zur Voraussetzung hat und damit auch negativ ausfallen kann. Gusy vergleicht die Entscheidung insofern mit einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁶⁷⁴ Transparenz kann daher im exekutivischen Kontext in restriktive und proaktive Transparenz kategorisiert werden. Während Erstere die zuvor beschriebenen Vorgänge betrifft, zeichnet proaktive Transparenz diejenigen Sachverhalte ab, in denen der Staat von sich aus Informationen zur Verfügung stellt.

⁶⁷¹ Bullinger, Aussprache zu: Transparente Verwaltung, in: VVDStRL 63, 447; Gusy, Der transparente Staat, in: DVBl 2013, 941; Tetzlaff, Transparenz und Auskunftsrechte auf kommunaler Ebene, in: LKV 2012, 489 (490).

⁶⁷² Rosz, Informationsfreiheit – Anspruch und Wirklichkeit, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung, S. 43.

⁶⁷³ Noch vor dem Bund führte Brandenburg 1998 als erstes Bundesland ein Landes-Informationsfreiheitsgesetz ein, in den Jahren darauf gefolgt von Berlin, Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen (vgl. Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) vom 10.03.1998; Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin vom 15.10.1999; Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Schleswig-Holstein (IFG-SH) vom 09.02.2000; Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (IFG NRW) vom 27.11.2001). Seit 2006 hat nunmehr auch der Bund seine Behörden im Rahmen des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG) verpflichtet und damit einen voraussetzungslosen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen bei Bundesbehörden geschaffen. Der Anspruch ist gerichtet auf behördliche Auskunft oder Akteneinsicht und setzt als Jedermannrecht keine eigene rechtliche oder tatsächliche Betroffenheit voraus (§ 1 IFG). Informationen werden damit auch außerhalb laufender Verwaltungsverfahren gewährt (dazu kritisch: Ibler, Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrecht?, in: FS Brohm, S. 405 (408ff); Jastron/Schlatmann, IFG, Einleitung B Rn 1), wobei § 3 - 6 IFG Ausnahmen vom Informationsrecht zum Schutze konkreter öffentlicher und privater Belange in nicht unerheblichem Maße enthalten. Die bundesrechtliche Ausgestaltung des Informationszugangsrechts wird insgesamt als eher schwach im Vergleich zu diversen Landesregelungen bewertet.⁶⁷³

⁶⁷⁴ Gusy, Der transparente Staat, in: DVBl 2013, 941 (945).

Einfachgesetzliche Regelungen sind vielgestaltig, Verallgemeinerungen daher schwierig.⁶⁷⁵ Generell sollen die Informationsfreiheits- und Transparenzgesetze ihrem Gesetzeszweck entsprechend staatliches Handeln transparenter gestalten und damit vornehmlich der „effektiven Wahrnehmung von Bürgerrechten“ dienen.⁶⁷⁶ Die Öffentlichkeitsarbeit wird insofern durch den Zugangsanspruch zu staatlichen Informationen ergänzt: Während erstere in vorderster Linie das staatliche Publikationsinteresse befriedigt,⁶⁷⁷ bringen weitreichende Auskunftsansprüche insbesondere privaten Informationsbedarf zur Geltung.⁶⁷⁸ Dies zeigt gleichermaßen die Multidimensionalität von öffentlich relevanter Informationsverteilung. In der Gesamtschau von Öffentlichkeitsarbeit und voraussetzungsloser Auskunftserteilung ist eine Kompletierung auf dem Weg hin zu einer breiteren demokratisch gebotenen Transparenz zu sehen.⁶⁷⁹

dd) Einfachgesetzliche Ausgestaltung von Transparenz- und Informationsanspruch

Die Schaffung eines weitreichenden Zugangsanspruchs durch Informationsfreiheitsrechte zeigt das Verständnis des Gesetzgebers, dass jeder Bürger auch ohne den konkreten Nachweis einer Beteiligung i.S.d. Verfahrensgesetze ein begründetes Interesse hat, verwaltungsimmanente Entscheidungsprozesse nachvollziehbar dargelegt und hierzu entsprechende Informationen zur Verfügung gestellt zu bekommen, bzw. Einsicht nehmen zu können. Das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip finden im IFG die Umsetzung einer wesentlichen Forderung: die grundsätzliche Öffentlichkeit und Zugänglichkeit des staatlichen Informationsbestands. Weder aus dem Demokratie- noch aus dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich hingegen ein subjektiver Anspruch herleiten. Zwar fordert das Rechtsstaatsprinzip vielfach die Öffentlichkeit staatlichen Handelns sowie dessen Vorhersehbarkeit und

⁶⁷⁵ Vgl. ebda.

⁶⁷⁶ BT Drs. 15/4493, S. 1, S. 6.

⁶⁷⁷ Gemeint ist die staatliche Aufgabenerfüllung durch Publizität, durch Aufrufe, Mitteilungen, Warnungen und Berichte etwa.

⁶⁷⁸ Vgl. Rossi, IFG, Einl. Rn 25f; Gausy, Informationszugangsfreiheit, in: JZ 2014, 171 (173f.); ders., Der transparente Staat, in: DVBl 2013, 941 (945).

⁶⁷⁹ Zu Statistiken hins. geringer Anspruchsnutzung: Rossi, Informationsfreiheit – Anspruch und Wirklichkeit, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung, S. 43 (44ff.).

Berechenbarkeit, wobei Voraussetzung davon die Information potentiell Betroffener ist.⁶⁸⁰ Ein gesetzlicher Auftrag zur Herstellung der allgemeinen subjektiv-rechtlichen Informationszugangsfreiheit im öffentlichen Sektor lässt sich daraus jedoch nicht ableiten.⁶⁸¹

Landes-Informationsfreiheits- bzw. Transparenzgesetze gibt es bisher in 14 der 16 Länder.⁶⁸² Nur in Bayern und Niedersachsen bestehen solche Gesetze bisher nicht. In Hessen ist 2018 ein IFG in Kraft getreten, das grundsätzlich jedoch nur Landesbehörden zur Information verpflichtet, soweit Kommunen sich nicht per Satzung zur Informationsvermittlung verpflichten.⁶⁸³ Die Interpretation des Informationsanspruchs wird insgesamt sehr unterschiedlich bewertet. Hier war die Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits des Öfteren zur Klarstellung aufgefordert.⁶⁸⁴

Im Stadtstaat Hamburg ist am 06.10.2012 das erste deutsche Transparenzgesetz in Kraft getreten. Das Hamburger Transparenzgesetz regelt nicht mehr nur ein Informationsrecht, das eine vorherige Antragstellung bzgl. bestimmter Informationen voraussetzt, vielmehr beinhaltet es eine allgemeine Veröffentlichungspflicht und stellt damit einen Wandel des Verwaltungsverständnisses von Arkanpolitik und Amtsverschwiegenheit hin zu einer Verwaltungstransparenz und Öffnung zum Bürger dar.⁶⁸⁵ Herzstück der hamburgischen Transparenzgesetzgebung ist ein Register, das sogenannte Transparenzportal,⁶⁸⁶ welches gleichzeitig wesentlichster Unterschied zu den bisher bestehenden Informationsgesetzen ist. Die Verwaltung trifft nunmehr die Pflicht, eine Vielzahl von Dokumenten und Daten kostenfrei online zur Verfügung zu stellen, unabhängig von konkreter Antragstellung und Anspruchsgeltendmachung.⁶⁸⁷ Anstoß von Kontroversen ist insbesondere die Geltung der Veröffentlichungspflicht auch für Verträge derjenigen privatrechtlichen Wirtschaftsunternehmen, an denen die Stadt eine Mehrheitsbeteiligung hält (vgl. § 3

⁶⁸⁰ *Gurlit*, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: DVBl 2003, 1119 (1126); *Wirtz/Brink*, Verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit, in: NVwZ 2015, 1166 (1168).

⁶⁸¹ *Nolte*, Gewährleistung des Zugangs zu Daten der Exekutive, in: NVwZ 2018, 521 (524); *Wirtz/Brink*, Verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit, in: NVwZ 2015, 1166 (1168).

⁶⁸² Dazu im Einzelnen: *Misoch/Schmittmann*, Das Auskunftsverfahren nach dem IFG des Bundes, in: VR 2012, 181 f.

⁶⁸³ LT HE Drs. 19/6328 zu 19/6259 zu 19/5728.

⁶⁸⁴ Vgl. bspw. BVerwG, NVwZ 2011, 1012ff; OVG Berlin-Brandenburg, GE 2007, 1697; OVG Greifswald, NordÖR 2007, 454ff; OVG Münster, Urt. v. 09.02.2012 - Az. 5 A 166/10; OVG Schleswig, NordÖR 2007, 261; VG Frankfurt a.M., NVwZ 2008, 1384.

⁶⁸⁵ Zum administrativen Paradigmenwechsel: *Leutheusser-Schnarrenberger*, Ein paradigmatischer Wandel vom Amtsgeheimnis zum gläsernen Staat?, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung, S. 13ff.

⁶⁸⁶ Vgl. zur Veranschaulichung: Freie und Hansestadt Hamburg, Transparenzportal: <http://transparenz.hamburg.de/>.

⁶⁸⁷ Vgl. *Petri*, Das Hamburgische Transparenzgesetz, in: ZD-Aktuell 2015, 04163.

Abs. 2 Nr. 1 HmbTG).⁶⁸⁸ Neben personenbezogenen Daten bleiben auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich unveröffentlicht bzw. geschwärzt. Während Ansatz für die Ausnahme von der Veröffentlichungspflicht zwar der Grundrechtsschutz (Art. 12, 14 GG) betroffener privater Unternehmen ist, bleibt es dem Landesgesetzgeber gleichfalls unbenommen diesen Schutz einfachgesetzlich auch auf privatrechtliche Unternehmen mit Öffentlichkeitsbeteiligung zu erstrecken. Hintergrund der Volksinitiative⁶⁸⁹ „Transparenz schafft Vertrauen“⁶⁹⁰, die das Gesetz maßgeblich angestoßen hat, waren vor allem auch die Entwicklungen um das Bauprojekt „Elbphilharmonie“, das neben enormen Kostensteigerungen und Zeitverzögerungen, vor allem ob der Undurchschaubarkeit der Vorgänge, bei den Hamburger Bürgern für Unmut sorgte.⁶⁹¹

Der Stadtstaat Bremen hat sein IFG mit einer Gesetzesnovelle 2015 um ein umfangreiches Transparenzportal erweitert, das eine erhebliche Anzahl von Vorschriften, Dokumenten, darunter z.B. auch interne Gutachten und Gesellschaftsverträge, und Daten zur freien Verfügung stellt.⁶⁹² Zum Jahresbeginn 2016 ist zudem ein weiteres Landestransparenzgesetz in Rheinland-Pfalz in Kraft getreten.⁶⁹³ Einen extensiven materiell-rechtlichen Informationsanspruch sehen auch die Informationsgesetzte Schleswig-Holsteins (dort Informationszugangsgesetz, IZG) und Baden-Württembergs vor. Beide Länder machen jedoch formell eine Antragstellung zur Anspruchsvoraussetzung. Auf Antrag bei der zuständigen Stelle hat diese grundsätzlich Zugang zu allen vorhandenen amtlichen Informationen zu gewähren (vgl. § 1 Abs. 2, 3 B-W IFG und § 1 i. V. m § 2 Abs. 3 S-H IZG). Insgesamt ist

⁶⁸⁸ *Maatsch/Schnabel*, HmbTG, § 7 Rn 26.

⁶⁸⁹ Gemäß § 2 des Hamburgischen Volksabstimmungsgesetzes (HmbVAbstG) kann mit der Volksinitiative durch das Volk der Erlass eines Gesetzes oder die Befassung mit einer anderen Vorlage eingeleitet werden.

⁶⁹⁰ Transparency International Deutschland e.V., Mehr Demokratie e.V. und der Chaos Computer Club Hansestadt Hamburg e.V gründeten 2011 die gemeinsame Volksinitiative, deren Ziel der Erlass eines Transparenzgesetzes mittels Volksgesetzgebung war. Vgl. *Maatsch/Schnabel*, HmbTG Kommentar, Einl Rn. 2 m.w.N.

⁶⁹¹ Stadt baut Elbphilharmonie mit Hochtief fertig, in: SZ online v. 01.03.2013: <http://www.sueddeutsche.de/kultur/hamburg-stadt-baut-elbphilharmonie-mit-hochtief-fertig-1.1613050>; *Twickel*, Richtfest der Elbphilharmonie: Gegen Wind und Wirklichkeit, in: Spiegel online vom 28.05.2010: <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/richtfest-der-elbphilharmonie-gegen-wind-und-wirklichkeit-a-697396.html>.

⁶⁹² Freie Hansestadt Bremen, Transparenzportal: www.transparenz.bremen.de. Ein Informationsregister bestand im Stadtstaat bereits seit 2007, mit der Novellierung 2015 wurden aber der Umfang des Zugangs erheblich erweitert, sodass nun eine Großzahl von (Gesellschafts-)Verträgen und anderen bedeutsamer Daten frei verfügbar ist.

⁶⁹³ Vgl. Gesetz- und Verordnungsblatt Rheinland-Pfalz 2015 (Nr. 14), S. 383, vgl. LTranspG v. 27.11.2015 (GVBl. S. 383), BS Rh-Pf 2010-10.

daher insbesondere auf föderaler Ebene ein deutlicher Trend der Abkehr von administrativer Arkantradition, hin zu Informationsoffenlegung und Transparenz exekutiver Maßnahmen und Handlungen zu beobachten. Es bleibt jedoch zu beachten, dass insbesondere die Informations-, aber teilweise auch die Transparenzgesetzgebung weitgehend reaktive Transparenz erzeugt, das heißt sie ist nachfrageorientiert und abhängig von einer administrativen Einzelfallentscheidung.⁶⁹⁴

4) Grenzen der Transparenz

„Niemand kann als Mensch ohne Geheimnis leben.“⁶⁹⁵ Wie im Europarecht,⁶⁹⁶ ist auch im deutschen Recht der Transparenz- bzw. Informationsanspruch ein limitierter. In Rechtsprechung und Literatur finden sich entsprechende Aussagen: Der Staat sei insofern „grundsätzlich öffentlich“⁶⁹⁷, dem Demokratieprinzip eine „Vermutung“⁶⁹⁸ im Hinblick auf die Öffentlichkeit staatlicher Angelegenheiten zu entnehmen und der Demokratie wohne ein „allgemeines Öffentlichkeitsprinzip“⁶⁹⁹ inne. Das Transparenzgebot stößt insofern auf obligatorische Grenzen – namentlich Rechte Dritter sowie die Funktionsfähigkeit des Staates – mit denen es in Einklang gebracht wird und hinter die es gegebenenfalls zurücktreten muss. Hierbei gilt es jedoch stets eine trennscharfe Grenze zu ziehen zwischen Geheimnissen des Einzelnen und Geheimnissen im Zusammenhang mit staatlichen Strukturen. Insbesondere die Grundrechte Dritter beschränken die Informations- und Transparenzpflichten des Staates.

a) Verfassungsimmanente Transparenzgrenzen

Im Rahmen des Individualschutzes erfolgen Einschränkungen durch den Datenschutz sowie die informationelle Selbstbestimmung, für diese Arbeit aber relevanter, insbesondere auch durch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.⁷⁰⁰ Im Europa- bzw. Völkerrecht wird der Schutz aus Art. 8 EMRK Recht auf Achtung des Privat-

⁶⁹⁴ Vgl. v. *Achenbach*, Transparenz statt Öffentlichkeit und demokratische Repräsentation, in: DÖV 2018, 1025 (1034); *Gusy*, Informationsfreiheit-Öffentlichkeitsarbeit-Transparenz, in: JZ 2014, 171 (174).

⁶⁹⁵ *Arndt*, Das Geheimnis im Recht, in: NJW 1960, 2040.

⁶⁹⁶ Vgl. dazu Art 1 Abs. 1 EUV sowie Art. 15 Abs. 3 AEUV; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/ders., Das Recht der Europäischen Union, EUV Art. 1 Rn 41; *Gusy*, Der transparente Staat, in: DVBl 2013, 941.

⁶⁹⁷ *Schoch*, IFG, Einl. Rn 8.

⁶⁹⁸ *Stettner*, Information als Verfassungsgut, in: Merten, FS Knöpfle, S. 351; *Gurlit*, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: DVBl. 2003, 1119 (1125f); *Kugelmann*, Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit, in: DÖV 2005, 851 (855f); *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 206.

⁶⁹⁹ BVerfGE 70, 324 (358); 103, 44 (63).

⁷⁰⁰ Zum Terminus sehr ausführlich: *Schoch*, IFG, § 6 Rn 69ff.

und Familienlebens abgeleitet und findet Anerkennung als allgemeiner Grundsatz.⁷⁰¹ Sämtliche auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge werden als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verstanden, sofern sie nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind,⁷⁰² und der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse an deren Nichtverbreitung hat.⁷⁰³ Durch die Geschäftsgeheimnisrichtlinie (2016)⁷⁰⁴ und das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG, 2019), die einen zivilrechtlichen Anwendungsbereich haben, wurde der Begriff nunmehr legal definiert.⁷⁰⁵ Während Betriebsgeheimnisse in erster Linie technisches Wissen im weitesten Sinne umfassen, betreffen Geschäftsgeheimnisse im Wesentlichen kaufmännisches Wissen.⁷⁰⁶ Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schützt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt.⁷⁰⁷ Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt,

⁷⁰¹ Hierzu geht aus der EGMR-Rspr. hervor, dass der Begriff „Privatleben“ nicht dahin ausgelegt werden darf, dass die beruflichen und geschäftlichen Tätigkeiten natürlicher und juristischer Personen hiervon ausgeschlossen sind (vgl. EuGH, NZBau 2008, 403 (406); EGMR, Urteile „Niemietz/Deutschland“ vom 16.12.1992, Serie A Nr. 251-B, § 29; „Société Colas Est u.a./Frankreich“ vom 16.04.2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-III, § 41; „Peck/Vereinigtes Königreich“ vom 28.01.2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-I, § 57; EuGH, Slg. 1986, 1965 = RIW 1987, 314 Rn 28 – „AKZO Chemie/Kommission“, und EuGH, Slg. 1994, I-1911 Rn 37 = EuZW 1994, 631 L – „SEP/Kommission“).

⁷⁰² EuGH, NZBau 2008, 403 (406).

⁷⁰³ Vgl. zur Definition insgesamt: BVerfGE 115, 205 (230 f.); BVerwG, NVwZ 2011, 1012 (1014).

⁷⁰⁴ EU-RL 2016/943 v. 08.06.2016.

⁷⁰⁵ Siehe nun auch § 2 Nr. 1 GeschGehG. Darin wird der Begriff abweichend zu der hier dargestellten Definition des BVerfG und BVerwG definiert (oben Fn 703). Da diese Abweichung für die hierige Untersuchung keine Relevanz hat, kann von einer eingehenderen Gegenüberstellung abgesehen werden. Vgl. dazu *Goldhammer*, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, in: NVwZ 2017, 1809ff. Allgemein zu RL und GeschGehG: *Dann/Markgraf*: Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, in: NJW 2019, 1774ff.

⁷⁰⁶ BVerfG, NVwZ 2006, 1041 (1042). Zu so gearteten Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Kalkulationsunterlagen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können. Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); *Grünwald*, in: *Obermayer/Funke-Kaiser*, VwVfG, § 30 Rn 23; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 30 Rn 9a; *Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 30 Rn 13.

⁷⁰⁷ BVerfGE 32, 311 (317); BVerfGE 105, 252 (265ff); BVerfGE 106, 275 (298f.); BVerfG, NJW 2005, 1917 (1919). Vgl. zur Anwendung des Art. 12 GG auf juristische Personen des Privatrecht nach Art. 19 III GG: BVerfGE 21, 207 (208 f.); *Schulz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rn 106; *Meesen*, Ausländische juristische Personen als Träger von Grundrechten, in: JZ 1970, 602 (603 f).

die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Die Berufsfreiheit sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.⁷⁰⁸

Streitanfällig ist vor allem die Festlegung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses. Hierfür ist der subjektive Geheimhaltungswille des Geheimnisinhabers nicht ausreichend, vielmehr muss die Möglichkeit einer nachteiligen Beeinflussung der Wettbewerbsposition des Unternehmens hinzukommen.⁷⁰⁹ Nach überwiegender Auffassung sind die vorgenannten Maßstäbe – zumindest im Rahmen der Informationsfreiheits-, bzw. Transparenzgesetze – auch auf öffentliche Träger übertragbar, sofern diese wirtschaftlich tätig sind.⁷¹⁰ Demnach gilt jedenfalls das Informationszugangsrecht auch für diejenigen Behördeninformationen, die sich auf fiskalische und privatrechtliche Tätigkeiten beziehen.⁷¹¹ Auf einen Grundrechtsschutz können sich diese privatrechtlich organisierten Gesellschaften aber nach überwiegender Auffassung zumindest dann nicht berufen, wenn die öffentliche Hand beherrschenden Einfluss hat.⁷¹² Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung müssen in einer demokratischen Gesellschaft die Unternehmensinteressen eines staatlich gehaltenen (privatrechtlich organisierten) Unternehmens dann hinter Informationsrechte zurücktreten, wenn das Informationsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.⁷¹³

Auch besondere Geheimhaltungsinteressen des Staates können die Offenlegung und Transparenz bestimmter Vorgänge begrenzen. Geheimhaltung ist hierbei zum Schutze besonderer öffentlicher Belange zu wahren, insbesondere zum Wohl des Bundes, bzw. eines Landes.⁷¹⁴ Auch behördliche Entscheidungsprozesse finden Schutz vor Offenlegung,⁷¹⁵ wobei hierunter nicht lediglich Verwaltungsverfahren,

⁷⁰⁸ BVerfGE 105, 252 (265).

⁷⁰⁹ BVerwGE 135, 34 (44); NVwZ 2009, 1114 (1116).

⁷¹⁰ *Schoch*, IFG, § 6 Rn 80 mwN; *Jastrow/Schlatmann*, IFG, C § 6 Rn 51. Vgl. auch EGMR 28274/08: *Heinisch ./.* Deutschland - Verletzung von Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung), Kündigung nach Whistleblowing; Die Beschwerdeführerin war Altenpflegerin in einer Pflegeeinrichtung, deren Trägerin die Stadt Berlin ist. Der Gerichtshof war dabei der Auffassung, dass das Interesse der Allgemeinheit, über Defizite bei der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen informiert zu werden, in einer demokratischen Gesellschaft so wichtig sei, dass es das Interesse am Schutz des geschäftlichen Rufs und der Interessen dieses Unternehmens überwiegt.

⁷¹¹ BVerwG, DVBl 2006, 182 (183f).

⁷¹² BVerfG NVwZ 2009, 1282.

⁷¹³ Vgl. dazu z.B. *Heinisch ./.* Bundesrepublik Deutschland, Fn 710. Für das Bundes-IFG werden im Rahmen des § 1 Abs. 1 S. 2 IFG auch solche Private zu Anspruchsverpflichteten, denen sich eine Behörde (des Bundes) zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedient (vgl. dazu *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 187; *ders.*, IFG, § 1 Rn 70ff; *Säsen*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, S. 136f; vgl. zu einem höchstrichterlich entschiedenen Gesetz zum Informationsanspruch aus § 4 Abs. 1 Nds. PresseG: BGH NJW 2005, 1720.

⁷¹⁴ Vgl. z.B. BVerfG NVwZ 2014, 1652; Vgl. zudem umfassend: *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 125ff; *Schoch*, IFG, § 3 Rn 11ff.

⁷¹⁵ Einfachgesetzlich z.B.: § 4 IFG-Bund.

sondern „Verfahren jeglicher Art“ fallen sollen.⁷¹⁶ Für die ordnungsgemäße Erfüllung der Verwaltungsaufgaben sind die internen Verwaltungsabläufe daher grundsätzlich geschützt.⁷¹⁷

b) Limitierter Anspruch unter IFG und TG

Die Limitiertheit der Ansprüche unter den Informationsfreiheits- und Transparenzgesetzen ist einfachgesetzlicher Ausdruck dieser verfassungsrechtlichen Grenzen. Ob der oben dargestellten einfachgesetzlichen Ausformung wird ein Informations- oder Offenlegungsinteresse zumeist hinter grundrechtlich geschützte Individualrechte (insb. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie die von der Berufsfreiheit und den Eigentumsschutz durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zurücktreten müssen. Mitunter gilt jedoch das sogenannte Trennungsprinzip: Danach kann eine Veröffentlichungspflicht im Hinblick auf abtrennbare Informationen bestehen, die nicht geeignet sind, berechnete private Belange zu verletzen.⁷¹⁸ Diese Vorgehensweise scheint den verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Anforderungen sowie dem Gesetzeszweck am ehesten zu entsprechen. Während sie im Grundsatz stets die Erfüllung des demokratie- und transparenzorientierten Informationsanspruchs fordert, stellt sie doch auch sicher, dass berechnete Geheimhaltungsinteressen gewahrt bleiben, ohne die Informationsgewährung insgesamt zu vereiteln. Gleichzeitig ist diese Vorgehensweise geeignet, einen Ausgleich der Interessen aller Beteiligten zu schaffen. Ein absoluter Schutz privater Geheimnisse hingegen, wie er teilweise praktiziert wird, dürfte fehl gehen und trägt die Gefahr in sich, zur möglichen Aushöhlung der im Rahmen von Demokratieprinzip und Transparenzgebot auch verfassungsrechtlich relevanten einfachgesetzlichen Errungenschaften zu führen.

c) Abwägungserfordernis

Stets bleibt zu bedenken, dass Transparenzgrenzen im Endeffekt auch Demokratie- und mitunter Rechtsstaatsbegrenzungen sind, denn Transparenz ist wie oben aufgezeigt kein lediglich isoliert stehendes theoretisches Gebilde, dessen Umsetzung im Ermessen öffentlicher Stellen liegt. Vielmehr ist sie als eigenständiges verfassungsrechtliches Gebot essentieller Bestandteil des Demokratieprinzips und gerade

⁷¹⁶ Schoch, IFG, § 4 Rn 1, 5.

⁷¹⁷ BT-Drs. 15/4493, S. 12.

⁷¹⁸ Vgl. § 8 HmbTG; Jauch, Das Hamburgische Transparenzgesetz, in: DVBl 2013, 16 (20).

im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit staatlichen (Eingriffs-)Handelns auch rechtsstaatlich von besonderer Relevanz.⁷¹⁹ Daher gilt es die sich gegenüberstehenden, konfligierenden Güter gegeneinander abzuwägen und in einen verfassungsrechtlich angemessenen Ausgleich zu bringen. Im Hinblick auf die Bedeutung der Informationen ist im Einzelfall ein geeignetes Verhältnis zu finden: Gerade im Zusammenhang mit den im parlamentarischen Regierungssystem angelegten Informationsrechten kann im Interesse einer effektiven parlamentarischen Kontrolle⁷²⁰ eine Abwägung nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz erforderlich werden, um sicherzustellen, dass die sich gegenüberstehenden Verfassungsgüter zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.⁷²¹

Auch wenn das Transparenzgebot nicht explizit im Grundgesetz erwähnt wird, muss der sich aus dem Demokratieprinzip ergebende Transparenz- und Publizitätsanspruch bei einer verfassungsrechtlichen Abwägung dennoch berücksichtigt werden.⁷²² Die Verfassungsprinzipien bzw. -gebote sind nicht immer konturenscharf,⁷²³ was aufgrund ihrer Funktion als generelle Leitgedanken auch nicht möglich ist.⁷²⁴ Gleichzeitig ist zudem festzustellen, dass sich die Grundprinzipien der Verfassung, hier das Demokratieprinzip, im Sinne eines evolutionären Systems⁷²⁵ weiterentwickeln und auf aktuelle Gegebenheiten anpassen, ohne dabei ihren Kerngehalt zu verlieren. Diese Fähigkeit zur Entwicklung und die damit einhergehende Unschärfe der Verfassungsprinzipien führt hingegen nicht dazu, dass deren Missachtung, mangels in jeder Hinsicht fest umrissener Gebote und Grenzen, folgenlos bleiben würde. Eine solche Schlussfolgerung entspräche einer faktischen Bedeutungslosigkeit dieser Grundprinzipien und zöge zugleich die Grundwerte, im Zweifel auf denen die Bundesrepublik in ihrer heutigen Verfasstheit fußt. Nur die Erkenntnis, dass sämtliches dem Demokratieprinzip unterliegende staatliche Tun ohne die

⁷¹⁹ Gurlit, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: DVBl 2003, 1119 (1126); Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 321. Kritisch: Giesen, Grundrecht auf Informationszugang? Anmerkung zu einem basisdemokratischen Teilhaberecht in einer grenzenlosen Informationsgesellschaft, in: DuD 1997, 588 (589ff).

⁷²⁰ Schneider, Das parlamentarische System, in: HB VerFR, § 13 Rn 91ff.

⁷²¹ Dazu eingehend Hölscheidt, Frage und Antwort im Parlament, S. 41ff, der anhand der Parlamentspraxis veranschaulicht. Vgl. auch Raap, Grundrechtsschutz bei der Information des Parlaments durch die BReg, in: NJW 1997, 508 (509).

⁷²² Vgl. dazu Voßkuhle, Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR III, § 43 Rn 73; Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte, in: NJW 1977, 545 (549); Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, S. 171ff m.w.N.; a.A. Kloepfer, HStR III, § 42 Rn 55ff. Das BVerfG führte hingegen im Jahre 1998 aus, dass Vorgänge zwar auf einen wünschenswerten Transparenzgehalt hin überprüft werden können, sein Nichtvorliegen aber im Ergebnis keine rechtlich verbindlichen Auswirkungen hat, vgl. BVerfGE 97, 350 (368f).

⁷²³ Siehe auch C)I), C)II)3)b)dd).

⁷²⁴ Vgl. bspw. Müller-Terpitz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 80 Rn 180ff.

⁷²⁵ BVerfGE 5, 85 (196ff, 206f); Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, S. 176ff.

Durchschaubarkeit des staatlichen Handelns gleichzeitig unkontrollierbar und damit undemokratisch ist, wird dem Demokratiegehalt des Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG gerecht.⁷²⁶

Insofern ist dem Demokratieprinzip mit seinem Transparenzgehalt durchaus ein konkretisierbarer Gestaltungsauftrag zu entnehmen: Nur eine möglichst weitgehende Publizität und Durchschaubarkeit staatlicher Entscheidungsvorgänge und Informationen kann im modernen Staat den Anforderungen des Demokratieprinzips gerecht werden.⁷²⁷ In diesem Gebilde findet folglich eine generelle Regelgeheimhaltung auch in der Exekutive keine Grundlage. In diesen Kontext gehört das Verständnis, dass der Staat kein Selbstzweck ist, sondern seine zentrale Funktion in der Erzeugung eines verbindlichen Gemeinwillens liegt. Das Transparenzgebot stellt dementsprechend an das Informationsverhalten durch den Staat hohe Anforderungen, die eine weitestgehende Kontrollierbarkeit staatlicher Handlungen verlangen und die es nicht rechtfertigen, diese regelmäßig hinter andere, wenn auch verfassungsrechtlich geschützte Güter, zurücktreten zu lassen. Dem Anspruch des Grundgesetzes an die Informiertheit der Allgemeinheit muss insofern, gerade in der Abwägung mit Individualinteressen, entsprechende Bedeutung zugemessen werden.

Sofern Angelegenheiten in Verbindung mit Ansprüchen aus einem einfachgesetzlichen Informationsfreiheits- oder Transparenzgesetz betroffen sind, stehen diese einfachgesetzlichen Regelungen häufig konfligierender, verfassungsrechtlich verbürgten Rechten gegenüber, so dass sich im Zweifelsfall regelmäßig die Geheimhaltung durchsetzt. Dies zeigt sich einmal mehr in der absoluten Wirkung der Ausschlussstatbestände im Bundes-IFG sowie diversen Landes-IFGen. Insofern hat auch das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen eines landesrechtlich begründeten Informationsgesuchs⁷²⁸ in der Vergangenheit entschieden, dass das insbesondere auf unternehmerischen Interessen basierende Geheimhaltungsinteresse sowohl der öffentlichen Hand, als auch den mit ihr paktierenden Privaten, durchaus hinter das Offenlegungsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten kann, sofern die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betroffen ist und dabei zudem öffentliche Gelder in nicht unerheblichem Umfang eingesetzt werden.⁷²⁹ Auf landesrechtlicher Ebene verleiht

⁷²⁶ Vgl. zur Kontrolle staatlichen Handelns: *Meyn*, Kontrolle als Verfassungsprinzip, S. 183ff; *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, S. 38ff.

⁷²⁷ *Engelbert/Kutscha*, Staatliche Öffentlichkeitsarbeit und Demokratieprinzip, in: NJW 1993, 1233 (1236); *Vofskuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR III, § 43 Rn 73; *Rubbert*, Saal- und Medienöffentlichkeit mündlicher Verhandlungen zwischen Verwaltung und Bürger, S. 188; a. A. *Martens*, Öffentlichkeit als Rechtsbegriff, S. 60, 64.

⁷²⁸ Betroffen war in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall das IFG-NRW.

⁷²⁹ BVerwG, Beschl. v. 08.02.2011 - 20 F 14/10.

die teilweise vorgenommene Implementierung eines Trennungsprinzips⁷³⁰ dem Transparenzgehalt von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip angemessene Wirkkraft und ermöglicht dem Grunde nach einen verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen. Allein dieser Ausgleich kann dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und der Informationsfreiheit auf der einen und dem Schutz betroffener Individualinteressen auf der anderen Seite in angemessener Weise gerecht werden.⁷³¹

5) Fazit zur Transparenz im Grundgesetz

Nach alledem sind den vorangegangenen Ausführungen zur Transparenz unter der Verfassung die folgenden wesentlichen Kernaussagen zu entnehmen.

Transparenz leitet sich insbesondere aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip her und ist sowohl als deren Subprinzip als auch eigenständiges Verfassungsgebot zu qualifizieren. Transparenz hat einen wichtigen Bedeutungsgehalt unter dem Grundgesetz. Das Grundgesetz enthält insoweit eine Grundentscheidung für limitierte Transparenz, d.h. sie wird nicht unbegrenzt gewährleistet und findet ihre Grenzen vor allem in den Grundrechten, insbesondere im informationellen Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie im Rahmen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die durch Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG geschützt werden. Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für limitierte Transparenz bedeutet gleichzeitig, dass der transparente Staat kein gläserner ist⁷³², wie teilweise verlangt.⁷³³

Das Transparenzgebot hat seinen Niederschlag einfachgesetzlich im Rahmen der Informationsfreiheitsgesetze von Bund und der überwiegenden Zahl der Länder sowie der vereinzelt existierenden Transparenzgesetze gefunden. Dabei werden auch die unterschiedlichen Qualitäten von Transparenz im rechtlichen Rahmen deutlich: Gerade im Zusammenhang mit staatlicher Öffentlichkeitsarbeit erfolgt sie aktiv, Informationen werden ungefragt bereitgestellt. Im Zusammenhang mit den IFGs erfolgt sie hingegen reaktiv, antrags- und interessensbedingt.

⁷³⁰ Siehe oben C)II)4)b), S. 99.

⁷³¹ *Hassmer*, Über Transparenz, in: Durner/Peine/Shirvani, FS Papier zum 70. Geburtstag, S. 237 (249).

⁷³² Vgl. auch *Gusy*, Der transparente Staat, in: DVBl 2013, 941 (948) mwN.

⁷³³ Vgl. z.B. die Forderung nach einem gläsernen Staat der NGO *abgeordnetenwatch*: Interview zum Welttag gegen Internetzensur: Vorwärts zum gläsernen Staat mit *abgeordnetenwatch.de* in: SZ v. 12.03.2013, S. 6; Gläserner Staat statt gläserner Bürger, in: Spiegel v. 23.01.2002: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/gegen-den-trend-glaeserner-staat-statt-glaeserner-buerger-a-178422.html>.

Transparenz wird unter dem Grundgesetz nicht ausnahmslos gewährt und stellt kein grundrechtsgleiches Recht dar. Insofern lässt sich auch ein subjektiver Transparenzanspruch nach zutreffender überwiegender Meinung ohne weitere einfachgesetzliche Konkretisierung nicht unmittelbar aus dem GG ableiten.⁷³⁴

Transparenz besteht auf verschiedenen Ebenen des Staates. Auf der Ebene zwischen Staat und Bürger steht die Informationsbeziehung von Wahlvolk und Legitimationsobjekt im Mittelpunkt mit dem wesentlichen Ziel der öffentlichen Meinungsbildung. Eine zweite Ebene betrifft das Transparenzverhältnis von Staat und Repräsentanten, bei dem die Zurverfügungstellung derjenigen Informationen im Mittelpunkt steht, welche die Abgeordneten für die Ausübung ihres Mandats denknotwendig bedürfen. Dies betrifft gerade auch solche Auskünfte, die der breiten Öffentlichkeit gerade nicht zugänglich sind. Vergleichbar mit der Legitimationsmittlung im Sinne der Legitimationskettentheorie, besteht auch hier die Möglichkeit der Transparenzmittlung der volksgewählten Repräsentanten für ihre Wähler.

⁷³⁴ *Gusy*, in: GVwR II, § 23 Rn 21; *Kloepfer*, in: HBStR III, § 42 Rn 56; *Pieroth*, Die planende Verwaltung zwischen Geheimhaltung und Öffentlichkeit, in: JuS 1981, 625 (628); *Trusch*, Grenzen einer Kommerzialisierung von Informationen des öffentlichen Sektors, 79; *Wegener*, Der geheime Staat, S. 478.

D) Legitimationsbedürfnis und Transparenzanforderungen an Projektrealisierungen

Nachdem die generellen Grundlagen von Großprojekten, öffentlichen Kooperationen und der relevanten demokratie- und transparenzrechtlichen Gesichtspunkte dargelegt wurden, werden im Folgenden die Anforderungen an Projektrealisierungen unter dem Demokratieprinzip und Transparenzgebot untersucht. Dazu sind zunächst Überlegungen zu formell privatisierten öffentlichen Unternehmen anzustellen (I). Sodann werden diejenigen organisatorisch-personellen und sachlich-inhaltlichen legitimatorischen Anforderungen darzulegen sein, die das Demokratieprinzip bei einer so umgesetzten Projektrealisierung stellt (II). Schließlich werden die Ansprüche erörtert, die das Transparenzgebot in diesem Kontext erhebt (III), bevor anhand der Überlegungen dann nach einer kurzen Beschreibung von allgemeinen Defizitkategorien E)III) unter E)IV) eine Untersuchung konkreter Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte erfolgt.

I) Vorüberlegungen für öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform

Dass sich öffentliche Träger für ihre Tätigkeiten grundsätzlich privater Rechtsformen bedienen dürfen, wurde oben bereits erörtert.⁷³⁵ Bevor im Anschluss speziell die Anforderungen von Demokratieprinzip und Transparenzgebot an Großprojektrealisierungen untersucht werden, muss vorab skizziert werden welche allgemeinen (1) und konkreten (4) Vorgaben das öffentliche Recht grundsätzlich bereithält und welche Möglichkeiten gesellschaftsrechtlich bestehen (2). Hierzu sind auch die Strukturmerkmale darzustellen, welche die privaten Rechtsformen kennzeichnen (3).

1) Öffentlich-rechtliche Vorgaben

Das Gesellschaftsrecht bietet für wirtschaftliche Betätigung diverse Rechtsformen. Der Verwaltung bleiben dabei einige jedoch als Handlungsform verwehrt: Das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder erlaubt eine Beteiligung nur an denjenigen Gesellschaften, in denen die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der öffentlichen Körperschaft begrenzt sind und ein „angemessener Einfluss“ – insbesondere über den Aufsichtsrat – auf die Gesellschaft ausgeübt werden kann (vgl. z.B. § 65 BHO).⁷³⁶ Für das kommunale Wirtschaftsrecht bestehen entsprechende landesrechtliche Vorgaben.⁷³⁷

Darüber hinaus darf auch eine demokratische Legitimation der Akteure weder in organisatorisch-personeller noch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht in privatrechtlichen Gesellschaften der öffentlichen Hand fehlen. Im Folgenden sollen die gängigen Gesellschaftsformen daher auf ihre Eignung für die im Kontext dieser Arbeit relevanten Tätigkeiten hin untersucht werden.

2) Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten

Zur Verfügung stehen diejenigen Gesellschaftsformen, die eine Haftungsbeschränkung ihrer Gesellschafter vorsehen. Beteiligungen sind daher in der Aktiengesellschaft (AG), der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), als Kommanditistin der Kommanditgesellschaft (KG) und insofern auch in der GmbH & Co. KG sowie der KG auf Aktien (KGaA) und an einer stillen Gesellschaft möglich.⁷³⁸

⁷³⁵ Siehe oben B)II)3)a)bb).

⁷³⁶ Für die Länder regeln die LHOen dasselbe, vgl. dazu z.B.: § 65 Abs. 3 BW LHO; § 65 Abs. 4 BlnLHO; § 65 Abs. 4 HmbLHO; § 65 Abs. 5 S. 1 NdsLHO.

⁷³⁷ § § 136 ff NKomVG, § § 107 ff GO NRW, Art. 86 ff Bay. GO, § § 102 ff GO BW, § § 121 ff Hess. GO, § § 71 ff ThürKO, § § 85 ff GO Rh.-Pf., § § 108 ff KSVG, § § 95 ff SächsGO, § § 100 ff BdgKVerf, § § 68 ff KV M-V, § § 116 ff GO LSA, § § 101 ff GO SH.

⁷³⁸ Dazu insbes. *Loeser*, System des Verwaltungsrechts Bd. 2, § 10 Rn 145f; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 173.

In der Praxis stellen GmbH und AG die am häufigsten gewählten Rechtsformen dar. Neben diesen beiden Gesellschaftsformen ist für die nachfolgenden Darstellungen nur die GmbH & Co. KG relevant, so dass die Beschreibung der wesentlichen Strukturmerkmale auf diese drei Gesellschaftsformen begrenzt werden soll. Die Vorschriften, an denen sich die private Gesellschaft messen lassen muss, sind dabei zuvorderst die des Gesellschaftsrechts. Sonderrechte, wie sie für öffentlich-rechtliche Rechtsformen bestehen, sind für private Gesellschaften grundsätzlich nicht vorgesehen.

3) Kapitalgesellschaftliche Strukturmerkmale

Als Kapitalgesellschaften sind die AG und die GmbH auf Dauer angelegte Personenvereinigungen mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ § 1 Abs. 1 S. 1 AktG, 13 Abs. 1 GmbHG), für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§ § 1 Abs. 1 S. 2 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG), die auf einen selbstgesetzten Zweck abzielen und die große Kapitalbewegungen ermöglichen. Insbesondere die Möglichkeit der erleichterten Beschaffung erheblicher Kapitalbeträge am Kapitalmarkt macht die AG (a) zu einer geeigneten Gesellschaftsform für kostenintensive Großprojekte. Die GmbH (b) wird ob ihrer weitreichenden Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrages sehr häufig verwendet und bietet sich zudem in Konzernstrukturen als Tochtergesellschaft an. Steuerrechtliche Vorzüge machen auch die GmbH & Co. KG (c) zu einer häufig genutzten Rechtsform öffentlicher Aufgabenrealisierung.

Nach einer kurzen Darlegung der Grundlagen und Organisation der genannten Gesellschaftsformen werden ein wesentlicher Steuerungsmechanismus, namentlich die Zwecksetzung der Gesellschaft (d) sowie die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten (e) zu erörtern sein.

a) Grundlagen und Organisation der AG

Die AG ist gemäß § 1 Abs. 1 AktG eine von ihrem Mitgliederbestand unabhängige juristische Person, deren Gesellschafter (Aktionäre) mit Einlagen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind.⁷³⁹ Die AG hat eine klare und rechtlich wenig flexible Struktur und Organisation. Charakteristisch ist die Trennung der Unternehmensführung in Vorstand und Aufsichtsrat, drittes Organ daneben ist die Hauptversammlung.

Die Hauptversammlung ist das beschließende (Eigentümer-)Organ und besteht aus allen Aktionären (§ § 118ff. AktG). Die Zuständigkeit der Hauptversammlung

⁷³⁹ Fock, in: Spindler/Stilz, AktG, § 1 Rn 12; Hüffer/Koch, AktG, § 1 Rn 13.

ist begrenzt auf die sogenannten Grundlagengeschäfte, diejenigen Maßnahmen also, die von so weitreichender Bedeutung für die Gesellschaft sind, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Gesamtheit der Aktionäre darüber befinden soll.⁷⁴⁰

Leitungsorgan ist der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG, der sich in der Regel aus mehreren Personen zusammensetzt. Es gelten dann grundsätzlich gemäß §§ 77, 78 Abs. 2 AktG Gesamtgeschäftsführung und -vertretung.⁷⁴¹ Wesentliches Charakteristikum des Vorstandes ist dessen Weisungsfreiheit, wobei er aber in der grundsätzlichen Ausrichtung seiner Arbeit durch den Aufsichtsrat kontrolliert wird (§ 111 Abs. 1 AktG). Als Pendant zu den Informationsrechten des Aufsichtsrats, gelten für den Vorstand gemäß § 90 AktG Berichtspflichten, darunter z.B. im Hinblick auf den Gang der Geschäfte und grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (§ 90 Abs. 1 Nr. 3, bzw. Nr. 1 AktG).

Als Kontrollorgan sieht das Aktienrecht den Aufsichtsrat (auch „AR“) vor, der die Vorstandsmitglieder bestellt und entlässt, deren Tätigkeit überwacht (vgl. § 111 Abs. 1, 84 Abs. 1 AktG) und die AG dem Vorstand gegenüber vertritt. Aufsichtsrat und Vorstand sind zumindest theoretisch gleichberechtigte Organe,⁷⁴² tatsächlich ergeben sich hingegen oft Subordinationstendenzen des einen über das andere Organ.⁷⁴³ Obwohl es zunächst so erscheint, als ob der Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat abhängig sei, muss doch auch beachtet werden, dass der Vorstand faktisch regelmäßig sowohl ressourcenmäßig als auch im Hinblick auf den Informationsstand, gerade aufgrund seiner fortlaufenden Befassung mit der Unternehmenspolitik, gegenüber dem Aufsichtsrat im Vorteil ist.⁷⁴⁴ Die Überwachung erstreckt sich auf sämtliche zur Leitung der Gesellschaft gehörenden Aufgaben,⁷⁴⁵ begrenzt jedoch auf Leitungs- und Führungsentscheidungen.⁷⁴⁶ Darüber hinaus

⁷⁴⁰ Zentrale Norm für die Zuständigkeiten der Hauptversammlung ist § 119 Abs. 1 AktG. Danach beschließt die Hauptversammlung u. a. über die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, die Entlassung von Vorstand und Aufsichtsrat, die Verwendung des Bilanzgewinns, die Bestellung des Abschlussprüfers sowie über Maßnahmen, die unmittelbaren Einfluss auf Existenz bzw. vertragliche Grundstrukturen der AG haben (sog. Strukturmaßnahmen), wie etwa die Auflösung der AG oder Satzungsänderungen einschließlich der Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals. Vgl. zu Grundlagengeschäften und Ausnahmen der Holz Müller-Doktrin: *Bachmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 278 Rn 64 ff.

⁷⁴¹ Dies wird jedoch i.d.R. satzungsmäßig anders geregelt. Vgl. *K. Schmidt*, GesellschaftsR, S. 813.

⁷⁴² *Habersack*, in: MüKo AktG, § 111 Rn 13; *Spindler*, in: ders./Stilz, AktG, § 111 Rn 3; *Spindler*, in: MüKo AktG, Vorb. zu § 76ff Rn 42.

⁷⁴³ *Spindler*, in: MüKo AktG, Vorb. zu § 76ff Rn 42.

⁷⁴⁴ *Spindler*, in: ders./Stilz, AktG, § 111 Rn 3.

⁷⁴⁵ Dies schließt solche Vorstandstätigkeiten aus, die dieser auf Grundlage seiner außerhalb der Geschäftsführung liegenden Kompetenzen gegenüber anderen Organen trifft (bspw. Einberufung einer Hauptversammlung oder Aufsichtsratssitzung (§ 121 Abs. 2, 110 AktG), vgl. *Hoffmann-Becking*, in: MüHB GesellschR Bd. 4, § 29 Rn 22.

⁷⁴⁶ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 111 Rn 29; *Mertens*, in: Kölner Komm AktG Bd. 2,2, § 111 Rn 12; *Hüffer/Koch*, AktG, § 111 Rn 3.

verfügt der Aufsichtsrat mittlerweile im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe auch über (begrenzte) Zustimmungs- und Beratungsrechte.⁷⁴⁷ Den Vorstand trifft dabei die Pflicht, eine Beratung auch zuzulassen, bei der Befolgung der Ratschläge steht ihm jedoch ein weiter Ermessensspielraum zu.⁷⁴⁸ Die Mitglieder dieses Gremiums werden in der Regel von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit gewählt (§ 101 Abs. 1, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG), sofern „*sie nicht in den Aufsichtsrat zu entsenden oder als Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz [...] zu wählen sind.*“⁷⁴⁹ § 101 Abs. 2 AktG lässt daher die Aufnahme spezieller Entsendungsrechte in die Satzung zu und ermöglicht damit bestimmten Aktionären – z.B. dem öffentlich-rechtlichen – einen erhöhten Einfluss auf die Aufsichtsratszusammensetzung. Es gilt jedoch die Begrenzung des Abs. 2 S. 4, wonach dafür eine Höchstgrenze von einem Drittel des Aufsichtsrats festgelegt ist. Weitere Vorgaben für die Besetzung des Aufsichtsrats enthalten § 96 Abs. 1, 101 Abs. 1 AktG in Verbindung mit den jeweiligen Mitbestimmungsgesetzen: Danach sind die meisten Aufsichtsräte mit einer bestimmten Mindestquote von Arbeitnehmervertretern zu besetzen, in der Regel ab mehr als 500 Arbeitnehmern mit einem Drittel (§ 1 DrittelG) und ab mehr als 2000 Arbeitnehmern mit der Hälfte (§ 1 MitbestG).⁷⁵⁰

Für die Erfüllung seiner Aufgaben stehen dem Aufsichtsrat weitreichende Informationsrechte zu. Dazu gewährt das Aktienrecht ihm ein umfassendes Recht auf Auskunft und Einsicht in die „Bücher und Schriften der Gesellschaft“ sowie auf Prüfung der Vermögensgegenstände (§ 111 Abs. 2 AktG).⁷⁵¹ Im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit treffen das Aufsichtsratsmitglied zugleich Sorgfaltspflichten. § 116 AktG legt insofern entsprechend gleiche Maßstäbe wie an die Mitglieder des Vorstands an (§ 93 AktG). Daher macht sich ein Aufsichtsratsmitglied bei nicht ordnungsgemäßer Ausführung seiner Aufgaben der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig (§ 116, 93 Abs. 2 AktG). Für Aufsichtsratsitzungen gilt der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit, vgl. § 109 Abs. 1, 116 AktG.⁷⁵²

⁷⁴⁷ BGHZ 114, 125ff; Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn 33ff.; Hoffmann-Becking, in: MüHB GesellschR Bd. 4, § 29 Rn 32

⁷⁴⁸ Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 76 Rn 59 mwN.

⁷⁴⁹ § 101 Abs. 1 AktG.

⁷⁵⁰ Habersack, in: MüKo AktG, § 96 Rn 5ff.

⁷⁵¹ Parallelvorschrift für die GmbH ist § 52 Abs. 1 GmbHG.

⁷⁵² Vgl. Hüffer/Koch, AktG, § 109 Rn 4; Spindler, Kommunale Mandatsträger in Aufsichtsräten, in: ZIP 2011, 689 (691); Wilhelm, Öffentlichkeit und Haftung bei Aufsichtsräten in einer kommunalen GmbH, in: DB 2009, 944.

Über § 116 AktG gelten die Bestimmungen des § 93 Abs. 1 S. 3 AktG – die Verschwiegenheitspflichten des Vorstands im Hinblick auf Geschäft- und Betriebsgeheimnisse – entsprechend für die Aufsichtsratsmitglieder.

Grundsätzlich ist die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrats gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Kontrollorgan: Zum einen haben die Geschäftsführer eine umfassende Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat in Bezug auf alle für das Unternehmen bedeutsamen Fragen. Gleichzeitig hat der Aufsichtsrat zum anderen auf eine rechtzeitige und ordnungsmäßige Berichterstattung durch die Geschäftsführung hinzuwirken, kann von dieser aber auch jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Nicht selten weicht die tatsächliche Gestaltung der Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft von der gesetzlichen Ordnung erheblich ab.⁷⁵³ Das zeigt sich bereits bei der Aufteilung der Leitungs- und Kontrollfunktion auf Vorstand und Aufsichtsrat: Während die Trennung beider Aufgabenbereiche zwar zwingende Vorschrift ist, bleibt ein etwaiger Verstoß ohne Rechtsfolge. So sind beispielsweise mächtige Aufsichtsräte, die in die Geschäftsführungskompetenz des Vorstands „hineinregieren“ und teilweise über bessere Informationen verfügen, in der Praxis daher weder eine Seltenheit, noch müssen sie hierfür konkrete rechtliche Konsequenzen fürchten.⁷⁵⁴

b) Grundlagen und Organisation der GmbH

Eine GmbH hat zwingend zwei Organe: die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung. Gemäß § 52 GmbHG kann ein Aufsichtsrat für die GmbH fakultativ eingerichtet werden, für ihn gelten dann im Wesentlichen die oben zur AG aufgeführten Angaben.⁷⁵⁵ Eine Alternative dazu ist die Bildung eines Beirats. Der Gesellschaftsvertrag bietet insofern weiten Spielraum für individuelle Regelungen den Aufsichts- oder Beirat betreffend.⁷⁵⁶

Anders als bei den aktienrechtlichen Vorgaben, ist der Gesellschaftsvertrag der GmbH für individuelle Kompetenzregelungen bzgl. der Gesellschaftsorgane offen. Oberstes und beschließendes Organ der GmbH ist die in den §§ 45ff. GmbHG geregelte Gesellschafterversammlung. In ihr und durch sie erfolgt die Willensbildung der Anteilseigner.⁷⁵⁷ Angesichts der im Vergleich zur AG personalistischeren Struktur der GmbH gehen die Befugnisse der Gesellschafterversammlung grundsätzlich weiter als die der Hauptversammlung bei der AG. Zudem können der Ge-

⁷⁵³ Vgl. dazu umfassend schon: *Huppert*, Recht und Wirklichkeit der Aktiengesellschaft, S. 11 ff.

⁷⁵⁴ Vgl. *Spindler*, in: MüKo AktG, Vorb. zu § 76ff Rn 42, 73ff., 79ff.

⁷⁵⁵ Außerhalb des GmbHG gibt es diverse Vorschriften, die auch die GmbH zur Bildung eines Aufsichtsrats verpflichten. Hierzu gehören insbes. verschiedene Mitbestimmungsgesetze sowie das Investmentgesetz. Über § 52 GmbHG werden in diesen Fällen verschiedene Normen des AktG anwendbar. Vgl. dazu oben die Ausführungen zur AG.

⁷⁵⁶ Vgl. *Spindler*, in: MüKo GmbHG, § 52 Rn 714ff.

⁷⁵⁷ *Schindler*, in: Ziemons/Jaeger, GmbHG § 48 Rn. 3; *Huffer/Schürnbrand*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, § 48 Rn 1.

sellschaferversammlung im Rahmen des Gesellschaftsvertrags weitere Geschäftsführungskompetenzen eingeräumt werden (§ § 45, 46ff. GmbHG). Unabhängig von der Regelung der Zuständigkeiten im Gesellschaftsvertrag, sind die Gesellschafter darüber hinaus ohnehin befugt, dem Geschäftsführer auch in den Geschäftsbereichen bindende Weisungen zu erteilen, die nicht der Kompetenz der Gesellschafter unterfallen (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Hierin liegt, wie oben bereits angeführt, ein zentraler Unterschied zwischen GmbH und AG.

c) Grundlagen und Organisation der GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist eine in der Praxis häufig auftretende mitgliedschaftliche Verbindung von Personen- und Kapitalgesellschaft.⁷⁵⁸ Sie ist eine Kommanditgesellschaft, bei der eine GmbH regelmäßig einzige Komplementärin ist.⁷⁵⁹ Die weitreichende Vertragsfreiheit im Innenverhältnis der KG und die im Vergleich zur AG große Gestaltungsfreiheit bei der GmbH ergänzen sich und bieten einen flexiblen Spielraum für die Ausgestaltung der Rechtsbeziehung, sodass diese Gesellschaftsform vielseitig verwendbar ist.⁷⁶⁰ Gleichwohl liegt es in dieser Typenvermischung begründet, dass die GmbH & Co. KG keine eigene Rechtsform ist.⁷⁶¹

Durch die Tatsache, dass im Rahmen der GmbH die persönliche Haftung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wird wiederum die Haftung der gemäß § § 161 Abs. 1, Abs. 2, 128 HGB unbeschränkt haftenden Komplementärin stark begrenzt.⁷⁶² Hierdurch wird zugleich das (Investitions-)Risiko beschränkt und es werden flexiblere Finanzierungsmöglichkeiten eröffnet. Zudem bieten sich die steuerrechtlichen Vorzüge der Personengesellschaften (Vermeidung von Körperschaft- und Kapitalertragsteuern, Freibeträge bei der Gewerbesteuer und deren Anrechnung auf individuelle Einkommensteuersätze, etc.), worin die Popularität dieser Gesellschaftsform ganz hauptsächlich angelegt ist.⁷⁶³

Als Sonderform der Kommanditgesellschaft ist die GmbH & Co. KG trotz ihres körperschaftlichen Einschlags eine Personengesellschaft, die jedoch Dritt- oder

⁷⁵⁸ Zur Typenvermischung im Gesellschaftsrecht: *Liebscher*, in: MüKo GmbHG, § 45 Rn 28; *Arnold*, in: MüKo AktG, § 207 Rn 35f.

⁷⁵⁹ *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 37 Rn 1; *Berner*, in: MüKo GmbHG, § 60 Rn 294.

⁷⁶⁰ *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/ders., HB GmbH & Co. KG, § 2 Rn 5.

⁷⁶¹ *K. Schmidt*, GesellschaftsR, § 56 I 2.

⁷⁶² *Wackerbarth*, in: Eisenhardt, Gesellschaftsrecht I, § 37 Rn 824.

⁷⁶³ Vgl. zu den steuerrechtlichen Kriterien: *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, §1 Rn 22, § 16 ff.; *Grob*, Das Steuerrecht als unerwünschte Quelle des Gesellschaftsrechts, in: BB 1984, 304; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/ders., HB GmbH & Co. KG, § 2 Rn 35ff.

Fremdorganschaft erlaubt.⁷⁶⁴ Die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung der Kommanditistin sowie die Option der Personen- und Beteiligungsidentität in der Komplementär-GmbH setzen die Haftungsvorgaben von § 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO/LHO wirksam um.⁷⁶⁵

Während die GmbH im Hinblick auf Kapitalerbringung und -erhaltung streng reglementiert ist, bietet die GmbH & Co. KG weitgehenden Gestaltungsspielraum und damit größere, „nahezu unbeschränkte“⁷⁶⁶ Flexibilität.⁷⁶⁷

Gewichtiger Unterschied zur GmbH ist die Einflussnahmebeschränkung der Gesellschafter auf die Geschäftsführung der KG: Die Kommanditisten haben hier keinen unmittelbaren Einfluss, vielmehr sind sie nach § 164 S. 1 Hs. 1 HGB explizit von ihr ausgeschlossen und haben bis auf Ausnahmen nicht einmal ein Widerspruchsrecht gegen das Handeln der Komplementärin (Hs. 2). Etwas anderes gilt jedoch, sofern es sich um eine personen- und beteiligungsidentische GmbH & Co. KG handelt, das heißt die Kommanditisten zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind.⁷⁶⁸ In diesen Fällen verfügen sie über dieselben Einflussnahmemöglichkeiten wie bei der GmbH. Dies ist gerade im Hinblick auf das einflussstarke Weisungsrecht im GmbH-Recht von ausschlaggebender Bedeutung.

d) Steuerung der Gesellschaft durch den Gesellschaftszweck

Der Gesellschaftszweck ist für die Tätigkeit der Gesellschaft von besonderer Bedeutung. Die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks ist die Basis der Zusammenarbeit jeder Gesellschaft und deren wesentliches Charakteristikum. Während der Unternehmensgegenstand (§ § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG; 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) den Tätigkeitsrahmen des gesellschaftlichen Zusammenschlusses umreißt, definiert der Gesellschaftszweck den Sinn der Gesellschaft.⁷⁶⁹ Neben der konstituierenden Wirkung der Zwecksetzung hat er auch einen handlungsdefinierenden und -begrenzenden Effekt.⁷⁷⁰ Er ist verbindlicher Maßstab für die Ausübung der Organtätigkeiten

⁷⁶⁴ D.h. Gesellschafter oder andere Personen können als Geschäftsführern bestellt werden. Zur Organschaft s. K. Schmidt, GesellschaftsR, § 14 II 2; Scholz-Schneider, GmbHG § 6 Rn 15; Baumbach, in: ders./Hueck, GmbHG, § 6 Rn 8.

⁷⁶⁵ Vgl. Backhaus, Unternehmen, S. 198ff; Becker, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, S. 92.

⁷⁶⁶ Mueller-Thums, in: Hesselmann/Tillmann/ders., HB GmbH & Co. KG, § 2 Rn 12.

⁷⁶⁷ Blaum, in: Westermann, HB der Personengesellschaften, I Rn 3171ff; Hartmann, in: Bundesnotarkammer, 23. Deutscher Notartag Frankfurt, S. 63; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 37 Rn 3, 7.

⁷⁶⁸ Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, § 1 Rn 3; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 37 Rn 10.

⁷⁶⁹ Statt vieler: Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn 70ff (76).

⁷⁷⁰ Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, in: ZGR 1996, 544 (551f); Ulmer/Löbbe, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 1 Rn 4ff.

und der Mitgliedschaftsrechte.⁷⁷¹ Die Umsetzung dieses Zwecks gilt gerade in der Kapitalgesellschaft als höchste Handlungsmaxime für Tätigkeiten in deren Zusammenhang: Durch die rechtliche Trennung von den Gesellschaftern und die einhergehende Verselbstständigung besitzt die Gesellschaft ein eigenes, über die Belange der Gesellschafter hinausgehendes und von ihnen grundsätzlich unabhängiges Interesse.⁷⁷² Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand begrenzen damit den Aktionsradius der Geschäftsführung, wodurch schon qua Satzung Einfluss und Kontrolle der Gesellschafter prädeterniert werden.⁷⁷³ Insofern sind das Gesellschaftsinteresse und die Gesellschafterinteressen streng voneinander zu trennen⁷⁷⁴ und häufig mitnichten äquivalent. Dementsprechend ist der dem Gesellschaftsinteresse dienende Gesellschaftszweck eine übergeordnete Kategorie, die es den Gesellschaftern verbietet, die Gesellschaft im individuellen Interesse zu instrumentalisieren.⁷⁷⁵ Folgerichtig ist nach überwiegender Auffassung eine Änderung des Gesellschaftszweckes bei Kapitalgesellschaften unter analoger Anwendung des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB nur mit Zustimmung aller Gesellschafter zulässig.⁷⁷⁶

Dort, wo der Gesellschaftszweck keinen Eingang in die Gesellschaftssatzung gefunden hat, wird überwiegend ein auf Gewinnerzielung gerichteter Gesellschaftszweck als indiziert angesehen.⁷⁷⁷ Dies wird abgeleitet aus §§ 58 Abs. 4, 90 Abs. 1 Nr. 2 AktG, die das Interesse der Aktionäre an der Kapitalmehrung zugrunde legen,⁷⁷⁸ wobei ganz generell die Vorrangigkeit der Gesellschafterinteressen mehr denn je auch international kontrovers betrachtet wird.⁷⁷⁹ Zu diesem Ergebnis ge-

⁷⁷¹ K. Schmidt, GesellschaftsR, S. 65; Windbichler, Gesellschaftsrecht, S. 239ff.

⁷⁷² Vgl. K. Schmidt, GesellschaftsR, S. 61ff; Ulmer/Löbbe, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 1 Rn 8ff.

⁷⁷³ Engelland, Die Einflußnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, S. 28f.

⁷⁷⁴ Ebda, S. 45f.

⁷⁷⁵ Allein im Konzernrecht bestehen hier Ausnahmen, vgl. Heise, Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 141.

⁷⁷⁶ K. Schmidt, GesellschaftsR, S. 65; Pentz, in: MüKo AktG Bd. 1, § 23 Rn 22.

⁷⁷⁷ Im Wesentlichen so: Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, S. 63ff.; Semler, Leitung und Überwachung der AG, Rn 34; Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, in: ZGR 1996, 544 (552).

⁷⁷⁸ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/2, S. 324f; Wiedemann, Grundlagen der Unternehmensverfassung, in: ZGR 1975, 385 (425); Scholz/Emmerich, GmbHG, § 1 Rn 2ff; Habersack, PPP, in: ZGR 1996, 544 (550).

⁷⁷⁹ Siehe dazu für einen internationalen Überblick: Dignam, The Future of Shareholder Democracy in the Shadow of the Financial Crisis', Seattle University Law Review 36, S. 639ff.

langt man ebenfalls, geht man von dem Grundsatz aus, dass der Unternehmensgegenstand im Zweifel den Gesellschaftszweck festlegt.⁷⁸⁰ Für Wirtschaftsunternehmen bedeutet das im Ergebnis die grundsätzliche Festlegung auf Gewinnmaximierung als Gesellschaftszweck. Dies steht im Gegensatz zu der generellen Verpflichtung öffentlichen Handelns dem Gemeinwohl zu dienen.

e) Treuepflichten in der Gesellschaft

Aktionäre und Gesellschafter sind auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags im Rahmen umfangreicher Treue-, Loyalitäts- und Verhaltenspflichten nicht nur der Gesellschaft, sondern auch sich untereinander verpflichtet.⁷⁸¹ Inhalt dieser Pflichten sind die Förderung des Gesellschaftszwecks, aber vor allem auch das Unterlassen von Handlungen, die ihm widersprechen und das damit verbundene sogenannte Schädigungsverbot.⁷⁸² Die möglichen Folgen einer Treuepflichtverletzung sind erheblich: Sie können sowohl Schadensersatzansprüche der Gesellschaft als auch die Anfechtbarkeit treuwidriger Gesellschafterbeschlüsse nach sich ziehen. Während Gesellschafter bei Abstimmungen grundsätzlich frei sind, kann sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, dass eine Zustimmung zu einer Maßnahme geboten ist. Anerkannt ist insofern die Begrenzung der freien Stimmrechtsausübung durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht.⁷⁸³

4) Gestaltungsdirektiven privatrechtlicher Gesellschaften in öffentlicher Trägerschaft

Privatrechtlich ausgestaltete Gesellschaften in öffentlicher Trägerschaft oder mit überwiegender öffentlicher Beteiligung agieren im Spannungsfeld von gesellschaftsrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Zielvorgaben, namentlich insbesondere von Wirtschaftlichkeitsgebot und Gemeinwohlverantwortung. Für die so geformten Gesellschaften ist es geboten, zur Wahrung der legitimatorischen Anforderungen und der öffentlichen Gemeinwohlorientierung die Gestaltungsmöglichkeiten, die das Gesellschaftsrecht bietet, voll auszuschöpfen. Das gesellschaftsrechtliche Instrumentarium bietet insofern zur Wahrung der öffentlich-rechtlich determinierten Interessen verschiedenartige Möglichkeiten, die im Folgenden dargelegt werden.

⁷⁸⁰ RGZ 164, 129 (140); *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, § 1 Rn 9; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, § 1 Rn 3; *Hueck*, in: Baumbach/ders, GmbHG, § 1 Rn 5.

⁷⁸¹ BGHZ 65, 15 (18f); 103, 184 (194f); *Schiessl/Böhm*, in: MüHB GesellschR Bd. 3, § 32 Rn 3 (18); *Eisenhardt/Wackerbarth*, Gesellschaftsrecht I, § 30 Rn 555.

⁷⁸² *Servatius*, in: Beck OK GmbHG, Konzernrecht, Rn 527f.

⁷⁸³ *Schindler*, in: Beck OK GmbHG, § 45 Rn 21; i.E. auch *Mann*, in: ders./Püttner, HKWP, § 46 Rn 27ff.

a) Einwirkung durch die Zwecksetzung der Gesellschaft

Wie bereits zuvor aufgezeigt, kann im Gesellschaftsvertrag durch die Konkretisierung des Gesellschaftszwecks die Ausrichtung der Gesellschaft eindeutig bestimmt und gesteuert werden. Indem also z.B. eine Gemeinwohlorientierung als Gesellschaftszweck oder ein anderer öffentlicher Zweck in den Vertrag implementiert wird, können auch die öffentlich-rechtlichen Vorgaben mit denen des Gesellschaftsrechts in Einklang gebracht werden.⁷⁸⁴ Auch etwaige Weisungs- und Entsendungsrechte der öffentlichen Hand können dieses Erfordernis nicht substituieren, denn auch sie sind stets in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftszweck auszuüben. Handeln also einzelne Gesellschafter der Zweckbestimmung zuwider, löst die regelmäßig eine Schadenersatzpflicht aus.⁷⁸⁵ Zudem sind zweckwidrige Gesellschafterbeschlüsse anfechtbar.⁷⁸⁶ Der Präzisierung des Gesellschaftszwecks kommt folglich besonderes Gewicht zu.⁷⁸⁷

b) Einwirkung durch öffentliche Träger in der Anteilseignerversammlung und den Kollegialorganen der Gesellschaften

Wesentliches Lenkungsmittel der öffentlichen Träger sind deren Vertreter in den Organen der privaten Gesellschaft. Die Haushaltsordnungen von Bund und Ländern schreiben für die Gründung von privaten Gesellschaften einen „angemessenen Einfluss“ des öffentlichen Trägers vor.⁷⁸⁸ Da hierbei keine konkreten Vorgaben gemacht werden, gilt ein am Einzelfall orientierter Maßstab. Dies muss im Hinblick auf den Umfang der Beteiligung erfolgen.⁷⁸⁹ Diejenigen Möglichkeiten, die aufgrund einer Lenkung der Organe zur Verfügung stehen, müssen auch genutzt und umgesetzt werden: Die Wahrnehmung der Einwirkungsmöglichkeiten hat über die Gesellschafterversammlung der GmbH (§ 48 GmbHG) und die Hauptversammlung der AG (§§ 118ff AktG) zu erfolgen.

Bei reinen Eigengesellschaften in der Rechtsform der GmbH ist die Ausrichtung der Gesellschaft entsprechend dem öffentlichen Zweck im Rahmen der sehr bestimmenden Gesellschafterversammlung (s.o.) gut umsetzbar. Das GmbH-Recht

⁷⁸⁴ Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, in: ZGR 1996, 544 (552); Hommelhoff/Schmidt-Aßmann, Die DB AG als Wirtschaftsunternehmen, in: ZHR 160, 521 (535f).

⁷⁸⁵ Stephan/Tieves, in: MüKo GmbHG, § 37 Rn 148f.

⁷⁸⁶ BGHZ 76, 357.

⁷⁸⁷ Hierzu weiterführend Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, in: ZGR 1996, 544 (553): Auf Ausführungen in diesem Zusammenhang wird hier verzichtet, da gemischtwirtschaftliche Unternehmen und PPPs im Folgenden keine Relevanz haben. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen sind solche, in denen Private mit Hoheitsträgern in einem Unternehmen zusammenwirken.

⁷⁸⁸ Vgl. 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO/LHO.

⁷⁸⁹ Piduch/Dreßler, BHO, § 65 Rn 10; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 166.

sichert der Gesellschafterversammlung zudem umfassende Einsichts- und Auskunftsrechte (§ 51a GmbHG) zu. Außerdem lässt sich die Stimmrechtsmacht der öffentlichen Hand über die weitreichenden Gesellschafterrechte, vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG, beeinflussen. Es besteht weiterhin die Möglichkeit für konkrete erhebliche Entscheidungen, so z.B. Satzungsänderungen, bereits im Gesellschaftsvertrag die zwingende explizite Zustimmung des öffentlichen Gesellschafters festzulegen.

Nicht ganz so unproblematisch stellen sich die Einwirkungsmöglichkeiten der Hauptversammlung bei Eigengesellschaften in Form der AG dar. Zwar wird das Stimmrecht nach Aktiennennbeträgen ausgeübt (§ 134 Abs. 1 S. 1 AktG) – für die Eigengesellschaft, anders als für die Publikums-AG entsprechend problemlos handhabbar – jedoch wird der Einfluss der Hauptversammlung auf den Vorstand über § 76 Abs. 1 AktG begrenzt (Rückausnahme: § 119 Abs. 2 AktG). Darüber hinaus wird auch seine Bestellung durch § 84 Abs. 1 AktG reglementiert: Nicht die Hauptversammlung, sondern der Aufsichtsrat bestellt das Leitungsorgan. Einzig im Fall von „grundlegenden Entscheidungen“, die „so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse eingreifen, daß der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe sie in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen“⁷⁹⁰ trifft den Vorstand ganz ausnahmsweise die Pflicht, eine Entscheidung der Hauptversammlung i. S. v. § 119 Abs. 2 AktG herbeizuführen. Regelmäßig bleibt damit auch für die öffentliche Hand als Alleinaktionärin eine lediglich mittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Vorstandstätigkeit im Rahmen der sogenannten Vetobefugnis des Aufsichtsrats aus § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

e) Einwirkung auf Geschäftsführung oder Vorstand

Die Einflussnahme auf die Geschäftsführung der GmbH ist ob ihrer Weisungsabhängigkeit relativ unproblematisch.⁷⁹¹

Der eigenverantwortliche Ermessensspielraum des Vorstands der AG hingegen verwehrt eine solche Einflussnahme, vgl. § 76 Abs. 1 AktG. Einflussnahme auf den Vorstand lässt sich daher zuvorderst durch den Aufsichtsrat im Rahmen von Wieder- oder Abwahl ausdrücken (§ 84 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 AktG), wobei eine Abwahl das Vorliegen eines der in § 84 Abs. 3 S. 2 AktG aufgezählten wichtigen Gründe voraussetzt, da ansonsten die Geschäftsführungsautonomie des Vorstands aus § 76 Abs. 1 AktG gefährdet würde.

⁷⁹⁰ BGHZ, NJW 1982, 1703 (1707).

⁷⁹¹ Vgl. oben D)I)3)b).

d) Kontrolle über den Aufsichts- oder Beirat

Für die GmbH besteht wie aufgeführt die Option der Implementierung eines Aufsichtsrats im Sinne des § 52 Abs. 1 GmbHG: Dieser unterliegt in der Ausgestaltung dem konkreten Gesellschaftsvertrag, nur für den Fall fehlender individueller Regelungen wird in § 52 Abs. 1 GmbHG auf die aktienrechtlichen Vorschriften verwiesen. Teilweise wird dies von den jeweils für die Trägerschaft geltenden Gesetzen explizit vorgeschrieben.⁷⁹² Öffentliche Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH verfügen regelmäßig über einen Aufsichtsrat zur Einhaltung der Ingerenzpflichten.⁷⁹³ Gleichzeitig ist die Festsetzung einer Regelung, die vom Prinzip der Weisungsungebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder (§ 52 GmbHG i.V.m. § 116, 93 Abs. 1 S. 3 AktG) abweicht, im GmbH-Recht aufgrund des gesellschaftsvertraglichen Spielraums möglich.

Als Teil des Kontroll- und Überwachungsorgans sind die Mitglieder des AG-Aufsichtsrats zugunsten der AG allein deren Interesse verpflichtet.⁷⁹⁴ Dies gilt gleichermaßen für die vom öffentlichen Träger entsandten Mitglieder, Sonderrechte bestehen hier nicht.⁷⁹⁵

Insbesondere die Wahrnehmung der öffentlichen Ingerenzpflichten durch Einflussnahme auf die Mitglieder des Aufsichtsrats ist aktienrechtlich äußerst brisant. Deren Verpflichtung, ihr Tun ausschließlich nach dem Interesse der Gesellschaft auszurichten, verbietet ein gebundenes Mandat und kollidiert mit der staatlichen Pflicht zur Ingerenz.⁷⁹⁶ Dies lässt sich auch nicht dadurch umgehen, dass Bedienstete oder Zugehörige der öffentlichen Aktionärin in den Aufsichtsrat entsandt werden, da das Aufsichtsratsmandat stets weisungsunabhängig bleiben muss, interne

⁷⁹² Vgl. z.B. § 103 I Nr. 3 GO BW; Art. 92 I Nr. 2 BayGO; § 97 II BbgKVerf; § 61 II BremLV; § 69 I Nr. 3 KV M-V; § 137 I Nr. 6 NKommVG; § 108 IV Nr. 2 GO NRW; § 87 I Nr. 3 GemO RP; § 110 I Nr. 3 KSVG SL; § 96 I Nr. 3 SächsGO; § 129 I Nr. 3 KVG LSA; § 102 II Nr. 3 GO SH; § 73 I Nr. 2 ThürKO.

⁷⁹³ Ingerenzpflichten leiten sich zuvorderst aus der Anwendung des Demokratieprinzips ab. Daraus folgt, dass die Gebietskörperschaften zur Steuerung und Kontrolle ihrer privatrechtlich ausgestalteten Beteiligungsgesellschaften verpflichtet ist. Vgl. BVerfG NVwZ 2018, 51; BVerwG NJW 2011, 3735 mwN. Viele Kommunal- und Landesverfassungen sehen entsprechende Regelungen für die Festigung der Einwirkungsmöglichkeit des öffentlichen Eigners über Entsendungsrechte vor, vgl. z.B. § 138 III 1 NKomVG.

⁷⁹⁴ BVerfGE 50, 290 (374); BGHZ 36, 296 (306); 90, 381 (398); *Schmidt*, GesellschaftsR, § 28 III 3b); *Hüffer/Koch*, AktG, § 101 Rn 12.

⁷⁹⁵ *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 204f. Im Hinblick auf einen etwaigen Vorrang einzelner Gesetze stehen sich jedoch jeweils die Befürworter der These vom Vorrang des Gesellschaftsrechts und der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht gegenüber, wobei erstere nicht zuletzt aufgrund der Normenhierarchie und der Inkonsistenz der zweiten Lehre vorzugswürdig ist (dazu ausführlich: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 205, 269ff mwN).

⁷⁹⁶ *Mann*, Kapitalgesellschaften, in: ders./Püttner, HKWP Bd. 2, § 46 Rn 33.

dienstliche Beziehungen zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aktionären dürfen diesen Grundsatz nicht beeinflussen. Gleichzeitig unterliegt das Mandat der in § 93 Abs. 1 AktG niedergelegten Verschwiegenheitspflicht. Diese umfasst „vertrauliche Angaben und Geheimnisse“, wobei dies weit auszulegen ist: Umfasst ist jede „relativ unbekannte Tatsache“, deren Weitergabe einen Schaden der Gesellschaft herbeiführen würde.⁷⁹⁷ Umfasst sind sowohl materielle als auch immaterielle Schäden.⁷⁹⁸ Neben Vermögenseinbußen ist daher auch bereits eine Ansehensminderung der Gesellschaft dann als kausaler Schaden zu bewerten, wenn er auf den Geheimnisverrat rückführbar ist. Das Beratungsgeheimnis muss daher stets gewahrt bleiben, um freie Meinungsbildung und -äußerung im Interesse und zur Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zu sichern, was sich unstreitig auch auf das Abstimmungsverhalten erstreckt.⁷⁹⁹

Durch die gesellschaftsvertragliche Verankerung von Zustimmungsvorbehalten im Sinne des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG kann es sich der öffentliche Träger vorbehalten, Einfluss auf bedeutende Gegenstände der Unternehmensführung zu nehmen.⁸⁰⁰ Welcher Art die Geschäfte sind, ist unerheblich, solange sie bedeutsam sind.⁸⁰¹ Diese Zustimmungsvorbehalte sind zwar reines Innenrecht, Zuwiderhandlungen des Vorstandes können jedoch eine Schadensersatzpflicht auslösen.⁸⁰² Einflussnahme und vor allem Kontrolle können zudem im Rahmen von Berichtspflichten als Minimal- und Mindestkontrollmöglichkeit erreicht werden. Das Gesellschaftsrecht trägt diesem Mindestkontrollbedürfnis insbesondere durch § 394 AktG Rechnung. Die Norm, die im Sinne des öffentlichen Interesses eine effektive Beteiligungsverwaltung gewährleisten soll,⁸⁰³ entbindet den von der Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandten Vertreter von seiner ansonsten geltenden strikten Verschwiegenheitspflicht. Voraussetzung ist jedoch, dass das Aufsichtsratsmitglied – unmittelbar oder mittelbar über eine weitere Beteiligungsgesellschaft – auf Veranlassung der Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt wurde.⁸⁰⁴ Der Umfang dieses Informationsprivilegs ist allerdings stark begrenzt. So bleiben nach § 394 Abs. 1 S. 2 AktG diejenigen Informationen, die für die Berichterstattung nicht von Bedeutung sind, der Verschwiegenheitspflicht unterworfen,⁸⁰⁵ ob hierbei ein Ermessensspielraum des Aufsichtsratsmitglieds besteht, wird nicht einheitlich

⁷⁹⁷ Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn 30ff.; Spindler, in: MüKo AktG, § 93 Rn 133ff.

⁷⁹⁸ BGH NJW 1975, 1412ff.; a.A. Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn 47.

⁷⁹⁹ BGH NJW 1975, 1412ff.; Ulmer/Habersack, MitbestG, § 25 Rn 106; Schwintowski, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, in: NJW 1990, 1009 (1012).

⁸⁰⁰ Spindler, in: ders./Stilz, AktG, § 111 Rn 64ff zu möglichen Inhalten dieser Vorbehalte.

⁸⁰¹ Breuer/Fraune, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 111 AktG Rn 24ff.

⁸⁰² Spindler, in: ders./Stilz, AktG, § 111 Rn 75.

⁸⁰³ Müller-Michaels, in: Hölters, AktG, § 394 Rn 1; Schürmbrand, in: MüKo AktG, § 394 Rn 2.

⁸⁰⁴ Schall, in: Spindler/Stilz, AktG § 394 Rn 6ff.

⁸⁰⁵ Hüffer/Koch, AktG, § 394 Rn 1; Schall, in: Spindler/Stilz, AktG § 394 Rn 12.

beantwortet.⁸⁰⁶ Der Preisgabe von Gesellschaftsgeheimnissen wird zudem durch § 395 AktG vorgebeugt: Die mit der Verwaltung der Beteiligung einer Körperschaft betrauten Personen sind zur Verschwiegenheit über die im Rahmen von § 394 AktG erlangten Kenntnisse verpflichtet.⁸⁰⁷

Die Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht des § 394 AktG sagt hingegen noch nichts über den Berichtsadressaten. Dieser ist vom Aktienrecht nicht festgelegt und wird sich regelmäßig aus den für die Gebietskörperschaft geltenden Regelungen ergeben.

e) Berichtspflichten

Hinsichtlich der Informationsflüsse innerhalb der Gesellschaft und zwischen ihr und dem Gesellschafter nehmen Berichtspflichten eine prominente Rolle ein. Diese bestehen sowohl in der AG als auch der GmbH.

Während der Vorstand dem Aufsichtsrat in der AG über die laufenden Geschäfte zu berichten hat (§ 90 AktG), muss der Aufsichtsrat bei der GmbH selbst an die Geschäftsführung herantreten, um die benötigten Informationen zu erhalten.⁸⁰⁸ Eine Berichtspflicht der Geschäftsführung an den Aufsichtsrat über wesentliche Entwicklungen der Gesellschaft besteht allerdings auch bei der GmbH.⁸⁰⁹ In öffentlichen Unternehmen verlangen diverse gesetzliche Vorgaben Einflussnahmemöglichkeiten und Transparenz, die für die Informationserlangung grundlegend ist. Informationen können Anteilseigner grundsätzlich in Berichtsform auf der Gesellschafter- bzw. Aktionärsversammlung erhalten. Auf der Hauptversammlung hat zudem jeder Aktionär das Recht, Auskunft zu verlangen (§ 131 AktG). Die GmbH-Gesellschafter haben darüber hinaus einen Auskunfts- und Einsichtsanspruch aus § 51a GmbHG. Gemäß § 51a Abs. 3 GmbHG sind diese Informationsrechte sogar zwingend und stehen demnach als Teil des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern nicht zur gesellschaftsvertraglichen Disposition.

⁸⁰⁶ Dafür die wohl noch hL: *Land/Hallermayer*, Weitergabe von vertraulichen Informationen, in: AG 2011, 114 (117); *Müller-Michaels*, in: Hölters, AktG, § 394 Rn 32; *Oetker*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 394 Rn 18; Für eine volle Justitiabilität und daher gegen ein Ermessen: *Raoblitz*, in: Grigoleit, AktG, § 395 Rn 23; *Schall*, in: Spindler/Stülz, AktG § 394 Rn 13; *Schürnbrand*, in: MüKo AktG, § 394 Rn 25.

⁸⁰⁷ Die Norm ist jedoch nach dem BVerfG als einfachgesetzl. Regelung nicht geeignet das oben unter C) II) 4) b) cc) erörterte Informations- und Fragerecht des Parlaments zu beschränken (NVwZ 2018, 51, 2. Ls.).

⁸⁰⁸ *Spindler*, in: MüKo GmbHG, § 52 Rn 322; Lutter, in: ders./Hommelhoff, GmbHG, § 52 Rn 22, 52; a.A. *Koppensteiner/Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 52 Rn 32.

⁸⁰⁹ *Spindler*, in: MüKo GmbHG, § 52 Rn 323.

f) *Beteiligungsmanagement*

Bei der Vielzahl an unternehmerischen Beteiligungen öffentlicher Körperschaften hat sich bei größeren Körperschaften der Aufbau eines Beteiligungsmanagements etabliert. Es wird neben der administrativen Vereinfachung vor allem für die verstärkte Kontrolle und Einflussnahme auf die verschiedenen Gesellschaftsbeteiligungen und somit zur Sicherung des öffentlichen Zwecks verwandt.⁸¹⁰ Gerade Kooperationen zwischen verschiedenen Trägern führen zu einem Kontrollverlust jedes einzelnen Gesellschafters. Die Koordination eines Beteiligungsmanagements soll dies wieder auffangen.

Die jeweilige Ausgestaltung der Managementmodelle variiert und wird schon in den Ländern für ihre Kommunen unterschiedlich geregelt. Bund und Länder unterliegen keiner gesetzlichen Verpflichtung zur Aufstellung eines Beteiligungsmanagements, bedienen sich dessen aber immer öfter.⁸¹¹ Die genaue Ausgestaltung hängt in erster Linie von der Quantität der Beteiligungen und der Größe der jeweiligen Körperschaft ab.⁸¹² Grob kategorisieren lassen sich die Aufgaben jedoch in Controlling, Berichtswesen und die Betreuung und Koordinierung der Vertreter in den aufsichtsrechtlichen Organen der Gesellschaften.⁸¹³ In der Regel wird das Beteiligungsmanagement den Finanzministerien unterstellt.⁸¹⁴ Es gilt die gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht der (für die GmbH: § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m.) § § 116, 93 Abs. 1 AktG, die für die AG mit § § 394, 395 AktG eine Lockerung erfahren hat.⁸¹⁵ Zusammengefasst handelt es sich demnach um eine verwaltungsinterne Koordinierungs-, Ordnungs- und Betreuungsabteilung, die selbst keinen Einfluss auf die Gesellschaften hat und durch ihre Arbeit die originären Zwecke der Aufsichts-, Einfluss- und Informationsrechte und -pflichten bezüglich der Gesellschaften fördert und verstärkt.

g) *Zwischenergebnis*

Insgesamt sieht das GmbH-Recht weitreichendere Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten durch eine Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung sowie größere Flexibilität bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags vor. Hierdurch kann eine Steuerung sämtlicher Geschäftstätigkeit durch die Gesellschafter gewährleistet werden. Das AG-Recht hingegen verbietet Weisungsmöglichkeiten der öffentlichen

⁸¹⁰ *Weiblen*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 8, Rn 16f.

⁸¹¹ Zum Bedürfnis eines Beteiligungsmanagements iRd Bewertung um die Erfüllung des staatlichen Gewährleistungsauftrags und der Finanzkontrolle: BVerfG, NVwZ 2018, 51 (62).

⁸¹² *Schwarting*, Beteiligungsmanagement und -controlling, in: BFuP 2004, 342 (349).

⁸¹³ Vgl. *Ade*, in: ders., Kommunales Beteiligungsmanagement, S. 27ff.; *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, § 51 Rn 10ff.

⁸¹⁴ In den Kommunen erfolgt dies in der Regel in der Kämmererei.

⁸¹⁵ Siehe oben D)I)4)d).

Hand gegenüber dem Vorstand grundsätzlich und die Möglichkeiten bei der Ausgestaltung der Satzung, insbesondere bzgl. der Implementierung möglicher Zustimmungsvorbehalte sind deutlich restriktiver. Eine Einwirkung auf die AG ist daher ungleich schwieriger als im GmbH-Recht. Die genannten Lockerungen in Bezug auf Geheimhaltungsgebote (§§ 394, 395 AktG) sind hinsichtlich einer effektiven Kontrolle der Gesellschaften bedeutsam, da sie zur Vereinfachung interner Informationsstrukturen beim öffentlichen Gesellschafter führen. Entsprechende Instrumente zur Sicherung der legitimatorischen Anforderungen aus der Verfassung sind daher unablässig wahrzunehmen. Hierauf wird im Fortgang weiter einzugehen sein.

II) Demokratieanforderungen an die kapitalgesellschaftliche Projektumsetzung

Nachdem oben die Grundlagen und Voraussetzungen dargelegt worden sind, die für die Realisierung von Großprojekten innerhalb privatrechtlich organisierter Gesellschaften gelten, sind im Folgenden die legitimatorischen Anforderungen zu untersuchen, die an diese gestellt werden. Zunächst ist zu betrachten, welche legitimatorischen Bedürfnisse für öffentliche Unternehmen im Kapitalgesellschaftsgewand gelten (1)). Neben der Darstellung grundsätzlich geltender Parameter für die Kapitalgesellschaft in öffentlicher Eignerschaft am Beispiel der Eigengesellschaft (2a)), wird im Weiteren im Lichte der Aufgabenstellung dieser Arbeit ein besonderes Augenmerk auf etwaige Besonderheiten bei der gemischt-öffentlichen Gesellschaft zu legen sein, in der mindestens zwei Gebietskörperschaften kooperativ zusammenwirken (2b)).

1) Demokratische Legitimation privatrechtlich ausgestalteter öffentlicher Unternehmen

Die Führung wirtschaftlicher Unternehmen unterfällt dem Exekutivbereich.⁸¹⁶ Abgeleitet aus dem Gemeinwohlprinzip⁸¹⁷ gilt der Grundsatz, dass öffentliche Unter-

⁸¹⁶ Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 196; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 69; Stober, Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, in: NJW 2002, 2357ff.

⁸¹⁷ Die Gemeinwohlorientierung ist Leitprinzip aller staatlicher Entscheidungsfindung (*Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR IV, § 71 Rn 7; *Sommermann*, Staatsziele, S. 199ff, 305f). Im GG finden sich Konkretisierungen in den Grundrechten sowie den Staatszielbestimmungen, vor allem dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG (vgl. *Sommermann* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 20 Rn 14, 19).

nehmen nicht lediglich gewinnorientiert sein dürfen, sondern zumindest auch einem öffentlichen Zweck zu dienen haben.⁸¹⁸ Jedenfalls im Rahmen der sogenannten Daseinsvorsorge ist wirtschaftliche Betätigung erlaubt.⁸¹⁹ Diese ist Teil der Leistungsverwaltung und umfasst die Zurverfügungstellung öffentlicher Einrichtungen für die Allgemeinheit, namentlich diejenige Infrastruktur, „derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“:⁸²⁰ das Verkehrs- und Beförderungswesen, die Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung, Bildungs- und Kultureinrichtungen, Krankenhäuser, etc. Insofern bleiben diese Unternehmen – unabhängig von ihrer Rechtsform – als „Instrumente staatlicher Politik“⁸²¹ Teil der öffentlichen Verwaltung, für diejenigen in Privatrechtsform gilt darüber hinaus das Verwaltungsprivatrecht. *„Es bleibt dabei, dass jede staatliche Tätigkeit demokratischer Legitimation bedarf und demokratisch verantwortet werden muss, so dass bei dem derzeitigen Stand der Verflechtung von Staat und Unternehmen der Verantwortungsbereich [...] [des jeweiligen staatlichen Mehrheitseigners] eröffnet ist.“*⁸²² Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform, in der Regel Kapitalgesellschaften, nehmen gleichermaßen öffentliche Aufgaben wahr, üben daher Staatsgewalt aus und so ist es geboten, sie den gleichen legitimatorischen Voraussetzungen zu unterwerfen wie öffentlich-rechtliche Unternehmensformen. Demnach gilt für diejenigen grundrechtsunfähigen⁸²³ privatrechtlich ausgestalteten Rechtssubjekte in ausschließlich oder mehrheitlich staatlicher (oder kommunaler) Trägerschaft, dass sie Staatsgewalt ausüben, die wiederum legitimationsbedürftig ist.⁸²⁴

2) Legitimationserfordernisse bei der Realisierung durch private Gesellschaften

Die Realisierung von Großprojekten vollzieht sich regelmäßig in ausgegliederten Gesellschaften und nicht im klassischen Verwaltungsapparat. Privatrechtlich organisierte Kapital- und Personengesellschaften haben dabei häufig die alleinige Auf-

⁸¹⁸ Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: VVDStRL 60, 416 (420); vgl. zur Gemeinwohlbindung jedes staatlichen Handelns auch *Isensee*, Aufgaben des Staates, in: HStR IV, § 71 Rn 1, 4. .

⁸¹⁹ Vgl. *Püttner*, Zur Mitbestimmung in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen, in: DVBl 1989, 165; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: ders/Schoch, Bes VerwR, 1. Kap Rn 120.

⁸²⁰ BVerwGE 66, 248 (258).

⁸²¹ *Püttner*, Öffentliche Unternehmen als Instrumente staatlicher Politik, DÖV 1983, 697ff.

⁸²² BVerfGE 147, 50 (153) zum parlamentarischen Frage- und Informationsrecht mit Bezug zur Deutschen Bahn AG.

⁸²³ Grundrechtlich geschützte Bereiche unterliegen hingegen keinem Legitimationsbedürfnis. Vgl. z.B. *Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen, S. 100ff; *Kempfen*, Die Formenwahl-freiheit der Verwaltung, S. 59f.

⁸²⁴ BVerfGE 147, 50 (134).

gabe, solche Projekte zu planen, zu realisieren und durchzuführen bzw. zu betreiben. Dabei stellt sich die Frage nach der Legitimation der beteiligten Akteure unter dem Demokratieprinzip, denn die Entscheidungsträger dieser Gesellschaften – Vorstände, Geschäftsführer, etc. – sind regelmäßig kein unmittelbarer Teil der Legitimationskette: Sie sind vielmehr häufig privatwirtschaftliche Akteure ohne öffentliches Amt. Es stellt sich daher die Frage nach dem Erfordernis einer demokratischen Legitimation dieser Vertreter sowie der Gesellschaften selbst.⁸²⁵

a) Legitimation in der privatrechtlichen Eigengesellschaft

Die Behandlung solcher Unternehmen, die privatrechtlich ausgestaltet sind und entweder rein öffentlich getragene Tochtergesellschaften einer Gebietskörperschaft, gemischtwirtschaftlich oder gemischt-öffentlich organisiert sind,⁸²⁶ ist nach wie vor umstritten: Grundsätzlich wird auch hier eine Legitimation der Tätigkeiten dieser privatrechtlichen Rechtssubjekte gefordert,⁸²⁷ jedoch bestehen Uneinigheiten im Hinblick auf die jeweiligen Anforderungen an die Verwirklichung der organisatorisch-personellen Legitimation. Es stellt sich demnach die Frage, ob die Handelnden in solchen privaten Gesellschaften im Lichte des Demokratieprinzips als personell legitimiert gelten können. Konsens besteht insofern, als durch die Wahl der privatrechtlichen Organisationsformen für reine Tochterunternehmen der öffentlichen Hand oder solche, die mehrheitlich von ihr gehalten werden, die Anforderungen des Demokratieprinzips nicht umgangen werden dürfen, sondern diese ebenfalls der demokratischen Legitimation bedürfen.⁸²⁸ Die Tätigkeiten dieser Gesellschaften befinden sich in denselben staatlichen Bereichen und unterfallen so grundsätzlich identischen verfassungsrechtlichen,⁸²⁹ daher auch legitimatorischen Anforderungen.⁸³⁰ Das grundsätzlich gleiche Legitimationsbedürfnis wird unter anderem mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes begründet: Es

⁸²⁵ Wittreck, Großvorhaben, in: ZG 2011, 209 (211).

⁸²⁶ In der vorliegenden Arbeit sind, wie oben erörtert, nur solche Gesellschaften Untersuchungsgegenstand, an denen ausschließlich öffentliche Träger beteiligt sind. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen finden daher keine weitergehende Erörterung, vgl. oben Fn 787. Zu den sog. gemischt-öffentlichen Unternehmen s.u. D)II)2)b).

⁸²⁷ So z.B. BGHZ 91, 84 (96ff); OLG Bremen DÖV 1977, 899.

⁸²⁸ Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 13.

⁸²⁹ Vgl. z.B. die „Fraport-Entscheidung“ des BVerfG zur Grundrechtsbindung öffentlich beherrschter Unternehmen: BVerfG, NJW 2011, 1201ff.

⁸³⁰ BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72); 93, 37 (66); 107, 59 (87); 147, 50 (134).

verwehrt staatlichen Eigengesellschaften⁸³¹ den Grundrechtsschutz und rechnet diese der vollziehenden Gewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG zu.⁸³²

„Die Wahl privater Unternehmensformen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben kann daher zu einem Kontroll-, Steuerungs- und Legitimationsdefizit führen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Gesellschaftsrecht an die Steuerungsbedürfnisse des Staates als Anteilseigner anzupassen ist, sondern dass dieser selbst die Rechtsform für die ihm obliegende Aufgabewahrnehmung zu wählen hat, die die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten gewährleistet.“⁸³³

Demnach ist von der grundsätzlichen Legitimationsbedürftigkeit auch auf organisatorisch-personeller Ebene auszugehen. Fraglich bleibt jedoch, wie diese mit der Binnenstruktur von Kapitalgesellschaften zu vereinbaren ist. Insofern hat das Bundesverfassungsgericht wesentliche Feststellungen zur Ingerenz der öffentlichen Träger von Gesellschaften in privaten Rechtsformen getroffen:

„Reichen die gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsrechte nicht aus, um eine parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung für die Geschäftstätigkeit [...] sicherzustellen, beschränkt sich der verfassungsrechtliche Verantwortungsbereich der Regierung nicht etwa auf die Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse, die der Regierung aufgrund der [...] [Gesellschafter-]Stellung [...] zustehen, oder auf die Wahrnehmung einer etwaigen Gewährleistungsverantwortung. Wo – wie im Bereich funktionaler Selbstverwaltung, aber auch mit Blick auf öffentliche Unternehmen – die Möglichkeiten der Einflussnahme hinter dem fachaufsichtlichen Instrumentarium aus umfassenden Informations- und unbeschränkten Weisungsrechten zurückbleiben, kann sich die Regierung nicht ihrer Verantwortung begeben.“⁸³⁴

Die Privatautonomie, die den Bürgern als zentrale rechtliche Gewährleistung zu- steht, gilt für das staatliche Tun gerade nicht. Vielmehr ist die jeweilige Tätigkeit und damit auch die Wahl der geeigneten Rechtsform stets zuvorderst am Demokratieprinzip zu messen und ihm ist insofern das ihm entsprechende Gewicht zu- zuerkennen. Folglich ist das Demokratieprinzip ein zentraler Parameter und zu- gleich Messlatte für die Rechtsformwahl der öffentlichen Hand.⁸³⁵

⁸³¹ Dies gilt zumindest grds. auch für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, vgl. BVerfG JZ 1990, 335.

⁸³² Vgl. BVerfGE 45, 63 (80); BVerfG NJW 1980, 1093; BVerfG JZ 1990, 335.

⁸³³ BVerfGE 147, 50 (137).

⁸³⁴ BVerfGE 147, 50 (137).

⁸³⁵ Aufgrund der größeren Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Ingerenzpflichten ist die Aktiengesellschaft daher in vielen Fällen in den Kommunalverfassungen subsidiär geregelt.

Ausschlaggebendes Kriterium für eine hinreichende Legitimation muss daher sein, dass jedenfalls die wesentlichen Entscheidungen in diesen privatrechtlich ausgestalteten Gesellschaften den Anforderungen an eine demokratische Legitimation genügen.⁸³⁶

aa) Personell-organisatorische Legitimation in der Kapitalgesellschaft

Für die privatrechtlich organisierte Gesellschaft bedeutet das ein Bedürfnis ausreichender Legitimation aller Gesellschaftsorgane und nicht lediglich der Anteilseigner. Bei einer AG müssen daher Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung demokratisch legitimiert sein, bei der GmbH entsprechend neben dem – fakultativen oder obligatorischen – Aufsichtsrat⁸³⁷, die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung.⁸³⁸

Die personelle Legitimation der AG in der Eigengesellschaft stellt sich unproblematisch dar und vollzieht sich stufenweise. Die Mitglieder des Vorstandes als Leitungsorgan werden vom Aufsichtsrat bestellt. Dessen Mitglieder werden wiederum durch die mit Vertretern der Gebietskörperschaft (hier Bund/Länder) besetzte Hauptversammlung gewählt oder durch die Gebietskörperschaft entsandt (§ 101 Abs. 2 AktG) und damit allein nach dem Willen der jeweiligen Regierung bestellt. Dadurch wird eine mittelbare Legitimation dieser Personen bzw. Positionen erreicht.⁸³⁹ Besonders offensichtlich ist die personelle Legitimation nach dem Bundesverfassungsgericht, wenn hohe Regierungsbeamte in den Aufsichtsrat entsandt werden,⁸⁴⁰ denn die Legitimationskette ist dann sehr kurz, der Vermittlungsakt (Entsendungsakt) besonders direkt.

⁸³⁶ BVerfGE 83, 60 (73); 93, 37 (68); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 13; *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtsfreie Räume in der Verwaltung, S. 79; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 257.

⁸³⁷ Nach dem GmbHG ist ein Aufsichtsrat für die GmbH nicht notwendig, er kann aber durch Satzung vorgesehen werden (sog. fakultativer AR). Unter bestimmten Voraussetzungen ist ein Aufsichtsrat gesetzlich zwingend vorgeschrieben, in der Regel handelt es sich um mitbestimmungsrechtliche Hintergründe, bspw. aus DrittelG oder MitbestG. Siehe dazu näher unten zum Projekt BER unter E)IV)2)e)aa)(2)(b).

⁸³⁸ *Ehlers*, Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, in: JZ 1987, 218 (226); *Ossenbühl*, Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, in: ZGR 1996, 504 (510).

⁸³⁹ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 330 (385f); *Ehlers*, Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, in: JZ 1987, 218 (226); vgl. BVerfGE 106, 64 (79ff).

⁸⁴⁰ BVerfGE 147, 50, 136f.

bb) Sachlich-inhaltliche Legitimation in der Kapitalgesellschaft

Essenzen sachlich-inhaltlicher Legitimation sind Verantwortlichkeit und Steuerung.⁸⁴¹ Wie bereits erörtert, wird im Rahmen der sachlich-inhaltlichen Legitimation sichergestellt, dass die Ausübung von Staatsgewalt mit den Gesetzen in Einklang steht, die von dem durch Wahlakt unmittelbar legitimierten Parlament beschlossen wurden, mit denen das Parlament das Handeln der besonderen Organe inhaltlich vorgibt und so gegenüber dem Volk verantwortet werden.⁸⁴² Verantwortung im Sinne einer Rechenschafts- und Einstandspflicht⁸⁴³ setzt ein effektives Kontrollsystem sowie tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten voraus. „*Verantwortlich handeln kann nur derjenige, der nicht inhaltlich in vollem Umfang an die Willensentscheidung einer anderen, parlamentarisch nicht verantwortlichen Person gebunden ist.*“⁸⁴⁴ Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich, dass bei denjenigen wichtigen und wesentlichen Entscheidungen, die im Rahmen öffentlicher Vorgaben getroffen werden, die Letztentscheidung bei einem personell legitimierten Amtswalter liegen muss, der sich seinerseits gegenüber dem Parlament verantworten muss.⁸⁴⁵ Dabei ist es Aufgabe des Parlaments, die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Regierung auch hinsichtlich der Betätigung der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer Beteiligung an privatwirtschaftlichen Unternehmen zu kontrollieren.⁸⁴⁶ Aus dem Erfordernis demokratischer Legitimation staatlichen Handelns folgt eine Pflicht des Staates, sich hinreichende Einwirkungsrechte auf das Unternehmen vorzubehalten.⁸⁴⁷ Das „Ob“ und das „Wie“ einer Entscheidung über ein Projekt bedürfen jedoch genau wie das Gremium der Entscheidenden ebenfalls der Legitimation durch das Demokratieprinzip. Hier ist zu beobachten, dass bisher weder in der Verwaltungs-, noch in der Gesetzgebungspraxis rechtlich eindeutige und verbindliche Zielsetzungen oder Leitlinien für legitimatorische Steuerungsvorgaben existieren.⁸⁴⁸ Dabei wird es durchaus als ausreichend angesehen, die inhaltliche Steuerung auf grundlegende Rahmenpunkte zu reduzieren, die dem öffentlichen Interesse im weitesten Sinne zu entsprechen vermögen.⁸⁴⁹

⁸⁴¹ Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 21. Speziell zum Verantwortungsbegriff i.Z.m. demokratischer Legitimation, vgl. Czybulka, Legitimation der öffentlichen Verwaltung, S. 96f.

⁸⁴² Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 124.

⁸⁴³ Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 65 Rn 91ff; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft S. 66; Sommermann, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 20 Rn 301.

⁸⁴⁴ Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft S. 66.

⁸⁴⁵ BVerfGE 83, 60 (73f); 89, 155 (182); 93, 37 (66,71); Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft S. 66 mwN.

⁸⁴⁶ BVerfGE 98, 145 (162 f); 147, 50 (135), Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 392; Vogel, Finanz- und Steuerstaat, in: HStR II, § 30 Rn 16, 25ff.

⁸⁴⁷ BVerfGE 147, 50 (135, Rn 221 mwN).

⁸⁴⁸ Ebda.

⁸⁴⁹ Wittreck, Demokratische Legitimation von Großvorhaben, in: ZG 2011, 209 (220).

Gerade auch bei infrastrukturellen Großprojekten ist die sachlich-inhaltliche Legitimation ein Produkt des Zusammenspiels von Umsetzung gesetzlicher Vorgaben⁸⁵⁰ und verfahrensrechtlichem Beteiligungsreglements.⁸⁵¹ Vornehmlich ist es aber das zuerst genannte, von der durch das Volk legitimierte Legislative geschaffene, steuernde Normgerüst, durch das diese Legitimationsform verwirklicht wird.⁸⁵² Die so geschaffene inhaltliche Bindung an den Volkswillen vermittelt eine Rückbindung des administrativen Entscheidungsinhalts an den Willen der Staatsbürger.

Betroffen ist darüber hinaus das Erfordernis von Verantwortlichkeit für den Inhalt administrativer Großprojektentscheidungen. Hierzu gehört die Rechenschaftspflicht, d.h. die Kontrolle administrativen Tuns.⁸⁵³ Zugleich sind auch Kompetenz und Verantwortung wichtige Voraussetzung der demokratischen Herrschaftsordnung.⁸⁵⁴ Beide Komponenten gewinnen im Rahmen von Großprojektrealisierungen besondere Bedeutsamkeit, auch gerade durch die Allgemeinheit.

Die für die Umsetzung von Großprojekten zuständige Verwaltungseinheit hat damit klare Vorgaben für ihr Vorgehen im Rahmen ihrer sachlich-inhaltlichen Legitimation. Ihre primäre Quelle bleibt dabei das von der Legislative bereitgestellte normative Entschließungsrepertoire.

Wie oben bereits angerissen,⁸⁵⁵ wird trotz der grundsätzlichen Eignung der Kapitalgesellschaft für ihre Verwendung durch die öffentliche Hand zum Teil eingewandt, dass die Ungebundenheit des Vorstands der AG an Weisungen⁸⁵⁶ diese Kapitalgesellschaft im Rahmen von Legitimationsansprüchen des Grundgesetzes untauglich für ein öffentliches Unternehmen mache.⁸⁵⁷ Hierbei wird jedoch nicht beachtet, dass dies nicht die Eignung der AG generell in Zweifel zu ziehen vermag und dass die aus der sachlich-inhaltlichen Legitimationsbedürftigkeit erwachsende Pflicht zu Kontrolle und Einwirkung lediglich neben die personell-organisatorische

⁸⁵⁰ Siehe dazu unten A)II).

⁸⁵¹ Vgl. *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544 (564).

⁸⁵² *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 21f; *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544 (564); *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 184ff.

⁸⁵³ *Czybulka*, Legitimation der öffentlichen Verwaltung, S. 97.

⁸⁵⁴ „Die demokratische und rechtsstaatliche Herrschaftsordnung des Grundgesetzes setzt erkennbare Verantwortlichkeit im Staat und im Besonderen eine verantwortliche Regierung voraus.“ BVerfGE 68, 1 (86); 67, 100 (139).

⁸⁵⁵ Siehe dazu bereits oben D)I)4)c).

⁸⁵⁶ Zu den Grundlagen der AG siehe oben unter D)I)3)a).

⁸⁵⁷ *Koch*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, S. 216.

Legitimation tritt.⁸⁵⁸ Während eine vollständige Substitution einer Legitimationsform zwar unzulässig bleibt,⁸⁵⁹ sind die hieraus erwachsenden Gestaltungsmöglichkeiten von Legislative und Exekutive grundsätzlich geeignet Legitimationseinbußen auszugleichen.⁸⁶⁰ Die Verantwortungsgrenze sieht das Bundesverfassungsgericht dort überschritten, wo die verbindliche Letztentscheidung nicht mehr einem gegenüber Volk und Parlament verantwortlichen Amtsträger vorbehalten ist.⁸⁶¹

Dennoch verbleiben Zweifel im Hinblick darauf, ob innerhalb der Strukturen der AG sachlich-inhaltliche Legitimation vermittelt werden kann. Weisungsbefugnisse der öffentlichen Hand gegenüber den Gesellschaftsorganen, gegenüber dem Vorstand und insbesondere auch dem Aufsichtsrat als reaktiv tätig werdendem Kontrollorgan, schließt das Aktienrecht aus, vgl. § 76 Abs. 1 bzw. § § 93, 116 AktG.⁸⁶² Während § 111 Abs. 4 S. 2 AktG einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats zu bestimmten gesellschaftlichen Entscheidungen vorsieht, räumt ihm dies dennoch keinen umfänglichen Einfluss auf die Tätigkeiten der Gesellschaft ein. Vielmehr bleibt dem Aufsichtsrat dadurch lediglich eine begrenzte Sphäre in der negativen Entscheidungskompetenz, in der Fähigkeit Entscheidungen zu verhindern also. Zu berücksichtigen ist in diesem Kontext auch § 111 Abs. 4 S. 3 AktG, der dem Vorstand das Recht einräumt, bei verweigerter Zustimmung des Aufsichtsrats die Hauptversammlung anzurufen, um die verweigerter Zustimmung zu ersetzen. Zudem wird auch die Einflussnahme auf Aufsichtsratsmitglieder selbst bei rein öffentlich getragenen Gesellschaften ganz überwiegend abgelehnt.⁸⁶³ Demnach herrscht auch in der von Gebietskörperschaften getragenen Kapitalgesellschaft die aktienrechtliche Maxime der Weisungsfreiheit von Aufsichtsratsmitgliedern. Sogar solche Mitglieder des aktienrechtlichen Kontrollorgans, die beamtenrechtlich mit

⁸⁵⁸ *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 258.

⁸⁵⁹ Siehe auch oben unter C)I)2)c)bb).

⁸⁶⁰ Siehe zum Legitimationsniveau oben unter C)I)2)c)cc).

⁸⁶¹ BVerfG DVBl 1995, 1291.

⁸⁶² Vgl. dazu bereits oben D)I)4)d).

⁸⁶³ Nachdem die Weisungsbindung von Aufsichtsratsmitgliedern in Aufsichtsräten mit öffentlicher Beteiligung lange streitig war, ist die Diskussion mittlerweile wohl beigelegt. Sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im öffentlichen Recht gibt es aktuell keine Stimmen mehr für eine Weisungsgebundenheit, diese wird daher von der ganz h. M. abgelehnt (so: BGHZ 36, 296, (306); 69, 334, (340); BVerwGE 140, 300 Rn 20 ff; OVG Münster AG 2009, 840, 842 f; VGH Kassel AG 2013, 35, (37 ff); *Altmeppen*, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, in: NJW 2003, 2561 (2564); *Lutter*, Zur Weisungsbefugnis eines Gemeinderates gegenüber ratsangehörigen Aufsichtsratsmitgliedern im Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH, in: ZIP 2007, 1991 f; R. *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, in: ZGR 1996, 345, (353 f); *Spindler*, Kommunale Mandatsträger in Aufsichtsräten - Verschwiegenheitspflicht und Weisungsgebundenheit, in: ZIP 2011, 689, (694)).

dem Rechtsträger verbunden sind,⁸⁶⁴ haben im Rahmen ihrer Aufsichtsratsmandate von Weisungen frei zu bleiben.⁸⁶⁵ Das gleiche gilt im Wesentlichen für in den Aufsichtsrat entsandte Regierungsmitglieder.⁸⁶⁶ Geltung hat in diesem Rahmen allein das für die AG geltende AktG, das die explizit eigenverantwortliche Mandatswahrnehmung und die einhergehende Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vorsieht.⁸⁶⁷

Die Einwirkungsmöglichkeiten auf den Aufsichtsrat von Seiten des Rechtsträgers sind demnach eher schwach ausgestaltet. Der Aufsichtsrat wäre daher grundsätzlich nicht geeignet, allein Legitimation zu vermitteln. Abzustellen ist hingegen vielmehr auch auf eine Letztentscheidungskompetenz der demokratisch legitimierten Anteilseigner in der Hauptversammlung, in der diese ihre Zustimmung- und Mitbestimmungsrechte für wesentliche Entscheidungen der AG (sogenannte Grundlagengeschäfte, vgl. dazu § 119 Abs. 1 AktG)⁸⁶⁸ ausüben können.⁸⁶⁹ Nicht erforderlich ist es nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hingegen, dass die Regierung in der Lage ist, Einfluss auf die konkret in Rede stehende Geschäftstätigkeit zu nehmen.⁸⁷⁰

Bei der GmbH ist die Legitimationsvermittlung weniger kompliziert. Die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung sowie die zusätzliche Möglichkeit der Implementierung eines Kontrollgremiums in Form eines Aufsichtsrats (§ 52 Abs. 1 GmbHG) verstärken die Einflussnahmemöglichkeiten der öffentlichen Hand. Diesem darf sie zudem, anders als dem Vorstand der AG, Weisungen erteilen.⁸⁷¹ Kontrolle und Einwirkung auf die Geschicke der Gesellschaft können so weitreichend bestimmt, die sachlich-inhaltliche Legitimation infolgedessen unproblematisch vermittelt werden. c) Hinreichendes Legitimationsniveau

Das erreichte Maß an effektiver demokratischer Legitimation (das Legitimationsniveau) bei Kapitalgesellschaften des Staates, hängt nach dem oben Gesagten sowohl von der Auswahl, Bestellung und Abberufung der entsandten Vertreter, der

⁸⁶⁴ Vgl. z.B. § 37 BRRG, § 55 S. 2 BBG und entspr. Vorschriften der Länder, z.B. § 58 S. 2 LBG NW.

⁸⁶⁵ Hüffer/Koch, AktG § 394 Rn 27ff.; *Schiedermair/Kolb*, in: Müller/Rödter, BeckHB AG, § 7 Rn 244.

⁸⁶⁶ *Spindler*, Kommunale Mandatsträger in Aufsichtsräten – Verschwiegenheitspflicht und Weisungsgebundenheit, in: ZIP 2011, 689; Hüffer/Koch, AktG § 394 Rn 27.

⁸⁶⁷ Vgl. BVerfGE 147,

⁸⁶⁸ Siehe hierzu bereits oben D)D3a).

⁸⁶⁹ *Ehlers*, Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, in: DVBl 1997, 137 (145); *F.*

Kirchhof, Kommunale Aufgabenerfüllung durch ausgegliederte Einheiten, in: Henneke, Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, S. 31 (41); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 67; *Schulze-Fielitz*, Die kommunale Selbstverwaltung zwischen Diversifizierung und Einheit der Verwaltung in: Henneke, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, S. 223 (256).

⁸⁷⁰ BVerfG vom 7. November 2017 - 2 BvE 2/11 - Rn. 264.

⁸⁷¹ *Nesselmüller*, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 49; *Schäfer*, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 101.

organisatorisch-personellen Legitimation also, als auch von den die Vertreter treffenden Berichtspflichten, ihrer Weisungsgebundenheit sowie staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten, der sachlich-inhaltlichen Legitimation, ab. Dabei sind stets die konkreten Ausgestaltungen im Einzelfall maßgeblich zur Beurteilung des Legitimationsniveaus.

b) Besonderheiten bei gemischt-öffentlichen Unternehmen

Ein anderes Bild ergibt sich in Gesellschaften, die nicht Eigengesellschaften einer einzigen Gebietskörperschaft sind, sondern an denen mehrere öffentliche Gesellschafter im Rahmen einer rein öffentlichen Kooperation beteiligt sind.

aa) Ausgangssituation

Jeder Gesellschafter in gemischt-öffentlichen Unternehmen ist dabei dem Grunde nach für sich gesehen demokratisch legitimiert. Ungeklärt ist jedoch, wie es um die Legitimation bestellt ist, wenn in der Gesellschaft durch die Gesellschaftsorgane Entscheidungen getroffen werden. Die durch individuelle Berufsakte vermittelte personelle Legitimationskette erstreckt sich dabei zwar über die jeweilige Gebietskörperschaft hin zu deren Aktivbürgerschaft, lässt aber eine solche Legitimationswirkung für andere Legitimationssubjekte nicht erkennen.⁸⁷² Während die Kette zwar im selben Legitimationsobjekt endet (Entscheidungsorgan der Gesellschaft), findet sie ihren Ausgangspunkt in unterschiedlichen Legitimationssubjekten (z.B. Aktivvolk Land A und Aktivvolk Land B). Anknüpfungspunkt dieser Betrachtung muss in erster Linie das jeweilige Entscheidungsorgan sein, da jedes Gesellschaftsvotum auf einem demokratisch legitimierten Entscheidungsprozess zu fußen hat. Demnach müssten dann die Vertreter der je anderen Gebietskörperschaft als demokratisch nicht legitimiert gelten, denn die demokratische Legitimation der Länder wird nach dem oben Gesagten jeweils nur vom eigenen Staats-, bzw. vom jeweiligen Landesvolk hergeleitet.

Nach der staatsrechtlichen Konstruktion des Bundesstaates unter dem Grundgesetz ist von einem Landesvolk auszugehen, da es die Länder als Staaten mit eigener parlamentarisch-demokratischer Legitimation verfasst hat.⁸⁷³ Hier fasst *Waitz*' Feststellung, wonach „eine zwiefache Organisation des Volkes zum Staate statt [findet], teils in Gesamtheit, teils nach selbstständigen Teilen“.⁸⁷⁴ Unter der Verfassung besteht demnach kein eigenes umfänglich souveränes Landesvolk, welches autonom neben dem Bundesvolk steht, vielmehr handelt es sich in den konkreten, gegenständlich und räum-

⁸⁷² Vgl. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 279.

⁸⁷³ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 91.

⁸⁷⁴ *Waitz*, Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen, S. 43.

lich (bundesstaatlich) abgegrenzten Materien um ein hiernach eindeutig definierbares Landesvolk innerhalb des Staatsvolkes.⁸⁷⁵ In Bezug auf die Staatsgewalt der Länder tritt das jeweilige Landesvolk aber als Legitimationssubjekt an die Stelle des Staatsvolkes des Bundes.⁸⁷⁶

Schmidt-Aßmann zieht in diesem Zusammenhang in einer Veröffentlichung aus dem Jahr 1991 Rückschlüsse aus Art. 24 Abs. 1 GG, der die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen im Rahmen von internationalen Strukturen regelt:⁸⁷⁷ Danach bringen „Vertreter deutscher Staatsgewalt ihre eigene demokratische Legitimation in ihr Entscheidungsverfahren in den Gremien der zwischenstaatlichen Einrichtung [ein]“. Die Einrichtung selbst solle vom Legitimationsprinzip nicht erfasst sein. Vielmehr könne „legitimatorisch von einer ‚Nachwirkung‘ einzelstaatlicher Legitimation gesprochen werden“⁸⁷⁸. Ähnlich positioniert sich Schmidt-Aßmann im Hinblick auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Ein Legitimationszwang i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG soll dieser Auffassung nach lediglich bzgl. der Beteiligungsentscheidung bestehen, während die Gesellschaft selbst kein Anknüpfungspunkt des Legitimationsmodells sein solle.⁸⁷⁹

Vergleichbar argumentiert Püttner in seinem Handbuch öffentlicher Unternehmen aus dem Jahr 1985, wobei er keine Beschränkung auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen vornimmt.⁸⁸⁰ Vielmehr entfalte das demokratische Prinzip bei privatrechtlich organisierten Einrichtungen generell keine Geltung über den einzelnen Amtswalter hinaus. Das formale Prinzip der Legitimation ende demnach bei dem Amtswalter, der für die öffentliche Hand die Befugnisse des Unternehmensinhabers (Aktionärs, Gesellschafters) wahrnimmt; die Unternehmensorgane und deren Mitglieder würden dagegen gesellschaftsrechtlich legitimiert.⁸⁸¹

Beide Auffassungen würden die unbegrenzte Teilhabe privater Beteiligungen an staatlichen Entscheidungen ermöglichen und das Demokratieprinzip in dieser Konstellation vollkommen aushöhlen. Gleichfalls hätten sie zur Folge, dass staatliche Eigengesellschaften einer vollumfänglichen Legitimation bedürften, während der öffentliche Mehrheitseigner sich dieser zum Großteil entledigen könnte, sofern er nur ausreichend Private beteiligt. In diesem Spannungsfeld liegt zum einen die Frage, ob der teilweisen Entstaatlichung unter Zuzug privatwirtschaftlicher Akteure tatsächlich der Vorzug vor einer Einbuße an formaler Legitimation des staatlichen

⁸⁷⁵ Vgl. dazu: *Grenzstück*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 91ff; *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im GG, in: HStR VI, § 126 Rn 47.

⁸⁷⁶ BVerfGE 83, 37 (53).

⁸⁷⁷ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (340).

⁸⁷⁸ Ebda, Fn 877.

⁸⁷⁹ Ebda, Fn 877.

⁸⁸⁰ *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 137ff.

⁸⁸¹ Vgl. Fn 866, S. 137.

Minderheitsgesellschafters gegeben werden sollte und zum anderen, ob die Potenziale rein öffentlicher Kooperationen in privaten Gesellschaften im Hinblick auf Wissensintensivierung, Kräftebündelung und Wirtschaftlichkeitsaspekte tatsächlich hinter der legitimatorisch unproblematischen Tätigkeit in Eigengesellschaften zurücktreten sollte. Jedenfalls setzt aber auch jede Gesellschaftsentscheidung grundsätzlich im Hinblick auf die beteiligten gebietskörperschaftlichen Gesellschafter jeweils eine hinreichende Legitimation voraus.⁸⁸²

bb) Übertragbarkeit des Prinzips der doppelten Mehrheit?

Für die Bewertung des Bestehens einer demokratischen Legitimation kommt es grundsätzlich darauf an, ob im Entscheidungsorgan der Gesellschaft die demokratische legitimierte Stimmenmehrzahl ausreichend ist, um Entscheidungen faktisch sowohl bewirken als auch verhindern zu können.⁸⁸³ Die lediglich mehrheitliche Besetzung des Organs mit demokratisch Legitimierten kann eine gleichfalls demokratisch legitimierte Entscheidung nicht immer garantieren. Vielmehr besteht die grundsätzliche Gefahr, dass auf Seiten der personell legitimierten Vertreter nicht en bloc abgestimmt wird, dann verschieben sich die Entscheidungsquoren unter Umständen zugunsten der nicht personell legitimierten Mitglieder, was die so bewirkte Entscheidung im Lichte demokratischer Legitimation insgesamt fraglich erscheinen lässt. Zentraler Anknüpfungspunkt muss daher sein, ob die Entscheidung nicht lediglich abstrakt, sondern vielmehr auch in concreto aufgrund der mehrheitlichen Zustimmung oder Ablehnung⁸⁸⁴ der demokratisch legitimierten Vertreter zustande gekommen ist.⁸⁸⁵

Das vom Bundesverfassungsgericht für diejenigen Gremien, die teilweise mit demokratisch legitimierten, teilweise mit überhaupt nicht legitimierten Vertretern besetzt sind, entwickelte „Prinzip der doppelten Mehrheit“⁸⁸⁶, dürfte sich auf die oben geschilderte Konstellation allerdings nicht ohne Weiteres übertragen lassen. Es besteht ein grundlegender Unterschied: In der gemischt-öffentlichen Gesellschaft sind die Organe mit vom jeweiligen Landesvolk umfänglich demokratisch legitimierten Vertretern besetzt. Jeder Vertreter verfügt demnach in der gemischt-

⁸⁸² Siehe dazu bereits oben C)1)2)a).

⁸⁸³ Vgl. zur Mitwirkung personell nicht Legitimierter in Entscheidungsgremien: *Böckenförde*, in: HStR II 2004, § 24 Rn 20; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 207f. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 377.

⁸⁸⁴ Hierbei geht es um die effektive positive, bzw. negative Entscheidungskompetenz der personell legitimierten Mitglieder, siehe hierzu bereits oben C)1)2)a).

⁸⁸⁵ *Papenfuß*, Personelle Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 377; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 208; vgl. zur Untauglichkeit der Vereinbarung des Einstimmigkeitsprinzips: *Emde*, Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329.

⁸⁸⁶ Siehe bereits unter C)1)2)a).

öffentlichen Gesellschaft über eine personelle Legitimation, nur rührt diese von verschiedenen Legitimationssubjekten her. Hier muss freilich eine andere Wertung gelten, da die Legitimationsqualität insgesamt hoch ist. Dennoch bleibt der öffentliche Anteilseigner dem jeweiligen Legitimationssubjekt gegenüber verpflichtet, so dass ein Rückgriff auf die Frage nach dem Verbleib positiver (Bewirkungs-) und negativer (Verhinderung-) Kompetenz bzgl. der jeweiligen (Sach-) Entscheidung zur Bewertung hinreichender demokratischer Legitimation geeignet erscheint.⁸⁸⁷

cc) Verbleib von positiver und negativer Entscheidungskompetenz?

Im Folgenden wird daher zu untersuchen sein, ob die Entscheidungsgremien von AG und GmbH geeignet sind, den besonderen Anforderungen des Demokratieprinzips an gemischt-öffentliche Unternehmen im Hinblick auf die effektive Entscheidungsdurchsetzbarkeit des jeweiligen öffentlichen Anteilseigners zu entsprechen.

(1) Umsetzung hinreichender Entscheidungskompetenz in der AG

Die personell-demokratische Legitimation einer öffentlichen Eigengesellschaft stellt grundsätzlich kein legitimatorisches Problem dar, die Einflussnahme und Kontrolle im Hinblick auf wesentliche Entscheidungen ist gewahrt. Etwas anderes muss nach dem zuvor Dargelegten jedoch in der gemischt-öffentlichen AG gelten. Während die einzelnen Aktionärsvertreter in der Hauptversammlung jeweils – bezogen auf ihr jeweiliges Landesvolk – personell legitimiert sind, ist Anknüpfungspunkt vielmehr grundsätzlich die Legitimation des Entscheidungsorgans im Ganzen. Hier gilt, wie oben erörtert, dass bestimmte Mitglieder der Hauptversammlung im Hinblick auf das jeweils andere Legitimationssubjekt als demokratisch nicht legitimiert gelten müssen.⁸⁸⁸ Dies überträgt sich jedoch nicht unbedingt auf Entscheidungen des Gremiums im Ganzen: Eine personelle demokratische Legitimation der Hauptversammlung ist demnach dann zu bejahen, wenn jedenfalls die Stimmenmehrzahl der für das jeweilige Teilvolk legitimierten Vertreter für die positive sowie die negative Entscheidungskompetenz genügt.⁸⁸⁹ Entscheidend ist mithin die Stimmrechtsverteilung in der Hauptversammlung,⁸⁹⁰ wobei erforderlich ist, dass die

⁸⁸⁷ Siehe bereits ebda.

⁸⁸⁸ Siehe oben D)II)2)b)cc).

⁸⁸⁹ Dies entspricht letztlich den oben bereits angesprochenen Grundsätzen des Prinzips der doppelten Mehrheit. So – zu Kollegialgremien – auch *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, § 24 Rn 19 Fn 25; *Papenfuß*, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, S. 162.

⁸⁹⁰ Während sich Kapitalanteile und Stimmrechtsanteile einander in der Regel entsprechen, muss es hierbei jedoch allein auf die Verteilung der Stimmrechte ankommen, da nur sie im Endeffekt die

bezogen auf das jeweilige Legitimationssubjekt demokratisch legitimierten Aktionärsvertreter nur einheitlich abstimmen können.⁸⁹¹

Für den aktienrechtlichen Aufsichtsrat kommt je nach Unternehmensaufstellung und einhergehenden Mitbestimmungsregelungen eine Vielfalt von Zusammensetzungsvarianten in Betracht.⁸⁹² Dies verwehrt eine allgemeintaugliche Aussage zum personellen Legitimationsgefüge dieses Gremiums, wenngleich seine grundsätzliche Tauglichkeit zur Weitergabe personeller Legitimation im Sinne der Legitimationskette festgestellt werden kann.⁸⁹³ Im Wesentlichen bleibt es jedoch auch hier bei dem Grundsatz, dass der Aufsichtsrat einer gemischt-öffentlichen AG mehrheitlich mit legitimierten Anteilseignervertretern besetzt sein muss, denen einheitliches Abstimmen nicht gestattet sein darf.⁸⁹⁴

Als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der AG leitet der Vorstand diese in eigener Verantwortung, § 76 AktG.⁸⁹⁵ Der Vorstand wird vom Aufsichtsrat bestellt und abberufen (§ 84 AktG), wobei eine Abberufung nur unter strengen Voraussetzungen und aus wichtigem Grund (Abs. 3) möglich ist, um die Vorstandsautonomie nicht zu gefährden.⁸⁹⁶ Die Bemessungsgrundlage personeller demokratischer Legitimation des Vorstands ist daher die Legitimation des Aufsichtsrats.⁸⁹⁷

Entscheidung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG maßgeblich beeinflussen können. Sofern also Kapital- und Stimmrechtsanteile im Einzelfall auseinanderfallen (vgl. §§ 12 Abs. 1 S. 2, 139ff AktG sowie § 12 Abs. 2 S. 2 AktG), sind allein letztere ausschlaggebend für eine Subsumtion der Entscheidung unter das Demokratieprinzip.

⁸⁹¹ Vgl. überzeugend zur Stimmenspaltung als Hindernis für die Entscheidungskompetenz demokratisch legitimer Aktionärsvertreter: *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 281ff; a.A. *Engelland*, Die Einflussnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften, S. 162ff; *Püttner*, Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen, in: DVBl 1986, 748 (750).

⁸⁹² *Klein*, Die Betätigung der öffentlichen Hand als Aktionärin, S. 63; *K. Schmidt*, GesellschaftsR, S. 839; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 258ff.

⁸⁹³ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 329 (385); *Pfeifer*, Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung kommunaler Aktiengesellschaften, S. 221f; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 257; vgl. zudem BVerwGE 106, 64 (79ff.).

⁸⁹⁴ *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 295.

⁸⁹⁵ Dazu umfassend: *K. Schmidt*, GesellschaftsR, S. 814f.

⁸⁹⁶ Siehe bereits oben D)I)4)c). Durch die Begrenzung der Vorstandszeit des § 84 Abs. 1 S. 1 AktG auf (verlängerbare) fünf Jahre, besteht dennoch ein ausreichender Spielraum für generelle Personalentscheidungen des Aufsichtsrates.

⁸⁹⁷ Etwas anderes gilt für Aufsichtsräte, die der Montanmitbestimmung unterfallen. Hier muss ein Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied im Vorstand etabliert werden, der seine Stellung sowie seinen Status gem. § 13 Abs. 1 MontanmitbestG von der Gruppe der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ableitet. Diese verfügen nicht über eine personelle Legitimation, mithin können sie auch keine vermitteln. In diesen Fällen muss also stets gelten, dass der Vorstand nicht voll personell demokratisch legitimiert ist.

(2) Umsetzung hinreichender Entscheidungskompetenz in der GmbH

Nach § 47 Abs. 1 GmbHG erfolgt die Entscheidungsfindung in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung grundsätzlich mit einfacher Stimmenmehrheit. Absatz 2 regelt die Stimmrechtsbemessung nach Geschäftsanteilen. Die Stimmrechtsausübung erfolgt durch die Gesellschafter selbst oder ihre (organschaftlichen) Vertreter.⁸⁹⁸ Auch hier gilt das zur AG Gesagte: Liegt das Stammkapital allein bei einer Körperschaft, bestehen keine Schwierigkeiten hinsichtlich der personellen demokratischen Legitimation ihrer Vertreter. Die Kette individueller Berufungsakte ist ununterbrochen zum jeweiligen (Teil-) Volk rückführbar. Doch auch für die gemischt-öffentliche GmbH zeigt sich ein mit der AG vergleichbares Bild im Hinblick auf die Legitimation ihrer Vertreter.⁸⁹⁹ In der Konsequenz bedeutet dies auch hier, dass Entscheidungen der Gesellschafterversammlung nur dann über eine hinreichende personelle Legitimation verfügen, wenn jedenfalls die Mehrzahl der Stimmen der demokratisch-legitimierten Vertreter ausreicht, um eine Entscheidung tatsächlich zu bewirken und gleichzeitig keine Entscheidung gegen ihren Willen durchgesetzt werden kann. Auch für die gemischt-öffentliche GmbH gilt also die Gestaltung der Stimmrechtsgewichtung in der Form, dass sowohl die negative als auch positive Entscheidungskompetenz bei den legitimierten Gesellschaftsvertretern liegt. Hierin liegt eine der Kernforderungen des Demokratieprinzips begründet, welches die effektive Umsetzbarkeit des politischen Gestaltungswillens der zum Handeln berufenen Legitimationsträger fordert. Insbesondere die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen, das heißt die vertragliche Absprache darüber, wie sich der Gesellschafter bei Abstimmungen zu verhalten hat,⁹⁰⁰ zum Zwecke der einheitlichen Abstimmung kann also in Verbindung mit der Stimmenmehrheit eine demokratische Legitimation der Gesellschafterversammlung als Entscheidungsorgan bewirken. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, muss ihr ein Legitimationsdefizit attestiert werden.

Wie oben erörtert, stehen dem in der GmbH grundsätzlich fakultativen Aufsichtsrat weitreichende Kontrollrechte zu.⁹⁰¹ Wird ein solcher eingesetzt, kann für seine personelle Legitimation auf das oben zum AG-Aufsichtsrat Dargelegte ver-

⁸⁹⁸ Vgl. hierzu für staatliche und kommunale Gebietskörperschaften: *Erichsen*, Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, S. 55, 63.

⁸⁹⁹ *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 314.

⁹⁰⁰ *Damrau*, in: MüKo BGB, § 1274 Rn 59; *K. Schmidt*, GesellschaftsR, S. 617ff;

⁹⁰¹ Die weit überwiegende Zahl der Gemeindeordnungen schreibt die Einrichtung eines Aufsichtsrats zwingend vor, vgl. bspw. Art. 92 Abs. 1 Nr. 2 BayGO; § 137 Abs. 1 Nr. 5 NKomVG; § 113 GO NRW.

wiesen werden. Etwas anderes gilt, sofern die Gesellschafter vom AktG abweichende Regelungen für den Aufsichtsrat festgelegt haben. Dann ist dessen Legitimation anhand der konkreten Bestimmungen zu beurteilen.

Die personelle Legitimation des Geschäftsführers vermittelt die Gesellschafterversammlung indem sie ihn gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG bestellt und abberuft.⁹⁰² Müssen personell legitimatorische Mängel im Organ konstatiert werden, pflanzen sich diese unweigerlich auch zur Position des Geschäftsführers fort.

(3) Bedürfnis effektiver Entscheidungskompetenz in der gemischt-öffentlichen Kapitalgesellschaft

Es bleibt zu konstatieren, dass der Erhalt sowohl der positiven als auch negativen Entscheidungskompetenz in der kooperativen öffentlichen Kapitalgesellschaft kaum zu verwirklichen ist. Ein Verlust an Kontrolle und Steuerungskraft und damit eine Reduktion demokratischer Legitimation ist jedoch Wesensmerkmal kooperativen Handelns und insbesondere auch in der institutionellen kapitalgesellschaftlichen Zusammenarbeit angelegt.⁹⁰³

Statuiert der Gesellschaftsvertrag den Modus der Entscheidungsfindung nicht explizit, so gelten die jeweiligen Vorgaben aus dem GmbH- oder Aktiengesetz. Regelmäßig werden Entscheidungen danach mit einfacher Mehrheit gefällt. Dies kann weder die positive noch die negative Entscheidungskompetenz der einzelnen Gesellschafter sichern. Mit der Inkorporation des Einstimmigkeitsprinzips für einen Katalog wesentlicher Gesellschaftsentscheidungen lässt sich dieser Legitimationsverlust jedoch eingrenzen. Da durch dieses Vorgehen nur die negative Entscheidungskompetenz angesprochen ist, bleibt die sichere Durchsetzbarkeit gewollter Entscheidungen ungewiss. Ein Vetorecht in diesem Sinne vermittelt die Garantie, dass kein Votum entgegen dem legitimierten (politischen) Willen gefasst wird. Auf rein tatsächlicher Ebene mag daher argumentiert werden können, die Möglichkeit, Entscheidungen verhindern zu können sei wichtiger als zur Entscheidungsbewirkung imstande zu sein, dem Demokratieprinzip lässt sich eine solche Wertung jedoch nicht entnehmen. Dieses verlangt vielmehr die grundsätzliche Möglichkeit der Durchsetzung des (Teil-)Volkswillens in allen Facetten.

Demnach wäre eine institutionalisierte Zusammenarbeit in der gemischt-öffentlichen und kapitalistischen Gesellschaft mit den oben erläuterten Vorgaben des Demokratieprinzips zunächst nicht in Einklang zu bringen und wäre isoliert betrachtet somit auch nicht verfassungskonform. Das würde dazu führen, dass staatliche Körperschaften solche gemischt-öffentlichen privatrechtlichen Gesellschaften weder

⁹⁰² Etwas anderes gilt für Gesellschaften die dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen. Hier vermittelt der Aufsichtsrat die personelle Legitimation des Geschäftsführers.

⁹⁰³ *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 362.

gründen noch Großprojekte in ihnen umsetzen dürften. Wie eingangs geschildert⁹⁰⁴, ist das Legitimationsniveau der kooperativen gemischt-öffentlichen Gesellschaften jedoch insgesamt hoch. Deren Organe sind mit von dem jeweiligen Volk umfänglich demokratisch legitimierten Vertretern besetzt. Für die jeweils andere Gebietskörperschaft fußt die Legitimation lediglich in unterschiedlichen Legitimationssubjekten (Landesvölkern), die selbst Teil desselben Bundesvolkes sind.

(4) Bundesstaatsprinzip als Ausgleich legitimatorischer Defizite

Notwendigerweise wird bei Kooperationen zwischen Ländern eine demokratische Legitimation der jeweiligen Entscheidungen nach den zuvor dargelegten Grundsätzen nicht erreicht werden können. Dies ist einem Zusammenschluss mehrerer Vertragsparteien wie auch der Kooperation in der funktionellen Selbstverwaltung immanent.⁹⁰⁵

Abhilfe können an dieser Stelle das Bundesstaatsprinzip und die darin enthaltenen Kooperationsoptionen und gar -gebote schaffen. Die Verfassung sieht grundsätzlich die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung der Länder vor.⁹⁰⁶ Die verfassungsrechtliche Entscheidung für den Bundesstaat dient unter anderem der Erhaltung der Vielfalt bei gleichzeitiger Bewahrung staatlicher Einheit,⁹⁰⁷ darüber hinaus bezweckt es die mit der Dezentralisierung von Aufgaben verbundene Sachnähe und dem Wettbewerb.⁹⁰⁸ Der „kompetitive Föderalismus“ stellt dabei zunächst eine stärkere Trennung und den unter ihnen seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts betonten Wettbewerb den einzelnen Länder untereinander in den Vordergrund.⁹⁰⁹ Die Kooperation zwischen den Ländern und den Ländern mit dem Bund wird dadurch hingegen nicht aufgegeben. Das gebietet namentlich der kooperative Bundesstaat, der dem Bundesstaatsprinzip ebenfalls Wesensmerkmal ist.⁹¹⁰ Der kooperative Bundesstaat zeigt sich in institutionalisierten oder vertraglichen Zusammenschlüssen zwischen den Ländern. Während das Bundesstaatsprinzip die Eigenstaatlichkeit der Länder garantiert⁹¹¹ und damit auch die Aufgabenerfüllung einer einzel-

⁹⁰⁴ Siehe D)II)2)b)aa).

⁹⁰⁵ Vgl. hierzu auch *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 362.

⁹⁰⁶ BVerwG, Az. 6 C 8.95, Urt. V. 19.03.1997, S. 20 f.

⁹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 134, 1 Rn 61.

⁹⁰⁸ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn 22.

⁹⁰⁹ *Sommerrmann*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Art. 20 GG, Rn. 55.

⁹¹⁰ *Grzesnick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG, Rn. 155.

⁹¹¹ *Voßkuhle/Kaufhold*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Bundesstaatsprinzip, in: JuS 2010, 873 (874); *Schneider*, Die bundesstaatliche Ordnung im vereinigten Deutschland, in: NJW 1991, 2448 (2449).

nen Gebietskörperschaft in Eigenverantwortung als Regelfall und Grundmodus begreift,⁹¹² sieht es zugleich auch Abweichungen hiervon vor. Um das Prinzip der Eigenstaatlichkeit und Eigenverantwortlichkeit der Länder nicht zu untergraben, bedarf es hierfür allerdings eines sachlichen Grundes. Rechtfertigen sachliche Gründe eine Abweichung, die in der Aufgabenmaterie und ihren rechtlichen und faktischen Anforderungen liegt,⁹¹³ dann erlaubt, ja gebietet das Bundesstaatsprinzip mitunter sogar, dass ihr im Kooperationsverbund begegnet wird.⁹¹⁴ Dort wo beispielsweise ein Gliedstaat bei der Aufgabenrealisierung im Hinblick auf Verwaltungs- oder Finanzkraft überfordert ist, kann eine Kooperation die Aufgabenwahrnehmung überhaupt erst ermöglichen.⁹¹⁵ Ähnlich gelagert sind Fälle, in denen Tätigkeitsfelder betroffen sind, deren Wirkungsfeld sich über Länderhoheitsgebiete hinaus erstreckt. Eine effiziente, wirtschaftliche und sinnvolle Aufgabenerledigung kann dann gerade im Sinne des Bundesstaatsprinzips nur durch länderstaatliche, interföderale Zusammenarbeit erfolgen. Als Teil der Daseinsvorsorge ist die Vorkhaltung der Infrastruktur, wie bereits dargelegt, originäre Aufgabe des Staates und in Rahmen der Verfassungskompetenzzuordnung auch die der Länder.⁹¹⁶ Sowohl internationale Seehäfen wie der JadeWeserPort, Fernbahnhöfe wie Stuttgart 21 oder internationale Flughäfen wie der BER haben eine überregionale Bedeutung und eine Komplexität und Kostenstruktur die eine im Bundesstaatsprinzip angelegte Kooperation zur effizienten und hinreichenden Aufgabenerledigung gebieten.

Das Bundesstaatsprinzip bietet insofern im Einzelfall die Möglichkeit einen verfassungsimmanenten Rechtfertigungsgrund bei Defiziten der demokratischen Legitimation von Entscheidungen in einer institutionalisierten Partnerschaft darzustellen. Die große Bedeutung des Bundesstaatsprinzips zeigt sich auch darin, dass sie in mehrfacher Hinsicht von der sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 GG erfasst wird und als eines der Staatsfundamentalprinzipien in der Abwägung mit dem Demokratieprinzip an Gewicht nicht zurückstehen muss.

Denn wie oben schon erörtert, steht das Demokratieprinzip nicht über anderen verfassungsrechtlich verbürgten Gütern, es wird durch andere Regelungen des Grundgesetzes mitunter ausgeformt, konkretisiert, aber auch begrenzt.⁹¹⁷ Daher besteht Einigkeit darüber, dass das Demokratieprinzip und die in ihm wurzelnden

⁹¹² BVerwG, ZUM 1998, 170 (175).

⁹¹³ *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus, in: HStR VI (2008), § 126 Rn 187; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 365.

⁹¹⁴ Beispiele sind oben bereits benannte Instrumente, die Aufgabenkoordination bezwecken, intraföderale Staatsverträge oder die Konferenzen der Länderfachminister z.B. vgl. oben B)IV)1).

⁹¹⁵ *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, § 141 Rn 20.

⁹¹⁶ Siehe dazu oben B)II)3)a)cc).

⁹¹⁷ *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn 81ff; *Dreier*, in: ders., GG Band II, Art. 20 (Demokratie) Rn 146 ff.

Grundsätze durch solche Regelungen eingeschränkt werden können, denen ebenfalls Verfassungsrang zukommt.⁹¹⁸ Kollidieren Verfassungsgüter, z.B. in dem Falle, dass die demokratische Legitimation einer privatrechtlichen Gesellschaft, die die Realisierung eines Großprojektes zum Zweck hat, defizitär ist, führt das nicht zwangsläufig zu einer Verfassungswidrigkeit der betroffenen Beteiligung bzw. Entscheidung. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass andere Güter von Verfassungsrang die legitimatorisch grundsätzlich defizitäre, kooperative Entscheidung rechtfertigen können. Wird also das erforderliche Legitimationsniveau unterschritten, ist diese Unterschreitung dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie aus Gründen erfolgt, die dem Schutz und der Einhaltung einer anderen Bestimmung mit Verfassungsrang dient.⁹¹⁹ In Betracht kommt dazu nach den obigen Schilderungen insbesondere das Bundesstaatsprinzip, sofern es im konkreten Falle Kooperation erfordert und die Defizite rechtfertigen kann.

dd) Stärkung demokratischer Legitimation durch Entscheidung betroffener Bürger?

Kein taugliches Legitimationssubjekt kann hingegen in den vom Großprojekt betroffenen Bürgern gesehen werden: Sie sind insofern weder Volk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG,⁹²⁰ noch Teilvolk⁹²¹ in diesem Sinne. Vielmehr wäre eine Befugnis zur Mitentscheidung derer, die von der Verwaltungsentscheidung direkt betroffen sind, letztendlich undemokratisch.⁹²² *Papier* spricht in diesem Zusammenhang von der „Gefahr einer demokratischen Scheinlegitimation.“⁹²³ Hier ist vor allem der Grundsatz der Gleichheit im Rahmen des demokratischen Entscheidungsprozesses

⁹¹⁸ Vgl. vor allem: *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn 87; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 248.

⁹¹⁹ Ebda.

⁹²⁰ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116, 330 (385f); Ehlers, Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, in: JZ 1987, 218 (226); vgl. auch BVerwGE 106, 64 (79ff).

⁹²¹ Zum Volksbegriff v. Art. 20 GG i.S.d. Staatsvolks: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn 78ff.

⁹²² *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, § 34 Rn 53; *Ewer*, Kein Volksentscheid über die Zulassung von Infrastrukturprojekten, in: NJW 2011, 1328 (1330); *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. S. 6ff, 11f; *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: HStR III, § 35 Rn 5; *Lowi*, The public philosophy: Interest-group liberalism, in: American Political Science Review Bd. 61 (1967), 5ff; *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544 (563); *Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, S. 48ff.

⁹²³ *Papier*, Einführung in das Thema, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche, Bd. 2: Großprojekte mit Bürgerbeteiligung, S. 15.

anzuführen, der durch die besondere Beachtung individueller Sonderinteressen verletzt wäre. Eine solche Entscheidung verlöre damit an Legitimationsgehalt.⁹²⁴

Dieser Widerspruch zeigt sich gerade für gemeinwohlorientierte Infrastruktur-großvorhaben:⁹²⁵ Bei einem weit überregional wirkenden Bahnprojekt zum Beispiel handelt es sich um Angelegenheiten der Allgemeinheit.⁹²⁶ Entschieden nun lediglich die vom Großprojekt räumlich individuell Betroffenen, so würden sie nicht primär eigene Angelegenheiten, sondern die der Allgemeinheit mitbeschließen. Dies bedeutet schließlich, dass die Anknüpfungspunkte Betroffenheit und Akzeptanz der Betroffenen keinen Aussagecharakter für die organisatorisch-personelle demokratische Legitimation haben können. Vielmehr verfügt die dem Gemeinwohl und der Unparteilichkeit verpflichtete Verwaltung über eine durch die Legitimationskette vermittelte, ausreichende organisatorisch-personelle Legitimation.⁹²⁷ Hierdurch lässt sich die Verwaltungsentscheidung auf das gesamte Volk als Souverän zurückführen.

c) Zwischenergebnis

Auch wenn gemischt-öffentliche Unternehmen im Kapitalgesellschaftsgewand stets kompetenzgebunden bleiben, so eröffnet das Vorgehen der öffentlichen Hand doch die Möglichkeit sich freier auf dem Markt zu bewegen. Privatrechtlich organisierte Gesellschaften nehmen eine Zwitterstellung zwischen Staat und Markt ein, wobei sie beiden Elementen zu dienen verpflichtet sind und in deren Spannungsverhältnis⁹²⁸ das jeweils richtige Maß zu finden bestrebt sein müssen.

Wie dargelegt worden ist, sind auch Kapitalgesellschaften mit ihren speziellen Binnenstrukturen prinzipiell geeignet, den Erfordernissen der organisatorisch-personellen demokratischen Legitimation zu entsprechen.⁹²⁹ Sie bieten der Exekutive

⁹²⁴ Mann, Großvorhaben als Herausforderung, in VVDStRL 72, 544 (563); vgl. auch Seibert-Fohr, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: VerwArch 2013, 311 (320).

⁹²⁵ Dazu Schuppert, Gemeinwohldefinition im pluralistischen Verfassungsstaat, in: GewArch 2004, 441ff.

⁹²⁶ Vgl. BVerwG Urteil vom 21.11.2014 - 7 A 28.12 Rn 53.

⁹²⁷ Siehe dazu oben C)I)2). Vgl. zu Unterschiedlichkeit von Akzeptanz und demokratischer Legitimation: Seibert-Fohr, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: VerwArch 2013, 311 (325).

⁹²⁸ Dieses Spannungsverhältnis betrifft insbesondere die Ebenen des Ordnungsprinzips, der Entscheidungsform sowie der Kompetenz. Vgl. dazu ausführlich Kluth, in: Mann/Püttner, HKWP Bd. 2, § 39 Rn 4; Kabl, Freiheitsprinzip und Sozialprinzip in der EU, in: Bauer, FS Schmidt, S. 75ff. Vgl. zum Spannungsverhältnis von Demokratieprinzip und Wirtschaftlichkeitsgebot: Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 476ff.

⁹²⁹ Problematisch ist jedoch die Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen in privater Rechtsform. Dies ist jedoch keine Fragestellung die diese Arbeit betrifft und soll hier nicht weiter thematisiert werden. Vgl. dazu Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 258ff.

grundsätzlich gute Bedingungen für die Planung und Umsetzung von Großprojekten.⁹³⁰ Durch die „Auslagerung“ dieser Aufgaben in eine privatrechtlich organisierte Kapitalgesellschaft können Wirtschaftlichkeitsfaktoren und Personalentscheidungen flexibler gehandhabt werden.⁹³¹ Solange wesentliche Entscheidungen von personell legitimierten Organen getroffen werden, bestehen grundsätzlich keine Bedenken im Hinblick auf die Einhaltung der diesbezüglichen Vorgaben aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Es ist jedoch im Einzelfall zu beurteilen, wie diese in der Praxis tatsächlich umgesetzt werden.⁹³² Hierzu dient eine eingehende Betrachtung verschiedener Großprojekte. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die sachlich-inhaltliche sowie die organisatorisch-personelle Legitimation dieser konkreten Projekte gelegt werden müssen.

Die Notwendigkeit der Kontrolle von öffentlich gehaltenen, privatrechtlichen (Eigen-)Gesellschaften folgt aus der fortbestehenden Garantenstellung des Aufgabenträgers (Ingerenz). Das Rechtsstaatsprinzip verbietet das Entstehen kontrollfreier Räume auch im Bereich der Einbeziehung von Privatrechtssubjekten in die öffentliche Aufgabenwahrnehmung. Der Fortbestand der Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand in diesem Bereich ist damit nicht nur demokratisch, sondern auch rechtstaatlich vorgeschrieben. Darüber hinaus ist der Verlust an parlamentarischer Kontrolle durch die entsprechende Überwachung des öffentlichen Aufgabenträgers durch geeignete Stellen innerhalb des traditionellen Staatsaufbaus zu kompensieren.

Zentraler Faktor bleibt dabei, dass eine effektive Einflussnahme sowie hinreichende Kontrollmöglichkeiten der entsprechenden öffentlichen Träger gewährleistet sind. Einwirkungen müssen tatsächlich bestehen und die Geschäfte der Gesellschaft insofern nicht nur beeinflussbar, sondern steuer- und kontrollierbar bleiben.⁹³³ Insgesamt haben die vorstehenden Untersuchungen zur Verwirklichung legitimatorischer Anforderungen gezeigt, dass sich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung grundsätzlich besser für privatrechtliche Gesellschaften in öffentlicher Trägerschaft eignet als die weniger weisungsabhängige, und daher weniger kontrollierbar organisierte AG. Wird im Rahmen von Gesellschaftsverträgen bei wesentlichen Entscheidungen das Einstimmigkeitsprinzip vorgeschrieben, so ist zumindest die negative Entscheidungskompetenz der Trägerkörperschaft gesichert. Gegebenenfalls können Legitimationseinbußen verfassungsrechtlich durch das Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG ausgeglichen werden.

⁹³⁰ Siehe D)I)3), D)I)4).

⁹³¹ Zum Personalbereich, siehe dazu *Gourmelon/Seidel/Treier*, Personalmanagement im öffentlichen Sektor, S. 226ff.

⁹³² Vgl. dazu D)II)1).

⁹³³ *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 545; *Kraft*, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht: zur Verpflichtung kommunaler Körperschaften, auf ihre Privatrechtsgesellschaften einzuwirken, S. 98f; *Spannowsky*, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigenesellschaften in öffentlicher Hand, in: ZGR 1996, 400 (413, 424ff).

III) Transparenzanforderungen an die kapitalgesellschaftliche Projektumsetzung

Nachdem oben die Anforderungen, die das Demokratieprinzip speziell an die kapitalgesellschaftliche Projektumsetzung stellt, erörtert worden sind, ist zu untersuchen, ob auch das Transparenzgebot insofern spezielle Voraussetzungen für die Realisierung bereithält.

Hochkomplexe Strukturen sind für Großprojekte kennzeichnend. Die hiermit in enger Verbindung stehende Forderung nach mehr Transparenz ist keine rein gesellschaftliche. Auch aus den Reihen von Bundestag und Bundesregierung wurden zuletzt entsprechende Postulate nach neuen, verbesserten und durchschaubareren Planungen und Baudurchführungen laut.⁹³⁴ Der Leiter des Untersuchungsausschusses zum Flughafen Berlin Brandenburg hatte seine eigenen mangelnden Möglichkeiten, als Mitglied des Berliner Abgeordnetenhauses und Ausschussvorsitzender an hinreichende Informationen zu gelangen, moniert.⁹³⁵

Die eigens zum Zweck besserer Großvorhabendurchführung vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)⁹³⁶ ins Leben gerufene *Reformkommission Bau von Großprojekten* formuliert insofern einen klaren Handlungsauftrag. Danach sollen „Kostenwahrheit, Kostentransparenz und Termintreue nachhaltig verbessert und Risiken deutlicher transparent gemacht werden“⁹³⁷. Auch der ehemalige Verkehrsminister Ramsauer, der diese Kommission initiierte, stellte als wichtigste Ziele die Kostenwahrheit und -transparenz auf „und zwar von der ersten Idee bis zur Abrechnung“⁹³⁸. Demnach soll die bereits sehr wichtige erste Projektphase, die Grundlagenermittlung- und Planungsphase, Transparenz der Bevölkerung gegenüber schaffen. Dieses unmissverständliche Ziel könnte jedoch über diesen informellen Appellcharakter hinausgehen und sich nach dem oben Gesagten vielmehr als verfassungsrechtliches Erfordernis darstellen.

⁹³⁴ Vgl. *Stumpf*, Hamburgs Transparenzgesetz, in: *VerwArch* 2015, 499 (500) mwN.

⁹³⁵ *Delius*, Flughafen BER: Aufklärung wird unmöglich gemacht, in: *Tagesspiegel* v. 06.01.2013: <http://www.tagesspiegel.de/berlin/ber/flughafen-ber-aufklaerung-wird-unmoeglich-gemacht/7592042.html>; *ders.*, in: „Politik plant, Bürger zahlt“, bei Maybritt Illner am 01.05.2014; vgl. zur Selbstinformation in Form des parlamentarischen Untersuchungsrechts generell auch oben C)II)3)b)cc)(2)(c).

⁹³⁶ Das Ministerium wurde mittlerweile umstrukturiert und in Bundesministerium für Verkehr und Infrastruktur (BMVI) umbenannt.

⁹³⁷ BMVBS, Reformkommission Bau von Großprojekten, Mögliche Ursachen für Kosten- und Terminüberschreitungen bei der Realisierung von Großprojekten, S. 2, vgl. Fn 43.

⁹³⁸ Ramsauer war 2009-2013 Bundesverkehrsminister. Mehr Sachverstand für Großprojekte, in: *Handelsblatt* v. 17.03.2013: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/neues-gremium-mehr-sachverstand-fuer-grossprojekte/7941302.html?ticket=ST-2908217-OTrNsZGTTfH2otMWy9mE-ap4>.

Der Abschlussbericht der Kommission empfiehlt ein klares Handlungsreglement,⁹³⁹ dabei bleibt fraglich, wie es um rechtliche Vorgaben für die fehleranfällige Realisierung steht. Nach dem oben Dargelegten müssten die Transparenz- bzw. Publizitätsanforderungen des Demokratieprinzips auch auf diejenigen Großprojektstrukturen übertragen werden, in denen staatliche Aufgaben unter Beteiligung der öffentlichen Hand wahrgenommen werden. Dies umfasst den gesamten Zeitraum der Projektplanung und -ausführung und bewirkt deren fortlaufende Durchschaubarkeit und Kontrollierbarkeit. Angesprochen sind dabei sämtliche Transparenzebenen, vor allem auch unter Meinungsbildungsaspekten: Während Transparenz auf Staat-Bürger-Ebene zugunsten von Meinungs- und Willensbildung allgemein aufklärend wirkt und so zugleich Akzeptanz erzeugt werden kann, ist auf der Ebene zwischen Staat und Repräsentanten vor allem die Entscheidungsfindung und Kontrolle der Projektgesellschaften angesprochen. Die in der repräsentativen Demokratie offene Kommunikation, im Sinne eines Informationsaustauschs zwischen Regierenden und Regierten, ist gerade im Zusammenhang mit der Großprojektumsetzung geboten.

Auf einfachgesetzlicher Ebene gelten die Transparenz- und Informationsgebote aus den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und Länder ebenfalls für Informationen über die Großprojektumsetzung im Rahmen des gesetzlichen Anwendungsbereichs. Die Staat-Bürger-Ebene der Transparenz betrifft jedoch oft einen anderen Projektzeitpunkt: Die auf diesem Wege generierten Informationen werden regelmäßig erst im Entscheidungsnachgang abgerufen und können keine antizipierte Meinungsbildung bewirken, haben aber dennoch eine im demokratischen Rechtsstaat wichtige Kontrollfunktion.⁹⁴⁰

Der Bauherr hat insofern eine Organisationsstruktur zu schaffen, die eine klar definierte Steuerung und Kontrolle gewährleistet, um auch den oben aufgezeichneten Legitimationsvoraussetzungen zur Wirksamkeit zu verhelfen.⁹⁴¹ Bereits im ersten Schritt nach der Initiierung, auf Ebene der Entwurfsplanung, müssen sämtliche Strukturen mindestens auf Staat-Repräsentanten-Ebene lückenlos durchschaubar und nachvollziehbar sein. Gleiches gilt für die nachfolgenden Prozesse der weiteren Planung, Projektzulassung und Bauausführung. Dies hat den nützlichen (Neben-)Effekt der Qualitätssicherung⁹⁴² und veranschaulicht, dass es nicht allein um die Anforderungen geht, die das Demokratieprinzip an das mit dem Großprojekt verbundene Verwaltungsverfahren stellt. Betroffen ist vielmehr der Transparenzgehalt

⁹³⁹ BMVI, Reformkommission Bau von Großprojekten, Endbericht: <https://www.bmvi.de/Shared-Docs/DE/Publikationen/G/reformkommission-bau-grossprojekte-endbericht.html>.

⁹⁴⁰ Zur frühen Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 25 Abs. 3 VwVfG vgl. unten S. 154.

⁹⁴¹ Zur legitimationsfördernden Wirkung von Transparenz vgl. auch *Gurlit*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 227 (242f).

⁹⁴² Vgl. *Vofskuble*, Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR III, § 43 Fn 277 zu Rn 73 m.w.N.

des gesamten Projekts von der initiierten Idee, spätestens aber der ersten Beteiligung der öffentlichen Hand, bis hin zur Abrechnung, oder auch Inbetriebnahme des Großprojektes.

Hier zeigt sich, dass der Mangel an konkreten Transparenzregeln im einschlägigen Recht die Einordnung der Großprojekte im Hinblick auf die zu erfüllenden Transparenzanforderungen erschwert. Während Anforderungen zwar aus den elementaren Staatsprinzipien abgeleitet werden können, besteht ein konkreter sanktionsbewehrter Rahmen nicht. Je größer der Umfang der öffentlichen Beteiligung am Großprojekt ist und je mehr staatliches Kapital im Vorhaben gebunden wird, desto wichtiger ist jedoch zugleich die Durchschaubarkeit der Strukturen.⁹⁴³ Transparenz ist insbesondere in den frühesten Stadien der Projektplanung essentiell und zudem geeignet, die Effizienz des Gesamtprojekts zu fördern.⁹⁴⁴ Gerade hier kann die Willensbildungsfunktion Wirkung entfalten und die Projektentscheidung insofern auf weitestgehend objektive Grundpfeiler stellen, während zugleich eine etwaige Alternativoffenheit noch besteht.⁹⁴⁵ Das darauf folgende Verwaltungsverfahren hingegen kann dies nicht mehr im gleichen Umfang leisten.⁹⁴⁶ Auch Instrumente wie die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung des § 25 Abs. 3 VwVfG, welche die Vorgaben des PIVereinG umsetzt, sind nur bedingt geeignet eine umfangreiche Transparenzwirkung zu entfalten, da sie gezielt die betroffene Öffentlichkeit adressieren.⁹⁴⁷ Vielmehr entsteht in erster Linie eine Konkretisierung der Betreuungs- und Fürsorgepflichten der Behörde aus dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip.⁹⁴⁸ Im weiteren Verwaltungsverfahren erfolgt lediglich die Untersuchung des Vorhabens im Hinblick auf unüberbrückbare Hemmnisse und beinhaltet mitunter nicht unbeachtliche administrative Ermessensspielräume.⁹⁴⁹ Insofern wird regelmäßig verwaltungsrechtlich geprüft, ob das politisch Erstrebte rechtlich unvereinbar ist, nicht hingegen was

⁹⁴³ BVerwG, Beschl. v. 08.02.2011 - 20 F 14/10.

⁹⁴⁴ Vgl. BMVI, Aktionsplan der Bundesregierung – Aktionsplan Großprojekte, S. 6; *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 8; Storost, in: *Kern*, Podiumsdiskussion: Transparenz und Akzeptanz bei Großvorhaben, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche 2012, Bd. 2, S. 103 (109).

⁹⁴⁵ Zur Erheblichkeit Prüfung von Großprojektalternativen: *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 6.

⁹⁴⁶ So auch *Ramsauer*, Umweltprobleme in der Flughafenplanung – Verfahrensrechtliche Fragen, in: NVwZ 2004, 1041.

⁹⁴⁷ Hierzu näher: *Stüer*, Das Planvereinheitlichungsgesetz, in: DVBl 2013, 700 (701f.) mit Ausführungen zu Transparenz- und Akzeptanzeffekten der Norm.

⁹⁴⁸ VGH Mannheim NVwZ 2006, 1305. Zudem *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 25 Rn 11ff., der das bestehende VwVfG-Instrumentarium trotz der Erweiterung mit Verweis auf *Selmer* (JuS 2003, 1241) als „unterentwickelt“ bezeichnet und auf bereichsspezifische Informationsrechte ohne verfahrensrechtlichen Bezug verweist. Vgl. weiterhin *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, HK VerwR, VwVfG, § 25 Rn 1; *Ziekow*, VwVfG, § 25 Rn 1.

⁹⁴⁹ Vgl. z.B. *Erbguth*, Infrastruktur Großprojekte, in: DÖV 2012, 821 (825f); *Haugl/Schadtle*, Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht, in: NVwZ 2014, 271 (272f); *Mann*, Großvor-

unter Abwägung sämtlicher Belange das „objektiv Beste“ wäre.⁹⁵⁰ Dies zu leisten ist auch nicht Aufgabe der Verwaltung, es veranschaulicht aber dennoch das Bedürfnis frühzeitiger Offenlegung der Projektplanung im Hinblick auf die Erzielung einer möglichst bestandsfähigen und tragbaren Projektentscheidung. Hierher gehört auch die Steigerung ökonomischer Rationalität, an der es nachweislich bei 90 Prozent aller Großprojekte fehlt.⁹⁵¹ Dies führt zu Kostensteigerungen, die politisch kaum kommunizierbar und rechtlich jedenfalls höchst fragwürdig sind und wiederum regelmäßig auf jahrelange Rechtsstreitigkeiten um die Verantwortlichkeit für diese Steigerung hinauslaufen.

Ein hoher Transparenzgrad im Rahmen der Projektplanung und -durchführung ist zudem imstande, ein weiteres zumindest wünschenswertes, wenn auch rechtlich nicht erforderliches Ziel zu erreichen: Akzeptanzsteigerung. Gerade die mit diesen Vorhaben häufig einhergehenden Großproteste führen nicht nur zu immensen Bauverzögerungen, sie belasten zudem das Verhältnis der Bevölkerung zu ihren Repräsentanten. Die Folgen, die dieser Vorgang für die freiheitliche Demokratie nach sich ziehen kann, sind nicht Thema dieser Arbeit und sollen daher nicht tiefer thematisiert werden. Dennoch bleibt zu betonen, dass die Konsensfindung nicht lediglich leere Worthülse, sondern urdemokratische Aufgabe ist. Kosten- und zeitintensive Gerichtsverfahren könnten auf diesem Wege zumindest potentiell reduziert werden.⁹⁵²

Transparenz als modernes Schlagwort ist auch im Hinblick auf die Realisierung von Baugroßprojekten freilich kein Allheilmittel. Dennoch ist sie in ihren Wirkungen im Stande, sowohl zu Inhalts-, Zeit-, Kosten- und Preisklarheit zu führen – Faktoren, die nicht nur unter demokratischen, sondern vor allem auch rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedeutsam sind. Gleichzeitig hat sie, wie eingangs angesprochen, nicht lediglich Appellcharakter, sondern ist im Rahmen demokratischer Strukturen auch bei Großprojekten erforderlich. Dort, wo kooperative Strukturen die Großprojektkomplexität noch verstärken, ist die gleichlaufende Transparenzsicherung wesentlich.⁹⁵³

haben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544, (554); *Steinberg*, Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren, in: ZUR 2011, 340 (345f); *Wächter*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 499 (508ff).

⁹⁵⁰ *Wächter*, Großhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 499 (503).

⁹⁵¹ *Flyvbjerg*, Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects, *California Management Review*, Vol. 51/2, 2009, S. 170ff; vgl. auch *Kabnemann/Lovallo*, Delusions of Success- How Optimism Undermines Executives' Decisions, in: *Harvard Business Review* 2003, 4.

⁹⁵² Vgl. hierzu *Gurlit*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 227 (244f); *Müller-Rommel/Meyer/Heins*, Verwaltungsmodernisierung in Niedersachsen, S. 93ff, 195ff.

⁹⁵³ *Trute*, Selbstregulierung und staatliche Steuerung, in: DVBl 1996, 950 (957).

E) Großprojekte im Lichte von Demokratieprinzip und Transparenzgebot

I) Ausgangslage: Großprojekte in Deutschland

Eine Vielzahl von Großprojekten beschäftigt in der Bundesrepublik derzeit Bauplaner, Investoren, Gerichte und die öffentliche Hand, im Speziellen die zuständigen Ministerien. Großprojekte sind jedoch keinesfalls ein Novum, sind sie doch vielmehr essentieller Bestandteil einer sich wandelnden Stadtentwicklung, eines zunehmenden internationalen Standortwettbewerbs sowie eines sich ständig ändernden Wirtschaftshandelns.⁹⁵⁴ Schon seit längerem ist eine Entwicklung weg von breit angelegten finanziellen Fördermaßnahmen ganzer Regionen, hin zu projektbezogenen Investitionen in einzelne Großvorhaben festzustellen.⁹⁵⁵ Derzeit sind insbesondere einige konkrete Großprojekte Teil von größerem medialem Interesse. Dieses verdienen sie sich jedoch nicht vornehmlich durch architektonische oder infrastrukturelle Attraktivität, sondern zuvorderst durch Planungsfehler, Pannenanfäll-

⁹⁵⁴ Vgl. BMVI, Reformkommission Bau von Großprojekten, Endbericht, S. 7.

⁹⁵⁵ *Krüger*, Stuttgart 21, in: Informationen zur Raumentwicklung 2011/2012, 594.

ligkeit und eklatante Preissteigerungen. Aber anders als in der Presse vielfach dargestellt, sind auch diese Faktoren keine Neuerung in der Debatte um die Realisierung großer Projekte durch die öffentliche Hand.⁹⁵⁶ Es liegt vielmehr nahezu in der Natur der Sache, dass besonders große, höchstkomplexe Vorhaben durch unvorhersehbare Ereignisse, vor allem aber auch Fehlplanungen und -kalkulationen zeitlich in Verzug geraten und Preissteigerungen nach sich ziehen.⁹⁵⁷

Eine neue Qualität bringt jedoch die – speziell in den Medien breit thematisierte – Häufung von defizitbehafteten Großprojekten in der Bundesrepublik. Prominentestes Beispiel hierfür ist das Bahnprojekt Stuttgart-Ulm „S21“ (hierzu Ziffer IV 3), das als Herzstück die Inbetriebnahme eines unterirdischen Durchgangsbahnhofs umfasst. Neben einer enorm langen Planungs- und Realisierungsdauer waren es vor allem Bürgerproteste, die das Gesamtprojekt in Frage stellten und zu einer Volksabstimmung führten.⁹⁵⁸

Der einzige deutsche Tiefwasserhafen „JadeWeserPort“ (hierzu Ziffer IV 1) in Wilhelmshaven hatte im Vorfeld des Betriebs mit Baumängeln und einhergehenden Eröffnungsverzögerungen zu kämpfen. Zudem wurden sein Bedarf insgesamt in Frage gestellt sowie die mit ihm verbundenen Umwelteinwirkungen bemängelt. Nach Inbetriebnahme machte der tideunabhängige Hafen vor allem mit ausbleibendem Schiffsverkehr, einhergehender Kurzarbeit der Beschäftigten und Streit mit der Betreibergesellschaft auf sich aufmerksam.⁹⁵⁹

Auch der sich seit 2006 im Bau befindliche Flughafen Berlin Brandenburg (hierzu Ziffer IV 2) hat neben beträchtlichen Mehrkosten, in erster Linie durch erhebliche Zeitverzögerungen auf sich aufmerksam gemacht. Politisch und medial treffen die Entwicklungen vor allem auf Häme und großes Unverständnis für die umfangreichen Planungsfehler sowie auf Ablehnung nicht zuletzt wegen Korruptionsvermutungen.⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ So z.B.: Opernhaus Sydney (von 7 Mio. auf 102 Mio. AUD), Internationales Congress Centrum Berlin (von 90 Mio. DM auf 924 Mio. DM); Eurotunnel (von 2,6 Mrd. GBP auf 4,65 Mrd. GBP); Großer-Belt-Brücke (von 13,9 Mrd. DKK auf 21,4 Mrd. DKK). Vgl. auch *Flybjerg/Bruzelius/Rothengatter*, *Megaprojects and Risk*, S. 12ff.

⁹⁵⁷ Mit dem Begriff des „megaprojects paradox“ bezeichnet Flybjerg das Phänomen der steigenden Zahlen von Mega- und Großprojekten bei gleichzeitiger statistischer Zunahme des Misserfolgs solcher Projekte. Vgl. *Flybjerg/Bruzelius/Rothengatter*, *Megaprojects and Risk*, S. 6.

⁹⁵⁸ Siehe dazu näher unten ab E)3)a)dd).

⁹⁵⁹ Siehe dazu näher unten unter E)IV)1)a)bb).

⁹⁶⁰ Als Bsp. einige wenige Pressestimmen: *Hägler*, Bauverband über mehr Transparenz bei Großprojekten: „Die ganze Welt lacht über uns“, in: *SZ* v. 17.12.2012: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/baustelle-xxl-bauverband-fordert-radikalen-systemwechsel-fuer-grossprojekte-1.1552457>; *Schwenn*, BER wird vom Problem zum Monster, in: *FAZ* v. 19.04.2014: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ber-der-flughafen-berlin-wird-vom-problem-zum-monster-12901513.html>; *Machatschke*, Mehdorn wirft hin - Eine abschbare Katastrophe, in: *Manager Magazin online* v. 16.12.2014: <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/ber-flughafenchef-mehdorn-gibt-auf-pannenbaustelle-berlin-a-1008618.html>.

Im Folgenden werden die drei oben skizzierten Infrastrukturgroßprojekte dahingehend untersucht, ob sie den oben aufgezeigten verfassungsrechtlichen Vorgaben aus dem Demokratieprinzip und dem Transparenzgebot genügen. Hierzu erfolgt eine Betrachtung und Analyse der jeweils unterschiedlich ausgestalteten Projektpartnerschaften. Zwei diesen Prüfungen vorgeschaltete Schritte dienen der Darlegung grundlegender Entscheidungsstufen (II.) sowie der Skizzierung von Defiziten, die öffentlichen Großprojekten im Allgemeinen immanent sind (III.).

II) Entscheidungsebenen bei Infrastrukturgroßprojekten

Die oben unter B)II)1) definierten Großprojekte durchlaufen regelmäßig drei Entscheidungsebenen. Nur die erste Ebene betrifft dabei ein parlamentarisches Votum, auf den beiden anschließenden Ebenen ist die Realisierung des Projekts abhängig von exekutivischen Entscheidungen. Während die vertiefte Auseinandersetzung mit dem betreffenden Verfahrensrecht nicht Inhalt dieser Arbeit ist, sind die allgemeinen verfahrensbezogenen Schritte zur Einordnung der diversen projektbezogenen Entscheidungen dennoch wichtig, um im Folgenden den legitimatorischen Gehalt der maßgeblichen Stufen untersuchen zu können.⁹⁶¹

1) Entscheidungstrias von Verkehrsinfrastrukturprojekten

Im Rahmen der (Verkehrs-)Infrastrukturplanung trifft das Parlament auf der ersten Ebene zunächst regelmäßig die Aufgabe der Bedarfsfeststellung.⁹⁶² Auf Grundlage des Bundesverkehrswegeplanes (BVWP) wird durch einen gesetzlichen Bedarfsplan im Rahmen der öffentlichen Bedarfsplanung so der Bedarf für bestimmte Infrastruktur(groß)vorhaben festgestellt.⁹⁶³ An die Stelle der Bedarfsplanung treten bei anderen Großprojekten zumeist sonstige Pläne, die nicht den Bedarf als Anknüpfungspunkt haben, regelmäßig Festlegungen der Landesraumplanung. Die Einpassung in konkrete Raumverhältnisse erfolgt im weiteren Verfahrensverlauf auf der

⁹⁶¹ Verkehrsinfrastrukturprojekte bedürfen in einem vorgezogenen Schritt zudem der Einpassung in die unionsrechtlich in Art. 170 AEUV manifestierten Transeuropäischen Netze. Das transeuropäische Verkehrsnetz bezieht sich mit Schiene, Straße, Binnenwasserstraßen, See und Luft sowie deren „multimodale Verknüpfung“ auf die Verkehrsinfrastruktur insgesamt sowie deren effizienten und nachhaltigen Betrieb. Mit dem Gesamtnetz aller vorhandenen und geplanten Verkehrsinfrastrukturen sollen die Mitgliedstaaten bis 2050 ein hochwertiges unionsweites Verkehrsnetz geschaffen haben. Hierin fügen sich insofern die nationalen, bzw. regionalen Projekte ein.

⁹⁶² Für Schienenwege zB § 1 Abs. 1 BSWAG, für Fernstraßen § 1 Abs. 2 FStrAbG. Für Häfen findet eine Bedarfsplanung nicht statt.

⁹⁶³ Köck, Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, in: ZUR 2016, 579ff.

zweiten Ebene durch höherstufige Fachplanung, Raumordnungsverfahren oder Linienbestimmung (vgl. nur § 16 FStrG).⁹⁶⁴ Auf der dritten Ebene folgt die Einzelzulassung per Verwaltungsakt – regelmäßig als abwägender Planfeststellungsbeschluss nach dem jeweiligen Fachgesetz.⁹⁶⁵

2) Parlamentarische Beteiligung und Haushaltshoheit

Lediglich mittelbar findet eine Legislativentscheidung mit Großprojektbezug zudem im Rahmen der Haushaltsplanung statt. Im Zusammenhang mit seinem Budgetrecht trifft das Parlament finanzplanerische Entscheidungen. Staatliches Wirtschaften hat sich insgesamt einzufügen in das Haushaltsrecht von Bund und Ländern, namentlich Art. 104a ff. GG, das HGrG, die BHO und die LHOen. Der Haushalt wird von der Regierung geplant, erst durch eine parlamentarische Bewilligung werden aber die erforderlichen Finanzmittel für die exekutivischen Tätigkeiten zur Verfügung gestellt (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG) und der vorgelegte Haushaltsplan so demokratisch legitimiert.⁹⁶⁶ Die darüber hinaus notwendige verwaltungsrechtliche Ermächtigung legitimiert den konkreten Mitteleinsatz.⁹⁶⁷ Die Kontrolle der Mittelverwendung erfolgt im Nachhinein durch die Rechnungshöfe (Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG). Auch das exekutivische Wirtschaftshandeln im Rahmen von Verkehrsinfrastrukturgroßprojekten hat sich in diese haushaltsrechtliche Systematik einzufügen, an deren Anfang Parlamente entsprechende Mittel über den Haushaltsplan als formellem Gesetz zur Verfügung stellen. Die BHO und der weit überwiegende Teil der LHOen enthalten für Großprojekte in dem hier definierten Sinne keine speziellen Vorkehrungen.⁹⁶⁸ Lediglich in der LHO Hamburgs bestehen an verschiedenen Stellen explizite Vorgaben im Hinblick auf ihre hausrechtliche Darstellung (vgl. z.B. § 3 Abs. 2, 16 Abs. 1 S. 4 HmbLHO). Nach dem Gesetz sind Projekte groß, „wenn sie für [...] Hamburg von besonderer politischer oder finanzieller Bedeutung sind.“

⁹⁶⁴ Vgl. dazu *Erbguth*, Infrastrukturgroßprojekte: Akzeptanz durch Verfahren und Raumordnung, in: DÖV 2012, 821; *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 549 (584ff).

⁹⁶⁵ So z.B. AEG, BFStrFG, BWassStrG, LuftVG, KrlW/AbfG oder NABEG.

⁹⁶⁶ BVerfGE 45, 1 (32); 70, 324 (355).

⁹⁶⁷ Eingehend *P. Kirchhof*, Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: NVwZ 1983, 505 (506); *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG; Art. 110 Rn 35.

⁹⁶⁸ Der überwiegend gleich lautende § 24 Abs. 2 BHO regelt lediglich, dass größere Entwicklungsvorhaben erst veranschlagt werden dürfen, „wenn Planungen und Schätzungen der Kosten und Kostenbeteiligungen vorliegen.“

III) Defizitbeschreibung

Die Fehler- und Problemanfälligkeit von Großprojekten ist multikausal. Annäherungsweise sollen die folgenden vier Kategorien zur Beschreibung der üblichen Defizite öffentlicher Großprojekte dienen. Diese stehen jedoch nicht isoliert für sich, sie haben vielmehr große Bezugspunkte und beeinflussen einander in nicht unerheblichem Maße.

1) Defizite aufgrund von Strukturenkomplexität

Mit der Größe und dem Grad an Innovation eines Großvorhabens steigt auch die Komplexität der Projektstrukturen.⁹⁶⁹ Öffentlich- und gesellschaftsrechtliche Verflechtungen kumulieren mit baulich und technisch schwierigen Gefügen, die enormes Expertenwissen voraussetzen. Komplexe Großprojekte enthalten eine Anzahl von veränderlichen Größen und deren Vernetzung. Sie sind regelmäßig von hoher Dynamik gekennzeichnet, Analysen daher schnell überholt.

Komplexität bedeutet, wie zuvor bereits aufgezeigt,⁹⁷⁰ einen grundsätzlichen Anstieg von Undurchschaubarkeit und damit eine Abnahme von Strukturtransparenz. Wird dieser Transparenzreduktion nicht aktiv entgegengewirkt, schafft die Strukturenkomplexität großer Bauvorhaben regelmäßig rechtliche und planerische Komplikationen,⁹⁷¹ die zumeist terminliche und kostenrelevante Folgen nach sich ziehen. Einhergehend zeichnen sich auch die entsprechenden Verwaltungsverfahren durch erhebliche Komplexität aus, die es schwer macht, Rechte und Pflichten adäquat zu durchschauen.

2) Defizitäre Verantwortungs- und Kontrollebenen

Vornehmlich sind es auf dieser Ebene Informations-, Erfahrungs- und Machtasymmetrien, die Schwierigkeiten für die Umsetzung des Bauvorhabens nach sich ziehen. Vielen Großprojekten fehlt es an klaren Führungsstrukturen im Gleichlauf mit erheblichen Kontrolldefiziten.

⁹⁶⁹ Zur Komplexitätsthematik vgl. zudem *Wächter*, Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, in: DÖV 2015, 121ff. Zum Bedürfnis der Komplexitätssteigerung des Verfahrens i.Z.m. der Komplexität des Entscheidungsgegenstands, vgl. *Steinberg*, Komplexe Verwaltungsverfahren, in: DÖV 1982, 619 (623); *Wabl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41, 151 (180), mit Verweis auf *Lubmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 52.

⁹⁷⁰ Siehe B)V) und D)III).

⁹⁷¹ Speziell zu Infrastrukturvorhaben: *Wächter*, Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, in: DÖV 2015, 121ff.

Kommunikationsmängel führen häufig zu Unkenntnis von möglichen oder tatsächlichen Projektrisiken und -problemen, die gleichfalls Kostenfolgen haben können. Ausgereifte, der Projektgröße entsprechende Kommunikations- und Mitteilungsformen sind jedoch unumgänglich für die Herstellung und den Erhalt, der zur erfolgreichen Umsetzung erforderlichen Transparenz der Gesamtkonzeption. Häufig fehlt es dort an konkreten Anreiz- und Sanktionssystemen in der Vertragsgestaltung.⁹⁷²

Je länger die Zeitspanne zwischen Initialidee, Projektplanung, Bau, und Inbetriebnahme ist, desto wahrscheinlicher sind Veränderungen in der Verantwortungsstruktur, sowohl auf Seite der privatwirtschaftlichen Projektbeteiligten, aber vor allem auch auf öffentlicher Seite. Konsequenzen sind der Verlust von spezifischem Projektwissen und auch eine erschwerte Zuordnung von Mängeln und Fehlern zu verantwortlichen Akteuren. Dies wiederum birgt die Gefahr in sich, dass der Anreiz zu durchdachtem und fehlerfreiem Handeln des Einzelakteurs sinkt und zugleich Steuerung und Kontrolle erschwert werden.

3) Lange Verfahrensdauer und erhebliche Kostensteigerung

Die Kostensteigerungsproblematik um die Großprojektrealisierung im Allgemeinen hat zwei erhebliche Folgen: Zum einen belastet sie die öffentlichen Haushalte immens, zum anderen verdrängt sie andere, ggf. notwendige und effektive Infrastrukturmaßnahmen.

Wie zuvor bereits erwähnt, kam der Oxforder Ökonom *Flyvbjerg* nach einem weltweiten Vergleich von 260 Großprojekten zu einer durchschnittlichen Projektverteuerung von einem Drittel im Vergleich zur Ursprungskalkulation.⁹⁷³ Politisch gewollt ist regelmäßig eine preiswerte Umsetzung bei gleichzeitig hohem Alleinstellungswert. Die Paradoxie dieser „politischen Preise“⁹⁷⁴, die häufig einer anfänglichen Projekteuphorie geschuldet sind,⁹⁷⁵ zu realistischen Kosten ist dabei unschwer zu erkennen. Keineswegs sollte diese empirische Feststellung jedoch als Allgemeinrechtfertigung für Fehlentwicklungen und Kostenexplosionen herangezogen wer-

⁹⁷² Siehe oben B)V)2).

⁹⁷³ Dazu insgesamt *Flyvbjerg*, Megaprojects and Risk: an anatomy of ambition.

⁹⁷⁴ Der Terminus ist in der einschlägigen Literatur, aber auch in den Medien ein regelmäßig benutzter Begriff für geschönte und unrealistische Kostenkalkulationen, welche die Zustimmung zum Projekt durch die entsprechenden Gremien aber auch aus der Bevölkerung sichern sollen. Vgl. bspw. *Hamm*, Staatseingriffe: Politische Preise, in: FAZ v- 18.04.2008: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/staatseingriffe-politische-preise-1538408.html>.

⁹⁷⁵ Zu Optimismus als Risikofaktor beim Bau von Großprojekten, vgl. allgemein: *Lovallo/Kahnemann*, Delusion of Success: How Optimism Undermines Executives' Decisions, in: Harvard Business Review 07/2003, 56ff; *Flyvbjerg*, Survival of the Un-fittest: Why the Worst Infrastructure Gets Built, in: Oxford Review of Economic Policy, Vol. 25, 344ff.

den. Auch der Ansatz, Projektprobleme orientiert an Akteuren und vor allem Entscheidungsträgern zu erklären,⁹⁷⁶ dürfte zu kurz greifen: Der weit überwiegende Teil der Experten – Literatur, Praktiker und Rechnungshöfe – führt die Schwierigkeiten um Fertigstellung und Kostensteigerungen oftmals auf Schwächen in der Vorbereitungs- und Planungsphase zurück.⁹⁷⁷ Hier birgt vornehmlich auch die Zweiteilung des Projektprozesses in die Planungs-/Bewilligungs- und Realisationsphase nicht unerhebliche Kostensteigerungspotenziale.⁹⁷⁸ Informationsasymmetrien sowie unterschiedliche Zielsetzungen und Strategien in der jeweiligen Phase bewirken Undurchsichtigkeit und verhindern Stringenz.⁹⁷⁹ Die Entscheidung über die Großprojektumsetzung auf Grundlage von kaum realitätsgerechten und unstrukturierten Konzeptionen⁹⁸⁰ führt regelmäßig nicht nur zum Kostenanstieg, sondern auch zu Verzögerungen in der Realisation.⁹⁸¹

⁹⁷⁶ Dieser ist insbesondere ein in den Medien gern verwendetes Erklärungsmuster. Hierbei wird die Begründung für die Großprojektdefizite vornehmlich dem verantwortlichen Regierungsoberhaupt der jeweiligen realisierenden Gebietskörperschaft, als höchstem Repräsentativ- und Exekutivorgan zugeschrieben. Eine derart monokausale Defizitanalyse verfehlt jedoch die Bedeutung exekutiver Entscheidungsfindung in Gänze und ist daher als nicht zielführend abzulehnen.

⁹⁷⁷ Siehe z.B. LT Hmb, Drs. 20/6208, S. 2; LRH Hmb, Kostenstabiles Bauen, S. 6ff; *Gabriel*, Bürgerbeteiligung an Großprojekten, in: Hill/Sommermann u.a., Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, S. 31f.

⁹⁷⁸ *Greve*, Herausforderung Großbauprojekte, in: ProjektMagazin 02/2014 v. 22.01.2014: https://www.projektmagazin.de/artikel/herausforderung-grossbauprojekte-ein-loesungsvorschlag-auf-basis-der-hoai_1086732.

⁹⁷⁹ Flyvbjerg/Bruzelius/Rothengatter, Megaprojects and Risk, S. 7.

⁹⁸⁰ „Dies veranschaulichen auch die Aussagen des Hauptgeschäftsführer des Verbands der Deutschen Bauindustrie Knipper sowie eines nicht namentlich genannten Managers eines großen deutschen Baukonzerns: ‚Es ist eine Art Spiel. Allen Beteiligten ist klar, dass sich in Deutschland heute ein Projekt nur rechnet, wenn wir am Ende viele dieser sog. Nachträge abrechnen,‘ beschreibt ein Manager eines großen deutschen Baukonzerns das System. Das Spiel geht so: Ein Ministerpräsident wünscht sich einen Prestigebau, etwa einen Bahnhof, einen Konzertsaal oder einen Transrapid. Es wird ein Eröffnungstermin vorgegeben und einige Beamte konzipieren grob den Auftrag. Er wird ausgeschrieben und der mit dem günstigsten Angebot gewinnt. Doch eigentlich ist noch gar nicht recht klar, was im Detail zu leisten ist, mit welcher Technik etwa ein Tunnel gebaut werden soll oder wie dick der Beton sein muss. Die Folge: Es tauchen oft Probleme auf. Und die Baufirmen wollen die extra berechnen. Wenn so etwas aus Versehen zu Beginn bekannt wird, ziehen die Politiker mitunter die Reißleine wie beim Transrapid – oder es beginnt ein Streit über die Kosten zwischen den Projektträgern wie bei Stuttgart 21.“, *Hägler*, Bauverband über mehr Transparenz bei Großprojekten, in: SZ v. 17.12.2012: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/baustelle-xxl-bauverband-fordert-radikalen-systemwechsel-fuer-grossprojekte-1.1552457>.

⁹⁸¹ *Flyvbjerg/Garbuio/Lovallo*, Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects, S. 4f.

Wesentliche Probleme bereiten vielen Großprojekten zudem die weitgehende Unverbindlichkeit des Kostenmanagements, fehlendes Risikomanagement sowie lückenhafte Vertragsgestaltungen.⁹⁸²

4) Rejektionshaltung aus der Bevölkerung

Die oben genannten Defizite werden erweitert um die erst in den letzten Jahren vermehrt aufkommende Forderung nach mehr Transparenz und mehr Bürgerbeteiligung bei öffentlich realisierten Großprojekten. Waren es zunächst vor allem unmittelbar Betroffene und Interessenverbände, die Mitspracherechte geltend machen wollten, zeigt zunehmend – angefacht auch durch die mediale Berichterstattung sowie die erweiterten Kommunikationsmöglichkeiten des Internets und der sozialen Netze – eine breitere Bevölkerung Interesse am Fortgang der Projekte. Der Umgang mit dieser neuerlichen Haltung von öffentlicher Bauherrenseite konnte diesem Bedürfnis bisher offenbar nicht gerecht werden. *Geißler* betitelte das Verhältnis der Bevölkerung zur Politik in seinem Schlichterspruch zum Bahnprojekt Stuttgart-Ulm allgemein als „massive Vertrauenskrise“.⁹⁸³ Kritisiert wird regelmäßig vor allem die zu späte Einbindung der Bevölkerung in die Planung der Projekte.⁹⁸⁴

Auch auf dieser Ebene ist regelmäßig die Komplexität der Großprojektstrukturen ein grundlegendes Problem. Insofern sind Strukturen und Funktionsweise des Vorhabens durch ausreichende Informationen darzustellen.⁹⁸⁵ Wo hingegen die Bevölkerung nicht oder unzureichend informiert wird, verbleiben Strukturen undurchsichtig und lassen sich Unverständnis und Misstrauen mangels Nachvollziehbarkeit nicht ausräumen. Prägnantestes Beispiel hierfür sind die Massenproteste um den Bau des unterirdischen Durchgangsbahnhofs in Stuttgart mit bis zu 60.000 Demonstranten⁹⁸⁶, die in schwerwiegenden Auseinandersetzungen zwischen der Polizei und einzelnen Demonstranten gipfelten⁹⁸⁷ und letztendlich Schlichtungsgespräche sowie ein landesweites Referendum nach sich zogen.⁹⁸⁸

⁹⁸² Vgl. LT Berlin Drs. 17/3000, Bd. I, S. 125; Im Gespräch: Klaus Grewe, ehemaliger Projektmanager für die Londoner Olympic Delivery Authority (ODA) – „Der Schlüssel ist die Fleißarbeit im Vorfeld“, in: FAZ Nr. 14 v. 17.01.2013, S. 13.

⁹⁸³ *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 2.

⁹⁸⁴ *Buchsteiner/Stüer*, Stuttgart 21, in: UPR 2011, 335 (336, 340); *Groß*, Stuttgart 21, in: DÖV 2011, 510; *Seibert-Fohr*, Öffentlichkeitsbeteiligung, in: VerwArch 2013, 311 (316); *Versteyl*, Partizipation durch Verfahren, in: I+E 2011, 89; *Wulforst*, Konsequenzen aus „Stuttgart 21“, in: DÖV 2011, 581.

⁹⁸⁵ *Wächter*, Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, in: DÖV 2015, 121 (122).

⁹⁸⁶ Ebd.

⁹⁸⁷ Zum Polizeieinsatz des sog. „Schwarzen Donnerstags“: VG Stuttgart, Urt. v. 18.11.2015 - Az. 5 K 1265/14.

⁹⁸⁸ Siehe unten E)3)a)dd).

Aber Konflikte spielen sich auch auf einer medial weniger beachteten Ebene ab. Die Motive für diese Spannungen sind im Wesentlichen in Nutzungskonflikten, zunehmendem Wertewandel und einer neuen Qualität von Bürgerbewegungen zu finden. Letzteres spiegelt sich im Organisiertheitsgrad sowie der Mobilität der Protestbewegungen wider. Die sozialen Netzwerke haben hierfür neue Dimensionen geschaffen und so eine überregionale Vernetzung ermöglicht.

Wichtigere Faktoren dürften jedoch die angesprochenen Nutzungskonflikte sein, die hauptsächlich in dicht besiedelten Räumen bestehen. Lärmbelästigungen, Luftverschmutzungen und Flächenverbrauch nehmen hierbei allerorts die Konkurrenz zwischen Individual- und Allgemeininteressen in den Fokus.⁹⁸⁹ Auch ein Phänomen, das sich wohl als „Wertewandel“ bezeichnen ließe, hat zu einem Umdenken der Bevölkerung geführt. Zu beobachten ist dabei in den vergangenen zwanzig Jahren ein gewandeltes Umweltbewusstsein, das dem Naturschutz insgesamt größeres Gewicht zugesteht.

5) Zwischenergebnis

Es lassen sich demnach insgesamt die oben genannten vier Defizitkategorien bilden, die die gängigen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Umsetzung gerade von Verkehrsinfrastrukturgroßprojekten zusammenfassend darstellen. Diese Defizitkategorien werden daher für die nachfolgende Untersuchung konkreter Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte die Grundlage der Defizitbeschreibung darstellen, um im Anschluss insbesondere in der Gegenüberstellung (F.I.), aber auch im Handlungsbedürfnis (F.II) über die im Einzelnen nachfolgend betrachteten Verkehrsinfrastrukturprojekte hinaus verallgemeinerungsfähige Aussagen zu ermöglichen.

IV) Infrastrukturgroßprojekte – strukturelle Ähnlichkeiten und Unterschiede

Um die unter III) aufgeführten Defizitkategorien in F) empirisch zu beleuchten, werden nachfolgend die oben bereits mehrfach angesprochenen drei aktuellen Verkehrsinfrastrukturprojekte, der Hafen JadeWeserPort (1.), der Flughafen Berlin Brandenburg (2.) und der Bahnhof Stuttgart 21 (3.) untersucht. Dazu werden sie jeweils in Litera a) - c) zunächst dargestellt und sodann in Litera d) und e) im Lichte der oben unter B)IV) und C) dargestellten Kooperationsformen und demokratie- und transparenzbezogenen rechtlichen Vorgaben hin geprüft.

⁹⁸⁹ Dieser Konflikt beschränkt sich daher keinesfalls auf Großprojekte, sondern ist bezogen auf raumbedeutsame Projekte insgesamt, vgl. bspw. *Kobls*, in: Danner/Theobald, *Energierrecht*, 130 Rn 172ff; *Rojahn*, *Umweltschutz in der raumordnerischen Standortplanung von Infrastrukturvorhaben*, in: NVwZ 2011, 654 (659f).

1) Großprojekt JadeWeserPort

Im Wilhelmshavener Jadebusen wurde im September 2012 der einzige tideunabhängige Tiefwasserhafen Deutschlands als Gemeinschaftsprojekt der Länder Niedersachsen und Bremen eröffnet, in dem Containerschiffe der neuesten Generationen⁹⁹⁰ voll beladen abgefertigt werden können.

a) *Historie und Motivation*

Die Seeschifffahrt spielt eine Schlüsselrolle in dem durch die Globalisierung intensivierte Welthandel: Gegenwärtig werden etwa 90 Prozent des Güterhandels über den Seeweg abgewickelt.⁹⁹¹ Als unmittelbare Folge sehen sich die deutschen Seehäfen einem ausgeweiteten EU-Binnenmarkt und einer immer stärkeren innereuropäischen Konkurrenz ausgesetzt. Gerade im Hinblick auf den größten europäischen Tiefwasserhafen in Rotterdam soll der JadeWeserPort (nachfolgend „JWP“) die Konkurrenzfähigkeit Deutschlands im weltweiten Seehandel sichern.⁹⁹² Die von Globalisierungsprozessen angefachte nachhaltige Steigerung des Containerumschlags hat unmittelbar zu einer erhöhten Nachfrage nach Hafendienstleistungen geführt. Wirtschaftsprognosen sehen nach wie vor beständige Zuwachsraten für den Containertransportsektor.⁹⁹³ Mit dem Ziel, die Transport-Stückkosten zu senken, haben diese Entwicklungen die marktdominierenden, global agierenden Reedereien dazu bewogen, außergewöhnlich große Containerschiffe bauen zu lassen, die mehr als 23.000 TEU fassen und einen Tiefgang von bis zu 16 m haben.⁹⁹⁴ Mit

⁹⁹⁰ Die Ladungskapazität wird nach der Anzahl von 20 Fuß Containern in TEU (Twenty Foot Equivalent Units) bemessen. Schiffe der neusten Generation transportieren über 23.000 dieser Standardcontainer.

⁹⁹¹ *Heinritz*, Transport von Rohstoffen: Über 90 Prozent des Welthandels finden auf dem Seeweg statt, in: wallstreet online vom 14.11.2012: <http://www.wallstreet-online.de/nachricht/5047261-transport-rohstoffen-ueber-90-prozent-welthandels-seeweg>; *Mester*, Hafen als Teil internationaler Wertschöpfungsketten, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 2006, S. 42.

⁹⁹² *Kluth*, Bau des Container-Tiefwasserhafens, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 2010, S. 46; *Snippe*, Jade-Weser-Port, in: Hansa 2003, 14; *Sichelschmidt*, Das Projekt eines deutschen Tiefwasser-Containerhafens, S. 3.

⁹⁹³ *Sichelschmidt*, Projekt Tiefwasserhafen, S. 5; *Snippe*, JadeWeserPort: Tiefwassercontainerterminal an der Jade in Wilhelmshaven in: Hansa 2003, 14. Vgl. zudem den RWI/ISL-Containerumschlagindex: <http://www.rwi-essen.de/forschung-und-beratung/wachstum-konjunktur-oeffentliche-finanzen/projekte/containerumschlagindex/>.

⁹⁹⁴ Das derzeit größte Containerschiff bzgl. des Fassungsvermögens ist die MSC Gülsún mit 23.500 TEU Fassungsvermögen und bis zu 16,5 m Tiefgang (Stand 2020). Modelle der Reedereien Maersk und CSCL haben vergleichbare Größen. Vgl. auch *Fock*, Entwicklung der Schiffsgrößen, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 1981, S. 39ff.

diesen Ausmaßen können sie nur in solchen Häfen abgefertigt werden, die entsprechende tiefe Fahrwasser und ausreichende Kapazitäten vorweisen.⁹⁹⁵ Der Hamburger Hafen kann so aufgrund der geringen Tiefe der Elbe von diesen Schiffen mitunter nur halb beladen angefahren werden. Für die Zukunft wird eine weitere Steigerung der Schiffgrößen prognostiziert.⁹⁹⁶ Hafenerweiterungen sind europaweit die Reaktion auf diese Entwicklungen.⁹⁹⁷

aa) Initiierung

Gerade vor dem schon damals absehbaren Hintergrund der weltweit steigenden Baugröße von Containerschiffen entstand in den 1990er Jahren die Idee eines tideunabhängigen Tiefwasserhafens in der Deutschen Bucht.⁹⁹⁸ Ausgangspunkt für die Diskussion war die Tatsache, dass die größten deutschen Häfen Hamburg und Bremerhaven selbst von vollbeladenen 6.000 TEU-Schiffen, deren Tiefgang bei ca. 14,5 m liegt, nur mit Hilfe der Flutwelle erreicht werden können.⁹⁹⁹ Aus diesem Umstand ergeben sich für die Betroffenen teils enorme Planungsschwierigkeiten. Der JWP hingegen bietet mit 18 m Wassertiefe gerade für die Schiffe neuester Bauart gute Bedingungen.

Die Regierungschefs von Niedersachsen, Bremen und Hamburg entschieden sich daher Anfang 2001 für den Bau eines Tiefwasserhafens an der Nordseeküste bei Wilhelmshaven.¹⁰⁰⁰ Impuls war neben den oben angesprochenen Faktoren insbesondere die Sicherung der Marktanteile deutscher Häfen in Nordwesteuropa und zugleich die Verhinderung einer Monopolstellung des niederländischen Tiefwasserhafens in Rotterdam für Schiffe dieser Größenordnung.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁵ Vgl. *Kluth*, Bau des Container-Tiefwasserhafens, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 2010, S. 46.

⁹⁹⁶ Derzeit befinden sich für französische CMA CGM-Reederei neun (*Fabarius*, Schiffahrt International: Neun 22.000-TEU-Carrier aus China, in: THB v. 24.08.2017), für die schweizerische MSC sogar elf Containerschiffe im Bau (*Germann*, MSC plant Mega-Order, in: THB v. 25.08.2017), die mehr als 22.000 TEU fassen.

⁹⁹⁷ Vgl. zur Entwicklung der Schiffgrößenentwicklung und die damit verbundene Hafenplanung seit den 1960er Jahren: *Focke*, Entwicklung der Schiffgrößen, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 1981, S. 39ff.

⁹⁹⁸ Initiert wurde das Projekt 1993 von der Wilhelmshavener Hafenwirtschafts-Vereinigung e.V. (JadeWeserPort, Hafen+Betrieb, Historie, Schöne Geschichte: <http://www.jadeweserport.de/hafenbetrieb/historie/>).

⁹⁹⁹ *Erdmann*, Der JadeWeserPort, in: NdsVBl 2009, 104.

¹⁰⁰⁰ LT Nds. Drs. 15/4370, S. 5.

¹⁰⁰¹ Der JWP soll damit in der sogenannten Nordrange an Bedeutung gewinnen und als deren östlichster Tiefwasserhafen insbesondere Umschlaghafen für die wachsenden Märkte in Osteuropa, speziell im Baltikum sowie für Skandinavien werden (vgl. *Kluth*, Bau des Container-Tiefwasserhafens, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 2010, S. 46 (47). Nordrange ist die Bezeichnung für

bb) Verfahren, Bau und Inbetriebnahme

Als am 30.03.2001 die sogenannte Eckpunkteerklärung zum Bau des JWP in Wilhelmshaven erfolgte („Eckpunkteerklärung“),¹⁰⁰² war neben den Ländern Niedersachsen und Bremen auch Hamburg noch Partner in diesem länderübergreifenden Projekt. Nach einem Regierungswechsel entschied sich der nunmehr CDU-regierte Stadtstaat im Mai 2002 aber gegen eine 20-prozentige Beteiligung an der im August 2001 gegründeten Jade Weser Port-Entwicklungsgesellschaft mbH („JWP-E“) und stieg aus dem Projekt aus.¹⁰⁰³ Als Begründung wurde unter anderem angegeben, man wolle dem eigenen Hafen keine Konkurrenz machen.¹⁰⁰⁴

In einer gemeinsamen Kabinettsitzung bekräftigten die Landesregierungen von Bremen und Niedersachsen am 04.06.2002 die Realisierungsentscheidung für einen Tiefwasserhafen am Standort Wilhelmshaven.¹⁰⁰⁵ Die Kernpunkte der Zusammenarbeit wurden in einer Grundsatzerklärung vom 06.11.2002 beschrieben („Grundsatzerklärung“). Darin beschlossen die Länder Niedersachsen und Bremen zudem die Realisierung des Tiefwasserhafens durch neu zu gründende privatrechtlich organisierte Gesellschaften, wobei Errichtung und Betrieb zwecks Reduzierung der Haushaltsbelastungen mit Beteiligung privater Dritter erfolgen sollten.¹⁰⁰⁶ Mit notariellen Verträgen vom 23.03.2003 wurden die JadeWeserPort Realisierungsgesellschaft mbH & Co. KG („JWP-R“) und die Jade-WeserPort Realisierungs-Beteiligungs-GmbH gegründet. Auf Erstere wurde die JWP-E mit Vertrag vom 10.12.2004 verschmolzen.¹⁰⁰⁷

Im Jahr 2004 wurden die wasserrechtlichen Planunterlagen für den Ausbau der Jade bei der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest (WSD), später auch die Planunterlagen für das bergrechtliche Verfahren vom Land Niedersachsen, vertreten durch die JWP-E, eingereicht. Die Planfeststellungsbeschlüsse wurden nach ordnungsgemäßem Verfahren mit der erforderlichen Bürgerbeteiligung im März 2007 von der WSD und vom Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie

die wichtigen kontinentaleuropäischen Häfen an der Nordsee von Le Havre bis Hamburg, insbesondere die Häfen Antwerpen, Rotterdam, Amsterdam, Le Havre, Zeebrugge, Dünkirchen, Bremen/Bremerhaven, Hamburg und Wilhelmshaven.

¹⁰⁰² LT Nds., Drs. 15/4370, S. 5. Diese Entscheidung wird auch Eckpunkteerklärung genannt, vgl. dazu *Erdmann*, Der JadeWeserPort, in: NdsVBI 2009, 104.

¹⁰⁰³ *Erdmann*, Der JadeWeserPort, in: NdsVBI 2009, 104; vgl. auch Handelsregisterauszug des AG Wilhelmshaven, Registernr. HRB 1594.

¹⁰⁰⁴ Ebda.

¹⁰⁰⁵ LT Nds. Drs. 15/4370, S. 5.

¹⁰⁰⁶ LT Nds., Drs. 14/4023, S. 3.

¹⁰⁰⁷ LT Nds. Drs. 15/4370, S. 6; vgl. auch Handelsregisterauszug des AG Wilhelmshaven, Registernr. HRB 1594.

(LBEG) im September 2006 gefasst.¹⁰⁰⁸ Der Versuch verschiedener Interessengruppen, darunter Naturschützer und Anwohner, hiergegen gerichtlich vorzugehen, scheiterte.¹⁰⁰⁹

Nachdem sich die Stadt zunächst an der JWP-E beteiligt hatte, verkaufte Wilhelmshaven seine Anteile mit Wirkung zum 30.09.2004 an die bremenports GmbH & Co. KG. Die auf 40 Jahre festgeschriebene Betreiberkonzession wurde im Jahre 2006 an die in Bremen ansässige EUROGATE GmbH & Co. KGaA vergeben,¹⁰¹⁰ die das Terminal seit Inbetriebnahme durch ihre Tochtergesellschaft EUROGATE Container Terminal Wilhelmshaven GmbH & Co. KG (nachfolgend insgesamt „Eurogate“) betreibt. Im selben Jahr (2006) wurden dem Land Niedersachsen Mittel aus dem Fonds zur europäischen Förderung der regionalen Entwicklung (EFRE) in Höhe von 50 Mio. Euro bewilligt.¹⁰¹¹ Im Vergabeverfahren für den Bauauftrag erhielt zunächst Hochtief den Zuschlag,¹⁰¹² aufgrund vergeberechtl. Fehler wurde der Auftrag jedoch im Herbst 2007 an die Arbeitsgemeinschaft Bunte vergeben.¹⁰¹³ Dies war im Folgenden Gegenstand eines vom Niedersächsischen Landtag eingesetzten Untersuchungsausschusses,¹⁰¹⁴ der allerdings zu dem Ergebnis kam, dass es in dem Verfahren weder zu herbeigeführten Verzögerungen noch zu unzulässigen Eingriffen der niedersächsischen Landesregierung oder von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Landesregierung gekommen sei.¹⁰¹⁵

Im Juli 2008 begannen die Bauarbeiten für das Großprojekt JWP. Zum Probebetrieb wurde der JWP im Mai 2012 an den Betreiber Eurogate übergeben und mit

¹⁰⁰⁸ Planfeststellungsbeschluss der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest - P-143.3/72 v. 15.03.2007; VG Oldenburg NdsVBl 2009, 53ff; *Erdmann*, Der JadeWeserPort, in: NdsVBl 2009, 104 (105f).

¹⁰⁰⁹ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 05.03.2008 – 7MS 114/07; sowie VG Oldenburg, Urt. v. 19.06.2008 - 5 A 4956/06.

¹⁰¹⁰ *Erdmann*, Der JadeWeserPort, in: NdsVBl 2009, 104 (105); *Kluth*, Bau des Container-Tiefwasserhafens, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 2010, S. 46 (47).

¹⁰¹¹ Der Zusage ging eine Prüfung der von Wirtschaftlichkeit und Umweltverträglichkeit des Projekts voraus. In deren Rahmen wurde die Tragfähigkeit des Projekts auch von der EK in einer eingehenden Kosten-Nutzen-Analyse bejaht: Europäischen Kommission, Beschluss K(2008) 7826 vom 10.12.2008.

¹⁰¹² LT Nds., Drs. 15/4370, S. 6.

¹⁰¹³ *Kluth*, Bau des Container-Tiefwasserhafens, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 2010, S. 46 (51).

¹⁰¹⁴ Vgl. zur Selbstinformation durch das parlamentarische Untersuchungsrecht generell auch oben A)I)1)a)1)(c) --- C)II)3)b)cc)(2)(c).

¹⁰¹⁵ Mit Antrag v. 14.09.2007 (Drs. 15/4066) beantragten 50 Mitglieder der SPD-Fraktion und 14 Mitglieder der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die Einsetzung des 20. Parlamentarischen Untersuchungsausschusses im nds. LT. Mit Beschluss des LT v. 17.10.2007 wurde dieser eingesetzt. Am 09.01.2008 legte er seinen Bericht vor, vgl.: Nds. LT Drs. 15/4370.

einer Eröffnungsfeier am 21.09.2012 offiziell eröffnet. Nach erheblichen Anlaufschwierigkeiten mit einhergehender Kurzarbeit im Terminalbetrieb sind die Umschlagszahlen zwischenzeitlich deutlich gestiegen. Die Steigerung ist stetig, neue Liniendienste fahren den Hafen regelmäßig an.¹⁰¹⁶

cc) Motivation

Niedersachsens Beweggründe für das Hafengroßprojekt waren im Wesentlichen wirtschaftliche und strategische: zum einen die Positionierung als Hafenstandort im internationalen Seehandel, zum anderen die Förderung der strukturschwachen Region zugunsten von Arbeitsplätzen.¹⁰¹⁷ Jahrzehntlang waren die Prognosen für die Zuwachsraten im Containersektor weltweit und auch für die Häfen der Nordrange überaus positiv.¹⁰¹⁸ Niedersachsen hatte bis dahin als Hafenstandort kaum mehr als regionale Bedeutung. Neben bevorstehenden Kapazitätsengpässen an den bremischen Häfen und in Hamburg und dem zeitgleichen Wachstum des Hafens in Rotterdam entstand so die Idee einer norddeutschen Hafenallianz zwischen den Ländern Hamburg, Bremen und Niedersachsen, in der ein Tiefwasserhafen eine bestehende Lücke füllen und ein weiteres deutsches Standbein im internationalen Seehandelswettbewerb darstellen sollte.¹⁰¹⁹

Für Bremen war ein wesentlicher Anreiz den bevorstehenden Kapazitätsengpässen in Bremerhaven ohne realistische Ausbaumöglichkeiten vor Ort vorzubeugen. Bremen erwartet darüber hinaus, dass sich zwischen den Ländern eine ähnliche Aufgabenteilung ergibt, wie sie bereits mit ihrer Hafenstadt Bremerhaven besteht: Für die primären Hafendienstleistungen und alle Funktionen, die räumlich eng an die Hafeninfrastruktur direkt im Hafenbecken gebunden sind (so z.B. Be- und Entladen der Containerschiffe), ist JWP zuständig, alle ergänzenden, sogenannten höherwertigen Dienstleistungen hingegen erbringt die Hansestadt,¹⁰²⁰ da entsprechende oberzentrale Funktionen (Einrichtungen wie ein Güterverkehrszentrum,

¹⁰¹⁶ Tchibo und BASF entscheiden sich für die Nutzung des Tiefwasserhafens, vgl. Export: Chemie im JadeWeserPort, in: Logistik heute vom 20.01.2015: <https://http://www.logistik-heute.de/news/export-chemie-im-jadeweserport-11485.html>; Logistik-News-Logistik-Nachrichten/Markt-News/12517/BASF-verlaedt-erste-Container-nach-Japan-ueber-Wilhelmshaven-Export-Chemie-i; BASF setzt auf den Jade-Weser-Port, in: Weser Kurier v. 18.01.2015 http://www.weser-kurier.de/startseite_artikel,-BASF-setzt-auf-den-Jade-Weser-Port-_arid,1035870.html.

¹⁰¹⁷ Nds. Finanzministerium, Beteiligungsbericht des Landes Niedersachsen 2015, S. 136.

¹⁰¹⁸ Vgl. Erdmann, Der JadeWeserPort, in: NdsVBl 2009, 104. Erst seit dem Krisenjahr 2008, nach Baubeginn, sind die Zuwachsraten im Containergüterverkehr weniger stabil.

¹⁰¹⁹ Kluth, Bau des Container-Tiefwasserhafens, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft 2010, S. 46.

¹⁰²⁰ Vgl. Arbeitnehmerkammer Bremen, Hafenkooperation als Zukunftsstrategie?, S. 43f: http://www.arbeitnehmerkammer.de/cms/upload/Politikthemen/Wirtschaft_Finzen/Hafenkooperation_als_Zukunftsstrategie.pdf.

Außenhandelszentrum, Flughafen etc.) in Wilhelmshaven nicht in adäquater Form bestehen.

Überschneidungen ergeben sich für beide Länder im Hinblick auf die Stärkung der eigenen Wirtschaftskraft sowie dem Wirtschaftsstandort im internationalen Wettbewerb. Weiterhin mildert die Kooperation die sonst für die Hafenvirtschaft charakteristischen Konkurrenzmechanismen:¹⁰²¹ Das defizitäre Bremen verhindert ein am reinen Eigeninteresse orientiertes Management Niedersachsens und schafft sich gleichermaßen ein Standbein für Schiffe mit besonderem Tiefgang. Niedersachsen hat mit der Kooperation einen in der Hafenvirtschaft etablierten Partner mit langer Hafentradition und dem entsprechenden Knowhow gewonnen.

b) Kosten

Insgesamt belaufen sich die Gesamtkosten für den Bau des Tiefwasserhafens im Jadebusen auf knapp 1 Mrd. Euro. Circa zwei Drittel (um die 650 Mio. Euro) dieser Kosten wurden für Basisinfrastruktur und terminalnahe Hafeninfrastruktur aufgewendet: Kosten für den Meereszugang, Geländeaufspülung und Verlegung des Jade-Fahrwassers und die Anbindung an die Landverkehrsnetze sowie für die Kaianlagen und Ufereinfassungen.¹⁰²² Die Kosten für die terminalnahe Infrastruktur i.H.v. ca. 240 Mio. Euro wurden durch die Realisierungsgesellschaft gedeckt¹⁰²³ und den Gesellschaftsanteilen entsprechend auf die Länder Niedersachsen und Bremen verteilt.¹⁰²⁴ Dieser Anteil ist die einzige Zahlung, die Bremen zu leisten hatte. Die Finanzierung der Hafenbasisinfrastruktur i.H.v. ca. 370 Mio. Euro oblag allein dem Land Niedersachsen durch seine JadeWeserPort Infrastruktur und Beteiligungen GmbH & Co. KG.¹⁰²⁵ Das Gros dieser Basisinfrastruktur- und terminalnahen Kosten entfällt damit auf das Land Niedersachsen (zwischen 80 und 90 Prozent).¹⁰²⁶ Die übrigen circa 350 Mio. Euro wurden für die sogenannte Hafensuprastruktur, die Betriebsstrukturen (Kräne etc.),¹⁰²⁷ aufgewendet, die vom privaten Betreiber Eurogate zu tragen waren.

Nicht in die Kalkulationen eingegangen sind Kosten, wie der Ausbau der Hinterlandanbindung, ohne die der Hafen nicht funktionieren kann.¹⁰²⁸ Insbesondere

¹⁰²¹ *Jennert/Eitner*, EU-Beihilferecht und Seehafeninfrastruktur, in: *EuZW* 2013, 414; *Krämer*, Kooperation statt Konkurrenz, S. 9; *Ordemann*, Kooperation der deutschen Containerseehäfen, S. 2.

¹⁰²² Europäischen Kommission, Beschluss K(2008) 7826 vom 10.12.2008, S. 3.

¹⁰²³ *Ebda*.

¹⁰²⁴ Europäische Kommission, Beschluss K(2008) 7826 vom 10.12.2008, S. 9f.

¹⁰²⁵ *Ebda.*; vgl. auch *Erdmann*, Der JadeWeserPort, in: *NdsVbl.* 2009, S. 104 (105).

¹⁰²⁶ *LT Nds*, Drs. 15/4370, S. 5.

¹⁰²⁷ Hierunter fallen z.B. Containerbrücken, Flurförderzeuge, Flächenbefestigungen und Gebäude.

¹⁰²⁸ Allgemein zur Schienenanbindung des JWP: *Kluth*, Bau des Container-Tiefwasserhafens, in: *Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft* 2010, S. 46 (50f).

um den Streckenausbau der Bahntrasse herrschte jahrelang Streit, nicht nur mit den Anwohnern, sondern auch zwischen Bund, Land und Kommunen. Die Arbeiten, die hierzu am Bahnstreckennetz notwendig waren, wurden in der Kostenaufstellung für den JWP nicht aufgeführt, sind jedoch beträchtlich. Zwar tragen diese Ausgaben größtenteils der Bund und die DB AG,¹⁰²⁹ dennoch handelt es sich letztendlich um projektbezogene Kosten, denn der Streckenausbau dient zuvorderst der Anbindung des Hafens an das Inland. Als die Finanzierungsvereinbarung 2011 getroffen wurde, waren noch 210 Mio. Euro für den zweigleisigen Ausbau und die Elektrifizierung der Strecke geplant gewesen. Davon sollte der Bund 190 Mio. Euro übernehmen.¹⁰³⁰ Derzeit wird von Gesamtkosten i.H.v. ca. 1. Mrd. Euro ausgegangen.¹⁰³¹

c) Gesellschaftsrechtliche Strukturen

Der JWP besteht als Gesamtprojekt aus diversen privatrechtlich organisierten Gesellschaften, die ihre verschiedenen Aufgabenbereiche jeweils hauptverantwortlich organisieren. Neben der privaten Betreibergesellschaft bestehen verschiedene Projektgesellschaften, die Teilaufgaben der Hafenorganisation und -verwaltung bedienen. Diese auch sonst sehr gängige Gestaltungsform dient der Strukturierung und Effizienzsteigerung des Großprojekts.

aa) Jade Weser Port-Entwicklungsgesellschaft mbH

Gegenstand der JWP-E war ausweislich des Handelsregisters die Entwicklung des Tiefwasserhafens auf Grundlage der Eckpunkteerklärung der Regierungschefs der Länder Niedersachsen, Bremen und Hamburg.¹⁰³² Umfasst waren insbesondere die unverzügliche Vorbereitung der erforderlichen Raumordnungs- und Planfeststellungsverfahren.

Gesellschafter waren nach dem Ausscheiden Hamburgs Niedersachsen mit 71 Prozent, die bremische Eigengesellschaft BremenPorts Management+Service GmbH & Co.KG mit 20 Prozent und die Stadt Wilhelmshaven mit neun Prozent der Anteile.¹⁰³³ Mangels privater Beteiligung handelte es sich um eine formell privatisierte, gemischt-öffentliche Eigengesellschaft. Die Stadt Wilhelmshaven veräußerte ihre Anteile im Jahr 2004 an die bremische Anteilseignerin.

¹⁰²⁹ BT Drs. 18/580, S. 23.

¹⁰³⁰ Pressemitteilung des BMVI vom 17.05.2011, Finanzierungsvereinbarung zwischen Bundesverkehrsministerium und Deutsche Bahn AG geschlossen.

¹⁰³¹ DB AG, Projekte in Niedersachsen und Bremen, Land und Bahn einigen sich auf Ausbaukonzept: https://www.deutschebahn.com/pr-hamburg-de/Bauprojekte_Nord/Projekte_in_NDS_und_HB/Jade-Weser-Port-1311190.

¹⁰³² Vgl. Handelsregisterauszug des AG Wilhelmshaven, Registernr. HRB 1594.

¹⁰³³ Vgl. *Snippe*, JWP in Hansa 2003, 14 (23).

bb) JadeWeserPort Realisierungs GmbH & Co. KG

Das Herzstück der privatrechtlich ausgestalteten Gesellschaftsstrukturen um den JWP bildet die JWP-R. Diese entstand in direktem Übergang von JWP-E, welche im Dezember 2004 auf die JWP-R verschmolzen wurde.¹⁰³⁴ Sie errichtet, unterhält und verwaltet den Tiefwasserhafen im Wesentlichen.¹⁰³⁵

Komplementärin der JWP-R ist die JadeWeserPort Realisierungs-Beteiligungs-GmbH.¹⁰³⁶ Kommanditisten sind das Land Niedersachsen mit einem Gesellschaftsanteil von 50,1 Prozent und die bremenports GmbH & Co. KG¹⁰³⁷, die für das Land Bremen einen Gesellschaftsanteil von 49,9 Prozent hält.¹⁰³⁸ Diese Quote spiegelt auch die Verteilung der Investitionskosten auf die Gesellschafter im Hinblick auf die sogenannte terminalnahe Infrastruktur wider. An den Infrastrukturgesamtkosten trägt Niedersachsen jedoch 80 Prozent und Bremen 20 Prozent.¹⁰³⁹

Für die JadeWeserPort Realisierungsgesellschaft mbH & Co. KG und die JadeWeserPort Realisierungs-Beteiligungs-GmbH besteht jeweils ein Aufsichtsrat. Die Aufsichtsräte sind personenidentisch besetzt, Vorsitzender beider Aufsichtsräte ist der niedersächsische Wirtschaftsminister.¹⁰⁴⁰

cc) Weitere Gesellschaften

Zu verschiedenen anderen Zwecken wurden im Zusammenhang mit dem JWP zusätzliche Gesellschaften gegründet. Bedeutendste darunter ist die Container Terminal Wilhelmshaven JadeWeserPort-Marketing GmbH & Co. KG, die vor ihrer Umfirmierung im Juni 2014 JadeWeserPort Logistics Zone GmbH & Co. KG hieß.¹⁰⁴¹ Sie fungiert als sogenannte Ansiedlungsgesellschaft und ist damit für die nationale und internationale Vermarktung der hafennahen Industrie- und Gewerbeflächen

¹⁰³⁴ VG Oldenburg, Urt. v. 19.06.2008 - Az. 5 A 4956/06, Rn 7.

¹⁰³⁵ Erdmann, Der JadeWeserPort, in: NdsVBl 2009, 104 (105); LT Nds, Drs. 15/4370, S. 16f.

¹⁰³⁶ Diese wird selbst zu 49,9% von der Stadtgemeinde Bremen und zu 50,1 % von der JadeWeserPort Logistics Zone GmbH & Co. KG gehalten. Letztere ist 100%ige Tochtergesellschaft des Landes Niedersachsen.

¹⁰³⁷ Kommanditistin dieser KG ist die Freie Hansestadt Bremen (Stadtgemeinde), Komplementärin die bremenports-Beteiligungs GmbH. Die bremenports-Beteiligungs GmbH steht zu 100% im Eigentum der Freien Hansestadt Bremen, vgl.: bremenports, Unternehmen, Hafen-Managementgesellschaft: <http://www.bremenports.de/unternehmen/ueber-uns/hafen-managementgesellschaft>; Europäische Kommission, Beschluss K(2008) 7826 vom 10.12.2008, S. 9.

¹⁰³⁸ Die Stadt Bremen ist Kommanditistin, die bremenports Beteiligungsgesellschaft mbH Komplementärin, diese wiederum ist eine bremische Eigengesellschaft. Vgl. dazu: Bericht Beteiligungen Freie Hansestadt Bremen 10/11, S. 52.

¹⁰³⁹ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 5.

¹⁰⁴⁰ Nds. Finanzministerium, Beteiligungsbericht 2017, S. 165ff.

¹⁰⁴¹ Sie ist zu 100% in niedersächsischer Hand, daher handelt es sich um formelle Privatisierung.

zuständig.¹⁰⁴² Die Gesellschaft ist eine Eigengesellschaft des Landes Niedersachsen ohne weitere Beteiligungen. Als Komplementärin agiert die JWP GmbH, die eigens zu dieser Funktion gegründet wurde.¹⁰⁴³ Aufsichtsratsvorsitzender ist auch hier Niedersachsens Wirtschaftsminister, die weiteren drei Mitglieder sind Teil der Ministerialverwaltung.

d) Form und Ebene der Kooperation

aa) Eckpunkteerklärung 2001 und Grundsatzerklärung 2002

Die 2001 im Rahmen umfangreicher Gespräche zwischen den Regierungschefs von Hamburg, Niedersachsen und Bremen ergangene Eckpunkteerklärung gab den Anstoß für weitere Planungen der beteiligten Länder und die Umsetzung des Großprojekts. Dabei handelte es sich um eine Absprache ohne rechtliche Bindungswirkung. Dadurch blieb der frühzeitige Ausstieg Hamburgs aus dem Projekt im Mai 2002 zumindest rechtlich folgenlos.

Nach der gescheiterten Kooperation mit Hamburg verließen die Landesregierungen Niedersachsens und Bremens der Entscheidung für die Realisierung eines Tiefwasserhafens in Wilhelmshaven in einer gemeinsamen Kabinettsitzung im Juni 2002 Nachdruck.¹⁰⁴⁴ Die Regierungschefs *Gabriel* und *Scherf* sowie die niedersächsische Wirtschaftsministerin und Bremens Wirtschaftssenator unterzeichneten die Grundsatzerklärung zur Gründung einer Realisierungsgesellschaft für den JWP.

Dieser Form der interföderalen Kooperation liegt ein Letter of Intent (LoI) zugrunde. Der LoI ist eine dem Privatrecht zuzuordnende vorvertragliche Vereinbarung, die grundsätzlich mangels Rechtsbindungswillen keine vertragliche Bindungswirkung entfaltet¹⁰⁴⁵ und daher ebenso wie die Eckpunkteerklärung von 2001 der informellen Kooperation unterfällt.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴² Nds. Finanzministerium, Beteiligungen, JadeWeserPort-Marketing GmbH & Co. KG: <https://www.mf.niedersachsen.de/themen/beteiligungen/jadeweserport-logistics-zone-gmbh--cokg-1550.html>.

¹⁰⁴³ Nds. Finanzministerium, Beteiligungsbericht 2015, S. 138.

¹⁰⁴⁴ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 16.

¹⁰⁴⁵ Ganz grundsätzlich besteht die Möglichkeit einer c.i.c.-Haftung im Rahmen eines LoI, tatsächlich liegen die Voraussetzungen nur äußerst selten vor (vgl. *Berjjan*, Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent, in: ZIP 2004, 395; *Pivot*, in: Römermann, MünchenerAnwHB GmbH-Recht, § 21 Rn 49, 51).

¹⁰⁴⁶ Vgl. zum LoI *Beisel*, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, §1 Rn 84.

bb) Jade Weser Port-Entwicklungsgesellschaft mbH und JadeWeserPort Realisierungsgesellschaft mbH & Co. KG

Die Kooperation der Länder Bremen und Niedersachsen beschränkt sich auf die gemeinsame Gesellschafterstellung in der JWP-E, deren Grundlage die Grundsatzentscheidung war.¹⁰⁴⁷ Mit notariellen Verträgen wurde zunächst 2001 die JWP-E, Anfang 2003 sodann die JadeWeserPort Realisierungs-Beteiligungs-GmbH sowie die JWP-R gegründet.¹⁰⁴⁸

Bei Entwicklungs-, Realisierungs- sowie Beteiligungsgesellschaft handelt es sich um institutionalisierte Kooperationen beider Länder. Entscheidend ist hier die Zusammenarbeit im Rahmen der formell privatisierten Gesellschaften, für die die vertraglichen Regelungen die formale Grundlage bilden. Hafenzugehörige öffentliche Aufgaben, die von der JWP-R im Rahmen des Unternehmensgegenstands (Verwaltung, technische Betreuung und wirtschaftliche Nutzung der Infrastrukturanlagen)¹⁰⁴⁹ wahrgenommen werden, bleiben als solche erhalten und werden nicht in den privatwirtschaftlichen Bereich übertragen. Indem Bremen und Niedersachsen die Aufgabenerfüllung auf die privatrechtlich organisierte JWP-R überführt haben, bei funktionaler Betrachtung jedoch die Verantwortung dafür behalten, haben sie sich der formellen Privatisierung bedient.¹⁰⁵⁰

cc) Fazit und Bewertung

Die länderübergreifende Zusammenarbeit zwischen Niedersachsen und Bremen veranschaulicht nach alledem die Verzahnung der verschiedenen Kooperationsformen: die Eckpunkteerklärung sowie die nachfolgende Grundsatzerklärung fallen unter die lediglich informelle interföderale Kooperation, die verschiedenen formell privatisierten Gesellschaften sind als institutionalisierte Kooperation zu kategorisieren.

Niedersachsen und Bremen haben sich, anders als Hamburg, für eine Kooperation entschieden. Niedersachsen profitiert insbesondere vom weitgehenden Hafentknowhow Bremens und Bremerhavens. Bremen hat sich mit der Beteiligung am Großprojekt einen wirtschaftlich starken Partner sowie ein weiteres Standbein im Hafenbereich mit neuer Klientel verschafft. Insbesondere müssen Kapazitätsengpässe an den eigenen Häfen nicht mehr befürchtet werden. Hamburg hat sich gegen

¹⁰⁴⁷Mit Wirkung zum 30.09.2004 wurde die JadeWeserPort Entwicklungsgesellschaft mbH auf die JadeWeserPort-Realisierungsgesellschaft mbH & Co. KG verschmolzen. Vgl. *Erdmann*, JWP in: NdsVBl 2009, 104.

¹⁰⁴⁸ Siehe dazu bereits oben E)1)a)bb).

¹⁰⁴⁹ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 16f; § 1 JWP-R GV.

¹⁰⁵⁰ Vgl. dazu die Ausführungen zum sog. Landlord-Modell in *Bauermeister*, in: *Lagoni/Erbguth*, Deutsche Seehäfen, S. 23f.; *Ruthig/Storr*, Öff WirtschaftsR, § 7 Rn 606.

eine Kooperation und für die Unabhängigkeit von anderen Ländern entschieden. Dort hat man den JWP als Konkurrenz verstanden und sich im Sinne des Wettbewerbsföderalismus auf eigene Interessen besonnen.¹⁰⁵¹

e) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben

Der 2017 vom Deutschen Städtetag veröffentlichte Bericht unter dem Titel „Gute Unternehmensführung“ betont, dass schon die Unternehmertätigkeit von Großstädten aufgrund der komplexen Herausforderungen eines professionellen Beteiligungsmanagements bedarf.¹⁰⁵² Der Steuerungs- und Transparenzanspruch der öffentlichen Unternehmensführung sei dabei in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen.¹⁰⁵³ Dies müsse entsprechend umso mehr für die Vielzahl der unternehmerischen Betätigungen der Länder gelten. Die im Bericht formulierte Forderung danach, dass Prozesse transparent, effizient und unter Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen implementiert und durchgeführt werden sollen,¹⁰⁵⁴ ist nicht neu. Bereits in dem im Jahr 2007 erstmals veröffentlichten Beteiligungsbandbuch Bremens ist Transparenz eines der drei erklärten Ziele des Beteiligungsmanagements.¹⁰⁵⁵ Zu prüfen ist daher, ob das Hafengroßprojekt der Länder Niedersachsen und Bremen den hier aufgezeigten verfassungsrechtlichen Vorgaben, die im Bericht noch betont wurden, genügen kann.

aa) Demokratische Legitimation

Für die Bewertung der demokratischen Legitimation zur Realisierung des JWP sind in erster Linie die initialen Entscheidungen (Eckpunkte- und Grundsatzerklärung), die Planfeststellungsbeschlüsse sowie die institutionalisierten Kooperationen zur Realisierung des Tiefwasserhafens zu betrachten.¹⁰⁵⁶ Die initialen Entscheidungen sind Ausgangs- und Startpunkt der Verwirklichung des JWP, die Planfeststellungsbeschlüsse stellen die verfahrensrechtliche Erlaubnis zum Bau dar und den institutionalisierten Kooperationen oblagen und obliegen neben der Bauplanung, weitere

¹⁰⁵¹ *Wovries*, Die Kooperation der norddeutschen Bundesländer, S. 182f. Zum Prinzip des Wettbewerbsföderalismus, vgl.: *Callies*, Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG, in: DÖV 1997, 889 (890ff); *Häberle*, Kulturhoheit im Bundesstaat, in: AÖR 124, 549 (553ff); *Hanschel*, Konfliktlösung im Bundesstaat, S. 230ff.

¹⁰⁵² Deutscher Städtetag, Gute Unternehmenssteuerung: Strategien und Handlungsempfehlungen für die Steuerung städtischer Beteiligungen (2017), S. 3.

¹⁰⁵³ Ebd.

¹⁰⁵⁴ Deutscher Städtetag, Gute Unternehmenssteuerung: Strategien und Handlungsempfehlungen für die Steuerung städtischer Beteiligungen (2017), S. 40.

¹⁰⁵⁵ Freie Hansestadt Bremen, Senator für Finanzen Finanzsenatorin, Handbuch Beteiligungsmanagement, S. 3.

¹⁰⁵⁶ Siehe hierzu die Entscheidungsebenen bei E)1).

strategisch wesentliche Projektentscheidungen. Nach den oben dargelegten Grundsätzen müssen diese Entscheidungen hinreichend legitimiert sein.

Die institutionelle demokratische Legitimation der Landtage ergibt sich aus Art. 7 NV, bzw. Art. 75 BremVerfV. Aus Art. 7 S. 2 NV ergibt sich die funktionell-institutionelle Legitimation des niedersächsischen Landtags. Ihm wird seine personelle Legitimation gemäß Satz 1 direkt durch den Wahlakt vom niedersächsischen Landesvolk vermittelt.¹⁰⁵⁷ Die Landesregierung erhält ihre funktionell-institutionelle Legitimation aus Art. 28 Abs. 1 NV. Entsprechendes ergibt sich für die bremische Bürgerschaft aus Art. 75ff. und den Senat aus Art. 107 BremVerf.¹⁰⁵⁸

(1) Eckpunkteerklärung 2001 und Grundsatzerklärung 2002

Als lediglich informelle Absprache hat die von den Regierungschefs der Länder Bremen, Hamburg und Niedersachsen gefasste Eckpunkteerklärung weder Entscheidungscharakter noch ist sie legitimationsbedürftig. Unabhängig davon, kann die für die spätere Realisierungsentscheidung wesentliche Eckpunkteerklärung personell Legitimationsketten der Ministerpräsidenten, bzw. Senatspräsidenten bis zum jeweiligen Landesvolk vorweisen, denn diese wurden jeweils vom volksgewählten Landtag, bzw. der Bürgerschaft bestimmt (vgl. Art. 107 Abs. 2, 114 BremVerf; Art. 6, 18 Abs. 1 S. 1 HmbVerf; Art. 7f. und 29 Abs. 1 NV). Einer sachlich-inhaltlichen Legitimation bedurfte es aufgrund der Informalität und einhergehenden Unverbindlichkeit nicht. Grundsätzlich ließe sich hier aber allgemein auf Art. 42 i.V.m. Art. 43 HmbVerf bzw. Art. 37 i.V.m. Art. 35 NV für die Richtlinienkompetenz bzw. das Vertretungsrecht des Ministerpräsidenten verweisen. Für Bremen besteht eine solche Richtlinienkompetenz des Präsidenten des Senates (Bürgermeister) bisher nicht, die Vertretung nach außen regelt Art. 118 Abs. 1 BremVerf.

Aufgrund des oben ebenfalls als informell konstatierten Charakters der Grundsatzerklärung der niedersächsischen und bremischen Ministerpräsidenten bedurfte auch diese keiner demokratischen Legitimation. Insoweit gilt aber legitimatorisch das oben zur Eckpunkteerklärung Gesagte.

¹⁰⁵⁷ Dies sind die auf dem Gebiet des Landes Niedersachsen lebenden Deutschen i. S. v. Art. 116 Abs. 1 GG; vgl. zu Grundsätzen für die niedersächsischen Verfassungsorgane: *Mann*, Verfassungsorgane, in: Hartmann/ders./Mehde (Hrsg.), Landesrecht Niedersachsen, § 1 Rn 27ff, 44ff; *Hagebölling*, NV, S. 73ff, 130ff.

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Bovenschulte/Fisahn*, Bremisches Verfassungsrecht, in: Fisahn (Hrsg.), Bremer Recht, S. 49f, 66ff. Für die nachgeordneten Legitimationsinstanzen (Ministerpräsident, Minister, etc.) ergibt sich die personelle Legitimation aus einem rechtmäßigen Ernennungsakt, vgl. Art. 29 Abs. 1 NV bzw. Abs. 2-5 NV.

(2) Planfeststellungsbeschlüsse¹⁰⁵⁹

Planfeststellungsbeschlüsse stellen die Zulässigkeit raumbedeutsamer Vorhaben und Infrastrukturmaßnahmen fest. Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens um den JWP sind ein bergrechtlicher und ein wasserstraßenrechtlicher Planfeststellungsbeschluss ergangen. Als wesentliche Administrativentscheidung zur Erlaubnis des JWP-Baus sind ihre legitimatorischen Grundlagen nachfolgend zu untersuchen.

(a) Bergrechtlicher Planfeststellungsbeschluss

Zur Landgewinnung war für die Sandentnahme und Aufspülung der Hafенflächen, dem sogenannten Hafengroden, zur Umsetzung des Tiefwasserhafens ein Planfeststellungsbeschluss (Rahmenbetriebsplan) des LBEG notwendig.¹⁰⁶⁰

Das Bergrecht ist gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Teil der konkurrierenden Gesetzgebung. Weil der Bund insoweit keinen Gebrauch von seiner Gesetzgebungskompetenz gemacht hat, haben die Länder Niedersachsen, Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein im Rahmen eines Verwaltungsabkommens eine gemeinsame Bergbehörde eingerichtet.¹⁰⁶¹ Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans richtet sich nach § 57a, 55 BBergG. Das LBEG ist die für die Landgewinnungsmaßnahmen am JWP zuständige Behörde. Das LBEG ist als Landesbergbehörde dem Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr nachgeordnet. In personeller Hinsicht ist davon auszugehen, dass dessen Beamten durch ordnungsgemäße Berufungsakte des Landeswirtschaftsministers legitimiert sind, der wiederum gemäß Art. 29 Abs. 2 NV durch den Ministerpräsidenten berufen wurde, den der volksgewählte Landtag bestimmt hat (Art. 7 und 8 NV, Art. 29 Abs. 1 NV). Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation stützt sich auf das Bundesberg- sowie das Fachplanungsrecht. Die richtige Anwendung der berg- und fachplanungsrechtlichen Vorschriften wurde gerichtlich festgestellt.¹⁰⁶² Darüber hinaus unterstehen die Entscheidungen des LBEG der Aufsicht des Landesumweltministeriums.¹⁰⁶³

¹⁰⁵⁹ Siehe hierzu E)1).

¹⁰⁶⁰ VG Oldenburg, NdsVBl 2009, 53ff.

¹⁰⁶¹ LBEG, Tätigkeiten und Zuständigkeiten: http://www.lbeg.niedersachsen.de/bergbau/taetigkeiten_zustaendigkeiten/taetigkeiten-und-zustaendigkeiten-108174.html.

¹⁰⁶² VG Oldenburg, Urt. v. 19.06.2008 - 5 A 4956/06.

¹⁰⁶³ Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz, Wir über uns, Geschäftsbereich: http://www.umwelt.niedersachsen.de/wir_ueber_uns/geschaeftsbereich/geschaeftsreich-8898.html.

(b) Wasserstraßenrechtlicher Planfeststellungsbeschluss

Als wesentlicher Rechtsakt zum Bau des JWP hat der Planfeststellungsbeschluss der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest (WSN)¹⁰⁶⁴ „für den Ausbau der Bundeswasserstraße Jade durch die Errichtung eines Tiefwasserhafens für Containerschiffe (JadeWeserPort)“¹⁰⁶⁵ den Legitimationsanforderungen zu genügen.

In Abweichung zum Regelfall der Landeseigenverwaltung (vgl. Art. 83f. GG), obliegt die Wahrnehmung der länderübergreifenden Aufgabe der Binnen- und Seeschifffahrt dem Bund in eigener Verwaltung, vgl. Art. 89 Abs. 2 S. 1 i.V.m. 87 Abs. 1 GG.¹⁰⁶⁶ Zur Wahrnehmung der ihm zugewiesenen Verwaltungsaufgaben hat der Bund die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung (WSV) eingerichtet (vgl. § 45 Abs. 1 WStrG). Diese Verwaltung ist klassisch dreistufig gegliedert: Die Wasser- und Schifffahrtsdirektionen¹⁰⁶⁷ sind bundeseigene Mittelbehörden. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der WSN für die Planfeststellung ergibt sich folglich aus § 14 Abs. 1 S. 3 WStrG. Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation stützt sich auf das Bundeswasserstraßen- sowie das Fachplanungsrecht. Die rechtmäßige Anwendung dieser Vorschriften wurde gerichtlich festgestellt.¹⁰⁶⁸

(3) Privatrechtlich organisierte JWP-Gesellschaften

Mit der administrativen Erlaubnis zur Errichtung ist freilich noch nicht die endgültige Realisierungsentscheidung getroffen, die wesentlichen Entscheidungen hierzu ergingen in den jeweiligen privatrechtlichen Realisierungsgesellschaften. Die besonders relevanten Entscheidungen zur Vergabe der Betreiberkonzession und des Baus sind in der JWP-R getroffen worden. Das für derartige Entscheidungen erforderliche Legitimationsgerüst wird nachfolgend näher untersucht.

Wie oben dargelegt, ist die Prüfung einer ausreichenden demokratischen Legitimation in gemischt-öffentlichen Gesellschaften im Wesentlichen anhand der konkreten Gesellschaftsentscheidung durchzuführen. Das hat zur Folge, dass grundsätzlich jeder relevante Beschluss, hier insbesondere z.B. der finale Beschluss zur Realisierung des Vorhabens und die Vergabeentscheidung im Hinblick auf die Betreiberkonzession, auf seinen Legitimationsgehalt hin untersucht werden muss. Das kann nur anhand umfassender Informationen gelingen, die regelmäßig nicht frei

¹⁰⁶⁴ Mittlerweile nicht mehr Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest, sondern seit 2016 Standort Aurich der GDWS des Bundes.

¹⁰⁶⁵ Planfeststellungsbeschluss der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest (P-143.3/72) v. 15.03.2007 für den Ausbau der Bundeswasserstraße Jade durch die Errichtung eines Tiefwasserhafens für Containerschiffe (JadeWeserPort.)

¹⁰⁶⁶ Pechstein, Umbau der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung, in: DÖV 2013, 85; Gröpl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 89 Rn 58f.

¹⁰⁶⁷ Seit der Neuorganisation der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes 2013 untergliedert in eine Generaldirektion in Bonn sowie sieben Außenstellen.

¹⁰⁶⁸ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2008, 686.

zugänglich sind. Letzteres lässt sich von Außenstehenden, gerade auch wegen gesellschaftsrechtlicher Geheimhaltung kaum nachvollziehen. Da demnach eine Untersuchung der konkreten Entscheidungen nicht möglich ist, werden im Folgenden die Gesellschaften abstrakt auf ihr Vermögen hin untersucht, per se Entscheidungen mit hinreichendem Legitimationsgehalt zu fällen.

Eine hohe legitimatorische Qualität der Landesbeteiligung in sachlich-inhaltlicher Sicht sichert für die bremische Beteiligung die Entscheidungsbefugnisse der Bürgerschaft gemäß Art. 101 Abs. 1 Nr. 3 BremLV, wonach bei der Übernahme neuer Aufgaben, für die eine gesetzliche Verpflichtung nicht besteht, besonders vor Errichtung und Erweiterung von öffentlichen Einrichtungen, Betrieben und wirtschaftlichen Unternehmen sowie vor Beteiligung an solchen Unternehmen ein Beschluss der Bürgerschaft verlangt wird. Eine entsprechende Vorschrift enthält die niedersächsische Verfassung nicht. Nach der Niedersächsischen Verfassung hat die Landesregierung den Landtag über die Planung solcher Großprojekte gemäß Art 25 Abs. 1 S. 1 NV nur Bericht zu erstatten. § 65 Abs. 1 NdsLHO/BremLHO legt grundlegende Voraussetzungen einer Landesbeteiligung an privatrechtlichen Unternehmen fest. Gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 1 NdsLHO/BremLHO berechtigt allein das Vorliegen eines wichtigen Landesinteresses (Nr. 1) zur Beteiligung. Ein solches ist regelmäßig dann zu bejahen, „*wenn mit dem Unternehmen gemeinwohlorientierte Ziele, unter anderem in den Bereichen Wirtschaftspolitik, Infrastruktur [...] und Technologie erreicht werden sollen.*“¹⁰⁶⁹ In der Entwicklung und Realisierung eines Tiefwasserhafens ist ein wichtiges Interesse in diesem Sinne gegeben. Weitgehende Vorgaben ermöglichen eine grundlegende Einflussnahme des Landes auf die Gesellschaftsgeschicke.¹⁰⁷⁰ Die Niedersächsische Landesregierung trifft insofern eine Berichtspflicht gegenüber dem Landtag.

Die Zuständigkeit des Niedersächsischen Finanzministeriums für die Landesbeteiligungen ergibt sich aus Art. 37 Abs. 2 Nr. 3 NV i.V.m. Ziffer II. Nr. 3.20 der Geschäftsverteilung der Niedersächsischen Landesregierung. Die Einwilligungsvoraussetzung des jeweiligen Finanzministeriums normiert § 65 Abs. 2, 3 und Abs. 5 NdsLHO/BremLHO. Die Landesregierung unterrichtet den Landtag regelmäßig durch Vorlage des Beteiligungsberichts.

Da der Gesellschaftsvertrag der Entwicklungsgesellschaft (JWPE-GV) vorliegt, in denjenigen der Realisierungsgesellschaft (JWPR-GV) lediglich eine einmalige Einsichtnahme gewährt wurde, liegt der Schwerpunkt der Ausführungen im Folgenden auf der Untersuchung des JWPE-GV. Die Verträge sind in weiten Teilen übereinstimmend formuliert.

¹⁰⁶⁹ Nds. Finanzministerium, Beteiligungen des Landes Niedersachsen an Unternehmen, Beteiligungshinweise des Landes Niedersachsen, B. I. 2., S. 6: 20141209_Beteiligungshandbuch-Endfassung.pdf.

¹⁰⁷⁰ Ebd.

(a) JadeWeserPort Entwicklungsgesellschaft mbH

Ausweislich des JWPE-GV war Gegenstand der JWP-E „die Entwicklung des Tiefwasserhafens auf Grundlage der Eckpunkteerklärung der Regierungschefs der Länder Niedersachsen, Bremen, Hamburg vom 30.03.2001“.¹⁰⁷¹ Dieser umfasst insbesondere die unverzügliche Vorbereitung des erforderlichen Raumordnungs- und Planfeststellungsverfahrens, vgl. § 2 Abs. 1 JWPE-GV. Einen Gesellschaftszweck enthielt der JWPE-GV nicht, der Unternehmensgegenstand kann insofern, wie oben dargelegt, als den Gesellschaftszweck ausfüllend umgedeutet werden.¹⁰⁷²

Die Anteile an der JWP-E waren wie bereits dargelegt auf die Länder Niedersachsen (51 Prozent) und Bremen (20 Prozent) und die Stadt Wilhelmshaven (9 Prozent) verteilt. Hinzu kam eine Beteiligungsoption in Höhe von 20 Prozent zugunsten des Stadtstaates Hamburg, die nach dessen von Niedersachsen gehalten wurde (insgesamt 71 Prozent). Die bremische Bürgerschaft hatte der Beteiligung an der JWP-E nach der Senatsentscheidung vom 28.08.2001 zugestimmt,¹⁰⁷³ vgl. Art. 101 Abs. 1 Nr. 3 BremVerf. Die rechtlichen Voraussetzungen der Mitwirkung des niedersächsischen Landtages stellen sich indes anders dar, eine Zustimmungspflicht zu Beteiligungen an Unternehmen besteht dort nach Landesrecht für den Landtag nicht.¹⁰⁷⁴ Vielmehr besteht ein Zustimmungserfordernis nur für das betroffene Fachressort sowie das Finanzministerium, vgl. § 65 Abs. 2 S. 1, Abs. 3, Abs. 5 Nds-LHO.

Während die Legitimation der Abgeordneten der Landtage als Entscheidungsträger nach dem oben Gesagten nicht angezweifelt werden soll, ist zu prüfen, wie es um die personell-demokratische Legitimation der Gesellschaft selbst steht. Gemäß § 5 JWPE-GV hatte die Gesellschaft folgende drei Organe:¹⁰⁷⁵

(aa) Personelle Legitimation der Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung spiegelt grundsätzlich die Kapital- und Stimmenanteile der Gesellschafter an der Gesellschaft. Dem Grundsatz aus § 47 Abs. 1 GmbHG nach ist die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen zur Beschlussfassung maßgeblich. Hiervon abweichend legt § 11 Abs. 5 S. 3 JWPE-GV die Einstimmigkeit fest. Ergo können Entscheidungen der Gesellschaft nur getroffen werden, sofern alle Gesellschafter dafür stimmen. Unter Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation erscheint diese Regelung nicht unproblematisch: Während so zwar die negative Entscheidungskompetenz, die Möglichkeit Entscheidungen zu

¹⁰⁷¹ Vgl. Handelsregistrauszug des AG Wilhelmshaven, Registernr. HRB 1594.

¹⁰⁷² Siehe dazu allgemein oben D)I)3)d).

¹⁰⁷³ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 5; Pressestelle des Bremer Senats, Bericht v. 28.08.2001: <http://www.senatspressestelle.bremen.de/sixcms/detail.php?id=14868>.

¹⁰⁷⁴ Siehe insgesamt auch oben E)1)e)a(3).

¹⁰⁷⁵ Gesellschaftsvertrag der Jade Weser Port-Entwicklungsgesellschaft mbH v. 29.08.2001; vgl. auch Handelsregistrauszug des AG Wilhelmshaven, Registernr. HRB 1594.

verhindern also, für alle Gesellschafter gesichert ist, bedeutet sie eine erhebliche Einschränkung der positiven Entscheidungskompetenz aller Beteiligten. Voraussetzung einer demokratischen Legitimation wäre hier jedoch das Vorliegen beider Kompetenzen. Nicht einmal der beteiligungsstärkste Gesellschafter mit 71 Prozent der Gesellschaftsanteile könnte im Rahmen dieser Regelung eine Entscheidung in seinem Sinne stets bewirken. Umgekehrt sichert die Regelung jedoch die übrigen Gesellschafter vor der Übermacht des Hauptgesellschafters ab. Die personell-demokratische Legitimation der Gesellschafterversammlung ist hier für alle beteiligten Gesellschafter defizitär ausgestaltet: Während Entscheidungen zwar von jedem Gesellschafter unabhängig von seinen Gesellschaftsanteilen verhindert werden können, hängt die Möglichkeit, Entscheidungen in seinem Sinne zu bewirken, von der Gunst der übrigen Beteiligten ab. Dies vermag grundsätzlich nicht den Anforderungen aus Art. 20 Abs. 2 GG an die personelle demokratische Legitimation zu genügen, da diese auch eine positive Entscheidungskompetenz des Legitimationsobjekts verlangt.¹⁰⁷⁶

Das Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG bestärkt grundsätzlich die Stellung partnerschaftlichen Wirkens unter der Verfassung.¹⁰⁷⁷ Hier erfolgt die Kooperation zur Erzielung diverser Synergieeffekte insbesondere zur wirtschaftlichen Kräftebündelung, Nutzung des bremischen Hafen-Knowhows sowie zur Entwicklung eines gemeinsamen norddeutschen Hafenkonzpts. Auch die Finanzierung der Hafeninfrastruktur wurde insgesamt partnerschaftlich getragen. Es liegt in der Natur von Hafenbetrieb und Hafenwirtschaft, Auswirkungen weit über Landesgrenzen hinaus zu entfalten. Das entspricht ihrer Kernfunktion und ihrem ganzen Potenzial, dem es ist der Grundgedanke von Häfen, Waren und Güter zum Transport in das gesamte Bundesgebiet und darüber hinaus zu verteilen. Parallel hierzu verlaufen dementsprechend ihre strategische und wirtschaftliche Bedeutung sowie zugleich die besonderen Gründe, die eine Kooperation vor dem Bundesstaatsprinzip rechtfertigen. Gleichzeitig findet sich darin der verfassungsrechtliche Ausgleich für die skizzierten Demokratieeinbußen in der Gesellschafterversammlung der JWP-E.

¹⁰⁷⁶ Darüber hinaus erreicht die Gesellschafterversammlung Beschlussfähigkeit, wenn bei der ersten Einberufung 100 Prozent des Stammkapitals anwesend sind. Dies reduziert sich in der zweiten einzuberufenden Sitzung auf 80 Prozent, hin zur einfachen Mehrheit bei einer dritten (§ 11 Abs. 5 JWPE-GV). Das bedeutet zugleich, dass die Gesellschafterversammlung in einer etwaigen dritten Einberufung ohne Beteiligung der Minderheitsbeteiligten beschlussfähig wäre. Eine Entscheidung könnte dann allein durch das Land Niedersachsen gefällt werden. Ohne das Mitwirken in der Entscheidungsfindung hätte eine personelle Legitimation aus Sicht von Bremen und Wilhelmshaven naturgemäß nicht bestehen können.

¹⁰⁷⁷ Siehe oben D)II)2)b)c(3).

(bb) Personelle Legitimation des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat der zwischenzeitlich liquidierten Gesellschaft hatte gemäß § 8 JWPE-GV bis zu sieben Mitglieder. Davon waren bis zu fünf Mitglieder vom Land Niedersachsen, ein Mitglied von der Stadt Bremen sowie ein Mitglied von der Stadt Wilhelmshaven zu entsenden. Mit dieser Festsetzung des Entsendungsrechts waren die Ingerenzmöglichkeiten Niedersachsens am ausgeprägtesten ausgestaltet.¹⁰⁷⁸ Alle wesentlichen in § 10 Abs. 2 JWPE-GV aufgeführten Gesellschaftsentscheidungen bedurften der Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat war demnach beschlussfähig, wenn „[...] vier seiner Mitglieder, davon mindestens zwei vom Land Niedersachsen entsandte Mitglieder anwesend oder vertreten sind.“ Beschlüsse ergingen grundsätzlich mit einfacher Mehrheit. Dies bedeutet, dass zumindest Niedersachsen seine Einflussnahmemöglichkeiten in diesem Gremium ausreichend sichern konnte. Ausnahmen bildeten die in § 9 Abs. 3 JWPE-GV aufgeführten Entscheidungen,¹⁰⁷⁹ hierzu war Einstimmigkeit vorgesehen. Durch dieses Einstimmigkeitsprinzip war die negative Entscheidungs-, bzw. Kontrollkompetenz aller Anteilseignervertreter gewahrt, nicht hingegen die positive. Hier gilt bzgl. Legitimationsdefizit als auch verfassungsrechtlichem Ausgleich durch das Bundesstaatsprinzip das oben zur Gesellschafterversammlung Gesagte. Eine zusätzliche Stärkung der niedersächsischen Gesellschafterposition bewirkte das Recht des Landes, den Aufsichtsratsvorsitzenden zu benennen (§ 8 S. 4 JWPE-GV), da er verschiedene Leitungs- und spezielle Entscheidungsrechte im Hinblick auf das Gremium hatte. Zu beachten ist aber, dass die nach dem Mustergesellschaftsvertrag der Beteiligungshinweise des Landes Niedersachsen vorgesehene und auch sonst in Gesellschaftsverträgen übliche Regelung, dass der Aufsichtsratsvorsitzende bei Stimmengleichheit doppeltes Stimmgewicht hat (§ 11 Abs. 5 S. 2 des Mustergesellschaftsvertrages)¹⁰⁸⁰ nicht aufgenommen wurde. Hier hat das Land demnach auf die Stärkung der eigenen Position durch eine entsprechende Regelung verzichtet. Der Aufsichtsratsvorsitzende hatte gemäß § 11 Abs. 3 JWPE-GV den Vorsitz der Gesellschafterversammlung.

¹⁰⁷⁸ Vgl. *Klein*, Die Betätigung der öffentlichen Hand als Aktionärin, S. 63; *K. Schmidt*, GesellschaftsR, § 28 IV, S. 839f.

¹⁰⁷⁹ Betroffen sind die §10 (2) a), e), i), j) und k) JWPE-GV aufgeführten Beschlüsse. Umfasst sind damit die Zustimmung zum Wirtschaftsplan, Rechtsgeschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen, der Erwerb sowie die Gründung anderer Unternehmen, Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen an Unternehmen sowie die Änderung der Beteiligungsquote und die Aufnahme neuer Geschäftszweige und die Aufgabe vorhandener Tätigkeitsgebiete.

¹⁰⁸⁰ Nds. Finanzministerium, Beteiligungshinweise des Landes Niedersachsen (Stand 01.06.2016), S. 29.

(cc) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Im Rahmen der weitreichenden Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Beteiligten sowohl auf die Geschäftsführer im Rahmen der der Gesellschafterstellung innewohnenden Weisungsbefugnis (§ 46 GmbHG) als auch auf den Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG)¹⁰⁸¹ ist die Vermittlung der sachlich-inhaltlichen Legitimation auf die Gesellschaft unschwer möglich. Die grundsätzlichen Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten stehen nicht in Zweifel.

Der JWPE-GV sieht insofern eine besondere Rolle im Aufsichtsrat, da er in § 10 Abs. 2 JWPE-GV diverse Zustimmungserfordernisse vorsieht (insbesondere für den Wirtschaftsplan, lit a); Grundstücks- und Finanzgeschäfte, lit. b) und sonstige Rechtsgeschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, lit. e)). Einen vergleichbaren Beschlusskatalog sieht der Vertrag für die Gesellschafterversammlung hingegen nicht vor, vgl. § 12 JWPE-GV. Die wesentliche Einwirkung der beteiligten Länder auf die gesellschaftlichen Geschicke erfolgte daher über den Aufsichtsrat.

(b) JadeWeserPort Realisierungs GmbH & Co. KG

Für die Berechtigung zum Vertragsschluss sowie zu der Beteiligung an der institutionalisierten Realisierungszusammenarbeit kann für die JWP-R auf das oben Gesagte verwiesen werden. Der Gesellschaftsvertrag dieser gemischt-öffentlichen Personengesellschaft ist nicht öffentlich zugänglich. Die folgenden Ausführungen beruhen daher auf der einmaligen Einsichtnahme in Teile der Satzung der JWP-R. Dies führt unfraglich zu erschwerten Bedingungen für die Prüfung der Legitimationsstruktur der zentralen Hafengesellschaft sowie für eine verbindliche Beurteilung.¹⁰⁸² Anhaltspunkte für die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung gibt aber auch der JWPE-GV der JWP-E, die Ende 2004 auf die JWP-R verschmolzen wurde.¹⁰⁸³ Parallelen zu den Befunden zur JWP-E sind ob vergleichbarer Grundstrukturen naheliegend.

Die Gesellschafter der JWP-R haben sich zur Durchführung des Hafenprojektes einer Personengesellschaft bedient. Die Geschäftsführung erfolgt bei einer GmbH & Co. KG jedoch grundsätzlich allein durch die Komplementär-GmbH, weshalb auch hier die Voraussetzungen für die Einflussnahmemöglichkeiten mit

¹⁰⁸¹ IRd § 52 GmbHG bietet sich für den fakultativen Aufsichtsrat die Möglichkeit der Inkorporation von Weisungsrechten in die Gesellschaftssatzung, vgl. z.B. BVerwG, NZG 2011, 1381 (1382); *Lohner/Zieglmeier*, Besetzung des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH, in: BayVBl 2007, 581 (585).

¹⁰⁸² Zur Veröffentlichung von Gesellschaftsverträgen privater Gesellschaften in öffentlicher Trägerschaft *Papenfuß/Schaefer*, Transparenz und anforderungsgerechte Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen, in: Hilgers u.a., Public Management im Paradigmenwechsel, S. 523 (531f).

¹⁰⁸³ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 17.

der GmbH vergleichbar sind, zumal die Beteiligungsverhältnisse an Kommanditanteilen und Anteilen an der Komplementärin der JWP-R gleich sind.¹⁰⁸⁴

Wie der JWPE-GV, sieht auch der JWPR-GV einen Gesellschaftszweck nicht explizit vor. Gegenstand des Unternehmens ist die „Errichtung, Unterhaltung und Finanzierung der terminalnahen Infrastruktur des Tiefwasserhafens in Wilhelmshaven [...] sowie dessen Verwaltung einschließlich der Vergabe von Betreiber- und sonstigen zu erbringenden Leistungen.“ Satz 2 legt fest, dass die Gesellschaft hierzu alle dem Unternehmensgegenstand dienlichen Geschäfte vornehmen darf und umreißt dabei einige konkret. Dazu gehören neben der Bauherrenfunktion auch die Durchführung von Vergabeverfahren (hier insbesondere die Vergabe der Betreiberkonzession sowie die Vergabe der Bauarbeiten für die Hafensuprastruktur) sowie die Aufgaben von Verwaltung, Betreuung und wirtschaftlicher Nutzung der Hafenanlage. Gemäß Absatz 2 darf der Unternehmensgegenstand auch durch Tochtergesellschaften verfolgt werden. Für wesentliche Maßnahmen der Geschäftsführung ist nach § 6 Abs. 3 JWPR-GV die Zustimmung des Aufsichtsrats vorgesehen.¹⁰⁸⁵ Dies schafft über die Einwirkungsmöglichkeiten der Gesellschafterversammlung hinaus eine weitere Kontrollebene gegenüber der Geschäftsführung.

Anders als bei der JWP-E sind die Rechte des Eignerorgans bei der JWP-R stärker ausgestaltet. Wesentliche Gesellschaftsentscheidungen, die über den üblichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, wie etwa die Vergabe der Betreiberkonzession und besonders finanz erhebliche Geschäfte, müssen durch einen Gesellschafterbeschluss entschieden werden. Diese Entscheidungen bedürfen nach dem JWPR-GV ebenfalls der Zustimmung durch den Aufsichtsrat. Für dessen diesbezüglichen abstim mungsbezogenen Rechte wird auf die Ausführungen zur JWP-E verwiesen. Diese Entscheidungen verfügen daher letztlich über einen besonders hohen Legitimationsgehalt, da verschiedene Organe mit personell legitimierten Vertretern diese nach den für die gebietskörperschaftliche Beteiligung vorgesehenen besonderen Vorkehrungen gefällt haben.

Unterschiedlich ist konsequenterweise auch die Besetzung des Aufsichtsrats der JWP-R. Dieser ist in der JWP-R paritätisch mit Vertretern Bremens und Niedersachsens besetzt.¹⁰⁸⁶ Sämtliche Mitglieder sind dem Ministerialapparat im weitesten Sinne zugehörig.¹⁰⁸⁷ Der Aufsichtsratsvorsitz kommt auch hier Niedersachsen zu.

Insgesamt ergeben sich wie auch bei der Entwicklungsgesellschaft aber aufgrund der Abstimmungsregelungen abstrakt einige Schwierigkeiten im Hinblick auf die legitimatorischen Voraussetzungen des kooperativen Handelns der Länder. Der

¹⁰⁸⁴ Siehe zu den allgemeinen Grundlagen der GmbH & Co. KG D)I)3)c).

¹⁰⁸⁵ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 17.

¹⁰⁸⁶ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 17.

¹⁰⁸⁷ Vgl. zur personellen Besetzung des Aufsichtsrats der Realisierungsgesellschaft mit Ministern, einer Staatssekretärin sowie Ministerial- und Staatsräten: Nds. Finanzministerium, Beteiligungsbericht des Landes Niedersachsen 2019, S. 137.

JWPR-GV weist in Bezug auf das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen große Ähnlichkeiten zur Satzung der JWP-E auf. Insbesondere ist ebenfalls Einstimmigkeit erforderlich.

Bezüglich der Festlegung der Einstimmigkeit für Beschlüsse der Gesellschafterversammlung führt der Bericht des Untersuchungsausschusses der Niedersächsischen Landesregierung zur Vergabe des ersten Bauloses am Hafen aus, dass es zwar für die Erreichung der Ziele der Landesregierung einfacher sein möge, eine Entscheidung unter Berufung auf eine Mehrheit im Aufsichtsrat oder in der Gesellschafterversammlung gegenüber Bremen durchzusetzen, dies sei hingegen nicht der Stil, in dem die beiden Länder speziell im JWP-Projekt miteinander umgehen wollten. Demnach setze „[d]iese ausgeprägte partnerschaftliche Komponente des Vertrages“ sowohl bei den Vertragsparteien als auch auf der Ebene der politisch Verantwortlichen „Sensibilität und mehr als nur geschäftsmäßiges Engagement voraus.“¹⁰⁸⁸ Während der Untersuchungsausschuss sich im Weiteren damit beschäftigte, dass die damalige Landesregierung Niedersachsens den Bremer Partner im Zusammenhang mit der Vergabe verschiedentlich unter Druck setzte,¹⁰⁸⁹ ergeben sich aus diesem Vorgehen ähnliche legitimatorische Schwierigkeiten wie bei der JWP-E: Die gesellschaftsvertragliche Verankerung eines Vetorechts im Hinblick auf wesentliche Entscheidungen der Gesellschaft unterminiert die positive Entscheidungskompetenz der Gesellschafter, die bei Inanspruchnahme des Vetorechts durch den Partner eine Entscheidung nicht bewirken können. Dies bedeutet streng genommen gleichfalls eine Legitimationseinbuße, da diese Entscheidungen dabei an Rückführbarkeit auf den (Teil-)Volkswillen verlieren.

Die personelle Legitimation des Aufsichtsrats ergibt sich wie dargelegt aus einer Legitimationsvermittlung durch die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder in der Gesellschafterversammlung, die hier im Ergebnis gegeben ist.

(4) Zwischenergebnis zur demokratischen Legitimation des JWP

Das Großprojekt JWP ist demnach im Hinblick auf die Vorgänge, die sich allein im Bereich der Geltung öffentlichen Rechts befinden – vornehmlich die wasserstraßen- und bergrechtlichen Planfeststellungsbeschlüsse – umfassend demokratisch legitimiert. Schwierigkeiten birgt die legitimatorische Berechtigung Bremens zu Entscheidungen über niedersächsische Angelegenheiten im Rahmen der privatrechtlich ausgestalteten Gesellschaften und vice versa.

Bedenklich ist insbesondere, dass Bremen keinen mehrheitlichen Einfluss auf die Geschicke der gemeinsamen JWP-R hat. Durch die Einstimmigkeitsregelung bei wesentlichen gesellschaftlichen Entscheidungen erhält der Stadtstaat aber ein gewichtiges Vetorecht. Beide Gebietskörperschaften besitzen jedoch ob der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen keine positive Entscheidungskompetenz, die

¹⁰⁸⁸ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 24

¹⁰⁸⁹ Ebda.

jedoch Voraussetzung einer umfassenden personellen Legitimation wäre: Entscheidungen können so ohne die Zustimmung des Partners generell nicht durchgesetzt werden.

Dennoch gilt es hier eine am effektiven Legitimationsgehalt orientierte Einschätzung vorzunehmen. Während zwar im ersten Prüfungsschritt der absolute Legitimationsgehalt sowohl in personeller als auch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht zu prüfen war, gilt es nachfolgend eine Abwägung vorzunehmen, die auch Einflüsse anderer Gebote mit Verfassungsrang umfasst. Das Einstimmigkeitsprinzip bei wesentlichen Entscheidungen schränkt die Beteiligten zwar in ihrer positiven Entscheidungskompetenz ein, gleichwohl schützt es sie vor Beschlüssen, die den eigenen Interessen zuwiderlaufen. Das entspricht dem Kooperationsgedanken einer gemischt-öffentlichen Gesellschaft. Zudem ist so auch die Haushaltshoheit gewahrt, d.h. Entscheidungen mit haushaltsrechtlichen Folgen kann potenziell vorgebeugt werden. Gleichzeitig wäre das starre Festhalten am Substitutionsverbot eine Manifestation gegen öffentliche Kooperationen und für öffentlich-private Zusammenarbeit, solange nur die öffentliche Hand Mehrheitsbeteiligte ist. Dass dies auch verfassungsrechtlich nicht bezweckt sein kann, wurde oben erörtert.¹⁰⁹⁰ In die Abwägung muss insofern ebenfalls einfließen, dass es sich bei den Gesellschaftern der Beteiligungen im Rahmen von öffentlicher Zusammenarbeit um jeweils für sich genommen legitimierte Träger handelt. Insofern entscheiden Beteiligte zusammen, die jeweils – isoliert betrachtet – die Vorgaben des Demokratieprinzips erfüllen. In einer bilanziellen Gegenüberstellung kann eine Einschränkung im Hinblick auf die Herbeiführung des eigenen Willens im Sinne einer positiven Entscheidungskompetenz das Legitimationsniveau zwar mindern, nicht jedoch die Legitimation gänzlich negieren. Ist zugleich die Möglichkeit zur Entscheidungsverhinderung abgesichert, bewirkt dieses Niveau eine demokratische Legitimation der Gesellschaft insgesamt und bewegt sich im vom Demokratieprinzip abgedeckten Bereich.

Wie oben im Zusammenhang mit der JWP-E dargelegt ist jedenfalls das Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG grundsätzlich geeignet, die oben dargelegten Legitimationseinbußen bei JWP-E und JWP-R verfassungsrechtlich auszugleichen. Dort wo dem Demokratieprinzip im Rahmen des Großprojektes nicht genüge getan wurde, kann auf diesem Wege die Verfassungsmäßigkeit im Rahmen einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls gleichsam gegebenenfalls festgestellt werden.

bb) Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung

(1) Durchschaubarkeit

Auch der JadeWeserPort muss sich an den zuvor dargestellten Kriterien der Durchschaubarkeit und Kontrolle im Rahmen des Transparenzgebots messen lassen.

¹⁰⁹⁰ Siehe hierzu D)II)2)b).

(a) Verfahrenstransparenz

Aufgrund der Eingliederung der Hafенplanung in allgemeine Verwaltungsverfahren, als Ausdruck der rechtsstaatlichen Forderung nach der Kontrollierbarkeit des Verfahrens,¹⁰⁹¹ muss die objektive Verfahrenstransparenz auch am Verwaltungsverfahrenrecht gemessen werden. Dieses hat, wie bereits dargelegt, in der Bundesrepublik nach wie vor einen stark arkanen Einschlag und bietet daher grundsätzlich nur punktuell transparente Verfahrenselemente. Für das JWP-Projekt ist jedoch kennzeichnend, dass insgesamt zurückhaltend mit Informationen an die Öffentlichkeit umgegangen wird. Insofern verfolgen die beteiligten Gesellschafter ein traditionelles arkantes Verwaltungsverständnis und öffnen sich nicht ohne weiteres für den öffentlichen Diskurs. Für Aufsichtsratssitzungen gilt, wie dargelegt, der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit, vgl. § § 109 Abs. 1, 116 AktG.¹⁰⁹² Nur mit der Zustimmung des zuständigen Organs – der Gesellschafterversammlung – kann eine Entbindung erfolgen.¹⁰⁹³ Hier liegt ein Kooperationsproblem verborgen: Alle Anteilseigner müssen die Offenlegung bestimmter Gesellschaftsinterna befürworten, da andernfalls eine Informationsveröffentlichung gesellschaftsrechtlich unzulässig und gemäß § 85 GmbHG, bzw. § 404 AktG strafbewehrt ist.¹⁰⁹⁴ Insgesamt ist der Umgang mit den privatrechtlichen Hafengesellschaften als in der Tendenz intransparent zu charakterisieren, Geheimhaltung wird allgemein mit dem Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen begründet.¹⁰⁹⁵

(b) Informationsaustausch

In Anknüpfung an das oben Gesagte, lassen sich auf der Staat-Bürger-Ebene über die verwaltungsverfahrenrechtlichen Beteiligungsinstrumente hinaus kaum transparenzrelevante Aspekte erkennen. Informationen sind im Rahmen der verfahrensrechtlichen Bestimmungen durch Planauslegungen, Erörterungstermin etc. erfolgt. Darüber hinaus haben die Betreiber medial keine Informations- oder Dialogplattform angeboten, welche eine Teilhabe oder Meinungsbildung jenseits der verfahrensrechtlichen Betroffenheit ermöglicht hätten. Die JadeWeserPort-InfoCenter

¹⁰⁹¹ *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK GG, Art. 20 Abs. 1 Rn 2955.

¹⁰⁹² Vgl. oben DJI3)a), Fn 752.

¹⁰⁹³ BGH NJW 1975, 1412 (1413); *Altmeppen*, in: Roth/ders., GmbHG, § 85 Rn 9; *Dannecker*, in: Michalski, GmbHG, § 85 Rn 31, 71; *Schaal*, in: MüKo AktG, § 404 Rn 34; *Wißmann*, in: MüKo GmbHG, § 85 Rn 35.

¹⁰⁹⁴ Ausnahme bilden die allerdings anders gerichteten § 93 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 116 AktG, der die Prüfung durch eine nach § 342b HGB anerkannte Stelle von der Geheimhaltung ausnimmt sowie § 394 S. 1 AktG, der Berichte der Aufsichtsräte an die Gebietskörperschaften erlaubt.

¹⁰⁹⁵ Nds. LT Drs. 15/4370, S. 10; vgl. zur Rechtmäßigkeit von nicht-öffentlichen UA-Sitzungen sowie Zeugenvernehmungen: *Reinhard*, Der Untersuchungsausschuss, NVwZ 2014, S. 991.

GmbH besteht insofern rein zu touristischen Zwecken und bietet keine Informationsplattform für die interessierte Öffentlichkeit. Auch hat Niedersachsen nach wie vor kein Informationsfreiheitsgesetz,¹⁰⁹⁶ die Umsetzung eines solchen ist nicht konkret in Planung.¹⁰⁹⁷

Aber auch auf der Staat-Repräsentanten-Ebene bestehen defizitäre Transparenzstrukturen: So monierten Abgeordnete des Niedersächsischen Landtags unzureichende Informationen zum Großprojekt. Entscheidungen hätten demnach im zuständigen Ausschuss für Häfen und Schifffahrt ohne ausreichende Informationsbasis getroffen werden müssen, insbesondere haben demzufolge grundlegende Verträge nicht zur Einsicht vorgelegen.¹⁰⁹⁸ So z.B. der Betreibervertrag mit Eurogate, der auch im zuständigen Ausschuss für Häfen und Schifffahrt nicht behandelt worden und nur der JWP-R und ihren Verantwortlichen bekannt sei. Eine Pflicht zur Vorlage im zuständigen Ausschuss besteht indes nicht, vielmehr können Abgeordnete aber im Rahmen ihrer parlamentarischen Informationsrechte Einsicht auch in nicht öffentlich zugängliche Vertragswerke nehmen, in denen sich der Staat durch seine Tochtergesellschaften bindet oder hierzu von ihrem Fragerecht gegenüber der Regierung Gebrauch machen.¹⁰⁹⁹

Die zwischenstaatliche Ebene zwischen den Beteiligungspartnern Bremen und Niedersachsen ist insofern weniger problematisch ausgestaltet: Innerhalb der Realisierungsgesellschaft gestaltet sich der Informationsaustausch aufgrund flacher Hierarchien dem Grunde nach effektiv. Sehr regelmäßige Gespräche zwischen der Realisierungsgesellschaft und den zuständigen staatlichen Beteiligten gewährleisten einen ausreichenden Wissensstand der Ingerenzverpflichteten.¹¹⁰⁰

(2) Kontrolle

Elementare Voraussetzung für eine projektbegleitende Kontrolle ist insbesondere eine umfängliche und stets möglichst aktuelle Kommunikation zwischen Planungs-

¹⁰⁹⁶ Das IFG des Bundes findet zur Informationsverschaffung keine analoge Anwendung, der Geltungsbereich ist auf die Bundesverwaltung beschränkt.

¹⁰⁹⁷ Koalitionsvertrag SPD/CDU für die 18. Wahlperiode des Niedersächsischen Landtages, S. 45; Landesbeauftragte für den Datenschutz in Niedersachsen, Auskunft, Informationsfreiheitsgesetz: http://www.lfd.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=12945&article_id=56186&psmand=48.

¹⁰⁹⁸ Vgl. dazu - ohne Bezug zu einer konkreten Parlamentsentscheidungen - das Interview mit dem Mitglied des Ausschusses Häfen und Schifffahrt im Nds. LT mit dem ehemaligen MdL R. Riese (FDP): Bürgerportal Wilhelmshaven, Pressemitteilung v. 01.06.2010: <http://www.buerger-whv.de/vorschau/cms/index.php?e1=264&e2=6021&e3=7140&e4=7142>.

¹⁰⁹⁹ Vgl. zu parlamentarischer Fremd- und Selbstinformation generell auch oben C)II)3)b)cc)(2)(c).

¹¹⁰⁰ So die Angaben des Justizars des JWP, Hans-Henning Pötter im Zuge der Befragung durch die Verfasserin dieser Arbeit.

trägern und Kontrollinstanzen sowie die Erhöhung von Transparenz im Planungsprozess. Es ist Ausprägung des demokratischen Prinzips, dass die Ausübung staatlichen Tuns zu verantworten ist. Die Kompetenz zu Entscheidungen führt so auch zur Verantwortlichkeit hierfür. Derjenige, der einerseits Entscheidungen trifft, hat andererseits Rede und Antwort zu stehen und eventuelle Sanktionen zu tragen.¹¹⁰¹

Für die Kontrolle auf Staat-Repräsentanten-Ebene bietet sowohl der niedersächsische als auch der bremische Verfassungsgeber die gängigen Informations- und Kontrollinstrumentarien: Insbesondere besteht neben den Interpellationsrechten der Landtagsabgeordneten (Art. 24 Abs. 1 NV,¹¹⁰² Art. 100 Abs. 1 BremVerf¹¹⁰³)¹¹⁰⁴ das Recht der Einsetzung von Untersuchungsausschüssen (Art. 27 NV,¹¹⁰⁵ Art. 105 BremVerf¹¹⁰⁶). In Niedersachsen¹¹⁰⁷ wurde im Zusammenhang mit dem JWP von Letzterem bereits Gebrauch gemacht.¹¹⁰⁸ Hierin liegt gleichfalls eine Transparenzwirkung für die Staat-Bürger-Ebene.¹¹⁰⁹ Das Recht der Akteneinsicht von Abgeordneten normiert Art. 105 Abs. 4 BremVerf: Dabei findet eine Beschränkung auf Akten im Zusammenhang mit konkreter Ausschussarbeit statt, ferner sind nur Einrichtungen und Akten des Aufgabenbereichs umfasst, für den der Ausschuss tätig ist.¹¹¹⁰ Weitreichender ist § 4a Abs. 1 S. 1 GO BremLT: Hier ist ein umfassender Einsichtsanspruch des einzelnen Abgeordneten normiert, ausgenommen ist explizit nur die Einsicht in Verschlussachen (S. 2). Niedersachsens diesbezügliche Regelung ist nicht am einzelnen Repräsentanten orientiert, sondern knüpft

¹¹⁰¹ *Kriele*, Das demokratische Prinzip des GG, in: VVDStRL 29, 46 (60); *Müller-Franken*, Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung, in: DÖV 2005, 489 (495).

¹¹⁰² *Hageböiling*, NV, Art 24 Ziff. 2, S. 116; *Mann*, in: Hartmann/ders./Mehde, Landesrecht Niedersachsen, § 1 Rn 32.

¹¹⁰³ *Bovenschulte/Fisahn*, Bremisches Verfassungsrecht in: Fisahn, Bremer Recht, S. 65; *Preuß*, in: Kröning/Pottschmidt/ders./Rinken, Hb. BremVerfass., 2. Teil, S. 325f.

¹¹⁰⁴ Näheres regeln die jeweiligen Geschäftsordnungen, vgl. § § 45ff GO LTNds, § § 29ff GO LT Brem.

¹¹⁰⁵ *Hageböiling*, NV, Art. 27 Ziff. 1, S. 126; *Mann*, in: Hartmann/ders./Mehde, Landesrecht Niedersachsen, § 1 Rn 32 aE.

¹¹⁰⁶ *Preuß*, in: Kröning/Pottschmidt/ders./Rinken, Hb. BremVerf, 2. Teil, S. 326.

¹¹⁰⁷ In Niedersachsen hat sich das Enquete-Recht empirisch betrachtet als reines Kontrollinstrument der Opposition gezeigt, vgl. zu Praxis: *Hilwig*, Das parlamentarische Untersuchungsrecht in Niedersachsen, in: NdsVBl 2005, 38 (40).

¹¹⁰⁸ Vgl. LT Nds Bericht 20. Parlamentarischer Untersuchungsausschuss (LT Drs 15/4370) sowie Entschließungsantrag SPD, Bündnis 90/Die Grünen 14.09.2007 Nds LT Drs. 15/4066.

¹¹⁰⁹ Zur Öffentlichkeit politischer Herrschaft durch Untersuchungsausschüsse: BVerfGE 118, 277 (353); 49, 70 (85).

¹¹¹⁰ Die gesetzgeberische Zielrichtung ist jedoch auch eine andere: Normzweck ist nicht das individuelle Recht des einzelnen Parlamentarierers zur ordnungsgemäßen Ausführung seiner Tätigkeit, sondern vielmehr die Erhöhung der parlamentarischen Kontrollintensität. Es handelt sich also inhaltlich um ein spezielles Kontrollinstrument: Über den ursprünglichen Anwendungsbereich auf Petitions- und Untersuchungsausschüsse haben damit auch Fachausschüsse weitreichendere Kontrolloptionen. Vgl. dazu auch *Bovenschulte/Fisahn*, Bremisches Verfassungsrecht, in: Fisahn, Bremer Recht, S. 65.

das Akteneinsichtsrecht an ein Quorum, vgl. Art. 24 Abs. 2 NV. Adressatin ist die Landesregierung, der Gegenstand des Ersuchens muss im Zusammenhang mit einer Ausschussmaterie stehen. Art. 24 Abs. 2 Satz 2 NV hebt dabei hervor, dass auch die Unterlagen privat- oder kommunalrechtlicher Organisationseinheiten erfasst sind, sofern der Landesregierung ihrerseits ein Zugangsrecht im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse oder aus privatrechtlichen Bestimmungen zusteht.¹¹¹¹ Dieses Recht wird jedoch nicht schrankenlos gewährt: Das Kabinett kann das Verlangen gemäß Art. 24 Abs. 3 NV ablehnen, sofern befürchtet wird, dass Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Landesregierung signifikant beeinträchtigt würden oder durch das Bekanntwerden von Tatsachen dem Wohl des Landes oder des Bundes Nachteile zugefügt oder eine Verletzung schutzwürdiger Interessen Dritter zu fürchten ist.¹¹¹² Dies löst gemäß Satz 2 gleichermaßen eine Pflicht zur Begründung aus, die Ablehnung muss nachvollziehbar sein, tatsächliche und rechtliche Gründe müssen den antragstellenden Abgeordneten gegenüber demnach transparent gemacht werden.¹¹¹³

Die Niedersächsische Landesregierung und der Bremer Senat sind darüber hinaus gemäß Art. 25 Abs. 1 S. 1 NV/Art. 79 Abs. 1 BremVerf verpflichtet, ihre Parlamente „über die [...] Durchführung von Großvorhaben frühzeitig und vollständig zu unterrichten.“ Dies gilt bei Sachverhalten mit weitreichender Bedeutung oder finanzieller Erheblichkeit auch für die Zusammenarbeit mit dem Bund oder anderen Ländern.¹¹¹⁴ Beides trifft auf das Großprojekt JWP zu, sodass jeweils eine frühzeitige Unterrichtungspflicht der Regierungen bestand.

Insgesamt bestehen demnach Informations- und Kontrollinstrumentarien, die geeignet sind, dem Transparenzgebot auf der Staat-Repräsentanten-Ebene Geltung zu verleihen. Mit den landesverfassungsrechtlich verbürgten Akteneinsichtsrechten verfügen die beiden Länder über starke parlamentarische Kontrollrechte. Bremen sieht in der Geschäftsordnung einen individuellen Ansatz zugunsten des Informationsverlangens des einzelnen Abgeordneten vor, unabhängig von Quoren und Ausschussbefassung. Dies ist Ausdruck der repräsentativen Funktion und zielt auf eine effektive Wahrnehmung der parlamentarischen Rechte. Hierin liegt eine weitreichende Transparenzwirkung auf der Staat-Repräsentanten-Ebene.

Für den Korruptionsverdacht, der insbesondere im Zusammenhang mit der zumindest als eigentümlich erachteten anfänglichen Bauvergabe an Hochtief bestand, konnte im Rahmen des Untersuchungsausschusses im Niedersächsischen Landtag

¹¹¹¹ *Hagebölling*, NV, Art. 24 Ziff. 3, S. 117.

¹¹¹² BVerfGE 67, 100 (134ff); *Mann*, in: Hartmann/ders./Mehde, Landesrecht Niedersachsen, § 1 Rn 32.

¹¹¹³ BVerfG NVwZ 2009, 1092ff.; *Hagebölling*, NV, Art. 24 Ziff. 4, S. 120.

¹¹¹⁴ Art. 25 Abs. 1 S. 2 NV / Art. 79 Abs. 2 BremVerf; vgl. *Bovenschulte/Fisahn*, Bremisches Verfassungsrecht, in: *Fisahn*, Bremer Recht, S. 65

kein Nachweis erbracht werden.¹¹¹⁵ Dieses Ergebnis sei den Berichterstattern nach vor allem Folge des engen Zeitrahmens der Untersuchung, die Glaubwürdigkeit der jeweiligen Zeugen habe der Ausschuss daher nicht prüfen können.¹¹¹⁶ Solche Einschränkungen erschweren die Aufgabenwahrnehmung des Kontrollorgans im Hinblick auf die Aufsicht in Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Demokratie-, Rechtsstaats- und Transparenzfaktoren erheblich.¹¹¹⁷ Der Ausschuss hatte jedoch in erster Linie die Frage nach Verfahrensverzögerungen und der korrespondierenden Verantwortlichkeit zu untersuchen und Modalitäten um Vergabe und Organisationsstruktur nur am Rande zu beurteilen.¹¹¹⁸

(a) Verantwortungstransparenz

Die Zuordnung von Verantwortlichkeit zu Organen ist ein demokratisches Erfordernis;¹¹¹⁹ Entscheidungskompetenz bedeutet Entscheidungsverantwortung, hierzu bedarf es einer grundlegenden Verantwortungstransparenz.

Die Zuordnung von Verantwortung im JWP-Projekt ist im Detail nicht ohne weiteres möglich. Insbesondere die Aufgabenteilung der Gesellschafter ist extra muros kaum nachvollziehbar.

Der Aufsichtsrat der JWP-R ist weitgehend mit Mitgliedern der jeweiligen Landesverwaltungen besetzt.¹¹²⁰ Niedersachsen entsendet zwei Minister in den Aufsichtsrat: den Wirtschaftsminister als Aufsichtsratsvorsitzenden sowie den Umweltminister, der zuvor als Wirtschaftsminister dem Gremium vorsah.¹¹²¹ Die übrigen Aufsichtsratsmitglieder stammen als hohe Verwaltungsbeamte aus der Landesregierung bzw. Senatsverwaltung und werden ergänzt durch den Geschäftsführer der Bremerhavener Gesellschaft für Investitionsförderung und Stadtentwicklung mbH, einer gemeinsamen Gesellschaft des Landes Bremen und der Stadt Bremerhaven.¹¹²² Rein privatwirtschaftliches Knowhow ist im Aufsichtsrat nicht vertreten.

Die Wahrnehmung der niedersächsischen Gesellschafterrechte erfolgt zentral durch das Beteiligungsreferat des Finanzministeriums. Zur Wahrung spezifischer Interessen und der Einbringung fachlicher Expertise werden den zuständigen Res-

¹¹¹⁵ LT Nds, Drs. 15/4370, S. 20ff.

¹¹¹⁶ Ebda, S. 20.

¹¹¹⁷ Vgl. zur Selbstinformation durch das parlamentarische Untersuchungsrecht generell auch oben C)II)3)b)cc)(2)(c).

¹¹¹⁸ LT Nds Drs. 15/4370, S. 7f.

¹¹¹⁹ *Müller-Franken*, Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung, in: DÖV 2005, 489 (495); *Robbers*, in: BK GG, Art. 20 Abs. 2 Rn 3097.

¹¹²⁰ Vgl. Nds Finanzministerium, Beteiligungsbericht des Landes Niedersachsen 2015, S. 137.

¹¹²¹ Vgl. Nds Finanzministerium, Beteiligungsbericht des Landes Niedersachsen 2019, S. 169.

¹¹²² Senatorin für Finanzen Bremen, Handbuch Beteiligungsmanagement, Stand August 2008, Fach 1 S. 10.

sorts daneben regelmäßig Mandate in Aufsichtsräten, Beiräten und sonstigen Gremien der betreffenden Unternehmen eingeräumt.¹¹²³ Dies gilt entsprechend für das bremische Beteiligungsmanagement.¹¹²⁴ Aufsichtsratsmitglieder, die ebenfalls dem Finanzministerium angehören, sind für Bremen ein Senatsrat und für Niedersachsen eine Ministerialdirigentin.¹¹²⁵ Während in Bremen dabei keine Verflechtungen mit dem Referat für das Beteiligungsmanagement bestehen, war die Leiterin des Beteiligungsreferats zunächst niedersächsische Vertreterin in der Gesellschafterversammlung und zugleich Mitglied des Aufsichtsrats.¹¹²⁶ Dies änderte sich erst nach der niedersächsischen Landtagswahl 2017, als die Leiterin des Beteiligungsreferats die Leitung des Ministerbüros im Finanzministerium übernahm. Insgesamt ist hier die „Doppelstellung“ von Organvertretern im Eignerorgan und im Aufsichtsrat zu beachten, wobei diese Konstellation grundsätzlich ein Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafterrechten und Aufsichtsratspflichten bewirken kann. Für die Wahrnehmung der Organfunktion als Anteilseignervertreterin bestand zwar eine Vereinbarung über die Pflicht zur Enthaltung bei der Abstimmung über die Entlastung des Aufsichtsrats. Andere heikle Gegenstände der Gesellschaftertätigkeit, mögliche Haftungsansprüche der Gesellschaft bei pflichtwidriger Erfüllung der Kontrolltätigkeit etwa, wurden von der Vereinbarung aber nicht erfasst. Diese Aufgabenverschränkung erscheint im Lichte der jeweiligen Organfunktion nicht unproblematisch. Die Rechte des einzelnen Gesellschafters, Einfluss auf den Aufsichtsrat bzw. einzelne Mitglieder zu nehmen, stehen dabei in Frage: Betroffen sind insbesondere die Intensivierung der Überwachungstätigkeit, das Hinwirken auf die Revision von Aufsichtsratsbeschlüssen in der Gesellschafterversammlung, die Aufforderung zu ausführlicher Stellungnahme bzgl. Gesellschaftsangelegenheiten und Überwachungstätigkeit, die Möglichkeit zur Beantragung der Nichtentlastung von Aufsichtsratsmitgliedern, das Vorschlagsrecht in Bezug auf die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern und vor allem die Haftungsanspruchsverfolgung im Rahmen von Organstreitverfahren.

Diese Konstellation, bei der Vertreter in der Gesellschafterversammlung im Spannungsfeld von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und diensthierarchischer Stellung stehen, kann mithin die starke Gesellschafterstellung auch und gerade im Hinblick auf den Aufsichtsrat ad absurdum führen bzw. auf tatsächlicher Ebene nahezu vollständig entmachten. Die Verantwortungsstrukturen beim Hafenprojekt

¹¹²³ Nds. Finanzministerium, Beteiligungen des Landes Niedersachsen an Unternehmen: http://www.mf.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=986&article_id=1631&_psmand=5.

¹¹²⁴ Siehe Fn 1122.

¹¹²⁵ Derzeit namentlich Senatsrat H. Duveneck, als Vertreter des Senators für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen und Ministerialdirigentin A. Deter aus dem Nds. Finanzministerium (Stand 09/2020).

¹¹²⁶ Vgl. Nds Finanzministerium, Organisationsplan (Stand 07/2016).

bis zur Umsetzung der betroffenen Referatsleiterin müssen daher wegen dieser Verflechtungen als insgesamt komplex und in den Jahren 2003 bis 2017 potenziell problematisch eingeordnet werden und wirken sich insofern nachteilig auf Ebene der Verantwortungstransparenz des Projektes aus.

(b) Kostenklarheit

Eine weitere, letztendlich rechtsstaatlich geprägte Transparenzanforderung bezieht sich auf die Kosten eines Projektes: Über die Haushaltsaufstellung hinaus muss bei staatlichen Ausgaben eine Transparenz und Nachvollziehbarkeit gegeben sein. Hierzu bedarf es neben realistischen Kostenkalkulationen, welche ex ante Eingang in die Haushaltsgesetzgebung finden,¹¹²⁷ auch umfassender Kontroll- und Nachvollziehbarkeitsmöglichkeiten ex post.

Die Kostenstruktur des Projekts ist im Einzelnen kaum publik gemacht worden und ihre Darstellung ist durch Pauschalität gekennzeichnet. Allein die generelle Verteilung der Kosten von Basis- und terminalnaher Hafeninfrastruktur wird öffentlich angegeben.¹¹²⁸ Die Kostendarstellung und Kostenkommunikation des Hafenprojekts kann daher insgesamt nicht als durchgehend suffizient bezeichnet werden. Welche Kosten für die öffentlichen Beteiligten insgesamt bis zur Eröffnung 2012 angefallen sind, ist kaum nachvollziehbar. Finanzierungsvereinbarungen über die reinen Beteiligungen an den Gesellschaften hinaus sind nicht zugänglich. Begrenzte Durchschaubarkeit wird jedoch durch die Beteiligungsberichte der Länder hergestellt, in deren Rahmen die Beteiligungen an den JadeWeserPort-Gesellschaften grob bilanziell dargestellt werden.¹¹²⁹

(3) Zwischenergebnis zur Transparenz beim JWP

Das JWP-Projekt zeichnet sich nach den obigen Ausführung durch intransparente Strukturen in nicht unerheblichem Maß aus. Dies betrifft gerade die besonders bedeutsame Kontrollebene der Transparenz im Zusammenhang mit Verantwortungstransparenz und Kostenklarheit. Nach den zuvor zur Transparenz als verfassungsrechtlichem Gebot und Subprinzip von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip entwickelten Maßgaben muss daher unter diesem Gesichtspunkt auf Grundlage der vorhandenen Informationen eine Verfassungswidrigkeit der Projektstrukturen angenommen werden, die ihrerseits einen Ausgleich durch gleich- oder höherrangige Verfassungsgüter nicht erkennen lassen. Hierbei muss freilich Berücksichtigung finden, dass eine umfassende Prüfung des Projekts aufgrund durchgehend valider Quellen nicht vollständig möglich war.

¹¹²⁷ Zur Aufstellung des Haushaltsplans: *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 110 Rn 158ff.

¹¹²⁸ Siehe oben E)IV)1)b).

¹¹²⁹ Vgl. bspw. Nds. Finanzministerium, Beteiligungsbericht 2017, S. 166f.; Freie Hansestadt Bremen, Senatorin für Finanzen, Beteiligungsbericht 2016, S. 120.

cc) Fazit

Das JWP-Projekt weist geringe Defizite hinsichtlich der demokratischen Legitimation auf, die jedoch in einer verfassungsrechtlichen Abwägung im Lichte des Bundesstaatsprinzips grundsätzlich ausgeglichen werden können. Insbesondere im Hinblick auf die Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit der Kooperationsstrukturen sowie die Kostenaufschlüsselung des Großprojekts JWP sind Transparenzdefizite zu konstatieren. Auch ist auffällig, dass Informationsquellen häufig nicht direkt über die Bauherrin oder andere direkt Verantwortliche (namentlich die beteiligten Länder) zugänglich sind, sondern aufwendig über sekundäre Quellen recherchiert werden müssen. Eine von den Beteiligten zentral zur Verfügung gestellte Informationsplattform besteht nicht.

Insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung des Transparenzgebots bestehen bei der Organisation des Tiefwasserhafens Defizite in nicht unbeträchtlichem Maße. Gerade die Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit der Kosten und Kostentragung und der einhergehenden vertraglichen Verpflichtungen ist im Detail kaum möglich. Auch die Besetzung des Aufsichtsrats weist Mängel auf: Zum einen ist die Mitgliedschaft von zwei Landesministern – unter anderem mit der Aufgabe des Vorsitzes – im Hinblick auf den Umfang, welchen die Kontrolltätigkeit einnehmen kann, zu hinterfragen. Zum anderen ist die langjährig bestehende Verflechtungssituation zwischen Aufsichtsrats­tätigkeit und Anteilseignervertretung durch eine leitende Ministerialbeamtin zu beanstanden. Dies wirkt sich im Rahmen der Verantwortungstransparenz negativ aus. Zudem bleiben die Informationsgrundlagen der Parlamente fraglich. Können auch Abgeordnete – selbst als Ausschussmitglieder – keinen Anspruch auf die Einsicht in vertrauliche Gesellschaftsdokumente geltend machen, so beispielsweise Gesellschafts- oder Betreiberverträge, ist ein Überblick über die Dimensionen der Bindungen im Hinblick auf finanzielle und tatsächliche Auswirkungen nicht möglich.

Die Demokratiestrukturen sind nach dem oben Gesagten aufgrund des verfassungsrechtlichen Ausgleichs mit dem Bundesstaatsprinzip insgesamt noch als ausreichend zu bewerten. Die Transparenzstrukturen des Projektes sind hingegen durchwachsen und müssen nach der hier vertretenen Auffassung, wie dargelegt, als verfassungswidrig eingeordnet werden.

2) Großprojekt Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt

Der Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt (nachfolgend: „BER“) soll den Berliner Luftraum neu ordnen und die Kapazitäten des Flugverkehrs um Berlin vergrößern.¹¹³⁰ Nach der Fertigstellung, die beim Spatenstich 2006 für das Jahr 2011

¹¹³⁰ § 2 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag der FBB; LT Berlin, Drs. 17/3000, Bd. I, S. 47.

vorgesehen war¹¹³¹ und für Ende Oktober 2020 geplant ist,¹¹³² soll er die beiden Flughäfen Tegel und Schönefeld ersetzen und als einziger Hauptstadtflughafen zunächst ein jährliches Passagieraufkommen von 27 Mio., nach einem Ausbau bis 2040 bis zu 58 Mio. bewältigen.¹¹³³ Der BER ist ein Gemeinschaftsprojekt der Länder Berlin, Brandenburg und des Bundes. Das Projekt machte bisher wie kein anderes durch Kosten- und Terminüberschreitungen, Korruption, Baumängel und politische Verflechtungen auf sich aufmerksam.

a) Historie und Motivation

Bereits kurz nach der Deutschen Einheit begannen erste Planungen zu einem Großflughafen in Berlin. Im Jahr 1991 gründeten die drei jetzigen Beteiligten die Berlin Brandenburg Flughafen Holding GmbH („BBF“)¹¹³⁴ zum Zweck „einer Neuordnung des Luftverkehrs in Berlin und Brandenburg einschließlich der Konzentration des zivilen Luftverkehrs auf einen Single-Standort.“¹¹³⁵ Die Entscheidung zum Bau erfolgte 1995 von den Gesellschaftern, den Ländern Berlin, Brandenburg und dem Bund im Rahmen eines Konsortialvertrages.¹¹³⁶ Nachdem die von Berlin und Brandenburg geplante Länderfusion gescheitert war, schlossen die Gesellschafter der BBF am 28. Mai 1996 auf Grundlage der vorangegangenen Empfehlung des damaligen Bundesverkehrsministers, des brandenburgischen Ministerpräsidenten sowie des Regierenden Bürgermeisters von Berlin den sogenannten Konsensbeschluss.¹¹³⁷ Er umfasste im Wesentlichen die Realisierung des BER unter Beteiligung privater Investoren im Rahmen eines Privatisierungsverfahrens am Standort Schönefeld, während die übrigen Flughäfen im Großraum Berlin geschlossen werden sollten. Die Privatisierungsbestrebungen, nach denen eine 50-jährige Betreiberkonzession ohne staatliche Finanzierungsbeteiligung angestrebt wurde, scheiterten 2003.¹¹³⁸

¹¹³¹ IRd Planung aus den 1990er Jahren war eine Eröffnung des zu dem Zeitpunkt noch als Berlin Brandenburg International (BBI) bekannten Flughafens für 2004 geplant, vgl. *Desselberger*, Großflughafen Berlin: Kungelei der Bosse, in: FOCUS 12/1994, https://www.focus.de/politik/deutschland/grossflughafen-berlin-kungelei-der-bosse_aid_145734.html. Zum Eröffnungstermin 2011 auch: BT Drs. 16/878, S. 1.

¹¹³² Nachträgliche Anmerkung der Verfasserin: Der Flughafen BER wurde am 31.10.2020 eröffnet.

¹¹³³ Finanzen für Flughafen BER nach 2020 noch unklar, in: Handelsblatt vom 13.07.2018 <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/entscheidung-vertagt-finanzen-fuer-flughafen-ber-nach-2020-noch-unklar/22800938.html?ticket=ST-5844199-XnRfPxc45rmdRl3qvAa-ap6>.

¹¹³⁴ Siehe zur BBF im Einzelnen unter E)2)c).

¹¹³⁵ LT Berlin, Drs. 17/3000, Bd. I, S. 47.

¹¹³⁶ Ebda.

¹¹³⁷ LT Berlin, Drs. 13/624, S. 1, 3.

¹¹³⁸ Dies war bereits Gegenstand zweier Untersuchungsausschüsse, vgl. LT Berlin, Drs. 14/1515; LT Bbg., Drs. 3/5952.

aa) Motivation

Hauptmotivation für den Bau des Großflughafens waren Befürchtungen im Hinblick auf Kapazitätsengpässe an den bestehenden Berliner Flughäfen. Die Beweggründe für die jeweilig favorisierte Standortwahl waren für die drei Gesellschafter unterschiedlich und spiegeln zumindest teilweise auch die Beteiligungsmotivationen wider. Der nunmehr gewählte Standort Schönefeld entspricht den Standortinteressen des Bundes und des Landes Berlin. Die Nähe zur Hauptstadt war für den Berliner Gesellschafter im Hinblick auf Logistik und Arbeitsplätze ein wichtiger Anreiz. Der Bund favorisierte vor allem einen hauptstadtnahen Standort mit den günstigsten Umsetzungskosten, welche durch eine verlängerte Verkehrsanbindung an den von Brandenburg bevorzugten Standort Sperenberg 40 km außerhalb Berlins entsprechend gestiegen wären.¹¹³⁹ Brandenburgs Motivation lag in erster Linie in der Stärkung des regionalen Wirtschafts- und Arbeitsmarkts und der Schaffung wirtschaftlich relevanter Infrastrukturen bei gleichzeitiger Minimierung der Kosten.¹¹⁴⁰ Am Standort Sperenberg wäre ein weit größerer Flughafen möglich gewesen, was im Hinblick auf die innerdeutsche Flughafenkonkurrenz relevant ist.¹¹⁴¹ Das Land Brandenburg wurde jedoch von den Mitgesellschaftern überstimmt, die Entscheidung für den von Experten als wenig geeignet befunden Standort Schöneberg¹¹⁴² war ein Gegenstand des BER-Untersuchungsausschusses im Berliner Abgeordnetenhaus.¹¹⁴³

bb) Vergabe, Raumordnung und Planfeststellung

(1) Vergabe und Privatisierungsbestrebungen

Nachdem die Flughafengesellschaft 1997 beschlossen hatte, einen privaten Bauherren und Betreiber für das Projekt zu finden, erhielt zunächst die Hochtief AG den

¹¹³⁹ Zu der Vermutung, der Bund habe in Absprache mit der Lufthansa Schönefeld auch deswegen bevorzugt, weil ein Flughafen an dem Standort den Flughäfen Frankfurt und München größentechnisch keine Konkurrenz machen können würde, vgl. LT Berlin, Drs. 17/3000, Bd. I, S. 58ff.

¹¹⁴⁰ LT Berlin, Drs. 17/3000, Bd. I, S. 47f.

¹¹⁴¹ Ebda, S. 59.

¹¹⁴² Berlin-Brandenburg Flughafen Holding GmbH, Ergebnisse der Standortsuche, S. 5; *Delhaes/Gartmann/Kersting/Koenen*, Flughafen Berlin: Sieben Todsünden machten BER zum Desaster, in: Handelsblatt online vom 13.08.2012: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/flughafen-berlin-fehler-6-die-standortwahl/6724430-7.html?ticket=ST-2011352-dU0Evf623TxT2rjXXjgZ-ap5>.

¹¹⁴³ LT Berlin, Drs. 17/3000.

Zuschlag.¹¹⁴⁴ Das OLG Brandenburg stellte jedoch Verfahrensfehler fest und verwarf die Entscheidung.¹¹⁴⁵ Ein weiterer Privatisierungsanlauf folgte 2002: Die Unternehmen Hochtief und IVG¹¹⁴⁶ einigten sich nach einem Rechtsstreit auf die gemeinsame Übernahme von Bau und Betrieb.¹¹⁴⁷ Die veranschlagten Kosten von rund 2 Mrd. Euro hielten die Beteiligten jedoch für zu hoch, die Länder stoppten die Privatisierung im Oktober 2007,¹¹⁴⁸ wodurch Zahlungsverpflichtungen in Höhe von mehr als 40 Mio. Euro für den Kauf der Planunterlagen sowie Aufwandsentschädigungen entstanden.¹¹⁴⁹

Hinsichtlich der Projektvergabe hatte die Flughafengesellschaft zunächst ein Generalunternehmer-Konzept angestrebt, dennoch erfolgte die Ausschreibung letztlich in einzelnen Gewerken.¹¹⁵⁰ Die Flughafen Berlin Brandenburg GmbH („FBB“) entschied sich jedoch nicht für eine Vergabe der sieben konzipierten Vergabepakete im Rahmen der Baulose: Insgesamt 35 Einzelvergaben führten dazu, dass – auch kleinere – Bauabschnitte an diverse Auftragnehmer vergeben wurden.¹¹⁵¹ Anfang 2008 war die „Ausführungsplanung Terminal“ der Baulose als Generalplanerleistung an die bereits seit 2005 für die FBB tätige Planungsgemeinschaft Berlin-Brandenburg International, einem Architektenkonsortium unter Leitung des bekannten Architektenbüros *von Gerkan* übergeben worden.¹¹⁵² Zuvor hatte das

¹¹⁴⁴ Berliner Flughafen: Betrug Hochtief bei der Ausschreibung?, in: Spiegel online vom 17.08.1999: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/berliner-flughafen-betrug-hochtief-bei-der-ausschreibung-a-35661.html>.

¹¹⁴⁵ *Delbaes/Gartmann/Kersting/Koenen*, Hauptstadt ohne Starterlaubnis, in: Handelsblatt. Nr. 109 vom 08.06.2012, S. 28ff.; *dieselben*, Flughafen Berlin: Sieben Todsünden machten BER zum Desaster, in: Handelsblatt online vom 13.08.2012: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/flughafen-berlin-sieben-todsunden-machten-ber-zum-desaster/6724430.html>.

¹¹⁴⁶ HOCHTIEF AG mit Sitz in Essen; IVG Immobilien AG mit Sitz in Bonn.

¹¹⁴⁷ Während vom Bundeskartellamt vergaberechtlich für bedenklich gehalten wurde, hatte die Europäische Kommission einer entsprechenden Fusion 2001 zugestimmt (EG-Kommission, Fall Nr. COMP/M.2262 – Flughafen Berlin II vom 05.02.2001).

¹¹⁴⁸ *Ernst & Young*, Sachverhaltsdarstellung zu Störungen des Projektablaufs, S. 6.

¹¹⁴⁹ Privatisierung der Berliner Flughäfen endgültig gescheitert, in: FAZ Nr. 119 v. 23.05.2003, S. 16; *Delbaes/Gartmann/Kersting/Koener*: Hauptstadt ohne Starterlaubnis, in: Handelsblatt Nr. 109 v. 08.06.2012, S. 28ff.

¹¹⁵⁰ Die zu dieser Zeit ermittelten Baukosten lagen mit 1 Mrd. Euro weit über dem Etat v. 630 Mio. Euro und man wollte durch das veränderte Vorgehen Preiskalkulation und Fertigstellungstermin halten (*Hoffmann*, Berliner Großflughafen: Es brennt, in: FAZ online v. 07.07.2012:

<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/berliner-grossflughafen-es-brennt-11813262-p3.html>; *Leinemann Partner Rechtsanwälte*, BER: Mehrkosten und Verzögerung seit 2007 absehbar, Pressemitteilung v. 22.05.2012; *Ernst & Young*, Sachverhaltsdarstellung zu Störungen des Projektablaufs, S. 7).

¹¹⁵¹ Vgl. dazu LT Berlin, Wortprotokoll Haupt 16/87 v. 16.06.2010, S. 2; Die Vergaben des hochbaulichen Ausbaus zum Beispiel erfolgten praktisch gewerkeweise an insgesamt mehr als 20 unterschiedliche Auftragnehmer. Vgl. *Ernst & Young*, Sachverhaltsdarstellung zu Störungen des Projektablaufs, S. 12.

¹¹⁵² *Ernst & Young*, Sachverhaltsdarstellung zu Störungen des Projektablaufs, S. 7.

OLG Brandenburg im Jahr 2007 in seinem Beschluss eine Interessenkollision in der Beauftragung der Planungsgemeinschaft sowohl mit der Entwurfs- und Ausführungsplanung als auch mit der Bauüberwachung gesehen und die Einhaltung des § 97 Abs. 4 GWB, d.h. rechtmäßige Vergabe der Leistungen, in Frage gestellt.¹¹⁵³ Das Gericht hatte bemängelt, dass der Generalplaner sich letztlich selbst überwache. Konsequenzen wurden in der Organisationsstruktur am Flughafen hingegen nicht gezogen. Aufgrund des „erschütterten Vertrauensverhältnisses“, insbesondere welche der „unrealistischen und fehlerhaften Terminplanungen“ kündigte die Flughafengesellschaft dem Generalunternehmer dennoch im Mai 2012 fristlos.¹¹⁵⁴

Die Änderungen in der Vergabestrategie sowie die im Projektverlauf durch die Flughafengesellschaft angeordneten zahllosen Änderungen waren besonders umfangreich und inhaltlich komplex. Eine Anpassung der Strukturen und Abläufe innerhalb der Flughafengesellschaft, die nunmehr sämtliche Tätigkeiten um die Realisierung des Großprojektes allein zu bewältigen hatte, erfolgte zunächst nicht. Als Reaktion auf diese Veränderungen sowie die erschwerten Rahmenbedingungen hatte die FBB Anfang 2010 beschlossen, keine wesentlichen Planungsänderungen mehr anzuordnen.¹¹⁵⁵ Allerdings fand dieser Beschluss – wie eine Vielzahl von nachfolgenden Änderungsanordnungen zeigen – keine Umsetzung.

2015 wurde im Rahmen der Schwierigkeiten um die Entrauchungsanlage im Terminal für eine rasche Fertigstellung nach EU-weiter Ausschreibung wiederum ein Generalplaner hinzugezogen.¹¹⁵⁶ Im gleichen Jahr hatte die mittlerweile insolvente Firma Imtech Deutschland GmbH & Co. KG („Imtech“), die unter anderen Firmen sowohl für den Bau der Klima- wie der Brandschutzanlage verantwortlich war, die Staatsanwaltschaft Neuruppin auf Vorgänge des ehemaligen Managements hingewiesen.¹¹⁵⁷ Der Hinweis führte zu Ermittlungen wegen des Verdachts der Bestechung bzw. Bestechlichkeit im besonders schweren Fall gegen insgesamt fünf Personen, darunter ein ehemaliger Bereichsleiter der FBB.

¹¹⁵³ OLG Brandenburg ZfBR 2007, 294 (296): Bereits im Jahre 1999 hatte dasselbe OLG ähnlich entschieden. Auch in jenem Urteil hatte die Vergabekammer eine Interessenkollision moniert, vgl. OLG Brandenburg NVwZ 1999, 1142 (1146f).

¹¹⁵⁴ *Röbel/Wassermann*, Berlin – Nicht mehr beherrschbar, in: *Der Spiegel* 31/12 v. 30.07.2012, S. 40.

¹¹⁵⁵ *Ernst & Young*, Sachverhaltsdarstellung zu Störungen des Projektablaufs, S. 10.

¹¹⁵⁶ Ausschreibung: „EB-2014-0119: Generalplaner Planungsrestleistungen am Fluggastterminal; vgl. auch FBB, Sachstandbericht BER 1. Quartal 2014, S. 3; Schüßler-Plan, Referenzen – Flughafen Berlin Brandenburg BER: <https://www.schuessler-plan.de/de/referenzen/flughafen/terminals/flughafen-berlin-brandenburg.html>.

¹¹⁵⁷ Vgl. statt vieler *Fuchs/Lebert/Müller*, Die unheimliche Firma, in: *Die Zeit*, Nr. 29/2015 v. 16.07.2015, S. 17ff.

Immer wieder wird über eine Teilprivatisierung des Fahrgastbetriebs diskutiert. Der Einstieg eines privaten Investors in die Flughafengesellschaft war vor Inbetriebnahme angedacht,¹¹⁵⁸ wird aber mittlerweile kritisch gesehen. Aktuell ist indes immer wieder eine Konzessionierung eines Privaten in Form des Betreibermodells im Gespräch.¹¹⁵⁹

(2) Raumordnung und Planfeststellung

Das zum Flughafenprojekt 1994 nach § 15 Abs. 1 S. 1 ROG durchgeführte Raumordnungsverfahren war zu dem Ergebnis gekommen, dass nur zwei der drei alternativen Standorte (Jüteborg Ost, Schönefeld Süd und Sperenberg) als Flughafenstandort geeignet seien, der Standort Schönefeld wurde in der landesplanerischen Beurteilung als ungeeignet eingeschätzt.¹¹⁶⁰ Das Verfahren gab zudem dem Neubau eines Flughafens als sog. Single-Standort den Vorzug vor der Beibehaltung der städtischen Flughafenvielfalt. Während das Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil zum BER zwar konstatierte, dass die Wahl des Standorts für einen internationalen Verkehrsflughafen vorrangig eine raumordnerische Entscheidung sei,¹¹⁶¹ ist das Ergebnis des Raumordnungsverfahrens wegen seines Charakters als gutachtliche Äußerung¹¹⁶² und mangels Außenrechtscharakter rechtlich nicht bindend und hatte im weiteren Planungsverlauf keine präjudizielle Wirkung.¹¹⁶³

Kurz vor dem geplanten Auslaufen des Verkehrswegebeschleunigungsgesetzes¹¹⁶⁴ beantragte die Flughafen-Berlin-Schönefeld GmbH im Dezember 1999 als

¹¹⁵⁸ Metzner, Neue Pläne für den Hauptstadtflughafen - BER soll teilprivatisiert werden, in: Der Tagesspiegel vom 15.06.2015: <http://www.tagesspiegel.de/politik/neue-plaene-fuer-den-hauptstadt-flughafen-ber-soll-teilprivatisiert-werden/11920748.html>.

¹¹⁵⁹ Metzner, Reaktionen auf CDU-Vorstoß: Betreibermodell für BER stößt in Berlin und Brandenburg auf Ablehnung, in: Der Tagesspiegel vom 29.04.2021: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/betreibermodell-fur-ber-stosst-in-berlin-und-brandenburg-auf-ablehnung-4247209.html>

¹¹⁶⁰ Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg Teil II – Nr. 13 v. 15.06.2006, Anlage zur Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung (LEP FS) v. 30.05.2006, 1.2., S. 154; Bekanntmachung v. 18.01.1995 veröffentlicht im Amtsblatt für Berlin v. 27.01.1995.

¹¹⁶¹ BVerwGE 125, 116 (134) = NVwZ 2006, 927 L; a. A. VGH Kassel, NVwZ 2003, 229; kritisch dazu Steinberg/Steinwachs, Infrastrukturprojekte als Ziele der Raumordnung, in: NVwZ 2004, 530.

¹¹⁶² BVerwG NVwZ-RR 1996, 37.

¹¹⁶³ BVerwG ZfBR 2008, 592; vgl. insgesamt Goppel, in: Spannowsky/Runkel/ders., ROG, § 15 Rn 78ff mwN.

¹¹⁶⁴ Das zunächst bis 1999, dann bis 2006 gültige und vom InfraStrPlanVBeschlG abgelöste VerKPBG sollte insbesondere in den neuen Bundesländern große Verkehrsprojekte schneller umsetzen und das Planfeststellungsverfahren verkürzen: Dies zum einen durch die Einführung bzw. Verkürzung von Fristen für die Auslegung der Pläne und Stellungnahmen von Behörden, zum anderen durch eine Rechtswegverkürzung, wonach einzige Instanz das BVerwG ist. Da das Flughafenprojekt zu Beginn der 1990er Jahre geplant wurde, fiel der Neu- bzw. Ausbau des Flughafens Schönefeld in den Geltungsbereich. Um das Gesetz auch im Planfeststellungsverfahren anwenden zu können,

damalige Vorhabenträgerin gemeinsam mit der Deutsche Bahn AG, als Beteiligte für die Schienenanbindung, bei der zuständigen Planfeststellungsbehörde¹¹⁶⁵ die Planfeststellung des Vorhabens „Ausbau des Flughafens Berlin-Schönefeld“.¹¹⁶⁶ Infolge der sich anschließenden öffentlichen Auslegung wurden im nachfolgenden Anhörungsverfahren von den Betroffenen 144.000 Einwendungen fristgerecht eingereicht.¹¹⁶⁷ Im Anschluss an die Erörterung fanden bis Ende 2001 in 90 Terminen Anhörungen mit betroffenen Bürgern und Kommunen statt.¹¹⁶⁸ Kernkritikpunkt war die Standortwahl. 2004 erging der Planfeststellungsbeschluss „Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld“.¹¹⁶⁹ Im Rahmen einer Folgenabwägung gab das Bundesverwaltungsgericht im Jahr darauf mehreren Eilanträgen von Anwohnern statt, die sich gegen dessen sofortige Vollziehbarkeit gewandt hatten.¹¹⁷⁰ 2006 entschied das Bundesverwaltungsgericht trotz entgegenstehender landesplanerischer Beurteilung¹¹⁷¹ gegen die aus circa 4.000 Einzelklagen ausgewählten Musterklagen¹¹⁷² und bestätigte den zwei Jahre zuvor ergangenen Beschluss der Planfeststellungsbehörde für den Bau des Hauptstadtflughafens mit Einschränkungen.¹¹⁷³ Im Oktober 2009 wurde aufgrund dieses Beschlusses der Planergänzungsbeschluss

musste das Verfahren bis 1999 eingeleitet werden, da mit Ablauf des Jahres auch die Gültigkeit des Gesetzes auslaufen sollte. Durch das Privatisierungsvorhaben war zunächst unklar, ob die Antragsstellung noch rechtzeitig erfolgen würde (LT Berlin, Drs. 14 /1515, S. 47). Am 17.12.1999 beantragte die FBB die Planfeststellung. Der Antrag erfolgte nach VerkPBG und gegen den 2004 erlassenen Planfeststellungsbeschluss musste Rechtsschutz direkt vorm BVerwG ersucht werden.

¹¹⁶⁵ Zum damaligen Zeitpunkt das Landesamt für Bauen, Verkehr und Straßenwesen Brandenburg (LBVS).

¹¹⁶⁶ FBB, Historie, Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt, 1999: <http://www.berlin-airport.de/de/unternehmen/ueber-uns/historie/flughafen-berlin-brandenburg/index.php>.

¹¹⁶⁷ LT Bbg Drs. 4/7331, Kl. Anfrage 2750 v. 10.02.2009.

¹¹⁶⁸ *Delius/Chacón*, Unten bleiben: Zwischenbericht der Piratenfraktion zum Untersuchungsausschuss BER, S. 57.

¹¹⁶⁹ Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg, Planfeststellungsbeschluss Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld (Az. 44/1-6441/1/101) v. 13.08.2004.

¹¹⁷⁰ BVerwG, Pressemitteilung Nr. 21/2005 zu BVerwG 4 VR 1005.04 vom 14.04.2005.

¹¹⁷¹ Gesetz- und Verordnungsblatt Land Bbg, Teil II – Nr. 13 v. 15.06.2006, Anlage zur Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung (LEP FS) v. 30.05.2006, 1.2., S. 154.

¹¹⁷² BVerwG, Pressemitteilung 15/2006 v. 16.03.2006.

¹¹⁷³ BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4A 1001/04=NVwZ 2006, 1055ff.; 4 A 1073.04, 4 A 1075.04, 4 A 1078.04.

zum Lärmschutzkonzept des BER vom Ministerium für Infrastruktur und Raumordnung des Landes Brandenburg erlassen.¹¹⁷⁴ Eine Anhörungsrüge vor dem Bundesverwaltungsgericht¹¹⁷⁵ sowie eine Verfassungsbeschwerde gegen den Schlussbeschluss des Bundesverwaltungsgerichts und den Planfeststellungsbeschluss¹¹⁷⁶ vor dem Bundesverfassungsgericht wurden zurück-, bzw. abgewiesen. 2011 folgten zwei weitere höchstrichterliche Entscheidungen zugunsten des Hauptstadtflughafens: Mit seinem Beschluss zur Kapazitätserweiterung¹¹⁷⁷ und dem Urteil zum Nachtflugverbot¹¹⁷⁸ hat das Bundesverwaltungsgericht den Fortgang des Projekts in der bestehenden Form bestätigt.

b) Kosten

Seit seiner Initiierung sind die prognostizierten und tatsächlichen Kosten des BER kontinuierlich gestiegen. Die Finanzierung gestaltet sich dabei anders als bei den beiden anderen in dieser Arbeit untersuchten Großprojekten.

aa) Kostenentwicklung

Unmittelbar vor dem Konsensbeschluss aus dem Jahre 1996 wurden die voraussichtlichen Baukosten des Hauptstadtflughafens in der ersten Ausbaustufe noch auf 1,1 Mrd. D-Mark beziffert.¹¹⁷⁹ Im Jahre 2004 waren für das Projekt dann bereits 1,7 Mrd. Euro veranschlagt worden.¹¹⁸⁰ Die Kosten stiegen aufgrund der erheblichen

¹¹⁷⁴ Ministerium für Infrastruktur und Raumordnung des Landes Brandenburg, Planergänzungsbeschluss „Lärmschutzkonzept BBI“ zum Vorhaben „Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld“ v. 20.10.2009, S. 25

¹¹⁷⁵ BVerwG, Beschl. v. 23.08.2006 - 4 A 1067/06.

¹¹⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 29.07.2009 - 1 BvR 1606/08.

¹¹⁷⁷ BVerwG, Beschl. v. 22.09.2011 - 4 B 31/11.

¹¹⁷⁸ BVerwG, Urte. v. 13.10.2011 - 4A 4001/10.

¹¹⁷⁹ Inflationsbereinigt entspricht das einem heutigen Wert von ca. 770 Mio. Euro. Vgl. dazu: *Schulte*, Großflughafen Sperenberg unbezahlbar, in: Berliner Zeitung v. 17.11.1995: <http://www.berliner-zeitung.de/archiv/neue-studie-belegt--erste-ausbaustufe-in-schoenefeld-ist-erheblich-preiswerter-als-erwartet-grossflughafen-sperenberg-unbezahlbar,10810590,9038978.html>.

¹¹⁸⁰ LT Berlin, Drs. 17/3000, S. 364ff; Hauptstadtflughafen: BER könnte bis zu sieben Milliarden Euro kosten, in: Handelsblatt v. 01.02.2014: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/hauptstadtflughafen-ber-koennte-bis-zu-sieben-milliarden-euro-kosten/9419358.html>.

baulichen Probleme und der damit verbundenen Zeitverzögerung im Jahr 2008 zunächst auf 2,4 Mrd. Euro¹¹⁸¹ und vier Jahre später auf 4,3 Mrd. Euro.¹¹⁸² Derzeit wird von Gesamtkosten von 7,1 Mrd. Euro ausgegangen.¹¹⁸³

Weitere Kostenfaktoren sind die beträchtlichen Schadenersatzforderungen, die durch die Zeitverzögerung im Hinblick auf die Inbetriebnahme verursacht wurden. Verschiedene Fluggesellschaften¹¹⁸⁴ und auch die DB AG¹¹⁸⁵ prüften Ansprüche gegen die FBB. Monatlich erzeugt der nicht eröffnete Flughafen circa 35-40 Mio. Euro Instandhaltungskosten.¹¹⁸⁶ In der Summe bedeutet das jährliche Zusatzkosten in Höhe von 420 Mio. Euro für die Erhaltung des Status Quo.¹¹⁸⁷

bb) Kostentragung

Die Finanzierung des BER erfolgt über ein sogenanntes Bürgschaftsmodell, die Finanzierung gliedert sich im Wesentlichen in drei Teile. Zum einen wurden Kredite in Höhe von 2,4 Mrd. Euro bei insgesamt acht Banken aufgenommen.¹¹⁸⁸ Mit einem Darlehen in Höhe von 1 Mrd. Euro ist die größte Geldgeberin die Europäische

¹¹⁸¹ Kersting, Die Teileröffnung kommt, in: Handelsblatt. Nr. 114 v. 16.06.2013, S. 18 f.

¹¹⁸² Kostenexplosion - Milliardenrechnung für Berliner Flughafendebakel, in: Wirtschaftswoche v. 23.06.2012: <http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/kostenexplosion-milliardenrechnung-fuer-berliner-flughafendebakel/6790430-all.html>.

¹¹⁸³ Berliner Steuerzahler zahlen für BER mehr als eine Milliarde Euro, in der Tagesspiegel v. 19.10.2019, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/die-rechnung-des-pannen-flughafens-berliner-steuerzahler-zahlen-fuer-ber-mehr-als-eine-milliarde-euro/25134542.html>; Nachträgliche Anmerkung der Verfasserin: Bis zur Eröffnung sind Baukosten von rund 5,98 Mrd. Euro nebst Zins- und Kreditbildungskosten i.H.v. ca. 1,1 Mrd. Euro angefallen, sodass die Gesamtkosten bei rund 7,08 Mrd. Euro liegen.

¹¹⁸⁴ Im Januar 2014 teilte ein Sprecher des LG Potsdam mit, die mittlerweile insolvente Air Berlin fordere einen Schadenersatz i. H. v. 48 Mio. Euro. Vgl. Hauptstadtflughafen: Air Berlin will 48 Millionen Euro wegen BER-Pannen, in: Spiegel online v. 14.01.2014: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/ber-air-berlin-will-48-millionen-euro-wegen-geplatztter-eroeffnung-a-943482.html>.

¹¹⁸⁵ Nach eigenen Angaben entgehen der DB AG pro Monat Einnahmen in Höhe von ca. 620.000 Euro, vgl. Flughafen Berlin Brandenburg: Bahn erwägt Schadenersatzklage wegen Eröffnungspleite, in: Spiegel online: <http://www.spiegel.de/reise/aktuell/flughafen-berlin-brandenburg-ber-bahn-erwaegt-schadenersatzklage-a-838117.html>.

¹¹⁸⁶ Delhaes, Pannenflughafen BER könnte mehr als fünf Milliarden Euro kosten, in: Handelsblatt v. 05.05.2013: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/pannenflughafen-ber-koennte-mehr-als-fuenf-milliarden-euro-kosten/8161608.html>.

¹¹⁸⁷ Den Gesellschaftsanteilen entsprechend bedeutet dies, dass jedes Jahr Stillstand am BER den Bund mit ca. 109 Mio. Euro, die Länder Berlin und Brandenburg sogar jeweils mit rund 155 Mio. Euro belastet.

¹¹⁸⁸ LT Berlin, Drs. 17/11196 zur Kleinen Anfrage v. 12.11.12.

Investitionsbank (EIB),¹¹⁸⁹ daneben finanzieren weitere staatliche Banken das Projekt im Rahmen von Darlehen.¹¹⁹⁰ Hierfür stellen die drei Gesellschafter eine 100-prozentige Bürgschaft, aufgeteilt nach Anteilen.¹¹⁹¹ Zum anderen erfolgt die Finanzierung durch Gesellschaftereinlagen in Höhe von 430 Mio. Euro. Drittens kommt ein Eigenbeitrag der Berliner Flughäfen aus den erwirtschafteten Gewinnen in Höhe von zunächst 430 Mio. Euro hinzu.¹¹⁹²

In den Jahren von 2005 bis 2010 flossen aus dem Luftverkehrshaushalt des Bundes 111,8 Mio. Euro an die FBB.¹¹⁹³ 2013 unterstützte der Bund das Projekt mit weiteren 169 Mio. Euro, im darauffolgenden Jahr mit 143 Mio. Euro – Gelder die zulasten anderer Vorhaben aus dem Etat des Bundesverkehrsministeriums stammen.¹¹⁹⁴

Im August 2012 gingen dem Flughafen Medienberichten zufolge die Mittel aus und weitere Darlehen konnte die Gesellschaft nicht aufnehmen.¹¹⁹⁵ Dem wurde durch eine Kapitalerhöhung sowie ein Gesellschafterdarlehen entgegengewirkt.¹¹⁹⁶ Durch die zunächst zugesicherte Zusatzfinanzierung in Höhe von 1,2 Mrd. Euro sollte vor allem auch der Eröffnungstermin für 2013 gewahrt werden.¹¹⁹⁷ Vorausgehen musste eine Freigabe der Beihilfen durch die EU, die Ende 2012 erfolgte, sodass eine drohende Insolvenz der FBB abgewendet werden konnte.¹¹⁹⁸ Seither haben die Länder Brandenburg und Berlin der FBB durch Gesellschafterdarlehen

¹¹⁸⁹ Flughafen Berlin Brandenburg, Pressemitteilung vom 30.06.2009: <https://www.berlin-airport.de/de/presse/presseinformationen/mitteilungen-archiv/2009/2009-06-30-bbi-finanzierung/index.php>.

¹¹⁹⁰ Berliner Volksbank, DZ Bank, Investitionsbank Berlin, Investitionsbank des Landes Brandenburg, KfW, LBB, Nord LB, vgl. LT Berlin, Drs. 17/ 11196.

¹¹⁹¹ Vgl. zur Bürgschaftsthematik: LT Berlin Drs. 17/3000, Bd. I, S. 368ff; kritisch dazu: LRH Bbg, Mitteilung an das Ministerium der Finanzen des Landes Brandenburg über die Prüfung der Betätigung des Landes Brandenburg als Gesellschafter der Flughafen Berlin- Brandenburg GmbH im Zusammenhang mit den Kostensteigerungen und Verzögerungen beim Bau des Flughafens BER („BER-Bericht“), S. 226ff.

¹¹⁹² Siehe Fn 1189.

¹¹⁹³ BT Drs. 17/10494, S. 3.

¹¹⁹⁴ *Delhaes*, Rechentricks bei den Investitionen, in: Handelsblatt Nr. 219 v. 12.11.2012, S. 8.

¹¹⁹⁵ Flughafen Berlin in Geldnöten, in: Handelsblatt Nr. 153 v. 09.08.2012, S. 4.

¹¹⁹⁶ *Kersting/Koenen*, Start des Berliner Flughafens verschiebt sich erneut, in: Handelsblatt Nr. 172 v. 05.09.2012, S. 18.

¹¹⁹⁷ *Delhaes/Kersting/Koenen*: Air Berlin verklagt Flughafen Berlin, in: Handelsblatt Nr. 216 v.

07.11.2012, S. 12f.; *Beyer/Knijfel*, Versaute Verhältnisse, in: Der Spiegel Nr. 24 v. 10.06.2013, S. 118ff.

¹¹⁹⁸ LT Berlin, Drs. 17/3000, Bd. I, S. 372f.; vgl. zudem zum Beihilfverfahren EK, Pressemitteilung v. 20.02.2014; In der Finanzierungsfalle, in: Handelsblatt Nr. 32 v. 14.02.2013, S. 22.

in zwei- dreistelligen Millionenbeträgen immer wieder die notwendige Liquidität zu-geführt.¹¹⁹⁹

c) Gesellschaftsrechtliche Strukturen

Im Laufe der Zeit bestanden zum Zwecke von Realisierung und Betrieb des Großprojektes verschiedene gesellschaftsrechtliche Strukturen.

Im Mai 1991 wurde die Berlin-Schönefeld GmbH als Betreibergesellschaft des Flughafens Schönefeld gegründet.¹²⁰⁰ Ende desselben Jahres folgte die Gründung der BBF zur Zusammenfassung und Koordinierung der anderen Berliner Flughäfen.¹²⁰¹ Am Stammkapital der BBF waren die Bundesrepublik Deutschland zu 33,5 Prozent, das Land Berlin zu 42,2 Prozent und das Land Brandenburg zu 24,3 Prozent beteiligt. Abweichend von den Anteilen am Stammkapital (vgl. § 47 Abs. 2 GmbHG) einigten sich die Gesellschafter darauf, dass der Bund 26 Prozent und die Länder Berlin und Brandenburg jeweils 37 Prozent der Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung erhielten.¹²⁰² Die Holding wurde 2003 nach dem Scheitern der Privatisierungsbemühungen zusammen mit der Projektplanungsgesellschaft Schönefeld GmbH und der Flughafen Projektplanungsgesellschaft Schönefeld GmbH¹²⁰³ im Zuge einer geplanten Verschlinkung der Flughafenverwaltung aufgelöst.

Als Flughafen- und Realisierungsgesellschaft bildet die FBB das Zentrum der gesellschaftsrechtlichen Flughafenstruktur.¹²⁰⁴ Sie wird daher nachfolgend eingehender untersucht.

d) Form und Ebene der Kooperation

Die verschiedenen Konstrukte sind nachfolgend hinsichtlich kooperativer Gesichtspunkte zu kategorisieren.

¹¹⁹⁹ Berliner Steuerzahler zahlen für BER mehr als eine Milliarde Euro, in der Tagesspiegel v. 19.10.2019, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/die-rechnung-des-pannen-flughafens-berliner-steuerzahler-zahlen-fuer-ber-mehr-als-eine-milliarde-euro/25134542.html>.

¹²⁰⁰ Siehe dazu unten E)IV)2)e)aa)2).

¹²⁰¹ Dazu OLG Brandenburg NVwZ 1999, 1142 (1143); Chronik des BER: Was lange währt, wird lang nicht gut, in: SZ v. 08.01.2013: <http://www.sueddeutsche.de/politik/chronik-des-ber-was-lange-waehrt-wird-lang-nicht-gut-1.1567643>.

¹²⁰² OLG Brandenburg NVwZ 1999, 1142 (1143).

¹²⁰³ Die Projektplanungsgesellschaft (Handelsregisterauszug des AG Potsdam, Registernr. HRB 9835) war 1996 zur für die Entwicklung des Flughafenstandortes Berlin-Schönefeld gegründet worden.

¹²⁰⁴ Vgl. Handelsregisterauszug des AG Cottbus, Registernr. HRB 9380 CB.

aa) Konsortialvertrag, Berlin Brandenburg Flughafen Holding und Flughafen Berlin Brandenburg GmbH

Die BBF wurde im Anschluss an den Abschluss des Konsortialvertrages 1995¹²⁰⁵ zwischen den heutigen Gesellschaftern der Flughafengesellschaft als eigenständige Gesellschaft aufgelöst. Sie wurde 2003 mit der Projektplanungs-Gesellschaft mbH Schönefeld in die Flughafen Berlin Schönefeld GmbH verschmolzen, dessen Nachfolgerin seit 2012 die heutige FBB ist.¹²⁰⁶

Während der Konsortialvertrag der vertraglichen Kooperation zuzuordnen ist, liegt der Schwerpunkt auf der hierdurch bewirkten Zusammenarbeit in der BBF bzw. der FBB. Vertragsschluss und Errichtung der gesellschaftlichen Strukturen unterfallen daher der institutionalisierten Kooperation.

bb) Konsensbeschluss

Die Willensbildung der Gesellschafter erfolgt im Rahmen von Gesellschafterbeschlüssen.¹²⁰⁷ Die inzwischen ganz überwiegende Auffassung in Schrifttum¹²⁰⁸ und Rechtsprechung¹²⁰⁹ versteht den Gesellschafterbeschluss im Grundsatz als Rechtsgeschäft, nicht jedoch als Vertrag: Er beruht nicht auf korrespondierenden Willenserklärungen aller Beteiligten und bindet regelmäßig auch diejenigen im Sinne des Mehrheitsprinzips, die sich nicht oder ablehnend an der Beschlussfassung beteiligt haben. Der Gesellschafterbeschluss wird daher auch als Rechtsgeschäft *sui generis* kategorisiert.¹²¹⁰ Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung stellen den Willen der Gesellschafter für die Organe der Gesellschaft verbindlich fest, haben dabei aber zunächst lediglich interne Wirkung.¹²¹¹

Der Konsensbeschluss von 1996 als Gesellschafterbeschluss der BBF umfasst inhaltlich insbesondere die Standortfestlegung, die Konzeptionierung des BER, einhergehend mit dessen Finanzierung und Strukturierung sowie die Einigung über die

¹²⁰⁵ LT Berlin, Drs. 17/3000, Bd. I, S. 47.

¹²⁰⁶ Ebda, S. 48.

¹²⁰⁷ *Drescher*, in MüKo GmbHG, § 47 Rn 7; *Hüffer/Schiürnbrand*, in: Ulmer, GmbHG, § 47 Rn 2; *Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 45 Rn 18; *Stürmer*, in: Jauernig, BGB, Anm. zu § 709-713 Rn 19; *Wicke*, GmbHG, § 47 Rn 2.

¹²⁰⁸ *Drescher*, in MüKo GmbHG, § 47 Rn 8; *Ganzer*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 47 Rn 3; *Hüffer/Schiürnbrand*, in: Ulmer, GmbHG, § 47 Rn 3; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn 4; aA *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 47 Rn 2.

¹²⁰⁹ BGHZ 65, 93, 97 f = NJW 1976, 49; BGH WM 1979, 71, 72; beide Urteile distanzieren sich explizit von der vorherigen „Sozialakt“-Rspr, dazu: BGHZ 33, 189 (191); 48, 163 (167); 51, 209 (217); 52, 316 (318); RGZ 122, 367 (369); KG NJW 1959, 1446 (1447).

¹²¹⁰ *Hüffer/Schiürnbrand*, in: Ulmer, GmbHG, § 47 Rn 3 m.w.N. *Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 45 Rn 18.

¹²¹¹ *Roth*, in: ders./Altmeyden, GmbHG, § 47 Rn 2.

Privatisierungsbestrebungen.¹²¹² Da verbindliche Verpflichtungen nicht vom Beschluss umfasst sind, könnte es sich auch um einen informellen Akt im Sinne einer Absichtserklärung ohne rechtliche Wirkung handeln, der nicht legitimationsbedürftig wäre. Zwar hatten die Gesellschafter der BBF den Beschluss auf Grundlage der vorangegangenen Empfehlung der damaligen Regierungsvertreter gefasst.¹²¹³ Letztere unterfällt damit der informellen Zusammenarbeit. Jedoch haben die Gesellschafter im Konsensbeschluss den Bau des Großflughafens am Standort Schönefeld für sich als interne Gesellschaftervereinbarung verbindlich festgelegt.¹²¹⁴ Die enthaltene Standortfestlegung hat damit rechtlich trotz dieses Beschlusses noch keine Verbindlichkeit erlangt, da sie nur im Rahmen der Planfeststellung erfolgen konnte. Für die Standortfestlegung ist demnach der Planfeststellungsbeschluss Anknüpfungspunkt des Legitimationserfordernisses.¹²¹⁵ Der Konsensbeschluss stellt im Verhältnis dazu lediglich eine unternehmerische Willensbekundung dar, die die Beteiligten allerdings in ihrer Funktion als Gesellschafter getroffen haben. Wie auch der oben dargestellte Abschluss des Konsortialvertrages, unterfällt der Konsensbeschluss daher der institutionalisierten Kooperation.

e) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben

aa) Demokratische Legitimation

Die drei Anteilseigner der FBB nehmen mit der Errichtung und dem geplanten Betrieb eines Verkehrsflughafens eine öffentliche Aufgabe durch eine juristische Person des Privatrechts in Form einer GmbH im Rahmen der Daseinsvorsorge wahr.¹²¹⁶ Im Folgenden werden daher die Umsetzung der legitimatorischen Voraussetzungen des Demokratieprinzips untersucht.

¹²¹² Konsensbeschluss vom 28.05.1996, S. 1f.

¹²¹³ Ministerpräsident von Brandenburg Stolpe, Regierender Bürgermeister Berlin Diepgen und Bundesverkehrsminister Wissmann.

¹²¹⁴ Brandenburgisches Landesamt für Bauen, Verkehr und Straßenwesen, Anhörungsverfahren Vorhaben „Ausbau des Flughafens Berlin Schönefeld“ – Stellungnahme zum Ergebnis, Az. 6441 /1 v. 14.06.2002, S. 205.

¹²¹⁵ Dies stellt folgender Passus im Konsensbeschluss klar: „Die Gesellschafter sind sich bewußt, daß die Realisierbarkeit des Standortes Schönefeld in einem Planfeststellungsverfahren rechtssicher festgestellt werden muß.“ Vgl. Konsensbeschluss, S. 2 Nr. 3 Abs. 2, Anlage zu LT Berlin, Drs. 13/624.

¹²¹⁶ Vgl. etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14. 5. 2012 – 12 S 12.12, juris, Rn. 3; VG Cottbus LKV 2013, 524.

(1) Konsensbeschluss zum Bau des BER

Nachdem oben festgestellt wurde, dass die Empfehlung der Regierungschefs, die zum Konsensbeschluss aus dem Jahre 1996 führte, der informellen Kooperation unterfällt ist diese demnach nicht legitimationsbedürftig. Der Konsensbeschluss führte jedoch zu einem Gesellschafterbeschluss, der festlegte den Bau des Internationalen Großflughafens Schönefeld im Sinne des Konsensbeschlusses umzusetzen.¹²¹⁷ Im Rahmen des Anhörungsverfahrens zur Planfeststellung hat die Anhörungsbehörde sich auf den Standpunkt gestellt, der Konsensbeschluss stelle lediglich eine unternehmerische Willensbekundung dar, die nicht verfahrensbestimmend sei.¹²¹⁸ Ob es sich beim Konsensbeschluss um eine informelle Absichtserklärung oder einen privatrechtlichen Vertrag handelt, der auf Grund des Grades seiner Verbindlichkeit als hoheitliches Handeln mit Entscheidungscharakter kategorisiert werden müsste,¹²¹⁹ kann jedenfalls dann dahingestellt bleiben, wenn der Konsensbeschluss über eine hinreichende Legitimation verfügt.

Die personelle Legitimation des Beschlusses stellt sich als wenig problematisch dar. Die jeweiligen Vertreter der Gebietskörperschaften in der Gesellschafterversammlung sind im Rahmen der Grundsätze zur Beteiligungsverwaltung Angehörige der Finanzministerien. Diese verfügen in personeller Hinsicht über eine klassische Legitimation im Sinne der Legitimationskette. Der Beschluss wurde einstimmig gefällt,¹²²⁰ somit ist auch die Entscheidungskompetenz der jeweiligen Anteilseignervertreter gewahrt gewesen. Mangels Vorliegens des konkreten Beschlusses, kann die Subsumtion unter das Legitimationsprinzip in sachlich-inhaltlicher Hinsicht nur anhand der im Konsensbeschluss umrissenen Inhalte erfolgen. Dabei ergibt sich die materielle Legitimation im Hinblick auf Finanzierungsfragen aus der Budgetverantwortung bzw. dem hieraus zu erlassenen Haushaltsgesetz der jeweiligen Parlamente. Im Zusammenhang mit den finanziell zu fördernden Gemeinwohlbelangen haben die Länder und auch der Bund äußerst weites Ermessen.¹²²¹ Die Realisierung unter Einbeziehung privater Investoren entspricht den Vorgaben von § 7 Abs. 2 S. 3 BHO bzw. § 7 Abs. 2 S. 3 BbgLHO, § 7 Abs. 2 S. 2 BlnLHO. Die demokratische Legitimation des Konsensbeschlusses begegnet daher im Ergebnis keinen Bedenken.

¹²¹⁷ Brandenburgisches Landesamt für Bauen, Verkehr und Straßenwesen, Anhörungsverfahren für das Vorhaben „Ausbau des Flughafens Berlin Schönefeld“ – Stellungnahme zum Ergebnis des Anhörungsverfahrens, Az. 6441 /1 v. 14.06.2002, S. 205; *Delius/Chacón*, Unten bleiben: Zwischenbericht der Piratenfraktion zum Untersuchungsausschuss BER, S. 59.

¹²¹⁸ Brandenburgisches Landesamt für Bauen, Verkehr und Straßenwesen, Anhörungsverfahren für das Vorhaben „Ausbau Flughafen Berlin Schönefeld“ – Stellungnahme zum Ergebnis des Anhörungsverfahrens, Az. 6441 /1 v. 14.06.2002, S. 205

¹²¹⁹ Siehe dazu oben: D)I)4)b).

¹²²⁰ LT Berlin, Drs. 13/624, S. 1.

¹²²¹ Vgl. *Stober*, Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen, NJW 2002, 2357ff.

(2) Planfeststellungsbeschluss „Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld“¹²²²

Die sachlich-inhaltliche Legitimation der Planfeststellung des BER-Flughafens „Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld“ richtet sich nach den hierfür geltenden Gesetzen. Die zuständige Planfeststellungsbehörde, das Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg¹²²³ hat den entsprechenden Beschluss nach § § 8 Abs. 1, 9 und 10 LuftVG i.V.m. § 1 Abs. Ziff. 3, 10 VerkPBG i.V.m. § § 74, 75 VwVfGBbg im August 2004 erlassen. Dieser Verwaltungsakt und damit auch die rechtmäßige Anwendung des Fachplanungsrechts wurden durch die rechtskräftigen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt.

In personeller Hinsicht führt die Legitimationskette für die Beamten des Ministeriums von ordnungsgemäßen Berufungsakten des Landesverkehrsministers, bzw. eines von ihm Beauftragten, über die diesem vom Ministerpräsident des Landes vermittelte Legitimation durch ihre Ernennung gemäß Art. 84 BbgVerf hin zur Legitimation des Ministerpräsidenten selbst, der nach Art. 83 BbgVerf vom brandenburgischen Parlament gewählt wird.

(3) Flughafen Berlin Brandenburg GmbH

Durch Gesellschaftsanteile in Höhe von 26 Prozent (Bund) sowie je 37 Prozent (Länder Berlin und Brandenburg) des Stammkapitals liegen drei Minderheitsbeteiligungen vor. Bezüglich der Grundsätze, die für die Flughafengesellschaft als Kapitalgesellschaft im Hinblick auf die demokratische Legitimation der beteiligten Gebietskörperschaften gelten,¹²²⁴ kann hier zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführung zu den JWP-Gesellschaften verwiesen werden.¹²²⁵

Gemäß § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der FBB¹²²⁶ (nachfolgend „FBB-GV“) ist Gesellschaftsgegenstand „der Betrieb und der Ausbau des Flughafens Berlin-Schönefeld zum Flughafen Berlin Brandenburg Willy Brandt [...] einschließlich dessen Betrieb und Ausbau nach dessen Inbetriebnahme, sowie die unternehmerische Beteiligung an Flughafengesellschaften im Berlin-Brandenburger Raum.“ Die FBB realisiert den BER demnach in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung. Eine Legitimation von relevanten Projektentscheidungen setzt zunächst vo-

¹²²² Siehe auch E)1).

¹²²³ Mittlerweile: Ministerium für Infrastruktur und Raumordnung.

¹²²⁴ Sämtliche Anteilseigner sind als Gebietskörperschaften dem Demokratieprinzip verpflichtet: Für den Bund gilt dies direkt aus Art. 20 Abs. 2 GG, für die Förderstaaten Berlin und Brandenburg wird dies durch die Proklamation in Art. 2 VvB, bzw. Art. 2 Abs. 1-3 BbgVerf i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG unterstrichen.

¹²²⁵ Siehe EE)1)e)a(3).

¹²²⁶ Fassung v. 17.11.2011.

raus, dass diejenigen, die diese Entscheidungen fällen, über eine hinreichende personelle Legitimation verfügen (s.o.). Dabei ist insbesondere zu untersuchen, wie es um die personell-demokratische Legitimation der Gesellschaft selbst steht.

(c) Personelle Legitimation der Gesellschafterversammlung

Der Gesellschaftsvertrag der FBB legt im Hinblick auf die Entscheidungsquoten keine Abweichung zur Regelung des § 47 Abs. 1 GmbHG fest: Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden daher gemäß § 12 Abs. 1 FBB-GV mit einfacher Mehrheit gefasst, sofern das GmbHG nichts anderes vorsieht. Sämtliche grundlegenden Beschlüsse i.S.d. § 13 Abs. 1 GV-FBB¹²²⁷ bedürfen einer Dreiviertelmehrheit nach Abs. 2. Dies bedeutet Schwierigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung der Entscheidungskompetenz der hinter der Gesellschaft stehenden Beteiligten. Für die staatlichen Gesellschafter ist weder die sichere Durchsetzbarkeit noch die effektive Verhinderung von Entscheidungen gewährleistet. Wie oben aber bereits umfassend erörtert, ist für das Vorliegen einer personell-demokratischen Legitimation in der Gesellschaft grundsätzlich die Gewährleistung sowohl der positiven, als auch der negativen Entscheidungskompetenz maßgeblich. Aufgrund der Minderheitsbeteiligung der drei Gesellschafter ist diese Maßgabe mit Ausnahme der in § 13 Abs. 2 FBB-GV aufgeführten Fälle nicht erfüllt. Besonders schwer wiegt dabei die fehlende Möglichkeit Entscheidungen verhindern zu können. Allerdings fallen diverse wesentliche Entscheidungen der Gesellschafterversammlung unter die Ausnahme des § 13 Abs. 2 FBB-GV, die damit der qualifizierten Mehrheit zu ihrer Durchsetzung bedürfen. Für diese Ausnahmefälle besteht dann für alle Gesellschafter eine negative Entscheidungskompetenz, da auch der Bund mit der geringsten Beteiligung von 26 Prozent auf diesem Wege Gesellschaftsbeschlüsse verhindern kann. Dennoch kann eine positive Entscheidungskompetenz so nicht verwirklicht werden, keiner der Gesellschafter kann allein mit seinem Stimmengewicht eine Entscheidung hervorbringen. Auch bleibt es jenseits des Ausnahmekatalogs bei dem Defizit im Hinblick auf die Möglichkeit Entscheidungen zu verhindern. So können vor allem finanzrelevante, aber auch andere wesentliche Entscheidungen der Gesellschaftsversammlung gegen den Willen einer beteiligten Gebietskörperschaft durchgesetzt werden.¹²²⁸

¹²²⁷ Hierzu zählen insbesondere Änderungen des Gesellschaftsvertrags (§ 13 Abs. 1 b) GV-FBB), die Zahl der Geschäftsführer (§ 13 Abs. 1 h) GV-FBB); Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 13 Abs. 1 i) GV-FBB), die Entlastung von Aufsichtsrat und Geschäftsführung (§ 13 Abs. 1 k) GV-FBB) sowie andere „grundsätzliche Maßnahmen im Zusammenhang mit Aus- und Neubau des Flughafens BER“ (§ 13 Abs. 1 GV-FBB).

¹²²⁸ Nach § 12 Abs. 1 FBB-GV ist die Gesellschafterversammlung beschlussfähig, wenn mind. 75 Prozent des Stammkapitals vertreten sind. Wird die Beschlussfähigkeit nicht erreicht, ermöglicht S. 2 eine weitere Einberufung, bei der Beschlussfähigkeit ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapi-

Dies alles betrifft freilich nur theoretische Gegebenheiten für die Gesellschafterversammlung unter Zugrundelegung des Gesellschaftsvertrags. Eruiert werden hiermit abstrakte Möglichkeiten. Entscheidend ist schlussendlich jedoch stets die demokratische Legitimation der jeweiligen konkreten Entscheidung, hier insbesondere Entscheidungen, wie die Vergabe des Generalunternehmervertrages, der Baulose sowie die jeweiligen finanzierungsbezogenen Entscheidungen (inkl. insbesondere der diversen Kapitalerhöhungsbeschlüsse). Mangels Einblick in die konkreten Beschlüsse kann dies hier, wie dargelegt, jedoch nur abstrakt bewertet werden. Der FBB-GV eröffnet Möglichkeiten, die ein mit der personellen Legitimation korrespondierendes Defizit bewirken, d.h. der FBB-GV erlaubt gesellschaftsrechtliche Entscheidungen, die mit den hier beschriebenen verfassungsrechtlichen Forderungen nicht im Einklang stehen.

(d) Personelle Legitimation des Aufsichtsrats

Für die FBB besteht ein obligatorischer Aufsichtsrat.¹²²⁹ Nach § 8 Abs. 1 GV-FBB bestand er zunächst aus insgesamt 15 Mitgliedern: Zehn Anteilseignervertreter (je vier für die Länder und zwei für den Bund) sowie nach DrittelbG fünf Arbeitnehmervertreter¹²³⁰. Seit das Unternehmen 2017 den Schwellenwert aus § 1 Abs. 1 MitbestG von 2.000 Mitarbeitern überschritten hat,¹²³¹ ist der Aufsichtsrat auf 20 Mitglieder angewachsen und ist nun paritätisch mit Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besetzt.¹²³²

Für die Bestellung der Vertreter der Anteilseigner in den Aufsichtsrat bleibt die Gesellschafterversammlung gemäß § 8, 6 Abs. 2 MitbestG, 101 Abs. 1 AktG zuständig, sie werden mangels anderweitiger Festlegungen im Gesellschaftsvertrag mit einfacher Mehrheit (§ 133 AktG) gewählt.¹²³³ Mit dieser Festsetzung sind die Ingenieurmöglichkeiten der Länder Berlin und Brandenburg gleichstark, die des Bundes schwächer ausgeprägt.¹²³⁴ Die Anteilseigner haben hingegen keinen Gebrauch von ihrer Möglichkeit gemacht, im Rahmen eines i.S.d. § 101 Abs. 2 S. 1 AktG in die

tal erreicht wird. Gesellschafterentscheidungen können dann de facto von einem Gesellschafter allein ohne die Beteiligung der übrigen Vertreter der Gebietskörperschaften bewirkt werden. Ohne das Mitwirken bei der Entscheidungsfindung kann eine personelle Legitimation aus Sicht der betroffenen Beteiligten naturgemäß nicht bestehen.

¹²²⁹ Bis einschließlich 2016 galt für die FBB § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Seit der Überschreitung von 2000 Mitarbeitern gilt seit Januar 2017 § 1, Abs. 1, 6 Abs. 1 MitbestG.

¹²³⁰ § 4 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 DrittelbG.

¹²³¹ Senatsverwaltung für Finanzen Berlin, Beteiligungsbericht 2018 - Geschäftsjahr 2017, S. 128.

¹²³² Ebda, S. 127.

¹²³³ Dazu Hüffer/Koch, AktG Komm, § 101 Rn 3, 9; Habersack, in: MüKo AktR, § 101 Rn 7.

¹²³⁴ Vgl. Klein, Die Betätigung der öffentlichen Hand als Aktionärin, S. 63; K. Schmidt, GesellschaftsR, § 28 IV, S. 839f.

Satzung eingebrachten Entsendungsrechts den unmittelbaren Einfluss auf die Aufsichtsratsbesetzung zu eröffnen.¹²³⁵ Dies hätte eine direkte Vermittlung von Legitimation des entsprechenden Anteilseigners im Aufsichtsorgan der Gesellschaft bewirkt. Ohne die Anwendung dieses Entsendungsrechts gemäß § 101 Abs. 2 S. 1 AktG wirken auch die übrigen Anteilseigner an der Auswahl der Vertreter mit.

Die Aufsichtsratsinberufung muss mindestens halbjährlich, soll aber gemäß § 9 Abs. 1 FBB-GV vierteljährlich erfolgen. Beschlussfähigkeit erreicht er bei der Anwesenheit der Hälfte seiner Mitglieder und seine Beschlüsse fasst er mit einfacher Mehrheit. Dies hat zur Folge, dass keiner der Anteilseigner seine Einflussnahmemöglichkeiten sichern kann. Ein Ausnahmekatalog für Beschlüsse, die der qualifizierten Mehrheit bedürfen und die Rückbindung daher effektiv gewährleisten könnten, besteht nicht.

Die hälftige Besetzung des Kontrollgremiums mit Arbeitnehmervertretern bedeutet die Beteiligung demokratisch nicht legitimierter Personen an einem dem Prinzip demokratischer Legitimation unterliegenden Gesellschaftsorgan und stellt einen klassischen Anwendungsfall des vom Bunde verfassungsgericht entwickelten Prinzips der doppelten Mehrheit dar.¹²³⁶ Die staatlichen Anteilseigner können Entscheidungen im Gremium nicht gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter durchsetzen, sodass das Prinzip der doppelten Mehrheit grundsätzlich nicht gewahrt ist, denn entgegen dessen Maßgaben, besteht die „die Entscheidung tragende Mehrheit [nicht] aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimierter Mitglieder des Kurationsorgans“. Nur bei Stimmgleichheit hat der Aufsichtsratsvorsitzende zwei Stimmen, wenn bei einer erneuten Abstimmung über denselben Gegenstand auch sie Stimmgleichheit ergibt, § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG. Da die Möglichkeit besteht, dass einzelne legitimierte Mitglieder gemeinsam mit den Arbeitnehmervertretern insgesamt eine Mehrheit gegen die übrigen Anteilseignervertreter bewirken, bedeutet dies Potenzial für nicht auf den Volkswillen rückführbare Entscheidungen. Auf diesem Wege wird den staatlichen Eignern das Letztentscheidungsrecht potenziell genommen,¹²³⁷ sodass die Gesellschaftsentscheidung dann nicht mehr auf einen Willensakt des Volkes rückführbar ist. Dies muss in der Konsequenz grundsätzlich bedeuten, dass diese Entscheidung dann nicht über eine ausreichende demokratische Legitimation verfügt. Dies gilt umso mehr für die einzelnen Länder. Hier stehen zehn Arbeitnehmervertreter je vier Vertretern der Anteilseigner Berlin und Brandenburg und lediglich zwei Anteilseignervertretern des Bundes gegenüber.

¹²³⁵ Habersack, in: MüKO-AktR, § 101 Rn 30, 44f.; Hensler, in: ders./Strohn, GesellschaftsR AktG § 101 Rn 7; Jaeger, in: Ziemons/ders., Beck OK GmbHG, § 52 Rn 21; Spindler, in: ders./Stilz, AktG Bd. 1, § 101 Rn 49ff.

¹²³⁶ Vgl. BVerfGE 93, 37 (67f); siehe zudem D)II)2)b)bb).

¹²³⁷ IdS: OLG Bremen, DÖV 1977, 899f; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 148; Pittner, Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen unter dem GG, S. 65, 102f; Obermayer, Mitbestimmung in der Kommunalverwaltung, S. 30ff, 50.

Demnach verfügt der Aufsichtsrat der FBB isoliert gesehen über keine ausreichende demokratische Legitimation.

(e) Personelle Legitimation der Geschäftsführung

Die Geschäftsführungsbefugnis erstreckt sich grundsätzlich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt. Bestimmte Geschäfte sind jedoch gemäß § 6 Abs. 4, 10 Abs. 5 FBB-GV an die Zustimmung des Aufsichtsrats und teilweise gemäß § 6 Abs. 6, 10 Abs. 6 FBB-GV auch der Gesellschafterversammlung geknüpft, so z.B. die Aufnahme größerer Darlehen oder die Einleitung behördlicher Verfahren von besonderer Bedeutung.

Die Geschäftsführung bleibt insofern auch im Geltungsbereich des MitbestG, jedenfalls bei wesentlichen Fragen,¹²³⁸ weisungsgebunden, da § 76 Abs. 1 AktG keine entsprechende Anwendung findet.¹²³⁹ Dennoch stellt sich die Legitimation der Geschäftsführung innerhalb der FBB-GV anders dar als in den Gesellschaften des JWP. Während zwar die Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung im Sinne des § 37 GmbHG wohl nicht beeinträchtigt sind, kommen die Aufgabe der Bestellung und auch der Widerruf der Bestellung der Geschäftsführer entgegen § 46 Nr. 5 GmbHG im Einklang mit § 31 MitbestG, 84 AktG dem Aufsichtsrat gem. § 6 Abs. 2 S. 2 FBB-GV zu. An dessen personeller Legitimation ist demnach gleichfalls auch die personelle Legitimation der Geschäftsführung zu messen. Weist der Aufsichtsrat – wie oben dargelegt – in personeller Hinsicht legitimatorische Defizite auf, so setzen sich diese in der Geschäftsführung zwangsläufig fort.¹²⁴⁰

(f) Sachlich-inhaltliche Legitimation der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH

Die Weisungsbefugnisse der Gebietskörperschaften im Rahmen ihrer Gesellschaftsterstellung in der FBB sind beim BER vergleichsweise schwach ausgestaltet.

¹²³⁸ Die Frage ob die Weisungsgebundenheit durch das MitbestG überhaupt eingeschränkt werden kann ist umstritten. Die heute wohl h.M. lehnt jegliche Einschränkung des Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung ab. So zB. *Altmeyden*, in: Roth/ders., GmbHG, § 37 Rn. 20, 30 f.; *Raiser*, in: ders./Veil/Jacobs, MitbestG/DrittelbetG, § 25 Rn 91; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 330f.; *K. Schmidt*, GesellschaftsR, S. 1106; *Schneider*, in: Scholz/ders., GmbHG § 37 Rn 44 ff., 50; aA *Habersack*, in: ders./Henssler, MitbestR, § 30 Rn 20; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 37 Rn 18, 21 mwN.

¹²³⁹ Zur Weisungsgebundenheit bspw. BVerfGE 50, 346; BGHZ 135, 55; *Habersack*, in: ders./Henssler, MitbestR, § 30 Rn 19; *Schneider*, in: Scholz/ders. GmbHG, § 37 Rn 50; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn 20.

¹²⁴⁰ Siehe auch E)IV)1)e)aa)(3).

Während der Geschäftsführer auch in der mitbestimmten GmbH nach ganz überwiegender Auffassung grundsätzlich den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt,¹²⁴¹ scheint bei der FBB ein anderes Verständnis zu herrschen. Mit Verweis auf die aktienrechtlichen Regelungen für den Vorstand ist man dort der Auffassung, die Geschäftsführung habe die FBB in eigener Verantwortung und weisungsunabhängig zu leiten.¹²⁴² Damit zeigt sich ein signifikanter Kontrollausfall vonseiten der staatlichen Gesellschafter.

Für den obligatorischen Aufsichtsrat gilt nach ganz überwiegender Auffassung¹²⁴³ die aktienrechtliche Maxime der Weisungsfreiheit.¹²⁴⁴ Auch die Arbeitnehmervertreter haben ihr Amt – unabhängig von Direktions- und Weisungsunterworfenheit im Arbeitsverhältnis¹²⁴⁵ – eigenverantwortlich auszuüben,¹²⁴⁶ sodass für sie ebenfalls das aktienrechtliche Weisungsverbot gilt. Damit sind die Einwirkungsmöglichkeiten der gewählten Volksvertreter im Rahmen des Anteilseignerorgans auf den Aufsichtsrat erheblich geschmälert. Wichtig für die Vermittlung sachlich-inhaltlicher Legitimation ist aber eine Letztentscheidungskompetenz in allen bedeutenden Fragen.¹²⁴⁷ Diese sichert der FBB-GV der Gesellschafterversammlung in § 10 Abs. 4 und 6 durch ein Zustimmungserfordernis i.Z.m. dem Wirtschaftsplan¹²⁴⁸ sowie Finanzierungsgeschäften, wobei die Gesellschafter nach § 13 Abs. 2 FBB-GV mit dreiviertel Mehrheit entscheiden müssen. Im Ergebnis ist daher die FBB grundsätzlich geeignet, einer konkreten Entscheidung die sachlich-inhaltliche Legitimation zu vermitteln.

¹²⁴¹ Vgl. bspw. BVerfGE 50, 346; 135, 55; *Habersack*, in: ders./Henssler, MitbestR, § 30 Rn 19; *Schneider*, in: Scholz/ders. GmbHG, § 37 Rn 50; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG § 37 Rn 20.

¹²⁴² LT Berlin, Drs. 17/17 285.

¹²⁴³ Dies gilt mittlerweile aus Sicht sowohl der Rechtsprechung als auch der gesellschaftsrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Vertreter: BGHZ 36, 296 (306); 69, 334 (340); BVerwGE 140, 300 Rn 20 ff; OVG Münster AG 2009, 840, (842 f); VGH Kassel AG 2013, 35 (37 ff); *Brüning*, Mittelbare Beteiligungen der Kommunen, in: DVBl 2004, 1451 (1456); *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, Das kommunale Aufsichtsratsmitglied, in: LKV 2001, 246 (249); *Oebbecke*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, HB Kommunale Unternehmen, § 9 Rn 46; *Altmeyden*, Einflussrechte der Gemeindeorgane, in: NJW 2003, 2561 (2564); *Lutter*, Weisungsbefugnis eines Gemeinderates, in: ZIP 2007, 1991f.

¹²⁴⁴ Etwas anderes gilt für den freiwillig gebildeten fakultativen Aufsichtsrat in der GmbH: Hier können die Gesellschafter im Rahmen ihrer Satzungsmacht auch Abweichungen von den aktienrechtlichen Bestimmungen niederlegen, § 52 GmbHG gestattet dies explizit. Vgl.: BVerwG NVwZ 2012, 115 (116).

¹²⁴⁵ Allgemein: *Berger-Delbey*, Die Leistungs- und Weisungsbefugnis des Arbeitgebers, in: DB 1990, 2266; *Mansel*, in: Jauernig, BGB Komm, § 611 Rn 8; *Weber/Ebrich*, Direktionsrecht und Änderungskündigung, in: BB 1996, 2246; *Preis*, in: Dieterich/Müller-Glöge, Erf Komm ArbR, § 611 Rn 64; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 14 IV.

¹²⁴⁶ Vgl. dazu den in § 4 Abs. 3 S. 2 MontanMitbestG enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatz.

¹²⁴⁷ *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 67.

¹²⁴⁸ Umfasst sind Erfolgs-, Finanz- und Stellenplan.

(4) Zwischenergebnis zur demokratischen Legitimation des BER-Projekts

Nach alledem ist die personelle Legitimation sowohl der Gesellschafterversammlung als auch des Aufsichtsrats letztlich defizitär ausgestaltet. Insbesondere verfügen die im Anteilseignerorgan vertretenen Gebietskörperschaften weder über eine positive noch über eine negative Entscheidungskompetenz zur Durchsetzung ihrer Interessen. Zugleich ist hiervon auch die Legitimationsvermittlung an das Kontrollorgan betroffen. Wie dargelegt, wurde der Gesellschafterbeschluss, der die Grundlage für die Realisierung bildet, von den Gesellschaftern einstimmig gefällt. In dieser zentralen Projektentscheidung haben sich diese abstrakten Defizite daher nicht ausgewirkt.

Ob insgesamt ein ausreichendes Legitimationsniveau, gerade als Grundlage für weitere zentrale Gesellschafterentscheidungen im Einzelfall gegeben ist, bleibt darüber hinaus grundsätzlich fraglich. In wesentlichen Bereichen haben die Gesellschafter keinen Gebrauch von der Möglichkeit gemacht, ihre Position zur Sicherung der Ingerenzpflichten im Rahmen der Satzung stark auszugestalten. Die sachlich-inhaltliche Legitimation der Gesellschaft ist nichtsdestotrotz erfüllt und kann den oben dargelegten Grundsätzen entsprechend im jeweiligen Einzelfall ein ausreichendes Legitimationsniveau bewirken. Das Bundesstaatsprinzip bietet durch seinen kooperationsfördernden Gehalt eine zusätzliche Stärkung dieser Institutionalisierung und kann, wie oben zum JWP dargelegt, grundsätzlich einen verfassungsmäßigen Ausgleich möglicher Demokratiedefizite schaffen.¹²⁴⁹

bb) Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung

Neben der Begutachtung der demokratischen Legitimation, soll das Projekt für eine Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragestellung auch im Hinblick auf die Anforderungen des Transparenzgebotes untersucht werden. Dies erfolgt, wie oben dargelegt, unter Heranziehung der drei adressatenbezogenen Transparenzebenen.

(1) Durchschaubarkeit

Auch das BER-Projekt ist den Kerntransparenzforderungen der Nachvollziehbarkeit verpflichtet. Nachdem seine Organisationsstrukturen oben aufbereitet wurden, stellt sich nun die Frage nach der Erfüllung transparenzrechtlicher Direktiven in Bezug auf Verfahren und Informiertheit der Transparenzadressaten.

(a) Verfahrenstransparenz

Die wie schon für das Projekt JWP festgestellte Tendenz zu arkanen Strukturen des Verwaltungsverfahrens veranschaulicht für das BER-Projekt insbesondere das Vorgehen vonseiten der Gesellschafter. Ähnlich wie bei S21 demonstrieren die stärker

¹²⁴⁹ Siehe dazu auch oben E)1)e)a(4).

ausgeprägten Bürgerproteste mangelnde Akzeptanz aus Teilen der Bevölkerung. Im Hinblick auf das von dem Brandenburgischen Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Raumordnung initiierte Mediationsverfahren „Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International“ aus den Jahren 1993 und 1994 konnten diese weitgehend kategorisiert werden¹²⁵⁰: Neben direkt Betroffenen (Anwohnern, Gemeinden) und Naturschutzverbänden ist auch in der nicht unmittelbar betroffenen Öffentlichkeit Ablehnung in erheblichem Umfang sichtbar geworden.¹²⁵¹ Die Mediation zeigte insofern die Kompromissbereitschaft im Hinblick auf die Erarbeitung eines Konsenses gerade bei den zivilen Flughafengegnern. Das gleichzeitige im Wesentlichen nicht offen artikuliert Vorantreiben des Verfahrens für den Standort Schönefeld zeigt jedoch die Abkehr der Realisierungsgesellschaft von dem auf Staat-Bürger-Dialog basierenden Kommunikationsprozess zurück zum arkanen Vorgehen. Gleichzeitig stellt es im Ergebnis das Mediationsverfahren im Ganzen in Frage. Einer Studie des *Göttinger Instituts für Demokratieforschung* zufolge war eine Großzahl der Befragten mit der bürgerschaftlichen Einbindung in den Planungsprozess unzufrieden: Demnach kritisieren 94 Prozent der Befragten die Intransparenz des Verfahrens, 96 Prozent empfanden die Einbindung in die Planung als nicht ausreichend.¹²⁵² Dennoch verlief das Verwaltungsverfahren insgesamt im Rahmen der geltenden Gesetze, fand letztendlich gerichtliche Bestätigung und ist daher rechtsstaatlich legitimiert. Wenn auch die Abkehr der realisierenden Gebietskörperschaften von dem auf Kommunikation und Konsens angelegten Mediationsverfahren im Sinne eines offenen und transparenten Dialogs bedauerlich sein mag, so ist sie rechtlich nicht zu beanstanden.

(b) Informationsaustausch

Es wurde bereits dargelegt, dass das Verfügen über aktuelle Informationen gerade bei komplexen Großprojekten teilweise verfassungsrechtlich vorgesehen, teilweise aber jedenfalls verfassungspolitisch elementar ist.¹²⁵³ Es ist daher zu untersuchen, ob diese Informationen den diversen Akteuren in ausreichender Weise zur Verfügung standen.

¹²⁵⁰ Siehe im Detail E)IV)2)e)bb)(1)(b)(bb).

¹²⁵¹ *Becker-Ritterspach*, Steuerung der Implementation von Flughäfen, S. 2, 249ff.

¹²⁵² Das Göttinger Institut für Demokratieforschung ist eine Forschungseinrichtung der Georg-August-Universität Göttingen unter der Direktion des Politikwissenschaftlers Franz Walter. Die Studie stellt die Ergebnisse einer explorativen Umfrage dar, die das Institut unter den Teilnehmern der Protestbewegung gegen den Schönefelder Flughafen BBI durchgeführt hat. *Göttinger Institut für Demokratieforschung*, Die Proteste gegen den Flughafen BER/BBI, S. 4.

¹²⁵³ Siehe dazu D)III).

(aa) Informationsfluss auf den einzelnen Transparenzebenen

Der ehemalige Wirtschaftssenator Berlins hatte in seiner Vernehmung vor dem BER-Untersuchungsausschuss über „erhebliche Mängel im Informationsfluss“ zwischen Geschäftsführung und Controllern auf der einen und den staatlichen Gesellschaftern sowie Aufsichtsräten auf der anderen Seite berichtet.¹²⁵⁴ Auch der Staatssekretär des Bundesverkehrsministeriums, der den Bund im Aufsichtsrat vertrat, beanstandete in seiner dortigen Vernehmung mangelnde Informationen vonseiten der damaligen Geschäftsführung an das Kontrollgremium.¹²⁵⁵ Überdies stand der Verdacht des Zurückhaltens wesentlicher Informationen vonseiten des ehemaligen Regierenden Bürgermeisters von Berlin im Raum,¹²⁵⁶ der jedoch letztlich nicht bewiesen werden konnte. Seit 2015 besteht in der Berliner Senatskanzlei eine Stabsstelle Flughafenkoordination, der die FBB-Geschäftsführung berichtet und die Informationen der FBB prüft und bewertet.¹²⁵⁷

Im Verhältnis der gemischt-öffentlichen Gesellschaft zu den jeweiligen Repräsentanten bestehen ähnliche Schwierigkeiten. Speziell im benannten Untersuchungsausschuss wurde deutlich, dass wesentliche Informationen nicht an die zuständigen Parlamente oder gar an den eigens zur Aufklärung eingesetzten Untersuchungsausschuss gelangten.¹²⁵⁸ Dessen Vorsitzender hatte in einer Stellungnahme berichtet, dass „die Vertraulichkeit [...] zum Zwang geworden [sei], der demokratische Aufklärung und Kontrolle unmöglich“ mache.¹²⁵⁹ Auch im Anschluss an die Untersuchung fehlten dem Parlament weiterhin verlässliche Informationen zu Baufortschritt und Wirtschaftlichkeit des künftigen Hauptstadtflughafens.¹²⁶⁰ Der LRH Brandenburg stellte in seiner nach § 92 BbgLHO durchgeführten Betätigungsprüfung fest, dass „die intransparenten bzw. unzutreffenden Darstellungen der FBB in ihren Lageberichten“ zu Schallschutzproblematik, Kapitalbedarf und Einhaltung

¹²⁵⁴ LT Berlin, Drs. 17/3000, S. 327ff.

¹²⁵⁵ Wortprotokoll der Vernehmung R. Bombas v. 01.11.2013: LT Berlin, Drs. 17/3000, S. 124.

¹²⁵⁶ *Kilz/Koblenberg/Kotynek/Lebert/Müller/Musharbash/Tatje*, Flughafen: Blindflug in Berlin, in: *Die Zeit* Nr. 26/2012 v. 21.06.2012.

¹²⁵⁷ LT Berlin, Drs. 17/17 285

¹²⁵⁸ *Delius*, Flughafen BER: Aufklärung wird unmöglich gemacht, in: *Tagesspiegel* vom 06.01.2013: <http://www.tagesspiegel.de/berlin/ber/flughafen-ber-aufklaerung-wird-unmoeglich-gemacht/7592042.html>; vgl. zur Selbstinformation durch das parlamentarische Untersuchungsrecht generell auch oben A)I)1)a)1)(c) und C)II)3)b)cc)(2)(c).

¹²⁵⁹ *Ebda.*; vgl. auch BT Drs. 18/4919, S. 2.

¹²⁶⁰ LT Berlin Hauptausschuss, Wortprotokoll v. 29.3.2017, S. 3.

des Inbetriebnahmetermins verdeutlichten,¹²⁶¹ dass die FBB-Geschäftsführung sowohl Aufsichtsrat als auch Öffentlichkeit ein geschöntes Bild von der Lage des Unternehmens vermittelt habe.¹²⁶²

Auch im Verhältnis zum Bürger zeigen sich teils enorme Informationsdefizite: Wesentliche Informationen wurden von der FBB und führenden Politikern gar nicht, teilweise aber auch – mitunter systematisch – falsch kommuniziert.¹²⁶³ 2013 war ein internes Dokument öffentlich geworden, in dem der damalige Pressesprecher des BER-Projekts manipulative Kommunikationsstrategien vorgestellt hatte.¹²⁶⁴ Die Äußerungen des ehemaligen Leiters der FBB-Unternehmenskommunikation unterstreichen dies. Nachdem er die „jahrelangen Geheimhaltungsstrategien“ kritisierte, hatte er in dem Interview angekündigt, die Praxis der „Beschönigungen“ um das Projekt zu beenden um Vertrauen und Glaubwürdigkeit wiederzugewinnen.¹²⁶⁵ Die Bürger hätten vielmehr ein Recht darauf zu erfahren, wo „ihre Milliarden versenkt“ worden seien, zudem kritisierte er die Praxis der Zurückhaltung wesentlicher Dokumente, beispielsweise des vollständigen Berichts des Landesrechnungshofs über das Milliardenprojekt. Kurz nach dem Erscheinen des Interviews wurde er vom ehemaligen Geschäftsführer freigestellt.¹²⁶⁶

¹²⁶¹ Vgl. hierzu die Pressemitteilungen der FBB v. 07.09., 19.12. und 07.05.2012: <https://www.berlin-airport.de/de/presse/presseinformationen/mitteilungen-archiv/2012/2012-09-07-ar/index.php>; <https://www.berlin-airport.de/de/presse/presseinformationen/mitteilungen-archiv/2012/2012-12-19-finanzierung/index.php>; <https://www.berlin-airport.de/de/presse/presseinformationen/mitteilungen-archiv/2012/2012-05-07-airberlin-hanger-in-betrieb/index.php>.

¹²⁶² LRH Bbg, BER-Bericht, S. 268.

¹²⁶³ Hier sind bspw. die immer wieder neu kommunizierten Eröffnungstermine anzuführen. Die Nicht-Realisierbarkeit und die offiziellen Eröffnungsverschiebungen wurden in der Vergangenheit zunächst regelmäßig verschwiegen, obwohl den Verantwortlichen entsprechende Informationen längst vorlagen. Mittlerweile ist man vonseiten der FBB mit der Festlegung auf einen Eröffnungstermin zurückhaltend geworden.

¹²⁶⁴ Insbesondere hatte er auch angeführt, die Kommunikationsabteilung könne die Realität des Flughafens nicht aufheben, aber „mitgestalten“ (S. 44). Vgl. Über die Grenzen der Kommunikation, PowerPoint Präsentation des ehemaligen Pressechefs Kunkel v. 28.02.2013, in: rbb online: http://www.rbb-online.de/politik/Flughafen-BER/BER-Aktuelles/akteure_aktuell/2016/04/kunkel-ber-vortrag-kommunikation.file.html/microsoft-powerpoint--01_2013-02-27-krisekommunikation_ber_kunkel-005bkompatibilita0308tsmodus005d--01_kunkel.pdf.

¹²⁶⁵ Daniel Abdou hatte dem einem Magazin der Kommunikationsbranche ein Interview zu den Kommunikationsstrukturen um den Flughafen gegeben, welches Anlass für seine Freistellung durch den FBB-Geschäftsführer war, vgl. *Preppner*, „Alles kommt raus“, in: PR-Magazin, 04/2016, S. 32ff.; *Timmmer*, BER-Sprecher gibt zu ehrliches Interview - und fliegt, in: SZ v. 11.04.2016: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/flughafen-berlin-brandenburg-ber-sprecher-gibt-zu-ehrliches-interview-und-fliegt-1.2943897>.

¹²⁶⁶ Zu den praktischen und arbeitsrechtlichen Aspekten der gewissensbedingten Informationsweitergabe von Mitarbeitern: *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, Rn 7ff, 243ff.

Insgesamt zeichnet das BER-Projekt ein Bild mangelhaften Informationsflusses auf allen Ebenen. Besonders schwer wiegen dabei jedoch die Defizite in der Informationsbeziehung zwischen den direkt am Projekt Beteiligten, die das Ausmaß der BER-Notlage erst möglich machten und beim BER ein Kontrollvakuum entstehen ließen. So sind unfraglich verfassungsrechtlich relevante Kontrollaufgaben unmöglich geworden. Rechtliche Konsequenzen wurden letztlich nicht gezogen. Der LRH-Bericht hatte keine anordnende oder sanktionierende Wirkung, gleiches gilt für den Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses.

(bb) Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International

1992 erteilte das Brandenburgische Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Raumordnung (MUNR) einer der Universität Oldenburg zugehörigen, auf projekt- und umweltbezogene Mediation spezialisierten Gesellschaft den Auftrag, ein Konzept für eine breite Bürgerbeteiligung zu erarbeiten, die über die gesetzlich erforderlichen Formen einer Öffentlichkeitsbeteiligung hinausreichen sollte.¹²⁶⁷ Die Person des Mediators wurde dabei eher untypisch (vgl. § 2 Abs. 1 MediationsG) von der brandenburgischen Landesregierung festgelegt.¹²⁶⁸ Motivation waren die vergangenen Konflikte und Auseinandersetzungen in Zusammenhang mit dem Flughafenbau in Deutschland, die man auf diese Weise zu umgehen suchte.¹²⁶⁹ Nach der Abstimmung des Vorgehens mit den zuständigen Behörden, der BBF als Rechtsvorgängerin der FBB sowie gesellschaftlich Beteiligten¹²⁷⁰ begann 1993 das Mediationsverfahren „Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International“. Inhalt war im Wesentlichen die Standortwahl für den Großflughafen.

Die Mediatoren hatten das Mediationsverfahren in drei verschiedene Dialogforen unterteilt, die beteiligte Öffentlichkeit wiederum in organisierte, lokale und allgemeine Öffentlichkeit.¹²⁷¹ Die zwei großen öffentlichen Foren konnten jedoch keine ausreichende Bürgerbeteiligung aufweisen. Entgegen dem ursprünglichen Sinn dieser Aufteilung zugunsten eines umfassenden Dialogs von Beteiligten und

¹²⁶⁷ Die Mediator und Management GmbH – Zentrum für Umweltkonfliktforschung war zu diesem Zeitpunkt noch eine Projektgesellschaft der Carl-von-Ossietzky-Universität Oldenburg und dort zur Mediationsforschung im Umweltbereich ins Leben gerufen worden.

¹²⁶⁸ Vgl. dazu auch unten F)II)1)b)cc)(1), Fn 1654; *Becker-Ritterspach*, Steuerung der Implementation von Flughäfen, S. 262.

¹²⁶⁹ *Becker-Ritterspach*, Steuerung der Implementation von Flughäfen, S. 255.

¹²⁷⁰ Abgestimmt wurde das Vorgehen mit gesellschaftlichen Akteuren aus Wirtschaft, Arbeitnehmerorganisationen, Bürgerinitiativen und Umweltverbänden. Vgl. *Becker-Ritterspach*, Steuerung der Implementation von Flughäfen, S. 257.

¹²⁷¹ *Zilleßen*, Mediation als innovative Form der Partizipation – Beispiel „Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International“, in: GTZ, Mediation/Konfliktmanagement im Umweltbereich und seine Bedeutung im Rahmen der technischen Zusammenarbeit, Dokumentation eines Fachgesprächs am 10.11.1995, S. 14.

Betroffenen, kam es fast ausschließlich zu Diskussionen zwischen den Experten der verschiedenen Lager.¹²⁷² Der Partizipationsgedanke lief daher weitgehend ins Leere und ließ die Erfüllung des eigentlichen Zwecks der Initiierung einer frühen umfassenden Bürgerbeteiligung fraglich erscheinen. Nach dem Entschluss Brandenburgs, die Finanzierung des Bürgerdialogforums einzustellen, lehnte die BBF das Mediationsverfahren ab und beendete es damit.¹²⁷³ Die Mediatoren monierten, dass die im Bürgerdialog erarbeiteten Resultate bei der Standortentscheidung kaum Berücksichtigung gefunden hätten.¹²⁷⁴ Tatsächlich waren die im Konsensbeschluss enthaltenen Empfehlungen, insbesondere im Hinblick auf den Standort, ohne ersichtlichen Einfluss des Mediationsverfahrens zustande gekommen.¹²⁷⁵

Trotz des Mangels an Bürgerbeteiligung kann das Mediationsverfahren weitreichenden Transparenzgehalt aufweisen, da es mit der Partizipation gesellschaftlicher Akteure erfolgte und auf Öffentlichkeitsbeteiligung angelegt war, zugleich aber auch Vertreter der Gesellschafter involvierte. Das Verfahren zielte auf die Bürgerbeteiligung in den ganz frühen Projektphasen und daher zu einem Zeitpunkt, in der eine tatsächliche Beeinflussung des Projektfortgangs durch die Teilnehmer möglich war. Anders als bei S21 konnte das Mediationsforum im Endeffekt nicht die gewünschten Ergebnisse erzielen. Insbesondere die erwartete Bürgerakzeptanz konnte aufgrund des divergenten Verhaltens der Bauherrin i.Z.m. der Standortwahl außerhalb des Verfahrens nicht erreicht werden,¹²⁷⁶ wie die Studie des *Göttlinger Instituts für Demokratieforschung* beispielhaft darstellt. Auch die Resultate des Forums wurden im Wesentlichen nicht umgesetzt, sodass zwar eine grundsätzliche Transparenzwirkung bzgl. des Informationsaustauschs konstatiert werden kann, die so gewonnene Transparenz wurde jedoch nicht institutionalisiert und hatte mangels Umsetzung der Ergebnisse i.R.d. Projekts somit keinen Ergebniseffekt.

(cc) Dialogforum Airport Berlin Brandenburg

Insbesondere die zwischenstaatliche Transparenzebene betrifft das 2009 ins Leben gerufene Dialogforum Airport Berlin Brandenburg. Erklärtes Ziel dieser Plattform, der die Landkreise und Kommunen im Flughafenumfeld sowie die FBB und deren

¹²⁷² *Becker-Ritterspach*, Steuerung der Implementation von Flughäfen, S. 263.

¹²⁷³ *Barbian/Jeglitzu/Troja*, Das Beispiel „Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International“, in: Zilleßen, *Mediation. Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik*, S. 121; *Mediator GmbH*, Mediationsverfahren „Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International“, S. 1.

¹²⁷⁴ *Ebda*, S. 3.

¹²⁷⁵ *Fn* 1273, S. 115.

¹²⁷⁶ Zur Umkehrung der Entlastungsfunktion von Öffentlichkeitsbeteiligung bei Nichtberücksichtigung deren Ergebnisse auch: *Wiggers*, Mehr Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großvorhaben, in: *NJW-Spezial* 2013, 172 (173).

Gesellschafter angehören,¹²⁷⁷ ist es in erster Linie einen „fairen, transparenten und intensiven Dialog zwischen den Mitgliedern auf unterschiedlichen Ebenen zu fördern und zu gestalten“.¹²⁷⁸ Es handelt sich um ein informelles Kommunikationsforum, das einmal jährlich zusammentritt. Transparenzwirkung entfaltet das Dialogforum auch auf Staat-Bürger-Ebene: Während zwar die Sitzungen grundsätzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden, sind die wesentlichen Verhandlungsergebnisse der allgemeinen Öffentlichkeit überwiegend online zugänglich.¹²⁷⁹

(2) Kontrolle

Im Haushaltsausschuss des Bundestages vertrat der ehemalige Regierende Bürgermeister Berlins *Woverit* im Juni 2012 als langjähriger Aufsichtsratsvorsitzender die Ansicht, der Aufsichtsrat könne nicht „die Arbeit der Geschäftsführung erledigen“.¹²⁸⁰ Er sehe in dem Eröffnungs-Debakel daher keine Verantwortung beim Kontrollgremium. Diese Auffassung widerspricht ganz augenscheinlich den in dieser Arbeit aufgestellten Kontroll- und Einwirkungspflichten, welche im Hinblick auf den BER nachfolgend untersucht werden sollen.

(a) Verantwortungstransparenz

Die Organisationsstruktur des BER-Projekts ist nicht ohne Weiteres durchschaubar. Während die Beteiligungen der Gesellschafter keine Schwierigkeiten hervorrufen, ist die Organisation der Betreibergesellschaft, die auch Bauherrin des Flughafens ist, diffiziler. Insbesondere die Organbesetzung ist durch Komplexität und vereinzelte Verflechtungen gekennzeichnet. Dies betrifft vornehmlich die Ebenen der zwischenstaatlichen Transparenz, aber auch die Durchschaubarkeit auf Staat-Repräsentanten-Ebene. Dabei fällt zunächst die Ausgestaltung der Beteiligungsverwaltung ins Blickfeld, die hier anhand der brandenburgischen Beteiligung veranschaulicht werden soll.

Dem brandenburgischen Finanzminister obliegt die Verwaltung der Landesbeteiligung am BER in eigener Verantwortung, vgl. § 8 GOLRegBbg.¹²⁸¹ Die Aufga-

¹²⁷⁷ § 2 Abs. 1 GO für das Dialogforum Airport Berlin Brandenburg v. 8.12.2014; Dialogforum Airport Berlin Brandenburg, Mitglieder: <https://www.dialogforum-ber.de/seite/375750/mitglieder.html>.

¹²⁷⁸ Dialogforum Airport Berlin Brandenburg: <https://www.dialogforum-ber.de/seite/375746/ueberuns.html>.

¹²⁷⁹ § 7 Abs. 4 der Geschäftsordnung für das Dialogforum Airport Berlin Brandenburg.

¹²⁸⁰ *Hoffmann*, Berliner Großflughafen: Es brennt, in: FAZ v. 07.07.2012: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/berliner-grossflughafen-es-brennt-11813262-p3.html>.

¹²⁸¹ Vgl. Bekanntmachung der Geschäftsbereiche der obersten Landesbehörden [Bbg] v. 17.03.2015, Abschn. IV Nr. 3.

ben der staatlichen Beteiligungsverwaltung leiten sich aus den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, ferner aus § 53 HGrG, auf den § 16 FBB-GV klarstellend verweist, und aus den §§ 65 ff. BbgLHO ab. Zentrale Aufgabe der Beteiligungsverwaltung ist mithin sowohl die Kontrolle als auch die Steuerung der Landesbeteiligungen im Hinblick auf die Sicherung des Landesinteresses und des Gemeinwohls. Im März 2011 wurde der Finanzminister zudem in den Aufsichtsrat der FBB berufen, ab April führte er den Vorsitz in dessen Finanz- und Prüfungsausschuss.¹²⁸² Ende 2014 legte er sein Aufsichtsratsmandat – auch als Reaktion auf den LRH-Bericht – nieder.¹²⁸³ Zuständig für die Wahrnehmung der Gesellschafterstellung mit abschließender Entscheidungskompetenz war die in dienstrechtlichem Abhängigkeitsverhältnis zu ihm stehende brandenburgische Finanzstaatssekretärin.¹²⁸⁴ Die Termine der Gesellschafterversammlung nahm im Beobachtungszeitraum nicht sie, sondern verschiedene Mitarbeiter des Beteiligungsreferats wahr. Diese machten von ihrem Rede- und Fragerecht in zehn Sitzungen innerhalb von drei Jahren keinen Gebrauch, obwohl sich die Schwierigkeiten um die Fertigstellung in dieser Zeit zuspitzten.¹²⁸⁵ Auch auf nachgeordneter Hierarchieebene – der Abteilungsleiterebene – konnte der LRH eine tatsächliche Beteiligung an Gesellschafterversammlungen oder an wesentlichen die Gesellschaft betreffenden Entscheidungen nicht nachweisen.¹²⁸⁶ Erst auf der dieser nachgeordneten Ebene, konkret dem Beteiligungsreferat, waren Mitarbeiter des Finanzministeriums zumindest teilweise¹²⁸⁷ mit der Beteiligung des Landes an der Flughafengesellschaft beschäftigt.

Unter Kontrollaspekten sind insbesondere die Verflechtungen zwischen Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat auffällig: Im Aufsichtsrat waren bis 2012 neben dem Finanzminister auch der Ministerpräsident des Landes Brandenburg vertreten.¹²⁸⁸ Personen also, die der zuständigen Staatssekretärin und dem ihr nachgeordneten Beteiligungsreferat teilweise dienstrechtlich vorgesetzt sind. Während dieses hierarchische Verhältnis zwischen den Vertretern der Anteilseigner und einem Aufsichtsratsmitglied vom Grundsatz her in solchen Konstellationen ob der Vergleichbarkeit der Interessenlage kaum bedenklich sein dürfte, ist es im konkreten Fall diffizil. Kommen die Gesellschafter nämlich – wie im Falle des BER-Projekts – zu der Auffassung, dass der Aufsichtsrat seine Kontroll- und Überwachungs-

¹²⁸² BER: Markov verlässt Aufsichtsrat, in: Potsdamer Neueste Nachrichten vom 09.01.2014, S. 14.

¹²⁸³ Staatskanzlei Bbg, Eignerrolle gestärkt, Aufsichtsrat neu justiert, Pressemitteilung v. 9.12.2014: <https://www.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.384340.de>.

¹²⁸⁴ Staatssekretärin Daniela Trochowski, vgl. LRH Bbg, BER-Bericht, S. 72.

¹²⁸⁵ Aussage des LRH-Direktors Klees in Anhörung im BER Sonderausschuss; LT Bbg Sonderausschuss BER, 16.02.2016, P-SBER 6/10, Anlage 2, Bauverlauf und Versäumnisse (5/5).

¹²⁸⁶ Ebda., S. 75.

¹²⁸⁷ LRH Bbg, Bericht BER, S. 75.

¹²⁸⁸ Senatsverwaltung Finanzen Berlin, Beteiligungsbericht 2012 Bd. 1, S. 112.

aufgabe in unzureichender Weise wahrgenommen hat, haben sie geeignete Maßnahmen wie das Hinwirken auf die Revision von Aufsichtsratsbeschlüssen in der Gesellschafterversammlung, die Aufforderung zu ausführlicher Stellungnahme bzgl. Gesellschaftsangelegenheiten und Überwachungstätigkeit, die Möglichkeit zur Beantragung der Nichtentlastung von Aufsichtsratsmitgliedern, das Vorschlagsrecht in Bezug auf die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern und vor allem die Haftungsanspruchsverfolgung im Rahmen von Organstreitverfahren einzuleiten. Hier gilt das bereits zum JWP Gesagte: Die Rechte des einzelnen Gesellschafters, Einfluss auf den Aufsichtsrat, bzw. einzelne Mitglieder zu nehmen, stehen hierbei in Frage.¹²⁸⁹

Diese Stellung der brandenburgischen Vertreter in der Gesellschafterversammlung im Spannungsfeld von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und diensthierarchischer Stellung kann demnach die starke Gesellschafterstellung auf tatsächlicher Ebene nahezu vollständig entkräften. Weitergehende Schwächung erfuhr die Gesellschafterstellung Brandenburgs durch die Entsendung von Referenten des Beteiligungsreferats für den Finanzminister als Aufsichtsratsmitglied.¹²⁹⁰ Somit berichtete die Gesellschaftervertretung an die brandenburgischen Aufsichtsratsmitglieder. Das Gesellschaftsrecht sieht den umgekehrten Informationsfluss vor: Demnach soll der Aufsichtsrat den Gesellschaftern berichten.¹²⁹¹ Das oben Dargestellte lässt die Position des Beteiligungsreferats als Anteilseignervertreter gegenüber dem Aufsichtsrat, insbesondere dem Finanzminister aus Kontrollgesichtspunkten problematisch erscheinen. Hier gilt das oben zum JWP Dargelegte. Kritisch ist diese Verwicklung allem voran bei der Entlastung von Aufsichtsratsmitgliedern, da dies auf eine Beurteilung der eigenen Tätigkeiten hinausläufe und somit den Kontrollaspekt nihilisiert. Dies wird bestärkt durch das Ausbleiben jeglicher Geltendmachung von Haftungsansprüchen von Seiten der BER-Gesellschafter gegenüber dem Aufsichtsrat im Zuge des Eröffnungsdebakels 2012. Stattdessen beschloss die Gesellschafterversammlung 2013 die Entlastung des Aufsichtsrats – entgegen einer zuvor ausgesprochenen Empfehlung des LRH Brandenburg an den brandenburgischen Gesellschafter –¹²⁹² auf Grundlage einer als unzureichend bewerteten Prüfung der Ge-

¹²⁸⁹ Siehe dazu bereits oben: E)IV)1)e)bb)(2)(a). Vgl. zudem *Doralt*, in: Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 12; *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn 166; *Hutbmacher*, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, S. 89, 129ff; *Spindler*, in: ders./Stilz, AktG, § 116 Rn 129; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52 Rn 207ff.

¹²⁹⁰ LT Bbg Drs. 6/3540, Drs. 6/3561.

¹²⁹¹ Vgl. dazu: § 171 Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, bzw. i.V.m. § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

¹²⁹² LT Bbg., Sonderausschuss BER v. 16.02.2016- P-SBER 6/10, Anlage 3 (5/6).

schehnisse im Rahmen eines Haftungsprüfungsverfahrens gegen die Aufsichtsratsmitglieder.¹²⁹³ Ein Direktor des brandenburgischen LRH hatte eine erneute Haftungsprüfung des AR durch eine neutrale Stelle im Rahmen einer Anhörung im Sonderausschuss BER des Landtages empfohlen (vgl. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG).¹²⁹⁴ Die Opposition im brandenburgischen Landtag stellte einen entsprechenden Antrag erfolglos.¹²⁹⁵ Geprüft wurde nur eine Inanspruchnahme des damaligen Geschäftsführers im Hinblick auf etwaige Pflichtverletzungen, die jedoch keine Aussicht auf Erfolg versprachen.¹²⁹⁶

Insgesamt bleibt zu konstatieren, dass die Verflechtungen zwischen Aufsichtsrats- und Gesellschafterposition nicht nur unter einem gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel fragwürdig erscheinen und die Organstruktur aufweichen: Insbesondere im Hinblick auf verfassungsrechtliche Transparenz- und Kontrollaspekte stellt sich die unklare Organisationsstruktur nach den hier entwickelten Maßstäben als unzureichend im Hinblick auf ein ausreichendes Kontrollniveau dar. In welchem Umfang eine verfassungskonforme Kontrolle in den konkreten Fällen überhaupt bestand, bleibt fraglich.¹²⁹⁷

Insbesondere Fehlentwicklungen bei Gesellschaftsbeteiligungen hatten die Landesregierung im Jahr 2000 dazu bewogen, zur „Verbesserung der Transparenz gegenüber dem Parlament“ das Beteiligungsmanagement des Landes oder maßgeblich landesbeteiligter Unternehmen stets im Haushalts- und Finanzausschuss zu beraten, bevor solche verbindlich eingegangen werden.¹²⁹⁸ Der LRH hatte zuvor in seinem Bericht festgestellt, dass intransparente Verfahrensabläufe, in denen Zustän-

¹²⁹³ Dazu umfassend LRH Bbg., Bericht BER, S. 80 ff, 333f. Am 01.10.2013 teilte der Gesellschafter Berlin dem Beteiligungsreferat und dem Gesellschafter Bund mit, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats (zugleich Vorsitzender der Gesellschafterversammlung) beabsichtige, eine Gesellschafterversammlung zur Entlastung des [Aufsichtsrats] für die Jahre 2011 und 2012² und zu weiteren Themen durchzuführen. Die Gesellschafter würden gebeten, „nunmehr rasch die noch ausstehenden Voraussetzungen zu schaffen, also insbesondere die Zustimmung zu der Bewertung des Gutachtens der Rechtsanwaltskanzlei [...]“ dass den Aufsichtsratsmitgliedern hinsichtlich der Inbetriebnahmeverschiebungen keine Pflichtverletzungen vorzuwerfen sind.“ Der LRH bezieht sich hierbei auf einen ihm vorliegenden E-Mailverkehr des Gesellschafters Berlin an das Beteiligungsreferat Bbg, den Gesellschafter Bund sowie weitere andere Beteiligte.

¹²⁹⁴ LT Bbg., Ausschussprotokoll 6/10, Sonderausschuss BER/Ausschuss für Haushaltskontrolle, Sitzung v. 16.02.2016 - P-SBER 6/10, S. 21.

¹²⁹⁵ Ebda, S. 3.

¹²⁹⁶ LG Berlin, Urt. v. 23.10.2014 - Az. 93 O 55/13.

¹²⁹⁷ Dazu insgesamt: LRH Bbg., Bericht BER, insbes. S. 335ff.

¹²⁹⁸ Finanzministerium Bbg., Beteiligungsbericht 2000, S. 14.

digkeiten und Verantwortlichkeiten nicht erkennbar seien, zu unüberschaubaren Risiken für den Landeshaushalt führen würden.¹²⁹⁹ Das verdeutlicht, dass die Parlamentarisierung solcher Entscheidungen neben der Steigerung des demokratischen Gehalts der Beteiligungsentscheidung grundsätzlich durchaus zur Transparenzstärkung geeignet ist. Die Durchschaubarkeit der Beteiligung selbst ermöglicht überhaupt erst die Wahrnehmung der Kontrollaufgabe durch das Parlament. Das zeigt erneut die Verbindung von Demokratie und Transparenz, wobei sie keine symbiotische Beziehung aufweisen, die Herstellung eines ausreichenden Demokratiegehalts, aber wie oben dargelegt stets eines nicht unerheblichen Maßes an Transparenz bedarf.

Brandenburg hat nunmehr seine Aufsichtsratsposten teilweise neu besetzt.¹³⁰⁰ Die dort vertretenen Minister wurden auf Empfehlung des brandenburgischen LRH abgezogen. Zudem fand ein Austausch zwischen den Organen statt: Der Finanzminister vertritt das Land nun in der Gesellschafterversammlung, seine Finanzstaatssekretärin im Aufsichtsrat.¹³⁰¹ Auch das Land Berlin hat seine Aufsichtsratsmitglieder ausgewechselt. Der Vorsitz wird nun nicht mehr durch den Regierenden Bürgermeister ausgeübt.¹³⁰² Dort ist das Beteiligungsreferat ebenfalls, wie üblich, in der Senatsverwaltung für Finanzen beheimatet.¹³⁰³ Es ergibt sich daher ein mit den oben geschilderten Strukturen vergleichbares Bild.

¹²⁹⁹ Hierzu interessant insb. eine Passage aus der Schlussbemerkung zur Thematik, S. 209: „Gerade Beispiele aus jüngster Vergangenheit belegen eindrucksvoll, dass die von der Landesregierung ergriffenen Maßnahmen nicht geeignet sind, die Beteiligungen des Landes an Unternehmen wirksam zu überwachen und zu steuern [...]. Im Ergebnis führen intransparente Verfahrensabläufe, in denen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten weiterhin nicht erkennbar sind, zu unüberschaubaren Risiken für den Landeshaushalt. Der LRH sieht vor allem Risiken darin, dass ein Zusammenwirken von Fachressort und Beteiligungsverwaltung bisher nicht in dem Maße koordiniert war, um eine effiziente Überwachung und Steuerung der landesbeteiligten Unternehmen zu gewährleisten.“

¹³⁰⁰ Zuvor hatte der LRH Bbg. beanstandet, die von der LReg beschlossenen Leitlinien für eine effiziente Beteiligungspolitik seien lediglich vereinzelt umgesetzt worden, zum Teil habe die Landesregierung hiergegen sogar auch verstoßen (LRH Bbg. Jahresbericht 2004, S. 204ff). Bereits 2002 hatte der LRH zu den Leitlinien in seinem Beratungsbericht an den LT Bbg. vom 12.02.2002 Stellung genommen. Er hatte darin festgestellt, dass die Leitlinien nicht geeignet seien, Transparenz und Kontrolle der Landesgesellschaften sowie die Beteiligungspolitik nachhaltig zu verbessern). Für die landesseitige Vertretung in den jeweiligen FBB-Organen hatte Brandenburg aus dem 2004 verfassten Bericht keine Konsequenzen gezogen, erst die eindeutige Mitteilung des LRH zum BER-Projekt aus dem Jahr 2015 hat Folgen nach sich ziehen können.

¹³⁰¹ Staatskanzlei Bbg, Fachlich kompetent und die Landesinteressen im Blick - Eignerrolle gestärkt, Aufsichtsrat neu justiert, Pressemitteilung v. 09.12.2014: <http://www.stk.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.384340.de>.

¹³⁰² Staatskanzlei Bbg., Pressemitteilung v. 17.03.2017: <https://www.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.501563.de>.

¹³⁰³ Berliner Senatsverwaltung für Finanzen, Beteiligungsbericht 2012, Bd. 2 S. 869.

(b) Kostenwahrheit und Kostenklarheit

Ein externes Controlling bestand bei der FBB zu keiner Zeit. Die FBB und der Projektsteuerer erstellen quartalsweise Controlling Berichte für den Aufsichtsrat.¹³⁰⁴ Der brandenburgische LRH bewertete diese Controlling Berichte jedoch für seinen Bewertungszeitraum als unzureichend. Demnach ergab sich aus den Berichten „kein klares und adressatengerechtes Bild über den Stand des Bauvorhabens“.¹³⁰⁵ Auch ist dieses Vorgehen unter einem transparenzrechtlichen Kontrollaspekt in hohem Maße fragwürdig, da die Planer sich damit letztendlich selbst überwachten. Den Parlamenten wurde Einsicht in diese Berichte mit dem Verweis auf Geschäftsgeheimnisse nicht gewährt.¹³⁰⁶

Insbesondere fand eine generell übliche Überwachung durch die finanzierenden Banken (sog. „Bürgenscontrolling“)¹³⁰⁷ für das Projekt nicht statt. Hierfür bestand aus Sicht der betroffenen Banken keine Notwendigkeit, da auf tatsächlicher Ebene über die BBF sowie eine 100-prozentige Bürgschaft der beteiligten Gebietskörperschaften eine extensive Absicherung ihrer Darlehen stattfindet.¹³⁰⁸ Da die Darlehensgeber damit kein Ausfallrisiko tragen müssen, bestand ein Anreiz zur Implementierung des sonst üblichen bankseitigen Kontroll- und Überwachungsinstrumentariums nicht.¹³⁰⁹ Auch allgemein übliche Bürgen-Zustimmungsvorbehalte für wesentliche Investitionen wurden nicht vorgesehen.¹³¹⁰

(3) Zwischenergebnis zur Transparenz des BER-Projekts

Die aufgezeigten, teils eklatanten, Transparenzdefizite, betreffen alle hier untersuchten Formen der Transparenz. Gerade die Mängel auf Kontrollebene, das heißt im Zusammenhang mit Verantwortung- und Kostentransparenz, wiegen insoweit verfassungsrechtlich besonders schwer. Ein hinreichendes Transparenzniveau des

¹³⁰⁴ LT Berlin, Drs. 17/30000, S. 129.

¹³⁰⁵ LRH Bbg., Bericht BER, S. 138.

¹³⁰⁶ LT Berlin Hauptausschuss, Wortprotokoll v. 29.3.2017, S. 3; *Delbaes/Gartmann/Kersting/Koenen*, Flughafen Berlin: Sieben Todsünden machten BER zum Desaster, Fehler 2: Die Aufsichtsratsbesetzung, in: Handelsblatt vom 13.08.2012: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/flughafen-berlin-fehler-2-die-aufsichtsratsbesetzung/6724430-3.html>.

¹³⁰⁷ LRH Bbg., Bericht BER, S. 225.

¹³⁰⁸ Insbesondere verzichteten die beteiligten Gebietskörperschaften auf die Einrede der Vorausklage (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und stimmten einer Bürgschaft auf erstes Anfordern zu. Damit ermöglichten sie einen direkten Zugriff auf sie als Bürgen, ohne den Umweg über die Realisierungsgesellschaft und privilegierten die Gläubigerbanken in besonderem Maße. BRH, Mitteilung über Betätigungsprüfung v. 12.09.2011, S. 3, 7; vgl. im Übrigen: LRH Bbg, Jahresbericht 2011, Bürgenscontrolling, S. 225; vgl. auch *Fiedler/Wendler*, Large Infrastructure Projects in Germany, BER Airport, S. 29.

¹³⁰⁹ Vgl. bspw.: *Berger*, in: MüKo BGB, Vorbem. zu § § 488ff Rn 6ff; *Steffek*, in: Langenbacher/Bliessener/Spindler, Bankrecht, Einf. vor § § 488ff Rn 12ff; BRH, Mitteilung über Betätigungsprüfung v. 12.09.2011, S. 8.

¹³¹⁰ Ebda, S. 4.

Projekts lässt sich auf Grundlage der – freilich begrenzten – Informationen nicht feststellen. Während die Mängel zwar unter anderem parlamentarisch im Wege eines Untersuchungsausschusses aufgearbeitet wurden, konnte dieser die Defizite nachträglich nicht heilen. Das BER-Projekt ist nach den obigen Erkenntnissen bzgl. der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung daher transparenzrechtlich defizitär und insoweit verfassungswidrig.

f) Fazit

Das Flughafenprojekt BER ist gezeichnet von Mängeln und Verzögerungen um die Realisierung, vor allem aber auch von Legitimationsdefiziten und Intransparenz der Vorgänge im Allgemeinen. Die Korruptionsvorgänge um die Imtech-Beauftragung stellen hierbei besonders eklatante Ausprägungen der Intransparenz dar.¹³¹¹ Weiterhin werden wesentliche Kontrollinstrumentarien ungenügend genutzt oder sind unzureichend ausgestaltet. Die Verstrickungen zwischen den beiden Gesellschaftsorganen Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat waren lange Zeit zumindest teilweise bedenklich im Hinblick auf die Wahrnehmung der staatlichen Kontrollaufgabe. Das externe Kommunikationsgebaren der Flughafengesellschaft wirft insgesamt Fragen im Hinblick auf rechtzeitige und zutreffende Information sowie vorsätzliche Täuschungsvorgänge auf. Dies alles allein mit der Wahrung und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu rechtfertigen, scheint bei dem Ausmaß der Gegebenheiten unverhältnismäßig und ist gerade im Hinblick auf die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes¹³¹², wonach vertragliche oder einfachgesetzliche Verschwiegenheitspflichten und Betriebsgeheimnisse dem Auskunftsverlangen demokratisch legitimierter Vertreter nur dann entgegengehalten werden können, wenn sich diese ihrerseits aus dem Verfassungsrecht ableiten lassen, bedenklich. Dies berührt gerade auch die betroffenen Parlamente, die über verfassungsrechtlich verbürgte Informations- und Fragerechte verfügen, denen einfachgesetzliche Geheimhaltungsvorschriften nicht ohne Weiteres entgegengesetzt werden dürfen.

Das Kooperationsverhältnis der Beteiligten ist verschiedentlich defizitär. Insbesondere fällt auf, dass die Länder kaum konsensual zusammenarbeiten. Fehlt der Zusammenarbeit aber der kooperative Aspekt, können die Kooperationsvorteile nicht nutzbar gemacht werden. Übrig bleiben die Nachteile der Zusammenarbeit, die sich vor allem in undurchsichtigen Strukturen – auch und gerade – für die Projektpartner äußern.

¹³¹¹ LT Berlin, Drs. 17/3000, Bd. I, S. 140ff; *Schlesiger*, Imtech und BER: Warum der Berliner Flughafen Korruption begünstigt, in: Wirtschaftswoche v. 18.08.2015: <http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/imtech-und-ber-warum-der-berliner-flughafen-korruption-beguenstigt/12199744-all.html>.

¹³¹² Insb. BVerfG NVwZ 2018, 51ff.

3) Bahnprojekt Stuttgart-Ulm

Das Bahnprojekt Stuttgart-Ulm umfasst verschiedene Einzelvorhaben: die Umwandlung des Stuttgarter Kopfbahnhofs zu einem unterirdischen Durchgangsbahnhof, den Bau eines Fernverkehrsbahnhofs in der Filderregion sowie eine neue S-Bahnstation und einen Abstellbahnhof (insgesamt „Gesamtprojekt S21“). Während die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm („NBS“) als Teilvorhaben gilt, ist diese jedoch keinesfalls notwendig im Gesamtprojekt S21 zu realisieren. Im Ergebnis wäre ihr Bau – als Teil des europäischen Hochgeschwindigkeitsnetzes „Magistrale für Europa“¹³¹³ - auch ohne den Durchgangsbahnhof („S21“) möglich gewesen. Die folgende Untersuchung nimmt nur den Bau des unterirdischen Durchgangsbahnhofs S21 als Teilaspekt des Gesamtprojektes S21 in den Fokus.

a) *Historie und Motivation*

aa) Initiierung

Bereits 1970 hatte die Deutsche Bundesbahn erstmals einen unterirdischen Stuttgarter Bahnhof erwogen.¹³¹⁴ Im Jahre 1985 begannen dann konkretere Planungen zu dem Infrastrukturprojekt, das heute unter dem Begriff „Stuttgart 21“ bekannt ist.¹³¹⁵ Zum damaligen Zeitpunkt sah der vom Bundeskabinett im Mai desselben Jahres beschlossene Bundesverkehrswegeplan (BVWP)¹³¹⁶ einen Ausbau der ICE-Strecke Mannheim-Ulm-München vor,¹³¹⁷ zunächst jedoch ohne eine Anbindung

¹³¹³ Die „Magistrale für Europa“ ist der Eisenbahnkorridor, der Paris via Strasbourg, München und Wien mit Budapest verbindet. Er liegt geografisch in der Mitte zwischen Nordsee und Mittelmeer und stellt eine zentrale West-Ost-Achse in Europa dar. Vgl. <http://www.magistrale.org/>.

¹³¹⁴ *Henschele*, Ein Bahnhof unter dem Hauptbahnhof., in: Stuttgarter Nachrichten Nr. 202 v. 27.08.1970, S. 17.

¹³¹⁵ Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, Projekt, Chronologie, 1985: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/projekt/historie/chronologie/>.

¹³¹⁶ Die Erhaltung und der Bau der Bundesverkehrswege ist nach dem GG Aufgabe des Bundes (Bundesschienenwege: Art. 87e GG, Bundeswasserstraßen: Art. 89 Abs. 2 GG, Bundesfernstraßen: Art. 90 GG). Grundlage für die Erhaltung, Entwicklung und den Ausbau der Verkehrsinfrastruktur sind die Bundesverkehrswegepläne („BVWP“). Diese werden vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur („BMVI“) aufgestellt und vom Bundeskabinett beschlossen. Er enthält alle geplanten Straßen-, Schienen- und Wasserstraßenprojekte sowie den etwaigen Erhaltungsbedarf. Der BVWP ist ein Rahmenprogramm und Planungsinstrument, jedoch kein Finanzierungsplan oder -programm und hat keinen Gesetzescharakter. Er gilt für den angegebenen Zeitraum (regelmäßig 10 bis 15 Jahre), jedenfalls aber so lange, bis es einen neuen Bundesverkehrswegeplan gibt. Der derzeit gültige BVWP ist der BVWP 2030, siehe: <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2016/129-dobrindt-bvwp-2030.html>.

¹³¹⁷ Vgl. *Kopper*, Die Bahn im Wirtschaftswunder, S. 402f.

an den Hauptbahnhof Stuttgart. Es wurde von regionaler Seite befürchtet, dass die Region im Weiteren vom Fernverkehrsnetz abgekoppelt werden würde.¹³¹⁸

Die daraufhin vorgestellten Pläne, die später als sogenannte H-Trasse mit einigen Modifikationen letztendlich als S21 bekannt wurden, überzeugten die zu dem Zeitpunkt noch staatliche Deutsche Bundesbahn („DB“) und bewirkten eine Aufnahme in den BVWP sowie das Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes („BSchWAG“). Sie sahen als wesentliche Punkte einen Durchgangsbahnhof, eine Hochgeschwindigkeitsstrecke sowie die Anbindung an den Flughafen Stuttgart vor.

Im September 1991 verabschiedete der Stuttgarter Gemeinderat einstimmig eine Resolution zugunsten des Gesamtprojektes S21. Mit ihrem Kabinettsbeschluss aus September 1992 sprach sich auch die baden-württembergische Landesregierung für die sogenannte H-Trasse mit umfassender Einbindung des Stuttgarter Hauptbahnhofs in das Hochgeschwindigkeitsnetz aus. Zuvor wurden „alle betroffenen Gebietskörperschaften im Bereich der untersuchten Trassenvarianten angehört und Stellungnahmen zahlreicher Fachbehörden, Verbände und Organisationen eingeholt“.¹³¹⁹ Zwar begrüßte der Bahnvorstand diesen Beschluss, ging jedoch nicht auf die Forderungen des Landes bezüglich des Streckenverlaufs ein, sondern schlug stattdessen eine andere Trassierung vor. Dieser Widerspruch zwischen der DB AG auf der einen und Land und Stadt auf der anderen Seite schien zunächst nicht lösbar, da die Parteien keine Konsensbereitschaft erkennen ließen. Ein weiterer Trassenentwurf bot letztendlich einen Ausweg und berücksichtigte die zentralen Interessen der Beteiligten, Land, Stadt und Bahn und erschien gleichermaßen finanzierbar: Der Stuttgarter Kopfbahnhof sollte demnach durch einen 8-gleisigen, tiefliegenden Durchgangsbahnhof ersetzt werden.¹³²⁰ Da bei diesem Ansatz die oberirdischen Gleisflächen von 100 Hektar Größe bahnbetrieblich nicht mehr notwendig waren, sollten diese städtebaulich entwickelt und verkauft werden.¹³²¹ Durch die Verkaufserlöse¹³²² sollte der Umbau des Stuttgarter Bahnknotens und des Flughafenanschlusses zumindest teilweise finanziert werden.

¹³¹⁸ Heimerl, Verschlungene Wege zum Ziel, in: TurmForum Stuttgart 21 e. V., Das Projekt Stuttgart 21, 53ff.

¹³¹⁹ Kabinettsbeschluss v. 15.09.1992. Vgl. DB Projekt GmbH Stuttgart 21, Deutsche Bahn Gruppe, im Auftrag der Deutschen Bahn AG, Abstimmung mit den Belangen der Raumordnung, Umgestaltung des Bahnknotens Stuttgart, Ausbau- und Neubaustrecke Stuttgart-Augsburg, Bereich Stuttgart-Wendlingen mit Flughafenanbindung, Teil I, Technische Planung, Erläuterungsbericht, S. 68.

¹³²⁰ Krüger, Stuttgart 21 - Interessen, Hintergründe, Widersprüche, in: Informationen zur Raumentwicklung 2012, 591ff.

¹³²¹ Diirr, In der ersten Reihe. Aufzeichnungen eines Unerschrockenen, S. 286f.

¹³²² Im Dezember 2001 erwarb die Landeshauptstadt Stuttgart die nahezu gesamten durch S 21 freizumachenden Flächen für 897,7 Millionen DM (umgerechnet ca. 459 Mio. Euro) von der DB AG. Vgl. BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882 v. 30.12.2008, S. 8.

bb) Vorprojekt und Machbarkeitsstudie

Im April 1994 wurde das Projekt im Rahmen der Landespressekonferenz von den damaligen Vertretern der ursprünglichen Beteiligten¹³²³ erstmals vorgestellt.¹³²⁴ Zu Anfang des Folgejahres wurde die Machbarkeitsstudie präsentiert, in der die Ergebnisse der technischen, verkehrlichen, wirtschaftlichen und finanziellen Untersuchungen zusammengefasst waren.¹³²⁵ Laut Machbarkeitsstudie war von einem Kostenvolumen von 4,8 Mrd. D-Mark auszugehen.¹³²⁶ Es folgten die Prüfung der Realisierbarkeit an einem ersten Entwurf im Rahmen eines sogenannten „Vorprojekts“ und eine Umweltverträglichkeitsprüfung.¹³²⁷ Im November 1995 unterzeichneten alle Beteiligten die Rahmenvereinbarung.¹³²⁸ Sie enthält neben einer Projektbeschreibung Aussagen zur Finanzierung, zur Aufstellung eines städtebaulichen Rahmenplans und von Bebauungsplänen. Die Beteiligten verpflichteten sich darin zudem zur Förderung des Projekts sowie zur Einhaltung des Zeitplans; namentlich dazu, sämtliche Verfahrensschritte im Rahmen des Möglichen und Vertretbaren zu verkürzen, vgl. § 5 der Rahmenvereinbarung.

Nach der Bahnprivatisierung, stoppte der damalige Bahnchef *Ludewig* das Gesamtprojekt S21 im Jahr 1998 zunächst. Dies begründete er später damit, dass es

¹³²³ Namentlich: der Vorstandsvorsitzende der Deutschen Bahn AG, *Heinz Dürr*, der Ministerpräsident von Baden-Württemberg, *Erwin Teufel*, der Bundesminister für Verkehr, *Matthias Wissmann*, der Verkehrsminister des Landes Baden-Württemberg, *Hermann Schauffler*, und der Oberbürgermeister der Landeshauptstadt Stuttgart, *Manfred Rommel*.

¹³²⁴ Bahnprojekt Stuttgart-Ulm e.V., Chronologie: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/projekt/historie/chronologie/>.

¹³²⁵ *Stüer/Buchsteiner*, Stuttgart 21, in: UPR 2011, S 335.

¹³²⁶ *Groß*, Stuttgart 21, in: DVBl 2011, S 510.

¹³²⁷ Die DB AG bestand auf einem Vorprojekt, in dem Planungsoptionen vertiefter als in der Machbarkeitsstudie geprüft werden sollten. Es sollte die Basis allen weiteren Handelns um S21 darstellen und den ersten grundlegenden Schritt noch vor der Finanzierungsfrage und den weiteren Projektschritten abbilden. Zudem diene es vornehmlich dem Zweck der Planung für die organisatorische Abwicklung des Gesamtprojekts. Umfasst waren die Kosten- und Terminüberprüfung mit dem Ziel der Ergebnisverbesserung und die Risikoreduzierung aus der Trassenführung (vgl. zum Vorprojekt insgesamt: Deutsche Bahn AG, Geschäftsbereich Netz, Regionalbereich Stuttgart, Projekte (Hrsg.), Projekt „Stuttgart 21“. Die Machbarkeitsstudie, S. 38). Parallel verliefen geologische Untersuchung und die Umweltverträglichkeitsprüfung. Die DB hatte zudem internen Organisationsbedarf: Da innerhalb des DB Konzerns verschiedene Zuständigkeitsbereiche betroffen waren (Betroffen sind die Bereiche Fahrwege, Bahnhöfe und Immobilien des DB Konzerns), musste innerhalb des Vorprojekts die interne Leitung festgelegt werden. Erst nach Klärung sämtlicher bestehender Fragen und Unwägbarkeiten sollte der Grundsatzbeschluss der DB AG gefällt werden.

¹³²⁸ Vgl. Rahmenvereinbarung zum Projekt Stuttgart 21 v. 07.11.1995 als Anlage 2 zum Finanzierungsvertrag Stuttgart 21: https://vm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mvi/intern/Dateien/PDF/Stuttgart_21/Rahmenvereinbarung_S21.pdf; *Groß*, Stuttgart 21, in: DVBl. 2011, 510.

„schlicht zu groß und für die Bahn zu teuer“ gewesen sei.¹³²⁹ Nach einer Neubewertung erklärte die Deutsche Bahn AG („DB AG“), dass eine Verwirklichung des Gesamtprojekts „auf einen Schlag“ nicht möglich sei.¹³³⁰ Das Projekt sollte demnach jedoch grundsätzlich weiter verfolgt werden.¹³³¹ Die Länder Bayern und Baden-Württemberg forcierten eine Weiterführung, und Ende 1999 schlug daher das Land Baden-Württemberg zusammen mit der Landeshauptstadt, dem Verband Region Stuttgart und dem Flughafen Stuttgart seine Beteiligung am Projekt in Form einer Vorfinanzierung in Höhe von 1,3 Mrd. D-Mark vor.¹³³² Der DB-Vorstand empfahl dem Aufsichtsrat daraufhin das Projekt weiterzuverfolgen.¹³³³ Nach der Einigung auf eine Vorfinanzierung genehmigte der Aufsichtsrat der DB AG am 14.03.2001 das Projekt.¹³³⁴

cc) Finanzierungsvereinbarung und Projektbeschluss

Mit Grundsatzbeschluss vom 12.10.2006 nahm der baden-württembergische Landtag einen Entschließungsantrag der Landtagsfraktionen von CDU, SPD und FDP an, der die Realisierung der Projekte um den Bahnhof und die NBS beinhaltete, und beschloss so das Projekt mit 115 zu 15 Stimmen.¹³³⁵ Nachdem Bund, Land, DB AG, Landeshauptstadt und Verband Region Stuttgart ein Memorandum of Understanding (nachfolgend „MoU“) zu den wesentlichen Punkten des Projekts abgeschlossen hatten,¹³³⁶ stimmte der Landtag von Baden-Württemberg am 25.07.2007 auf Antrag der Fraktionen der CDU, der SPD und der FDP/DVP diesen Eckpunkten zur Realisierung zu.¹³³⁷ Daraufhin wurde die Finanzierungsvereinbarung ausge-

¹³²⁹ Schunder, Manfred Rommel. Die Biografie, S. 172; Schwarz/Gerster: Stuttgart 21-Gegner wittern ihre Chance, in: Stuttgarter Zeitung v. 31.03.2009, S. 5.

¹³³⁰ Projekt „Stuttgart 21“ in Frage gestellt, in: SZ, Nr. 153 v. 02.06.1999, S. 5.

¹³³¹ Ebda.

¹³³² „Grünes Licht“ für Stuttgart 21, in: Eisenbahn-Revue International, Heft 4 Jg. 2001, 148.

¹³³³ Milliardenlöcher, in: Eisenbahn-Revue International, Heft 10 Jg. 1999, 401.

¹³³⁴ Planung für Stuttgart 21 kann fortgeführt werden, Meldung der DB AG vom 14.03.2001; *Stückenbrock*, Das Projekt „Stuttgart 21“ im zeitlichen Überblick, in: Brettschneider, Stuttgart 21: Ein Großprojekt zwischen Protest und Akzeptanz, S. 39.

¹³³⁵ Antrag der Fraktion der CDU, der Fraktion der SPD und der Fraktion der FDP/DVP: Entschließung zu Stuttgart 21, LT BW Drs. 14/381 v. 28.09.2006; LT BW Plenarprotokoll 14/10 v. 12.10.2006, S. 402ff (417); Alle Gegenstimmen stammten aus der Grünen-Fraktion, vgl. *Stüer/Buchsteiner*, Stuttgart 21, in UPR 2011, 335.

¹³³⁶ Zuvor war das „Memorandum of Understanding zur Realisierung der Neubaustrecke Stuttgart-Ulm und des Projekts Stuttgart 21“ vom 19.07.2007 zwischen der Bundesrepublik Deutschland, dem Land Baden-Württemberg, der Deutsche Bahn AG, und der betroffenen Tochtergesellschaften der DB, der Landeshauptstadt Stuttgart und dem Verband Region Stuttgart sowie ein Eckpunktepapier für einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen worden.

¹³³⁷ LT Drs. 14/1583; Plenarprotokoll des LT B-W von der Sitzung am 25.07.2007, S. 1.

handelt und am 02.04.2009 der „Finanzierungsvertrag zu Stuttgart 21“ (nachfolgend „Finanzierungsvertrag“) geschlossen, der im darauffolgenden Dezember für die Vertragsparteien verbindlich wurde, wobei ordentliche Kündigungsrechte vertraglich nicht vereinbart waren.¹³³⁸ Vertragsparteien sind das Land Baden-Württemberg, die Landeshauptstadt Stuttgart, der Verband Region Stuttgart, die Flughafen Stuttgart GmbH und die DB AG sowie deren Tochtergesellschaften, namentlich die DB Netz Aktiengesellschaft, die DB Station & Service Aktiengesellschaft und die DB Energie GmbH.

Damit gingen die Rahmenvereinbarung von 1995 und ihre Ergänzungsvereinbarung (Realisierungsvereinbarung) von 2001 nach 14 Jahren in die Realisierungsphase über. Offizieller feierlicher Baubeginn war gute 15 Jahre nach Abschluss der Rahmenvereinbarung am 02.02.2010.¹³³⁹ Im September 2016 erfolgte die Grundsteinlegung zum Bau des unterirdischen Bahnhofs.¹³⁴⁰ Die Inbetriebnahme, die zunächst für 2020 angekündigt wurde, ist derzeit für Ende 2025 geplant.¹³⁴¹

dd) Proteste, Schlichtung und Volksabstimmung

Nachdem sich bereits 1995 eine kleine Protestbewegung gebildet hatte,¹³⁴² begannen die international beachteten Montagsdemonstrationen im Oktober 2009 und fanden im darauf folgenden Jahr ihren Höhepunkt.¹³⁴³ Motiv der sich zusehends vergrößernden Protestbewegung war vor allem die Empfindung, dass das Großprojekt „von oben betrieben“ und es „ohne ernsthafte und offene Debatte in der Bevölkerung“ durchgesetzt werde.¹³⁴⁴ Auffällig war vor allem, dass die Protestler

¹³³⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen zur Volksabstimmung in Baden-Württemberg zum „S 21-Kündigungsgesetz“ (unten unter E)IV)3)a)dd) sowie E)IV)3)e)aa)(5).

¹³³⁹ Kommunikationsbüro Stuttgart 21, Jahrhundertprojekt Stuttgart 21 startet, Pressemitteilung vom 02.02.2010: http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/no_cache/projekt/aktuell/newsdetail/news/jahrhundertprojekt-stuttgart-21-startet/newsParameter/detail/News/.

¹³⁴⁰ Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, Projekt, Hauptbahnhof Stuttgart, Grundsteinlegung: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/projekt/stuttgart-filder-s21/neue-bahnhoefe/hauptbahnhof-stuttgart/grundsteinlegung/>.

¹³⁴¹ Pressemitteilung DB AG v. 26.1.2018: Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG hat über Termin- und Kostenentwicklung von Stuttgart 21 und der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm beraten: https://www.deutschebahn.com/de/presse/pressestart_zentrales_uebersicht/p08_AR_Stuttgart21-1201748; Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, Projekt, Überblick: Projektstatus: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/projekt/ueberblick/projektstatus/>.

¹³⁴² *Schorlau*, Am Anfang waren wir nur wenige. Ein Gespräch mit Gangolf Stocker, in: *Schorlau* (Hrsg.), Stuttgart 21. Die Argumente., S. 35.

¹³⁴³ *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, in: NuR 2011, S. 614; *Stuckenbrock*, Das Projekt „Stuttgart 21“ im zeitlichen Überblick, in: Brettschneider, Stuttgart 21: Ein Großprojekt zwischen Protest und Akzeptanz, S. 42.

¹³⁴⁴ *Wolf*, „Stuttgart 21“. Hauptbahnhof im Untergrund? Streitschrift wider „Stuttgart 21“, S. 77.

aus allen Teilen der Bevölkerung, vor allem zu einem großen Teil auch aus dem bürgerlichen Lager bestanden.¹³⁴⁵

Im Rahmen eines in der Bundesrepublik bisher einzigartigen Schlichtungsverfahrens wurde Anfang Oktober 2010 *Heiner Geißler* im Landtag auf Empfehlung der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom damaligen Ministerpräsidenten Mappus als Schlichter vorgeschlagen und von allen Landtagsfraktionen sowie dem Aktionsbündnis gegen S21 bestätigt. Kurz darauf einigten sich Projektgegner und -befürworter darauf, unter Einhaltung der vereinbarten Friedenspflicht mit dem Schlichtungsverfahren zu beginnen. Am 22. Oktober 2010 begann die erste von insgesamt neun Schlichtungsrunden.¹³⁴⁶ Ende November erging der Schlichterspruch Geißlers. Wesentliches Ergebnis war, neben dem konstruktiven Diskurs der Parteien, eine Einigung in umstrittenen Punkten des Projekts, die neben einem Stresstest für die Leistungsfähigkeit des geplanten Bahnhofs und baulichen Modifikationen auch und gerade den Schutz des besonders umstrittenen Baumbestandes vorsah und in der Folge die Akzeptanz für das Projekt steigerte.¹³⁴⁷ Zudem formulierte Geißler in seinem Schlichterspruch einige aus seiner Sicht unumgängliche Änderungen für die Fortführung des Projekts.¹³⁴⁸

¹³⁴⁵ *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, in: NuR 2011, S. 614. Am 30.9.2010 kam es während einer Demonstration zu einer Eskalation zwischen der Polizei und den Demonstranten, in deren Verlauf mehr als 100 Menschen verletzt und zwei Personen schwerverletzt wurden (VG Stuttgart, Urteil v. 18.11.2015 - 5 K 1265/14; Stuttgart 21: Verletzte Demonstranten klagen gegen Baden-Württemberg, in: Handelsblatt v. 28.10.2018: <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/stuttgart-21-verletzte-demonstranten-klagen-gegen-baden-wuerttemberg-seite-2/3576160-2.html>; VG Stuttgart zum „schwarzen Donnerstag“ bei Stuttgart 21, in: LTO v. 18.11.2015: <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/vg-stuttgart-urteil-5k399113-stuttgart21-schwarzer-donnerstag-wasserwerfer-platzverweis-rechtswidrig>. Bis zur Schlichtung hatte es in den Jahren 2010 bis 2012 zahlreiche Demonstrationen gegeben: insgesamt 18 Großdemonstrationen mit bis zu 60.000 Teilnehmern sowie unzählige weitere Aktionen. Die Zahl der Teilnehmer des größten Protests am 31.09.2010 divergiert: Die Polizei gab 50.000 Teilnehmer an, die Protestbewegung und auch *Heiner Geißler* ging in seinem Schlichterspruch (siehe dort S. 2) von 60.000 Beteiligten aus. Für die konkreten Zahlen und die Verteilung auf die Jahre, vgl. Polizeipräsidium Stuttgart, Presse: <http://org.polizei-bwl.dclppstuttgart/Presse/Seiten/default.aspx>.

¹³⁴⁶ *Geißler*, Schlichterspruch – Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 1; vgl. dazu insgesamt: Schlichtung S 21, Protokolle und Materialien: <http://www.schlichtung-s21.de>.

¹³⁴⁷ *Eisele*, Öffentliche Streitbeilegungsverfahren, in: ZRP 2011, 113ff; *Erler/Arndt*, Die Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung, in: VBIBW 2014, 81ff; *Ramsauer*, Data Mediation, in: FS Bull 2011, S. 1029ff.

¹³⁴⁸ Dazu gehörte neben der unbedingten Umsetzung der Neubaustrecke, deren Finanzierung vonseiten des Bundes über das Jahr 2016 hinaus zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gesichert war, verschiedene ökologische und städtebauliche Faktoren sowie ein Stresstest und die Erweiterung des Streckennetzes und damit sowohl des Bahnhofs (zwei zusätzliche Gleise) als auch der Neubaustrecke, vgl. *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 11.

Zur Volksabstimmung über S21 kam es hingegen nicht durch ein Volksbegehren, sondern, wie nach Art. 60 Abs. 3 BWVerf zulässig, durch einen Antrag von einem Drittel der Landtagsabgeordneten. Nachdem im Zuge der Landtagswahlen in Baden-Württemberg Ende März 2011 eine Koalition der Parteien Bündnis 90/Die Grünen und SPD die Regierung stellten, vereinbarten diese im Koalitionsvertrag die Durchführung einer Volksabstimmung über das Projekt S21, wobei die NBS aber in jedem Fall realisiert werden sollte.¹³⁴⁹ Die im November durchgeführte Volksabstimmung formulierte die Frage nach der Zustimmung zum „S 21-Kündigungsgesetz“,¹³⁵⁰ die zugunsten des Projekts mehrheitlich verneint wurde: Bei einer Wahlbeteiligung von 48,3 Prozent stimmten 58,9 Prozent der Wähler gegen die Kündigung des Projekts und 41,1 Prozent dafür.¹³⁵¹ Demnach befürworteten 28,3 Prozent aller Stimmberechtigten das Projekt und 19,8 Prozent lehnten es ab.

Projektgegner versuchten immer wieder Bürgerbegehren zu initiieren, die den Ausstieg der Stadt Stuttgart aus dem Projekt zum Gegenstand hatten; sämtliche fünf Anläufe hierzu waren bis dato erfolglos.¹³⁵²

ee) Motivation

Das Bahnprojekt fügt sich in die „Projekte 21“¹³⁵³ der DB AG ein, bei denen Kopf- in Durchgangsbahnhöfe umgewandelt und nicht mehr benötigte Betriebsflächen veräußert werden:¹³⁵⁴ Ziele sind neben den betriebswirtschaftlichen Interessen, die

¹³⁴⁹ Bündnis 90/Die Grünen, SPD, Der Wechsel beginnt. Koalitionsvertrag zwischen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der SPD Baden-Württemberg 2011-2016, S. 29ff.

¹³⁵⁰ Gesetzesvorlage „Gesetz über die Ausübung von Kündigungsrechten bei den vertraglichen Vereinbarungen für das Bahnprojekt Stuttgart 21 (S 21-Kündigungsgesetz)“.

¹³⁵¹ Statistische Berichte Baden-Württemberg, Endgültiges Ergebnis der Volksabstimmung über das S 21-Kündigungsgesetz am 27. November 2011 Artikel-Nr. 4271 11001, Volksabstimmungen, B VII 4 - 1/2011 v. 09.12.2011, S. 3.

¹³⁵² Nachdem in allen Fällen der Stuttgarter Gemeinderat die Unzulässigkeit der Begehren festgestellt hatte, strengten die Gegner Verwaltungsgerichtsverfahren an. Für die letzten beiden Versuche der Projektgegner den Ausstieg Stuttgarts zu bewirken kamen, lediglich 20.035, bzw. 20.071 Unterschriften zusammen. Vgl. auch BVerwG, Pressemitteilung Nr. 52/2016 zu BVerG 10 C 7.15 v. 14.06.2016; VGH Mannheim, Klage zum Bürgerbegehren auch in zweiter Instanz erfolglos Revision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen, Pressemitteilung v. 04.05.2015.

¹³⁵³ Deutsche Bahn AG: Geschäftsbericht 1998, S. 49. Bereits verwirklichte Projekte sind: Saarbrücken 21 und Neu-Ulm 21, die beide 2007 fertiggestellt wurden. Noch im Bau befindlich ist das Projekt Magdeburg 21.

¹³⁵⁴ Bahn und Stadt im Dialog: Projekte 21, in: Bundesbaublatt, 3/1998, 68ff.

Erweiterung von technischen und betrieblichen Kapazitäten sowie Fahrtzeitverkürzungen im Fernverkehr.¹³⁵⁵ Insbesondere der BRH kritisiert insofern, dass eine Fokussierung auf einzelne Großprojekte zulasten von flächendeckenden Versorgungsleistungen, speziell auch der Instandhaltung bestehender Strecken, stattfindet.¹³⁵⁶

Metropolregionen werden auch auf Bundesebene „als funktionale Verflechtungsräume [und] Motoren der wirtschaftlichen [...] Entwicklung mit internationaler Bedeutung und Erreichbarkeit“¹³⁵⁷ wahrgenommen.¹³⁵⁸ Die (wirtschaftliche) Leistungsfähigkeit der Bundesrepublik wird damit in unmittelbare Verbindung zur Leistungsfähigkeit ihrer Metropolregionen gesetzt. Diese zu fördern ist daher ein zentrales Ziel des Bundes. Gleichgerichtet sind ebenfalls die Interessen des Landes Baden-Württemberg: Stuttgart als Metropole soll durch S21 besser mit nahegelegenen Zentren (Mannheim, Karlsruhe, Ulm etc.) vernetzt werden und die Region insgesamt attraktiver machen.¹³⁵⁹

Für die Landeshauptstadt Stuttgart ist vor allem die städtebauliche Inwertsetzung zentraler Motivator. Das baulich interessante Bahnareal wird als potentieller Wohn-, Wirtschafts- und Tourismusstandort gewertet.

b) Kosten

aa) Kostenhöhe

Nachdem der Aufsichtsrat der DB AG Anfang 2018 eine Gesamtkostenschätzung in Höhe von ca. 7,7 Mio. Euro sowie einen weiteren Risikoreserve in Höhe von 495 Mio. Euro für S21 genehmigt hatte, liegt der Finanzierungsrahmen für das Gesamtprojekt derzeit bei ca. 11,9 Mrd. Euro. Neben den knapp 8,2 Mrd. Euro für die Bahnhofsumstrukturierung hat die Neubaustrecke einen Gesamtwertumfang von ca. 3,7 Mrd. Euro.¹³⁶⁰

¹³⁵⁵ DB AG, Unsere Bauprojekte, Bahnprojekt Stuttgart-Ulm: <http://bauprojekte.deutschebahn.com/p/stuttgart-uhl>.

¹³⁵⁶ BRH, Bericht Gz III3-2013-0290 v. 08.09.2016, S. 4; S. Krüger, Stuttgart 21, in: Informationen zur Raumentwicklungen 2012, 589 (593f).

¹³⁵⁷ Vgl. Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Konzept der Europäischen Metropolregionen im Raumordnungspolitischen Handlungsrahmen der Ministerkonferenz für Raumordnung v. 8.3.1995.

¹³⁵⁸ Vgl. insgesamt zu der Thematik: *Knieling/Matern*, Metropolregionen – Innovation, Wettbewerb, Handlungsfähigkeit, in: Knieling, Metropolregionen, S. 324ff.

¹³⁵⁹ Vgl. *Krüger*, Stuttgart 21, in: Informationen zur Raumentwicklung 2012, 589 (594).

¹³⁶⁰ DB Projekt Stuttgart-Ulm GmbH, Projekt, Finanzierung und Kosten; für die Kosten S21: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/projekt/finanzierung-und-kosten/s21-neuordnung-bahnknoten-stuttgart/kosten/>; für die Kosten NBS: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/projekt/finanzierung-und-kosten/nbs-neubaustrecke-wendlingen-uhl/>.

Dass die Risikoreserve bereits im Juni 2019 vom Aufsichtsrat freigegeben worden ist, lässt es zweifelhaft erscheinen, dass der o.g. Kostenrahmen bis zur geplanten Fertigstellung im Jahr 2025 gehalten werden kann.¹³⁶¹

bb) Kostenentwicklung

Die Kostenprognosen sind im Verlauf der Planung stetig gestiegen. Mit nunmehr bewilligten 8,2 Mrd. Euro haben sich die prognostizierten Kosten für den Bahnhof zwischenzeitlich nahezu vervierfacht. Die im Jahre 1995 vorgestellte Machbarkeitsstudie hatte die Kosten für das Bahnprojekt noch auf 4,9 Mrd. D-Mark (ca. 2,45 Mrd. Euro) geschätzt, worin schon ein 15-prozentiger Planungszuschlag enthalten gewesen war.¹³⁶² Im Rahmen des Finanzierungsvertrags wurden die Kosten in § 5 (1) mit Planungsstand Januar 2004 auf 2,81 Mrd. Euro festgelegt und werden dort fortgeschrieben und nominalisiert auf rund 3 Mrd. Euro taxiert.¹³⁶³ Zuzüglich einer Risikovorsorge von 1,45 Mrd. Euro¹³⁶⁴ gingen die Prognosen 2009 von Kosten in Höhe von 4,53 Mrd. Euro aus.

Im Rahmen der Schlichtungsgespräche wurden 2011 neue Kostenkalkulationen durch drei unabhängige Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Auftrag gegeben.¹³⁶⁵ Diese ermittelten in ihrem gemeinsamen Bericht, dass die im Finanzierungsvertrag vereinbarte Gesamtfinanzierung zwar optimistisch sei,¹³⁶⁶ zum Prüfungszeitpunkt aber noch keine konkreten Hinweise für eine weitere Kostensteigerung vorlägen. Die Wirtschaftsprüfer wiesen jedoch darauf hin, dass eine Feststellung künftiger Risiken aufgrund der vorgelegten Unterlagen äußerst unsicher sei.¹³⁶⁷ Die Unternehmensberatung McKinsey präsentierte dem DB AG-Aufsichtsrat im Dezember 2012 hingegen ein Gutachten, in dem mit Gesamtkosten in Höhe von knapp 7 Mrd.

¹³⁶¹ Ebda.

¹³⁶² Ministerium für Verkehr und Infrastruktur Baden-Württemberg, Mobilität und Verkehr, Schiene, Stuttgart 21, Finanzierung: <http://mvi.baden-wuerttemberg.de/de/mobilitaet-verkehr/schiene/stuttgart-21/finanzierung/>.

¹³⁶³ LT BW-Drs. 14/4382, Finanzierungsverträge zum Bahnprojekt Stuttgart–Ulm vom 22.04.2009; so auch BT-Drs. 16/10233 v. 16.09.2008.

¹³⁶⁴ DB AG, Aktueller Sachstand zu Stuttgart 21 v. 10.12.2009: http://www.vcd-bw.de/presse/2012/27-2012/Anlage_VCD-PM_27-2012_DBAG_S21_aktSachstand_10-12-2009.pdf.

¹³⁶⁵ Märkische Revision GmbH WPG/PricewaterhouseCoopers AG WPG/Susat & Partner OHG WPG, Bericht Schlichtungskreis S 21: http://www.schlichtung-s21.de/fileadmin/schlichtungs21/Redaktion/pdf/101126/Wirtschaftspruefungsgesellschaften_Bericht%202010-11-26.pdf.

¹³⁶⁶ Ebda.

¹³⁶⁷ Märkische Revision GmbH WPG/PricewaterhouseCoopers AG WPG/Susat & Partner OHG WPG, Bericht Schlichtungskreis S 21, S. 107 Rn 364.

Euro, inklusive Planungs- und Baukosten, Pufferkosten und Risikozuschlag, gerechnet wurde.¹³⁶⁸ Kritiker warfen diesen Berechnungen „Beschönigung“ vor und gingen bereits von zusätzlichen Mehrkosten in Höhe von 2,3 Mrd. Euro aus.¹³⁶⁹ Auch der BRH hatte 2008 in seinem Bericht an den Haushaltsausschuss des Bundestages bereits mögliche Mehrkosten von 1,2 Mrd. Euro angemahnt.¹³⁷⁰ Berechnungen der Landesregierung Baden-Württemberg sollen laut eines internen Vermerks 2009 ergeben haben, dass die tatsächlichen Kosten mindestens 4,9 Mrd., eher sogar 6,5 Mrd. Euro betragen würden.¹³⁷¹ Dies sei damals angeblich jedoch auf Anweisung des baden-württembergischen Ministerpräsidenten Oettinger nicht veröffentlicht worden, da diese Zahlen „in der Öffentlichkeit schwer kommunizierbar“ seien.¹³⁷² Die DB AG musste die gutachterliche Kostenprognose aus 2008 im Jahre 2012 letztlich bestätigen.

cc) Kostentragung

Auch die Kostentragung hat sich im Laufe des Projektes kontinuierlich verändert. Während zu Beginn der ersten Planungen im Jahre 1995 die hälftige Finanzierung¹³⁷³ aus Grundstückserlösen vorgesehen war und der Bund nach § 8 Abs. 1 BSchwAG die Kosten für die Anbindung der Neubaustrecke Stuttgart-Ulm in Höhe von 886 Mio. D-Mark (inflationsbereinigt ca. 619 Mio. Euro) tragen sollte, war ursprünglich in den ersten Planungen in den 1970er Jahren vorgesehen, dass Bund, Land (finanzielle Förderungen aufgrund des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes) und Kommunen die übrigen 500 Mio. D-Mark (inflationsbereinigt ca. 351 Mio. Euro) aufbringen würden. 2009 wurden gemäß § 6 des Finanzierungsvertrags die Regelfinanzierung (3,076 Mrd. Euro) und Risikopuffer (1,45 Mrd. Euro) unter den Partnern verteilt. Mit 1,413 und 1,563 Mrd. Euro entfielen die größten Finanzierungsteile auf den Bund inklusive der EU-Fördermittel sowie die

¹³⁶⁸ Böll, McKinsey-Gutachten: Kosten für Stuttgart 21 steigen auf 6,8 Milliarden Euro, in: Spiegel online v. 12.12.2012; DB AG, DB S21 Projekt: Informationen zur Pressekonferenz am 12.12.2012, S. 4, 5, 9, 11 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/umstrittener-bahnhof-stuttgart-21-kostet-6-8-milliarden-a-872440.html>.

¹³⁶⁹ Eine Studie der Beratungsfirma Vieregg-Rössler GmbH hatte bereits 2008 Gesamtkosten von 6,9 bis 8,7 Mrd. Euro für wahrscheinlich gehalten (Vieregg Rössler GmbH, Ermittlung der Aus- und Umstiegskosten für das Projekt Stuttgart 21 zum Stand Mai 2018, S. 3), vgl. auch Böll, Spiegel online vom 12.12.2012, McKinsey-Gutachten: Kosten für Stuttgart 21 steigen auf 6,8 Milliarden Euro.

¹³⁷⁰ BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882, S. 9.

¹³⁷¹ Stuttgart 21: Regierung Oettinger verheimlichte Berechnungen, Spiegel online v. 06.11.2011: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/stuttgart-21-regierung-oettinger-verheimlichte-berechnungen-a-796112.html>.

¹³⁷² Ebda.

¹³⁷³ 2,17 Mrd. D-Mark von insgesamt veranschlagten 4,89 Mrd. D-Mark.

DB-Gesellschaften.¹³⁷⁴ Die übrige Finanzierung verteilen sich danach mit 931 Mio. Euro auf das Land, 292 Mio. Euro die Stadt Stuttgart, 227 Mio. Euro den Flughafen Stuttgart und 100 Mio. Euro den Verband Region Stuttgart. Für die darüber hinaus anfallenden Finanzierungsanteile gilt die in § 8 Abs. 4 Finanzierungsvertrag geregelte Sprechklausel, nach der die DB-Gesellschaften und das Land Gespräche aufnehmen, um zu einer Regelung zu gelangen. 2014 wurden solche Gespräche aufgenommen, das Land verwehrt sich dabei gegen eine Partizipation an entstehenden Mehrkosten. Die DB AG hat daher gemeinsam mit ihren DB-Gesellschaften des Vertrages 2016 Klage auf anteilige Mitfinanzierung über ca. 4,5 Mrd. Euro gegen die Projektpartner Land und Stadt beim Verwaltungsgericht Stuttgart erhoben.¹³⁷⁵ Mit dem Jahr 2018 lief die Regelfinanzierung nach dem Finanzierungsvertrag aus, die öffentlichen Projektpartner sind nicht mehr an der Finanzierung beteiligt, die DB AG hat die Kosten seitdem allein zu tragen.

Für die Finanzierung der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm tragen von den insgesamt rund 3,7 Mrd. Euro der Bund und die EU ca. 2,6 Mrd. Euro,¹³⁷⁶ das Land Baden-Württemberg 950 Mio. Euro und die DB AG 141 Mio. Euro. Kostensteigerungen trägt der Bund dabei allein.¹³⁷⁷

c) Gesellschaftsrechtliche Strukturen

Das Bahnprojekt S21 wird gemeinschaftlich von der EU, dem Bund, dem Land Baden-Württemberg, der Landeshauptstadt Stuttgart, dem Verband Region Stuttgart sowie der DB AG insbesondere durch Beiträge zur Finanzierung vorangetrieben. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungen der öffentlichen Körperschaften an dem federführend von der Bahn realisierten Projekt bestehen nicht. Die EU ist im Rahmen des TEN-Förderprogrammes (Transeuropäische Netze), das nun von der CEF-Anschlussfinanzierung (Connecting Europe Facility) fortgeführt wird, über den Bund finanziell am Projekt beteiligt.¹³⁷⁸

¹³⁷⁴ DB Projekt Stuttgart–Ulm GmbH, Projekt, Finanzierungen und Kosten, Neuordnung Bahnknoten Stuttgart (S 21): <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/projekt/finanzierung-und-kosten/s21-neuordnung-bahnknoten-stuttgart/finanzierung/>.

¹³⁷⁵ DB Projekt Stuttgart–Ulm GmbH, Pressemitteilung 070/2016 vom 23.12.2016 - Stuttgart 21: Bahn hat Klage eingereicht; vgl. auch VG Stuttgart, 28.07.2017 - 13 K 9542/16.

¹³⁷⁶ Davon entfällt ein Anteil von ca. 544 Mio. Euro auf EU-Fördermittel, den die EU im Rahmen eines Infrastrukturförderprogramms zur Verfügung stellt.

¹³⁷⁷ DB Projekt Stuttgart–Ulm GmbH, Projekt, Finanzierungen und Kosten, Neubaustrecke: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/projekt/finanzierung-und-kosten/nbs-neubaustrecke-wendlingen-ulm/>.

¹³⁷⁸ Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, Finanzierung: <https://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/projekt/projektpartner/europaeische-union/>.

aa) DB AG

Die DB AG ist eine formell privatisierte AG,¹³⁷⁹ deren einzige Aktionärin der Bund ist.¹³⁸⁰ Sie entspricht in ihrer Ausgestaltung Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG, der für Eisenbahnen des Bundes (vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG) eine Führung als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form vorsieht. Als AG unterliegt sie den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des AktG, als Gesellschaft des Bundes aber gleichzeitig einer Vielzahl öffentlich-rechtlicher Vorgaben, allen voran denen des Grundgesetzes. Maßgebliche Entscheidungen zu S21 wurden durch den Vorstand, und sofern die Entscheidung unter einem Zustimmungsvorbehalt stand, dem Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG gefällt. Genehmigungsbehörde ist das Eisenbahn-Bundesamt (EBA).

Die Besetzung des Aufsichtsrats der DB AG ist geteilt in zehn Anteilseigner- und zehn Arbeitnehmervertreter. Unter den Anteilseignervertretern sind drei Aufsichtsräte mit privatwirtschaftlichem Hintergrund, sieben Aufsichtsräte haben als Staatssekretäre bzw. Mitglieder des Bundestags ein öffentliches Amt inne.¹³⁸¹

bb) DB Projekt GmbH Stuttgart 21

Im Juni 1996 gründete die DB AG die zunächst aus 19 Mitarbeitern bestehende DB Projekt GmbH Stuttgart 21. Zweck der Projektgesellschaft waren vorbereitende, koordinative und steuernde Aufgaben hinsichtlich Planung, Bauvorbereitung, -durchführung und -überwachung einschließlich der Steuerung von Vergabe und Ausführung aller Arbeiten.¹³⁸² Im Jahr 2003 verschmolz die Gesellschaft mit der DB ProjektBau GmbH, die deutschlandweit für die Realisierung von Großprojekten zuständig ist und mit der Verschmelzung auch die Realisierung des Großprojekts S21 übernahm.¹³⁸³

¹³⁷⁹ Zu den Konzernstrukturen der DB AG: Deutsche Bahn, Konzernprofil, Der Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG: <https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/aufsichtsrat.html>.

¹³⁸⁰ Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG enthält eine Legaldefinitionen der „Eisenbahnen des Bundes“, die demnach ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen. Art. 87e Abs. 3 GG konkretisiert den mehrheitlichen Anteilsverbleib des privat-rechtlich organisierten Wirtschaftsunternehmens beim Bund. Vgl. weiterhin: *Gersdorf*, Eisenbahninfrastrukturprojekte, in: ZG 2011, 248 (250).

¹³⁸¹ Derzeit: M. Odenwald (Vorsitzender, Staatssekretär a.D.), W. Gatzner (Staatssekretär im Bundesfinanzministerium), E. Winkelmeier-Becker (Parlamentarische Staatssekretärin im Bundeswirtschaftsministerium), T. Zieschang (Staatssekretärin im Bundesverkehrsministerium), E. Rehberg (MdB), C. Schmidt (MdB) und K. Lühmann (MdB) (Stand 09/2020).

¹³⁸² DBProjekt GmbH Stuttgart 21, Aufgaben und Ziele, Faltblatt Juni 1996.

¹³⁸³ HR Bekanntmachung v. 15.10.2003: DB ProjektBau GmbH. Bundesanzeiger, 08.10.2003 (HRB82899).

cc) DB Projekt Stuttgart-Ulm GmbH

Als der DB-Aufsichtsrat im März 2013 den neuen Finanzierungsrahmen für S21 beschloss, erging zugleich ein Vorstandbeschluss zur Gründung der DB Projekt Stuttgart-Ulm GmbH (nachfolgend „PSU“).¹³⁸⁴ Als reine Tochter der DB AG fungiert sie als eigenständige Projektgesellschaft für das Bahnprojekt.¹³⁸⁵

Die PSU wird durch einen Beirat beraten, der mit Vertretern aus Wissenschaft, Wirtschaft, Politik und Gewerkschaften besetzt ist und durch den Vorstand der DB AG berufen wurde.¹³⁸⁶ Korrespondierend mit den für den Beirat gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Aufgaben, soll er der fachlichen Unterstützung sowie als Bindeglied zu Entscheidungsträgern der DB AG dienen, indem er direkt an deren Aufsichtsrat berichtet.¹³⁸⁷ Erklärtes Ziel der Projektgesellschaft ist laut Aussage des Geschäftsführers insbesondere die Stärkung der Handlungsfähigkeit. Demnach sollen durch „weniger Schnittstellen, mehr Eigenständigkeit, kürzere und schnellere Entscheidungswege“¹³⁸⁸ erreicht werden, so erfolgt die Berichterstattung direkt zwischen der PSU und dem Infrastrukturressort der DB AG. Hierdurch soll Zeit- und Kosteneffizienz bewirkt werden. Aufgabe der PSU ist zudem der Austausch mit der Bevölkerung zur „Sicherstellung von Akzeptanz und Wertschätzung“.¹³⁸⁹ Da ein Aufsichts- oder Beirat wie dargelegt für die GmbH grundsätzlich nicht vorgeschrieben ist und keine mitbestimmungsrechtliche Pflicht besteht, handelt es sich um eine freiwillige Einsetzung.¹³⁹⁰ Eine Einordnung des PSU-Beirats ist dabei nicht ohne weiteres möglich. Seine Kompetenzen reichen wohl nicht über beratende Tätigkeiten hinaus, namentlich die Berichterstattung direkt an den Vorstand der DB AG. Der Satzung der PSU sind für eine Organstellung des Beirats, obwohl gesellschaftsrechtlich zulässig, keine ausreichenden Anhaltspunkte zu entnehmen, so dass von einer lediglich schuldrechtlich ausgestalteten Beziehung ausgegangen werden muss.¹³⁹¹ Dennoch ist mit der Berichterstattungsobliegenheit an die Muttergesellschaft eine *faktische* Kontrollfunktion gegeben. Insofern dient die Beiratseinsetzung auch dem Dialog zwischen dem Mutterkonzern und der Tochtergesellschaft.

¹³⁸⁴ Vgl. Handelsregisterauszug des AG Stuttgart, Registernr. HRB 745715.

¹³⁸⁵ DB Projekt Stuttgart–Ulm GmbH, Über Uns: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/de/ueber-uns/db-projekt-stuttgart-uhl>.

¹³⁸⁶ Ebda.

¹³⁸⁷ Siehe Fn 1385.

¹³⁸⁸ DB Projekt Stuttgart–Ulm GmbH, Über Uns, <https://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/de/ueber-uns/db-projekt-stuttgart-uhl/>.

¹³⁸⁹ Ebda.

¹³⁹⁰ Die Voraussetzungen aus den Mitbestimmungsgesetzen sind hier nicht gegeben. In Ermangelung der Möglichkeit auf Einsicht in den Gesellschaftsvertrag der PSU kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Einrichtung eines Beirats gesellschaftsvertraglich geschuldet ist.

¹³⁹¹ Zur Abgrenzung vgl. *Spindler*, in: MüKo GmbHG, § 52 Rn 723.

dd) Bahnprojekt Stuttgart-Ulm e.V.

Den Verein Bahnprojekt Stuttgart-Ulm e.V. (nachfolgend „BSU“) haben die Projektpartner im Jahr 2009 gegründet. Ziel des Vereins ist laut Satzung (BSU-S), „die Einwohner des Landes Baden-Württemberg, der Region Stuttgart und der Landeshauptstadt Stuttgart aktiv und umfassend über das Bahnprojekt Stuttgart-Ulm zu informieren“ (§ 2 Ziff. 2.1 BSU-S). Aufgabe des Vereins ist die Förderung des bürgerschaftlichen Engagements für das Bahnprojekt Stuttgart-Ulm vor allem durch „umfassende Information, Kommunikation und Transparenz, u. a. in Form öffentlicher Veranstaltungen sowie unter Einsatz modernster Kommunikationsmedien, und intensive Öffentlichkeits- und Pressearbeit“ (§ 2 Ziff. 2.2 BSU-S). Neben seinen sechs ordentlichen Mitgliedern, der DB AG, der DB Station & Service AG, der DB Netz AG, dem Land Baden-Württemberg, der Stadt Stuttgart und dem Verband Region Stuttgart,¹³⁹² hat der Verein zwei Fördermitglieder: die Flughafen Stuttgart GmbH und die Stadt Ulm.¹³⁹³ Der Vorstand besteht aus vier Mitgliedern,¹³⁹⁴ zwei Mitglieder haben unmittelbaren Bezug zur DB AG und zwei Mitglieder sind öffentlichen Amtsträger.

d) Form und Ebene der Kooperation

aa) Bauherrin

Bauherrin des Projekts ist die DB AG. Sie ist der Mutterkonzern für die zur Durchführung gegründete Projektgesellschaft. Am Projekt sind neben der DB AG auch drei ihrer Tochterunternehmen, die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes (DB Netz AG, DB Station & Service AG und DB Energie GmbH) direkt beteiligt. Einziger Aktionär der DB AG ist, wie erörtert, der Bund, der über die DB AG als Konzernmutter damit auch Eigner der Tochtergesellschaften ist. Dennoch agiert die DB AG wie dargelegt, als allein verantwortliche Bauherrin ohne weitere öffentliche Beteiligung.

bb) Öffentliche Partner

Der Bund ist neben der mittelbaren Beteiligung durch die DB AG kein unmittelbar beteiligter Projektpartner.

¹³⁹² Zu den ordentlichen Mitgliedern § 3 Ziff. 3.2 S-BSU

¹³⁹³ DB Projekt Stuttgart-Ulm GmbH, Über Uns, Verein Bahnprojekt Stuttgart-Ulm: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/de/ueber-uns/verein-bahnprojekt-stuttgart-ulm/>.

¹³⁹⁴ W. Dietrich (Vorstandsvorsitzender Bahnprojekt Stuttgart-Ulm e.V. und Sprecher des Bahnprojekts), M. Leger (DB AG/PSU), Baubürgermeister M. Hahn (Landeshauptstadt Stuttgart), Regionaldirektorin N. Schelling (Verband Region Stuttgart) (Stand 09/2020).

cc) Zusammenarbeitsformen

Die Zusammenarbeit der Akteure erfolgt auf verschiedenen Grundlagen. Rechtsgrundlagen der Kooperationen sind die Rahmenvereinbarung (1995), das MoU¹³⁹⁵ (2007) und der Finanzierungsvertrag (2009). Mangels Verbindlichkeit ist das MoU im Sinne einer Absichtserklärung der informellen Kooperation zuzuordnen. Rahmenvereinbarung und Finanzierungsvereinbarung sind als Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (§ 54 S. 1 VwVfG) allgemein als öffentlich-rechtliche Verträge, speziell als Verwaltungsabkommen zu klassifizieren. Deren Vertragsinhalte bilden die Grundlage der verbindlichen vertraglichen Zusammenarbeit.¹³⁹⁶

e) *Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben*

Das Projekt bedarf, wie auch die anderen in dieser Arbeit behandelten Großprojekte, auf sämtlichen Projektebenen der demokratischen Legitimation und der Erfüllung der Transparenzgrundsätze.

In einem offenen Brief hatte der baden-württembergische Ministerpräsident Kretschmann 2014 angemerkt, dass „eine wichtige Lehre [des Projekts] sicher [sei], die Faktenklärung früher zu beginnen und die Menschen somit von Anfang an ernsthaft an den Planungen zu beteiligen.“ Ein Anliegen war es ihm jedoch darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Gleichsetzung von Bürgerbeteiligung mit direkter Demokratie um ein verbreitetes Missverständnis handele.¹³⁹⁷ Die Bürgerbeteiligung diene demnach der Konsultation im Gegensatz zur unmittelbaren Demokratie, bei der das Volk direkt Entscheidungen treffe. Das diesbezügliche Konfliktpotenzial von Großprojekten ist in neuerer Zeit insbesondere im Lichte von S21 in vollem Umfang zu Tage getreten. Mit Bezeichnungen wie „Testfall für die Demokratie“¹³⁹⁸ und neuer „Ära der Postdemokratie“¹³⁹⁹ wird die Legitimation des Projekts bisweilen in Zweifel gezogen, zumindest aber kritisch hinterfragt. Dies wird im Folgenden einer eingehenderen Untersuchung unterzogen.

aa) Demokratische Legitimation

Die Evaluierung der demokratischen Legitimation von S21 hat im Wesentlichen zwei zentrale Anknüpfungspunkte: den Planfeststellungsbeschluss des Eisenbahn-

¹³⁹⁵ Siehe dazu E)3)a)cc).

¹³⁹⁶ Siehe dazu oben B)IV)1)b).

¹³⁹⁷ Vgl. insgesamt: Ministerpräsident des Landes Baden-Württemberg Kretschmann, Offener Brief v. 27.03.2014: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Offener_Brief_MP_Kretschmann_S21.pdf.

¹³⁹⁸ *Sarcinelli*, Ein Testfall für die Demokratie, in: Das Parlament, 01-02/2011, 9.

¹³⁹⁹ *Jörke*, Bürgerbeteiligung in der Postdemokratie, in: APuZ 1-2/2011, 13ff.

Bundesamtes (EBA) vom 28.01.2005¹⁴⁰⁰ und den Finanzierungsvertrag vom 02.04.2009 als finalen und verbindlichen Vertrag zwischen den Parteien. Daneben werfen auch die institutionalisierte Realisierungsgesellschaft sowie die Schlichtung und die Volksabstimmung Fragen um Bedürfnis und Einhaltung legitimatorischer Gesichtspunkte auf.

(1) Planfeststellungsbeschluss¹⁴⁰¹

Als wesentlicher Rechtsakt zum Bau von S21 ist der EBA-Planfeststellungsbeschluss „Talquerung mit neuem Hauptbahnhof“¹⁴⁰² legitimationsbedürftig.¹⁴⁰³ Während er zwar wie oben aufgeführt nur einer von vielen weiteren eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsbeschlüssen der NBS ist, sind wegen seiner aus § 18 S. 3 AEG¹⁴⁰⁴ folgenden Konzentrationswirkung weitere Planungsentscheidungen umfasst.¹⁴⁰⁵

Art. 87e Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GG legt fest, dass die bundeseigene Eisenbahn in privatrechtlicher Form zu führen ist und deren Aufsicht durch bundeseigene Verwaltung erfolgt. Erhalt und Ausbau des Schienennetzes und entsprechende Verkehrsangebote stellen nach Abs. 4 S. 1 einen wichtigen Gemeinwohlbelang dar, der auch nach der Organisationsprivatisierung eine Gewährleistungsverantwortung des Bundes bewirkt.¹⁴⁰⁶ Hierin liegt zugleich die Legitimation des Bundesamtes in abstrakt institutioneller Hinsicht, dem gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 BEVVG die Planfeststellung für die Betriebsanlagen der Eisenbahnen des Bundes obliegt. Demzufolge ist das EBA legitimatorisch zu dem planaufsichtsrechtlichen Beschluss befähigt.

Sachlich-inhaltlich sind die Beschlüsse durch das Fachplanungs- und das Eisenbahnrecht legitimiert. Die richtige Anwendung dieser Bestimmungen wird durch

¹⁴⁰⁰ Abschnitt PFA 1.1, Az.: 59160 Pap-PS 21-PFA 1.1.

¹⁴⁰¹ Siehe dazu E.II.1.

¹⁴⁰² Eisenbahnbundesamt, Az. 59160 Pap-PS 21-PFA 1.1 v. 28.01.2005, Planfeststellungsbeschluss nach § 18 Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) für den Umbau des Bahnknotens Stuttgart „Projekt Stuttgart 21“ Planfeststellungsabschnitt 1.1 (Talquerung mit neuem Hauptbahnhof) von Bahn-km – 0,4– 42,0 bis Bahn-km + 0,4+32,0 in Stuttgart.

¹⁴⁰³ Vgl. eingehend zum Planfeststellungsverfahren nach § 18 AEG: *Buchner*, Eisenbahnrechtliche Planfeststellung, S. 28ff; *Kramer*, Das Recht der Eisenbahninfrastruktur, S. 116ff.

¹⁴⁰⁴ Bei fehlender spezialgesetzlicher Regelung normiert § 75 Abs. 1 VwVfG die generelle materielle Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses.

¹⁴⁰⁵ Diese betreffen die Stadtbahn sowie die Flächennutzungs- und Bauleitplanung der Stadt Stuttgart. Vgl. zur Konzentrationswirkung der eisenbahnrechtlichen Planfeststellung: *Kramer*, Recht der Eisenbahninfrastruktur, S. 99, 117f.

¹⁴⁰⁶ So z.B. BVerwG, Urt. v. 14.06.2016 - 10 C 7.15, Rn 26; vgl. auch: *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 87e Rn 3 a.E; *ders.*, Eisenbahninfrastrukturprojekte, in: ZG 2011, 248 (259); *Heise*, Deutsche Bahn AG, S. 78.

die dazu (insbesondere auch höchstrichterlich) ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen bestätigt.¹⁴⁰⁷

(2) Finanzierungsvertrag

Im Rahmen des Finanzierungsvertrags sind die Beiträge sämtlicher Beteiligter legitimationsbedürftig, da alle Beteiligten zumindest mittelbar in öffentlicher Trägerschaft geführt werden. Während die Legitimation der Regierungen, bzw. Parlamente der jeweiligen Gebietskörperschaften¹⁴⁰⁸ hier keine Schwierigkeiten aufwirft, scheint die demokratische Legitimation der privatrechtlich organisierten Beteiligten zunächst diffiziler. Alle Gesellschaften, die DB AG, DB Netz AG, DB Station & Service AG, DB Energie GmbH und die Flughafen Stuttgart GmbH sind jedoch reine Tochtergesellschaften einer¹⁴⁰⁹ oder mehrerer¹⁴¹⁰ Gebietskörperschaften. Die privatrechtlich organisierten Gesellschaften sind daher über die demokratisch legitimierten Organe (Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung und hinzukommend regelmäßig die fakultativen oder obligatorischen Aufsichtsräte) gleichfalls grundsätzlich legitimiert.

Die Handlungsform der Finanzierungsvereinbarung als öffentlich-rechtlichem Vertrag gestatten § § 54ff. VwVfG bzw. § § 54 BWVwVfG.¹⁴¹¹ In diesem Zusammenhang besteht zudem im Rahmen der sehr weitreichenden Budgethoheit¹⁴¹² des jeweiligen Parlaments die sachlich-inhaltliche Legitimation für den Vertragsschluss.¹⁴¹³

(3) DB Projekt Stuttgart–Ulm GmbH

Die von der Bauherrin zur Projektdurchführung 2013 gegründete GmbH (PSU) ist eine reine Eigengesellschaft der DB AG, ihre Legitimation wird ihr von dieser vermittelt.

¹⁴⁰⁷ BVerwG - 9 B 34.07, Beschluss vom 22.05.2008; Vorinstanz: VGH Baden-Württemberg - Urt. v. 08.02.2007 - Az. 5 S 2258/05; weitere Entscheidungen zu dem Planfeststellungsbeschluss: VGH Baden-Württemberg, UPR 2006, 454 (Az. 5 S 596/05, Az. 5 S 847/05, Az. 5 S 848/05).

¹⁴⁰⁸ Gemeint ist der baden-württembergische Landtag, der Stuttgarter Stadtrat und die Regionalversammlung des Verbands Region Stuttgart.

¹⁴⁰⁹ DB AG, DB Netz AG, DB Station & Service AG, DB Energie GmbH: 100% Bund.

¹⁴¹⁰ Flughafen Stuttgart GmbH: 65 % Land Baden-Württemberg, 35 % Stadt Stuttgart.

¹⁴¹¹ Konkret zur Finanzierungsvereinbarung zu S21: *Stiier/Buchsteiner*, Stuttgart 21, in: UPR 2011, 335 (338).

¹⁴¹² Dazu insgesamt: Maunz/Dürig, GG, Art. 65a, Rn 30.

¹⁴¹³ Die Beteiligung des jeweiligen Parlamentes erfolgte durch die Aufnahme in den Haushaltsplan der Gebietskörperschaft.

(4) Schlichtung

Fraglich bleibt ob die von *Geißler* durchgeführte Schlichtung zum Bahnprojekt einer demokratischen Legitimation bedurfte. Dieser Gedanke drängt sich auf, da die Einsetzung des Schlichters auch durch den baden-württembergischen Landtag sowie den Stadtrat erfolgte.¹⁴¹⁴ Die Schlichtung und der in ihrer Folge ergangene Schlichterspruch hatten jedoch in diesem Falle keinerlei verbindliche Wirkung. *Geißlers* Votum war begrenzt auf Empfehlungen, die der Schlichter für die Fortführung des Projekts persönlich als unumgänglich ansah. Eine rechtsverbindliche Folge hatte diese Stellungnahme hingegen nicht, sodass Schlichtung und Schlichterspruch keiner demokratischen Legitimation bedurften.

(5) Volksabstimmung

Gegenstand der Volksabstimmung im November 2011 war die Gesetzesvorlage der Landesregierung „S21-Kündigungsgesetz“¹⁴¹⁵, welche die Rücknahme der Landesbeteiligung an der Projektfinanzierung vorsah und die zuvor vom Landtag von Baden-Württemberg abgelehnt worden war. Die Zulässigkeit ergibt sich aus Art. 60 Abs. 3 BWVerf.

Während bereits die Verfassungsmäßigkeit der Abstimmung im Hinblick auf Zuständigkeitsaspekte¹⁴¹⁶ und Gegenstand¹⁴¹⁷ umstritten war, ist unter legitimatorischen Gesichtspunkten fraglich, ob die Begrenzung der Wahlberechtigung auf die baden-württembergische Bevölkerung als verfassungskonform einzustufen ist. Insofern kann auf die oben angerissene Ungeeignetheit direktdemokratischer Instrumente zur Entscheidung über die Großprojektrealisierung verwiesen werden.¹⁴¹⁸ Insbesondere infrastrukturelle Vorhaben sind hiervon wegen ihres Gemeinwohlbezuges und ihrer evidenten Fernwirkung betroffen.¹⁴¹⁹ Im Falle des S 21-Kündigungsgesetzes jedoch wurde allein die Finanzierungsbeteiligung des Landes Baden-

¹⁴¹⁴ *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 1.

¹⁴¹⁵ Gesetz über die Ausübung von Kündigungsrechten bei den vertraglichen Vereinbarungen für das Bahnprojekt Stuttgart 21 (S 21-Kündigungsgesetz).

¹⁴¹⁶ *P. Kirchhof*, Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit einer Volksabstimmung über „Stuttgart 21“, in: ZSE 2010, 412 (446).

¹⁴¹⁷ *Dolde/Porsch*, Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Initiative der SPD für eine Volksabstimmung über Stuttgart 21 und die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm: http://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/Altdateien/202/101005_Anlage_Dolde_Gutachten.pdf.

¹⁴¹⁸ Siehe oben C)I)3)c)cc).

¹⁴¹⁹ *Emer*, Kein Volksentscheid über die Zulassung von Infrastrukturprojekten, in: NJW 2011, 1328ff; *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 544 (563); *Papier*, Einführung in das Thema, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche in München 2012, Bd. 2, S. 15.

Württemberg zur Abstimmung gestellt. Letztlich muss offen bleiben, ob dies geeignet gewesen wäre, das Ende des Projekts zu bewirken, da es sich lediglich um den Finanzierungsbeitrag Baden-Württembergs gehandelt hat. Die Volksabstimmung diente jedoch dem Ziel durch den Entzug der Finanzierungsbeiträge Baden-Württembergs das gesamte Bahnprojekt zu stoppen. Hinsichtlich dieses Aspekts ist mit Blick auf die sachlich-inhaltliche Legitimation fraglich, ob das baden-württembergische Aktivvolk über diese Sachmaterie – den Stopp des gesamten Bahnprojekts – abstimmen durfte.¹⁴²⁰ Dies ist hier zweifelhaft. Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz hat gemäß Art. 73 Abs. 6a, Art. 87e GG (dort im Kontext insbesondere Abs. 4) ausschließlich der Bund.¹⁴²¹ Weder der Landesgesetzgeber noch das Landesvolk können daher in diesem Bereich sachlich-inhaltlich legitimiert sein. Darüber hinaus hat ein Gutachten des Verfassungsrechtlers *Paul Kirchhof* zur Volksabstimmung¹⁴²² dargelegt, dass die Zustimmung zum Finanzierungsausstieg die Regierung zum Vertragsbruch verpflichtet hätte, da ein ordentliches Kündigungsrecht zum Finanzierungsvertrag nicht bestand und ein außerordentlicher Grund nicht ersichtlich war.

bb) Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung

Für die Bewertung des Transparenzgehaltes ist eine Abgrenzung anhand des Adressatenkreises vorzunehmen, wobei eine Einordnung nicht in erster Linie anhand der öffentlich wahrnehmbaren Gegebenheiten zu erfolgen hat, vielmehr sind alle oben skizzierten Transparenzebenen einzubeziehen. Demnach können Informationen, die der Öffentlichkeit zwar nicht zugänglich sind, dennoch grundsätzlich auch im Lichte des Transparenzgebots als ausreichend eingeordnet werden, wenn sie mindestens den das Volk vertretenden Repräsentanten zur Verfügung stehen.

(1) Durchschaubarkeit

Durchschaubarkeit ist eine Kernforderung des Transparenzgedankens. Sie ist unmittelbare Voraussetzung für die Effektivität der Kontrollinstanzen. Auf dieser Ebene der Transparenz werden daher das Verfahren um S21 und die Informationsorganisation auf ihre Ebenen übergreifende Durchschaubarkeit hin untersucht.

¹⁴²⁰ Zum Begriff des Aktivvolks, s.o. D)II)2)b)aa).

¹⁴²¹ Vgl. auch *Heintzen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a Rn 59; *Dolde/Porsch*, Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Initiative der SPD für eine Volksabstimmung über Stuttgart 21 und die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm, S. 75; *P. Kirchhof*, Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit einer Volksabstimmung über „Stuttgart 21“ in: ZSE 2010, 412 (446); *Dolde/Porsch*, Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Initiative der SPD für eine Volksabstimmung über Stuttgart 21 und die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm, S. 75; *Windthorst*, in: Sachs, GG, Art 87e Rn 15f.

¹⁴²² Siehe oben Fn. 1416.

(a) Verfahrenstransparenz

Für die im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsverfahren stattfindenden Vorgänge gilt im Wesentlichen das oben zum JWP Gesagte. Während die Einzelheiten der verfahrensrechtlichen Öffentlichkeitsbeteiligungsoptionen in anderen Auseinandersetzungen eingehend begutachtet und hier nicht näher in den Fokus genommen werden,¹⁴²³ fällt beim Bahnprojekt auf, dass insbesondere die Einbindung der Bürger in die Planung und das damit zusammenhängende Planfeststellungsverfahren als unzureichend wahrgenommen wurde. Diese Wahrnehmung als pauschales Defizit der Verfahrensdurchschaubarkeit zu subsumieren, wäre jedoch übereilt.

Im Rahmen des Gesamtprojektes S21 verdeutlicht sich das Spannungsfeld von Strukturen- sowie Verfahrensnachvollziehbarkeit und privatrechtlicher Realisierung. Die Vorgänge in der aktienrechtlich ausgestalteten Bauherrin sind allein durch deren Gesellschafterin, den Bund sowie den Aufsichtsrat zu durchschauen. Dieser unterliegt wiederum den strengen aktienrechtlichen Geheimhaltungspflichten. Offenlegungsansprüche außerhalb der Organschaft an der DB AG bestehen hingegen nicht.¹⁴²⁴ Für die Projektmanagementgesellschaft des Projekts gelten ähnliche Grundsätze. Während der fakultative Beirat einer GmbH zwar weniger strengen Geheimhaltungspflichten unterliegt, ist auch hier die Kommunikation wesentlicher Gesellschaftsinterna die Ausnahme. Insgesamt werden allerdings im Rahmen der von der Realisierungsgesellschaft (PSU) sowie dem von der Bauherrin eigens zur Informationsaufbereitung und -bereitstellung gegründeten Verein, der die Internetplattform „Bahnprojekt Stuttgart-Ulm“ eingerichtet hat, weitreichende Informationen – auch und gerade im Hinblick auf die Verfahrensstrukturen – zur Verfügung gestellt.

(b) Informationsaustausch mit dem Bürger

Der Umstand, dass die DB AG alleinige Bauherrin ist, macht den Informationsaustausch der Projektpartner untereinander im Hinblick auf Verantwortungs- und Kontrollaspekte weniger signifikant im Vergleich zu denjenigen Großprojekten, die im Rahmen von institutionalisierten Kooperationen realisiert werden. Dennoch ha-

¹⁴²³ So z.B. speziell zum S21-Projekt: *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, in: NuR 2011, 614; *Erbguth*, Infrastrukturgroßprojekte, in: DÖV 2012, 821ff; *Erler/Arndt*, Die Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung, in: VBIBW 2014, 81; *Franzjusz*, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225ff sowie allgemein: *Appel*, Staat und Bürger in Umweltverwaltungsverfahren, in: NVwZ 2012, 1361ff; *Hien*, Partizipation in Planungsverfahren, in: UPR 2012, 128; *Ziekow*, Gutachten: Neue Formen der Bürgerbeteiligung, in: Verhandlungen des 69. DJT, insb. ab D 76; BT Drs. 17/9156 v. 27.03.2012, insbes. S. 3f.

¹⁴²⁴ Siehe allgemein dazu oben D)I)3)a).

ben sich die Partner im Rahmen der Finanzierungsvereinbarung aneinander gebunden, sodass gerade ob des finanziellen Engagements das Bedürfnis nach hinreichendem Informationsfluss besteht. Dies spielt speziell im Rahmen vom signifikanten Kapitalmehrbedarf des Projekts eine Rolle. Die finanzierenden Partner sind auf stichhaltige Informationen zur Entscheidung über Nachschüsse sowie Nachverhandlungen zum Finanzierungsvertrag angewiesen.

Im Fokus der Informationsbeziehungen um S21 steht von Anfang vornehmlich die Staat-Bürger-Ebene. Defizite auf dieser Ebene werden als Hauptfaktoren für die Massenproteste um den Tiefbahnhof gesehen, die letztlich nicht nur zu einem Regierungswechsel führten,¹⁴²⁵ sondern auch das Projekt selbst in Frage stellten.¹⁴²⁶ Bereits 1994 war das Projekt, im Jahr darauf sowohl die Machbarkeitsstudie als auch das Vorprojekt der breiten Öffentlichkeit präsentiert worden.¹⁴²⁷ Über die Anfang 1995 öffentlich ausgehängte Machbarkeitsstudie erkundigten sich nach Angaben des Projektvereins innerhalb von zwei Wochen pro Tag 2000 Bürger über das Gesamtprojekt S21.¹⁴²⁸ Kurz darauf war die sogenannte „öffentliche Ideenwerkstatt zum Städtebau“ eingerichtet worden, im Rahmen derer Bürger die Möglichkeit zur Einbringung eigener Vorschläge und Ideen hatten, welche im Anschluss vom Amt für Stadtplanung geprüft wurden.¹⁴²⁹ Ende des Jahres wurden die Ergebnisse im Rahmen einer Ausstellung zugänglich gemacht.

Auf informeller Ebene wurden in den folgenden Jahren diverse Möglichkeiten der Partizipation angeboten.¹⁴³⁰ Seit Ende 2009 hat die Stadt Stuttgart die Position einer Bürgerbeauftragten für das Projekt Stuttgart 21 geschaffen.¹⁴³¹ Zudem haben Stadt und BSU verschiedene weitere Kommunikationsinstrumente für den Staat-

¹⁴²⁵ Dies stellt geradezu ein Paradebeispiel der demokratischen Rechte des Einzelnen und deren Bedeutung dar. In der repräsentativen Demokratie ist dies das Hauptinstrument des Wahlbürgers zur Einflussnahme auf die Politik und sollte insofern wie dieser Fall zeigt, keinesfalls unterschätzt werden. Vgl. zur Rechtstellung des Wählers im repräsentativen System auch *P. Kirchhof*, Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit einer Volksabstimmung über „Stuttgart 21“ in: ZSE 2010, 412 (419f).

¹⁴²⁶ Dazu oben die Ausführungen zur Volksabstimmung unter E)IV)3)e)aa)(5) sowie: *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, in: NuR 2011, 614; *Erler/Arndt*, Die Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung, in: VBIBW 2014, 81.

¹⁴²⁷ *Schönenbroicher*, Irritationen um „Stuttgart 21“, in: VBIBW 2010, 466 (467); Bahnprojekt S-U, Chronologie: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/projekt/historie/chronologie/>.

¹⁴²⁸ Bahnprojekt Stuttgart-Ulm e.V., Chronologie, 1995, Ausstellung zur Machbarkeitsstudie: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/projekt/historie/chronologie/>.

¹⁴²⁹ Ebda., 1995, Öffentliche Ideenwerkstatt.

¹⁴³⁰ In Bürgerforen wie einer sog. „Ideenwerkstatt“ oder offener Bürgerbeteiligung bekommen insbesondere die Stuttgarter Bürger die Möglichkeiten an der Entwicklung des Projekts mitzuwirken.

¹⁴³¹ Landeshauptstadt Stuttgart, Stadtentwicklung, Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, Alice Kaiser - Bürgerbeauftragte der Stadt für Stuttgart 21: <http://www.stuttgart.de/item/show/386070>.

Bürger-Diskurs implementiert.¹⁴³² Auf dem seit 2009 bestehenden Internetportal sind Informationen in umfassender Form jederzeit abrufbar oder auf Anfrage zu erhalten.¹⁴³³ Auch vertragliche Grundlagen zum Projekt stehen dort teilweise zur Einsicht bereit.¹⁴³⁴ 2017 urteilte der VGH Mannheim zugunsten eines Bürgers und verpflichtete das Land wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses zur Offenlegung verschiedener Umweltinformationen im Zusammenhang mit S21, deren Veröffentlichung das Land zuvor unter Berufung auf Betriebsgeheimnisse abgelehnt hatte.¹⁴³⁵

Darüber hinaus besteht für das Gesamtprojekt S21 das BürgerFORUM Stuttgart 21, das auf Vorschlag des Schlichterspruches umgesetzt wurde.¹⁴³⁶ Es besteht aus drei Säulen: einem Koordinationskreis, Expertenforen und öffentlichen Dialog-Veranstaltungen. Der Koordinationskreis ist besetzt mit Vertretern aller im Gemeinderat vertretenen Fraktionen sowie Vertretern von Stadt, Bahn, Land, Region, Jugend- und Seniorenrat sowie Zivilgesellschaft. Die Expertenforen dienen der Klärung wichtiger Sachfragen, bei denen noch Entscheidungsbedarf besteht. Die öffentlichen Dialog-Veranstaltungen finden für die breite Öffentlichkeit im Rathaus statt, dort werden Themen und Fragen der Interessierten behandelt.

(c) Schlichtungsverfahren

Die 2010 durchgeführte Schlichtung betrifft letztlich alle Transparenzebenen, Brisanz hatte die Schlichtung aber vornehmlich für die Staat-Bürger-Transparenz. Beteiligte der verschiedenen Schlichtungssitzungen waren Vertreter aller Lager: von der DB AG, dem Land, der Stadt sowie Projektentwicklern bis zu Umweltverbänden und Bürgerinitiativen.¹⁴³⁷ Wesentliches Ziel des S21-Mediationsverfahrens war vor allem auch der Informationsaustausch: Durch die Sachstandsdarstellung der Beteiligten konnten Informationsasymmetrien abgebaut und Nachvollziehbarkeit

¹⁴³² So z.B. die sog. „gelben Karten“, die Beschwerden an die Stadt ermöglichen, vgl. Bezug-Das Projektmagazin, Interview mit OB Kuhn, Ausgabe 12/2015, 4; darüber hinaus bestehen diverse Informationsstandorte, wie das „Turmforum“ und das „Infomobil“, auf medialer Ebene das Dialogforum „Direkt zu Stuttgart 21“ und zahlreiche weitere Informations- und Kommunikationsplattformen, vgl. insgesamt unter: Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, Dialog: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/dialog/>.

¹⁴³³ Die Projektseite besteht seit Januar 2009 und informiert zu allen Aspekten um das Bahnprojekt. Vgl. Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, Projekt Historie, Chronologie – 2014: Fünf Jahre Internetportal: <http://www.bahnprojekt-stuttgart-uhl.de/projekt/historie/chronologie/>.

¹⁴³⁴ Wesentliche Verträge wie z.B. die Rahmenvereinbarung und die Finanzierungsvereinbarung sind davon umfasst.

¹⁴³⁵ VGH Mannheim, Urt. v. 17.07.2017 - 10 S 436/15.

¹⁴³⁶ Landeshauptstadt Stuttgart, Stadtentwicklung, Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, BürgerFORUM Stuttgart 21: <https://www.stuttgart.de/item/show/659691>.

¹⁴³⁷ Schlichtung S 21, Teilnehmer: <http://www.schlichtung-s21.de/teilnehmer.html>.

erreicht werden.¹⁴³⁸ Dies erfolgte in der Schlichtung durch den „Faktencheck“.¹⁴³⁹ Die so geschaffene weitreichende Transparenz ist eine Kernfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung.¹⁴⁴⁰ Dies verdeutlicht insofern gleichermaßen deren demokratieverstärkenden Charakter.¹⁴⁴¹

Nach Geißler sind die massiven Konflikte im Zusammenhang mit dem Ausbau des Stuttgarter Bahnhofs „nur zu verstehen auf dem Hintergrund einer massiven Vertrauenskrise der Politik im Allgemeinen und einer speziellen ebenfalls massiven Kritik an der Art und Weise des Zustandekommens und der Durchführung des Projekts S21.“¹⁴⁴² Die Schlichtungsrunden um das Milliardenprojekt sollten den politischen Handlungsspielraum um Elemente der unmittelbaren Demokratie erweitern und damit zum Vorbild für umfassende Information der Öffentlichkeit bei schwierigen Großprojekten werden. Insofern wurde das S21-Schlichtungsverfahren als „Prototyp“ bezeichnet, der einer verbesserten Bürgerinformation diene.¹⁴⁴³ Der Schlichterspruch sieht die „Hauptgründe für das Mißtrauen gegenüber der Politik“ in der „wachsende[n] Undurchschaubarkeit der politischen und ökonomischen Vorgänge“.¹⁴⁴⁴ Daher sollte künftig „die totale Öffentlichkeit und Transparenz des Schlichtungsverfahrens [...] die Gegenposition zu praktizierter Geheimhaltung und Konservierung von Herrschaftswissen bilden.“¹⁴⁴⁵ Hierzu wurde der Schlichtungsprozess der breiten Öffentlichkeit sowohl räumlich als auch medial umfänglich zugänglich gemacht.¹⁴⁴⁶

¹⁴³⁸ *Eisele*, Öffentliche Streitbeilegungsverfahren, in: ZRP 2011, 113 (115).

¹⁴³⁹ Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, Schlichtung Stuttgart 21: https://www.lpb-bw.de/schlichtung_s21.html; *Eisele*, Öffentliche Streitbeilegungsverfahren, in: ZRP 2011, 113 (115).

¹⁴⁴⁰ *Franzins*, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225 (233).

¹⁴⁴¹ *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, in: NuR 2011, 614 (615).

¹⁴⁴² *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 2.

¹⁴⁴³ Ebda, S. 7.

¹⁴⁴⁴ *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 4f.

¹⁴⁴⁵ *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, S. 5.

¹⁴⁴⁶ Ebda: Die Schlichtungen wurden jeweils live im Fernsehen übertragen und ins Internet gestellt. Gleichzeitig konnten interessierte Bürger das Geschehen im Stuttgarter Rathaus auf einer Großbildleinwand verfolgen. „Die Schlichtung war daher auch moderne Aufklärung im besten Sinne von Immanuel Kant, nämlich die Menschen zu befähigen, sich aus „unverschuldeter Unmündigkeit“ zu befreien und dadurch ‚jederzeit selbständig denken‘ zu können. Das Interesse war enorm und führte zu bisher nicht erreichten Einschaltquoten, mit über einer Million Zuschauern. Das Interessante in den Augen der Beteiligten und der Zuschauer war, daß die gesamten Argumente beider Seiten offengelegt und Zusammenhänge dargestellt wurden (F. Brettschneider). Statt der Vorstellung von Teilaspekten durch mediale Statements, konnte die Herleitung von Argumenten dargestellt werden, die „Storylines“, wie Volker Kefer einmal sagte: d.h. die technische Gesamterzählung und der innere Zusammenhang des Vorhabens – und das vor einem Millionen-Publikum.“

Zu bedenken bleibt jedoch, dass der Zeitpunkt der S21-Schlichtung im Sinne einer Transparenz zur Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit letztlich wesentlich zu spät erfolgte. Die Mediation setzte an einem Zeitpunkt an, an dem die Planung vollständig abgeschlossen war, die Konfliktparteien ihre Meinungsbildung längst vollzogen hatten und die Fronten bereits verhärtet waren. Eine tatsächliche Korrektur durch eine Mediation nach Abschluss des Planungsverfahrens blieb damit ungewiss.¹⁴⁴⁷

Die Durchschaubarkeit von S21 hat sich insbesondere nach dem Schlichterspruch durch die oben genannten Maßnahmen auf der Ebene Staat-Bürger deutlich erhöht. In Bezug auf die zeitlich davor liegende Planung mangelte es dem Projekt jedoch auf dieser Ebene erkennbar an diversen Stellen an Durchschaubarkeit.

(2) Kontrolle

(a) Verantwortungstransparenz

Die Realisierungsverantwortung liegt im Wesentlichen bei der DB AG. Bereits seit Initiierung – damals noch als staatliche Deutsche Bundesbahn – ist sie für Planung und Umsetzung des Großprojekts hauptverantwortlich. Dies vereinfacht die Durchschaubarkeit der Verantwortungsstruktur, die im Fall von S21 weniger komplex ist. Komplexer sind hingegen die rechtlichen Voraussetzungen in Hinblick auf Tiefbahnhof und Ausbaustrecke: Beziehung und Kausalität zwischen Bedarfsplanung und konkreter Vorhabenrealisierung sind durch strukturelle Komplexität gekennzeichnet.

Fraglich bleibt dabei vor allem, ob der Bund als Alleineigner der DB AG seinen Kontrollpflichten im Rahmen des Projekts in hinreichender Art und Weise nachkommt. Hier stand mehr als einmal eine Übervorteilung des Bundes von Seiten der aktienrechtlich organisierten Eigengesellschaft im Raum.¹⁴⁴⁸ Als Beispiel lassen sich hier konkret nach dem Bericht des BRH die freigewordenen Flächen auf dem alten Bahnhofsareal nennen, welche eigentlich Grundstücke des Bundes waren, der bedeutende Verkaufserlös aber der DB AG zu Gute kam. Das Projekt wird nicht als Projekt des Bundes geführt, das bedeutet, dass kein eigens von dem Bund geplantes, ausgearbeitetes und finanziertes Projekt vorliegt, sondern aus Sicht des Bundes seine Rolle auf die Finanzierung begrenzt ist, wobei er lediglich die Kosten mittrage,

¹⁴⁴⁷ *Stürer/Buchsteiner*, Stuttgart 21: Eine Lehre für die Planfeststellung?, in: UPR 2011, 335 (340).

¹⁴⁴⁸ Vgl. dazu vor allem BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882 und Bericht Gz III3-2013-0290.

die für die NBS ohnehin angefallen wären.¹⁴⁴⁹ Diese Auffassung ist letztendlich jedoch nicht nur unter Kontrollaspekten fragwürdig. Auch im Hinblick auf die Durchschaubarkeit von Verantwortungsstrukturen könnte der Rückzug auf die schlichte Finanzierungsrolle zu kurz greifen. Bei einer Kostentragung in dem beim Bahnprojekt erforderlichen Umfang ist ein solch pauschaler Verweis geeignet, insbesondere rechtsstaatliche Schwierigkeiten im Hinblick auf haushaltsrechtliche Kontroll- und Rechenschaftspflichten zu bereiten.¹⁴⁵⁰

(b) Kostenwahrheit und Kostenklarheit

Diese Funktionen müssen jedoch tatsächliche Umsetzung finden. In seinem Prüfbericht nach § 88 Abs. 2 BHO aus dem Jahr 2008 kritisierte der BRH die Falsch einschätzung der Kostenlast sowie der Kostenverteilung.¹⁴⁵¹ Er hatte zuvor die Projekte S21 und NBS im Wesentlichen dahingehend geprüft, welche Kostenprognose für die Projekte realistisch ist und wer die Hauptkosten trägt. Im Ergebnis führte er aus, dass die Kosten von S21 deutlich über 5,3 Mrd. Euro und für die NBS bei mindestens 3,2 Mrd. Euro liegen würden. Die Hauptkostenlast liege nach Ansicht des BRH mit 2,55 Mrd. Euro beim Bund. Das Projekt solle daher auch als Projekt des Bundes eingestuft und entsprechenden Kontrollinstanzen zugeführt werden. Der Bund habe in der Folge den Nachweis über den ordnungsgemäßen, wirtschaftlichen und sparsamen Mitteleinsatz zu erbringen.¹⁴⁵² Die Prüfer monierten insbesondere Falschkalkulationen bzgl. der Durchführungskosten und Risikopauschale durch das BMVI, welches vor allem keine Anpassungen an den aktuellen Preisstand mithilfe des Baupreisindex¹⁴⁵³ vorgenommen hatte. Zudem habe das Ministerium im Rahmen eines internen Gutachtens¹⁴⁵⁴ die Baupreisentwicklung von Großprojekten untersucht und dabei herausgefunden, dass für vergleichbare Projekte mit Preissteigerungen von 60 Prozent, mitunter gar 100 Prozent zu rechnen sei,¹⁴⁵⁵ dies

¹⁴⁴⁹ Hierbei handelt es sich um Kosten nach § 8 Abs. 1 (500) sowie Abs. 2 (200) BSchWAG, nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (153) und der Finanzierungsvereinbarung (300), vgl. BRH Bericht Gz. III 3-2008-0882, S. 4, 7.

¹⁴⁵⁰ BRH Bericht Gz III3-2013-0290, S. 4, 14f.

¹⁴⁵¹ BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882, S. 1.

¹⁴⁵² Vgl. § 90 BHO.

¹⁴⁵³ Der Baupreisindex zeigt die Entwicklung der Baupreise mit Bezug auf ein Basisjahr auf. Er wird vierteljährlich vom Statistischen Bundesamt nach Erhebungen in der Bauwirtschaft seitens der Landesämter veröffentlicht und gibt die langfristige Entwicklung der Preise für bestimmte Bauleistungen wieder (vgl. Statistisches Bundesamt, Erläuterungen zur Statistik der Bau- & Immobilienpreise: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/BauImmobilienpreise/Methoden/methodisches.html>).

¹⁴⁵⁴ BT-Haushaltsausschuss-Drs. 16/4474.

¹⁴⁵⁵ Zu enormen Preissteigerungen insb. bei Eisenbahninfrastrukturgroßprojekten: *Flyvbjerg*, Getting Risks Right, in: *Project Management Journal*, 08/2006, 5ff; *ders./Skamris Holm/Buhl*, Kostenunterschätzung bei öffentlichen Bauprojekten, in: *Planungsrundschau* Jg. 8, 15f.

aber gleichermaßen nicht auf die Projekte S21 und NBS übertragen, obwohl sie die zentralen Risikofaktoren (großer Tunnelanteil, hoher Kupfer- und Stahlanteil) ebenfalls in hohem Maße beinhalteten.¹⁴⁵⁶ Der BRH hatte eine 60-prozentige Preissteigerung vorausgesagt.¹⁴⁵⁷ Weiterhin führten die Erlöse aus den Grundstücksverkäufen (ca. 1,4 Mrd. Euro) anders als üblich nicht zur Reduzierung des Bundesanteils, sondern wurden von der DB AG vereinnahmt, die dadurch bei einem Eigenanteil von ca. 1,12 Mrd. Euro am Projekt geradezu profitierte.¹⁴⁵⁸ Insgesamt sei das Projekt nicht erschöpfend dargestellt, die vom Ministerium angegebenen Kosten nicht vollständig.¹⁴⁵⁹ Dem Haushaltsgesetzgeber hätten damit zentrale Informationen für seine Entscheidungen gefehlt.¹⁴⁶⁰

Wesentliche Problematik sei insgesamt die Zuordnung des Projekts zur DB AG und dem Land Baden-Württemberg, während es tatsächlich als Projekt des Bundes behandelt werden müsse. Die Empfehlung des BRH an den Haushaltsausschuss des Bundestags war daher, das BMVI dazu aufzufordern, die Grundstückserlöse wie Bundesmittel zu behandeln.¹⁴⁶¹ Weiterhin sei es aufzufordern einen Nachweis über die Projektwirtschaftlichkeit zu erbringen, detaillierte Ausweisungen bzgl. Finanzierungsquellen und -beträgen sowie Preissteigerungen im jeweiligen Haushaltstitel darzulegen, Risiken, auf deren Grundlage Parlamentsentscheidungen ergehen, konkret zu benennen und eine Finanzierungsvereinbarung erst nach Sicherstellung der Gesamtfinanzierung sowie Kalkulation und Verteilung der Risiken abzuschließen.¹⁴⁶² Diese Empfehlungen der Rechnungshöfe sind nicht bindend. Konsequenzen daraus, dass diese nicht umgesetzt wurden, ergaben sich in der Folge nicht.

Der Bericht des BRH veranschaulicht die Schwierigkeiten um die Kostentransparenz beim Bahnprojekt. Während einerseits die Lastenverteilung, insbesondere zugunsten der Bauherrin und zulasten des Bundes, Fragen aufwirft, sind vor allem auch die optimistischen Kostenrechnungen der Planer bedeutsam: Eine transparentere Kostenplanung hätte hier ggf. dazu führen können, dass Kosten realistischer hätten prognostiziert werden können. Dies hätte zu einem frühen Zeitpunkt die Projektentscheidung für die Partner wahrscheinlich existenziell beeinflusst. Zudem stellt sich aufgrund der defizitären Risikokalkulation die Frage der Verantwortlichkeit: Für eine Risikorealisation über 1,32 Mrd. Euro hinaus ist die Kostenträgung

¹⁴⁵⁶ BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882, S. 6.

¹⁴⁵⁷ Ebda., S. 10

¹⁴⁵⁸ BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882, S. 8.

¹⁴⁵⁹ Ebda., S. 6: Das Ministerium hingegen hatte in einer Stellungnahme ausgeführt alle Kosten seien im Bundeshaushalt 2009 aufgeführt, wenn auch nicht projektscharf. Letzteres sei hingegen auch gar nicht beabsichtigt.

¹⁴⁶⁰ BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882, S. 10.

¹⁴⁶¹ In diesem Fall würde Zuwendungsrecht gelten.

¹⁴⁶² BRH, Bericht Gz. III 3-2008-0882, S. 11.

ungeklärt.¹⁴⁶³ Mehrkosten trägt die DB AG nunmehr allein, die Beteiligung durch das Land daran ist streitig.¹⁴⁶⁴ Gleichfalls muss auch die tatsächlich anfallende Kostenlast den Parlamenten sowie dem Volk selbst gegenüber verantwortet werden können. Überoptimistische Kalkulationen sind nicht geeignet, Kostentransparenz herzustellen. Hierzu bedarf es viel mehr dezidierter Kostenklarheit, die im Projekt nicht durchgängig hinreichend bestand und besteht.

(3) Zwischenergebnis zur Transparenz bei S21

Aufgrund der Besonderheit der Umsetzung von S21 durch eine Eigengesellschaft des Bundes liegen die Strukturen zur Projektumsetzung anders als bei den beiden zuvor betrachteten Projekten, die in gemischt-öffentlichen Gesellschaften realisiert werden und daher gerade auf Ebene der Verantwortungstransparenz, die ein wichtiges Glied auf Kontrollebene ist, anderen Herausforderungen begegnen. Insofern zeigt sich nach der obigen Untersuchung das auch im Zusammenhang mit Verfahrenstransparenz signifikante Mängel nicht erkennbar geworden sind. Die Kontrollebene von Kostenwahrheit und Kostenklarheit hingegen zeigt nach dem Vorgesagten deutliche Transparenzdefizite auf. In vielen Punkten musste die hiesige Untersuchung aber hinter der Sachverhaltsaufklärung bei den Projekten JWP und BER zurück bleiben, da diese nicht im gleichen Maß öffentlich geworden sind und informationsbasierte Kontrollinstrumente, wie ein Untersuchungsausschuss beispielsweise, nicht eingesetzt wurden. Die Schlichtung zu S21 hat insofern zwar zur Aufarbeitung diverser Sachverhalte und Entscheidungen beigetragen können, wie dargelegt aber nur zu einer nachträglichen Durchschaubarkeit nach Abschluss von Verfahren geführt. Insgesamt zeigt das Projekt auf transparenzrechtlicher Ebene daher positive und negative Aspekte mit teilweise deutlich intransparenten Tendenzen. Ob aber die Strukturen derartig intransparent sind, dass insofern nach der hier vertretenen Auffassung von einer Verfassungswidrigkeit ausgegangen werden müsste, ist naheliegend, aufgrund der vorliegenden Informationen aber nicht abschließend feststellbar.

f) Fazit

S21 war in nicht unerheblichem Maße Gegenstand der 2011 geschlossenen Koalitionsverträge zwischen B 90/Die Grünen und der SPD im baden-württembergischen Landtag.¹⁴⁶⁵ Instrumente wie das neu eingeführte Amt eines Staatsrats für

¹⁴⁶³ Ebda., S. 7f.

¹⁴⁶⁴ (Siehe E)3)b)cc).

¹⁴⁶⁵ Erler/Arndt, Die Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung, in: VBIBW 2014, 81.

Zivilgesellschaft und Bürgerbeteiligung¹⁴⁶⁶ sowie ein umfangreicher Planungsleitfaden und die Einführung einer Verwaltungsvorschrift zur Öffentlichkeitsbeteiligung¹⁴⁶⁷ sind direkte Folgen der defizitären Beteiligungs- und Transparenzstrukturen des S21-Projekts. Die Transparenzstärkung bei öffentlichen Großprojekten ist darin ein erklärtes Ziel.¹⁴⁶⁸ Mit der Stärkung der Verwaltungstransparenz ist unmittelbar auch das der Verfassung immanente Transparenzgebot angesprochen. Dennoch verbleibt die Realisierung in der Hauptsache innerhalb der aktienrechtlich organisierten Bauherrin unter Ausschluss evident durchschaubarer Strukturen. Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis privatrechtlich organisierter Realisierungsgesellschaften und legitimationsstiftender Transparenzfaktoren.¹⁴⁶⁹ Das Fehlen institutionalisierter Kooperationsstrukturen wirkt somit transparenzhemmend auf allen hier skizzierten Ebenen, betrifft aber naturgemäß vor allem die potenziellen Profiteure solcher Zusammenarbeit: Das Maß der Informationen zwischen staatlichen Akteuren ist deutlich reduziert, eine vergleichbare Lage ergibt sich für die beteiligten Parlamente. Die lediglich vertragliche Kooperation verengt die Sphäre potenzieller Information erheblich.

Das Projekt zeichnet insgesamt einen Wandel im gesellschaftlichen, politischen und mittlerweile auch stärker rechtswissenschaftlichen Diskurs nach. Von arkaner Planung, über vorwiegend traditionell verstandene, einseitige Informationsflüsse, hin zu einer medial aufbereiteten Mediation und reformbestrebten Landesvertretern sowie einer einem breiten Adressatenkreis zur Verfügung stehenden Informationsplattform, verkörpert das Projekt die Wandlung des Verständnisses von staatlicher Großprojektrealisierung. Der Zeitpunkt der Mediation war jedoch aus einem Blickwinkel der effektiven Bürgerbeteiligung zur Großprojektrealisierung zu spät gewählt. Eine generelle Transparenzwirkung konnte die Mediation davon unabhängig entfalten, indem sie eingehend über das Projekt, seine Strukturen, Einzelheiten etc. informierte. Es zeigt gleichwohl auch die Funktionsfähigkeit vorhandener demokratischer Strukturen: Während es den Projektgegner nicht gelang, den Volksentscheid für ihre partikularen Interessen zu instrumentalisieren, konnte das baden-württembergische Volk durch den hauptsächlich den Kontroversen um S21 geschuldeten Regierungswechsel die Funktionsfähigkeit der repräsentativen Demokratie demonstrieren. So führten vor allem die Vorkommnisse um S21 dazu, dass der Souverän seine Repräsentanten, speziell die bis Mai 2011 amtierende Regierung aus CDU und FDP, demokratisch durch Abwahl zur Verantwortung gezogen hat.

¹⁴⁶⁶ LReg B-W, Beteiligungsportal, Planungsleitfaden und VwV Öffentlichkeitsbeteiligung.

¹⁴⁶⁷ Verwaltungsvorschrift der Landesregierung zur Intensivierung der Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungs- und Zulassungsverfahren (VwV Öffentlichkeitsbeteiligung) v. 17.12.2013 (GABl. Nr. 2, 2014, S. 22) in Kraft getreten am 27.02.2014, außer Kraft seit 28.02.2021.

¹⁴⁶⁸ Vgl. dort § 1.1 VwV Öffentlichkeitsbeteiligung.

¹⁴⁶⁹ *Simons*, Großprojekte in der Stadtentwicklungspolitik, in: Planungsrundschau Jg. 8, 35 (45ff).

F) Gegenüberstellung und Handlungsbedürfnis

Nach der Untersuchung der einzelnen Großprojekte gilt es nunmehr verallgemeinerungsfähige Schlussfolgerungen zu ziehen. Hierzu erfolgt zunächst eine Gegenüberstellung der drei Vorhaben anhand der oben entwickelten Defizitkategorien (I) und im Anschluss eine eingehende Behandlung derjenigen Faktoren, die zu einer Verbesserung beitragen könnten (II).

I) Gegenüberstellung

Der nachfolgende Teil befasst sich mit den Schlussfolgerungen im Hinblick auf die oben skizzierten typischen Problemfelder¹⁴⁷⁰ öffentlicher Großprojekte aus den Ergebnissen zu den einzelnen Verkehrsinfrastrukturprojekten. Erst eine solche Gegenüberstellung ermöglicht Schlussfolgerungen vom Projekt in concreto zu Verallgemeinerungen darüber in abstracto.

¹⁴⁷⁰ Siehe. E)III)1)-4).

1) Defizite aufgrund von Strukturenkomplexität

Die drei betrachteten Projekte sind durch einen unterschiedlichen Grad und Aufbau der Zusammenarbeit (1a) und divergierende Durchschaubarkeit der Projektstrukturen (1b) gekennzeichnet.

2) Intensität und Ausgestaltung der Kooperationsinstrumente

Während Formen organisierter Zusammenarbeit, die im Rahmen definierter Strukturen verlaufen, in den Projekten JWP und BER stärker ausgeprägt sind, bestehen Kooperationen beim Bahnprojekt Stuttgart-Ulm in geringerem Umfang. Durch die Institutionalisierungen bei den erstgenannten Projekten entsteht eine besonders verbindliche und langfristige Zusammenarbeit mit Rechten und Verpflichtungen der Partner.

Die in der Hauptsache informellen und bloß vertraglichen Kooperationen bei S21 zeichnen ein eindeutiges Bild der Hauptverantwortlichkeit und damit auch der Lenkung des Projekts. Alle im Zusammenhang mit S21 erfolgten Institutionalisierungen liegen in alleiniger Trägerschaft der DB AG. Das Bahnprojekt ist wegen dieser Alleinträgerschaft in der Tendenz als unkooperativ einzustufen, während das Flughafen- und das Tiefwasserhafenprojekt mit ihren Vielträgerschaften jeweils durch einen hohen Kooperationsgrad charakterisiert sind.

Das Projekt BER weist durch die institutionalisierte Zusammenarbeit dreier Partner eine besondere Kooperationsdichte auf. Der Bund nimmt hierbei eine vergleichsweise zurückhaltende Position ein, die beteiligten Länder dominieren die Flughafenrealisierung. Dennoch ist die Rolle des Bundes als Mitfinanzierer sowie als Verbindungsglied zur mitfinanzierenden EU nicht zu unterschätzen. Gerade aus der Einbringung von Bundesmitteln entstehen weitreichende Kontrollpflichten. Dennoch verdeutlichen die Abläufe in der Flughafengesellschaft ein erhebliches Risiko: Partnerschaftliches Arbeiten bedeutet dem Grundsatz nach eine Begegnung auf Gleichordnungsebene, nicht hingegen die Dominanz eines Partners allein. Ist also die Machtverteilung zwischen den Partnern nicht eindeutig festgelegt und besteht Dissens über die Ausgestaltung des Partnerschaftsverhältnisses, so sind Spannungen und daraus resultierende Unstimmigkeiten die Folge. Dies zeigt sich beim Verhältnis der beiden Partnerländer. Nach der gescheiterten Länderfusion wird immer wieder von Streit um Aufsichtsratsposten – insbesondere den Posten des Vorsitzenden – berichtet, auch die letztendliche Standortwahl ist die Folge eines lange vorausgehenden Konflikts zwischen Berlin und dem Bund auf der einen und Brandenburg auf der anderen Seite.¹⁴⁷¹

¹⁴⁷¹ Metzner/Zwatka-Gerlach, Flughafen BER: Berlin und Brandenburg streiten um Aufsichtsrats-Vorsitz, in: Tagesspiegel v. 05.12.2014: <http://www.tagesspiegel.de/berlin/flughafen-ber-berlin-und-brandenburg-streiten-um-aufsichtsrats-vorsitz/11082714.html>; Zweigert, Brandenburg schlägt Neubau in Tegel vor, in: Berliner Abendblatt vom 15.05.2016: <http://www.abendblatt-berlin.de/2016/05/15/brandenburg-schlaegt-neubau-in-tegel-vor/>; vgl. zudem oben E)IV)2a).

In der Tendenz zeigt sich die Zusammenarbeit weniger konsensual geprägt als bei der ebenfalls institutionalisierten Kooperation beim Jade-Weser-Port. Während zwar die Rolle Niedersachsens als Hauptfinanzierer und Grundeigentümer tatsächlich stärker ausgestaltet ist, hat das Hafensprojekt bis dato nicht durch Streitigkeiten seiner Partner auf sich aufmerksam gemacht. Vielmehr ist der Gesellschaftsvertrag auch für den Minderheitspartner Bremen günstig ausgestaltet, der Stadtstaat verfügt über eine negative Entscheidungskompetenz und kann damit jede Entscheidung der Hafengesellschaft effektiv verhindern. Ein derartig starkes Recht ist im Flughafenprojekt für keinen Gesellschafter vorgesehen. Wie oben dargelegt ergeben sich dadurch unterschiedliche Bewertungen im Hinblick auf die personelle Legitimation in den betroffenen Kapitalgesellschaften.

Die Konsequenzen aus der Entschließung für oder gegen eine institutionalisierte Zusammenarbeit sind vielgestaltig. Für die Kooperationspartner bedeutet dies neben unterschiedlich weitreichenden Bindungen vor allem auch inkongruent ausgestaltete Informationsbeziehungen, die unmittelbare Auswirkungen auf die in der Folge zu vergleichende Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit von Strukturen haben. Nicht nur die Informationsbasis stellt sich demnach in der nicht institutionalisierten Zusammenarbeit anders dar, auch der Bereich derjenigen Daten und Grundlagen, die für Entscheidungen relevant sein können, ist erheblich reduziert, da der Zugang zu internen Informationen anderer Partner limitiert ist.

a) Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit der Großprojektstrukturen

Für keines der hier verglichenen Vorhaben konnte eine uneingeschränkte Durchschaubarkeit nachgewiesen werden. In unterschiedlichem Maße fehlt den Projekten die Nachvollziehbarkeit extra muros. Signifikant sind hierbei insbesondere die Transparenzdefizite im Hinblick auf die Repräsentantenebene. Angesichts der Erheblichkeit der Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte für die beteiligten Gebietskörperschaften und der Fernwirkung von Verkehrsinfrastruktur insgesamt, ist mangelnde Nachvollziehbarkeit für Volksvertreter weder unter einem transparenz- noch einem demokratierechtlichen Blickwinkel hinnehmbar. Bestand und Qualität parlamentarischer Demokratie hängen ganz wesentlich von der Kenntnis konkreter Sachverhalte aufseiten der Repräsentanten ab. Während die Beschaffung und Verarbeitung von Informationen einerseits Aufgabe des einzelnen Abgeordneten ist, beseitigt dies andererseits nicht die Pflicht der Regierung gegenüber den Volksvertretern, die grundlegenden Informationen bereitzuhalten oder zu verschaffen,¹⁴⁷² die auch ggf. weiteren Informationsbedarf erst erkennbar machen.

Informationsdefizite auf der Staat-Repräsentanten-Ebene sind beim JWP- und BER-Projekt nachweisbar, für S21 liegen keine konkreten Anhaltspunkte für entsprechende Defizite auf dieser Ebene vor. Auf der Staat-Bürger-Ebene sind diese

¹⁴⁷² Vgl. BVerfG NVwZ 2018, 51ff.

bei allen Projekten zu konstatieren. Der Zugang zu fundamentalen Informationen ist jedoch für den Bürger beim Bahnprojekt eindeutig am besten. Kaum projektseitig zur Verfügung gestellte Informationen bietet der JWP. Dort sind schon so grundlegende Fakten wie die Gesamtkosten und deren Aufteilung unter den Partnern kaum durchschaubar. Der BER weist dort ebenfalls erhebliche Defizite auf, jedoch weniger schwerwiegend als beim Hafenprojekt: Verlässliche Kerninformationen sind zwar für den Bürger nicht bestmöglich aufbereitet, aber beschaffbar und daher zugänglich. Zugleich ist aber das besondere Informationsbedürfnis bei Projekten mit Fehlerhäufungen in die Bewertung der Informationslage einzupreisen. Das Flughafenprojekt weist damit ein erheblich höheres Auskunfts- bzw. Aufklärungsbedürfnis auf, als solche Infrastrukturprojekte, die im Wesentlichen ohne erhebliche Schwierigkeiten realisiert werden, wie der JWP.

Insgesamt ist zudem zu unterscheiden zwischen Informationen, die von den projektrealisierenden Trägern bereitgestellt werden, und denjenigen, die allein durch Berichterstattung oder Veröffentlichungen nur über externe, mitunter wenig valide Quellen verfügbar sind. Das gilt insbesondere auch für die vertraglichen Grundlagen der beiden hier dargestellten institutionalisierten Kooperationen. Die weitreichende Geheimhaltung wird von Seiten der Realisierungsgesellschaften mit der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen rechtfertigt. Nicht ersichtlich ist, welches berechnete Gesellschaftsinteresse verfassungsrechtlich signifikanten Informationen, wie die Verteilung von Entscheidungskompetenzen und die Aufgabenverteilung unter den Gesellschaftsorganen, entgegensteht. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die transparente Aufbereitung dieser Informationen für die jeweilige Gesellschaft im Wettbewerb (zwingend) einen Nachteil darstellen müsste.¹⁴⁷³ Dennoch bestehen bis dato entsprechende Offenlegungspflichten nicht ohne Weiteres. Das Erstreiten verfassungsrechtlich relevanter Informationen ist langwierig und steht vornehmlich den Volksvertretern im Rahmen ihrer Informations- und Kontrollrechte zu.¹⁴⁷⁴ Auch finden selbst dort, wo einfachgesetzlich Informationszugangsansprüche bestehen,¹⁴⁷⁵ nur teilweise überhaupt Interessenabwägungen statt, das IFG des Bundes beispielsweise, sieht solche gar nicht vor. Darin

¹⁴⁷³ Ein berechtigtes Interesse liegt bspw. gemäß der Legaldefinition aus § 6 Abs. 2 S. 2 BremIFG „vor, wenn das Bekanntwerden einer Tatsache geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Konkurrenten zu fördern oder die Stellung des eigenen Betriebs im Wettbewerb zu schmälern oder wenn es geeignet ist, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.“ Die Offenlegung solcher Kompetenzen der ingerezenrelevanten Gesellschaftsorgane im Hinblick auf Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten erscheinen hierbei nicht in Widerspruch zu dieser Norm zu stehen. Zudem handelt es sich nicht um absolute Gebote, sondern um Güter, die Gegenstand eines Abwägungsprozesses sein können.

¹⁴⁷⁴ Vgl. Fn 1472.

¹⁴⁷⁵ In diesem Kontext relevant für BER, da die beteiligten Gebietskörperschaften unter dem jeweils geltenden IFG (Bund: § 6 S. 2 IFG; Länder: § 5 Abs. 1 S. 1 AIG Bbg.; § 7 S. 1 BlnIFG) verpflichtet

ist eine Grundentscheidung zugunsten der Geheimhaltung und gegen die Preisgabe von Informationen enthalten, wie Demokratieprinzip und Transparenzgebot es grundsätzlich fordern.¹⁴⁷⁶

Einen die zwischenstaatliche Transparenzebene betreffenden Informationsmangel weist nur das BER-Projekt auf: Hier wurden wesentliche Fakten nicht zwischen den institutionell kooperierenden Gebietskörperschaften kommuniziert. Dies ist insofern ein besonders eklatantes Versäumnis, da die Unkenntnis von signifikanten Projektinformationen zugleich eine Legitimationsreduktion der Entscheidungen mit potenziellen Auswirkungen auf das demokratische Gerüst des Gesamtprojekts nach sich zieht. Anders stellt sich die Lage beim Projekt S21 dar: Auch hier wurden Kooperationspartner teilweise mangelhaft unterrichtet, was allerdings keine rechtlichen Konsequenzen hatte. Hier zeigt sich einmal mehr auch die qualitative Divergenz der Zusammenarbeitsformen im rechtlichen Kontext: Je intensiver die Bindung der Partner, desto weitreichender stellen sich auch die rechtlichen Pflichten dar, denn die Anforderungen an das Informations- und Kommunikationsgerüst in der institutionalisierten Kooperation sind umfangreicher und verfassungsrechtlich insbesondere im Lichte staatlicher Rechenschaftspflichten verbindlich.

3) Verantwortungs- und Kontrolldefizite

a) Qualität demokratischer Legitimation im Einzelfall

Alle vorliegend untersuchten Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte zeigen in unterschiedlichem Maße Schwächen im Hinblick auf die Teilhabe der jeweiligen Parlamente an zentralen Projektentscheidungen. Zwar war verschiedentlich eine Einbeziehung des Parlaments rechtlich nicht notwendig, teilweise wurde sie jedoch trotz notwendiger Einbindung schlicht nicht entsprechend der rechtlichen Maßgaben umgesetzt.¹⁴⁷⁷ Rechtlich hatte dies keine Folgen, da die Beteiligung der Parlamente

sind und die Ländergesetze jeweils eine Interessenabwägung im Falle des Schutzes von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen vorsehen. Im Hinblick auf den JWP bleibt zu bedenken, dass Niedersachsen bis dato noch kein IFG hat, Bremen jedoch hat sich insofern vergleichsweise weitreichend verpflichtet. Im Rahmen des § 5 Abs. 1 S. 2 BremIFG ist eine Abwägung der Interessen vorgesehen.

¹⁴⁷⁶ In diesem Kontext hat das BVerfG zu den Grenzen der Auskunftsrechte des Parlaments in Bezug auf die DB AG grundlegend entschieden, dass das Geheimhaltungsinteresse von Geschäftsgeheimnissen grundsätzlich geeignet sein kann dem Auskunftsverlangen parlamentarischer Abgeordneter Grenzen aufzuerlegen (BVerfG Urt. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11).

¹⁴⁷⁷ Welche (zentralen) Projektentscheidungen Parlamenteinbindung bedurften und welche wiederum lediglich Exekutiventscheidungen darstellten, wurde oben in den einzelnen Projekten dargelegt, vgl. ebendort.

für die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidungen keine zwingende Voraussetzung war.¹⁴⁷⁸ Der Umstand stellt jedoch Stellenwert und Qualität der rein formellen Regeln über die Parlamentsarbeit und dessen Beteiligung in Frage.¹⁴⁷⁹

Gerade im Hinblick auf den Grad der Involvierung des Parlaments im Rahmen von Großprojektrealisierungen ist zu differenzieren zwischen parlamentarischer Beteiligung, die in Vorbereitung der Projektentscheidung und -realisierung stattfindet, und derjenigen, die Entscheidungen und Sachverhalte um die Vorhaben ex post erörtert: namentlich die Unterscheidung zwischen parlamentarischer Erörterung und der Kontrolle durch Untersuchungsausschüsse in Hinblick auf deren Zeitpunkt. Obgleich die Möglichkeit der Einsetzung eines Kontrollgremiums für die nachträgliche Überprüfung durch das Parlament substantiell ist,¹⁴⁸⁰ hebt die frühzeitige parlamentarische Steuerung die Gestaltungs- und Einwirkungsmöglichkeiten des Parlamentes hervor und akzentuiert somit dessen Stellung als Ausgangspunkt für die Projektrealisierung.¹⁴⁸¹

BER und JWP zeigen Defizite hinsichtlich der parlamentarischen Einbeziehung in den Entscheidungsprozess sowie der Rückbindung zentraler Projektentscheidungen an das jeweilige Teilverolk auf und haben beide eine nachträgliche Kontrolle durch Untersuchungsausschüsse notwendig werden lassen. Diese Untersuchungsausschüsse können freilich Legitimation nachträglich nicht vermitteln oder Defizite heilen. Dennoch ermöglichen sie eine nachträgliche Kontrolle der Vorgänge, die rechtstaatlich begründet ist, aber demokratietiftenden Gehalt insofern hat, als die Volksvertretung sich selbst bzw. die Gubernative öffentlich reflektiert und so Willens- und Meinungsbildung zum jeweiligen Gegenstand ermöglicht. Auf einer vorgelagerten Ebene wirkt dieses Kontrollinstrument zugleich generalpräventiv, da es den demokratischen Rechtsstaat als solchen vor illegitimem Handeln seiner Repräsentanten schützt. Die demokratische Legitimation bei S21 ist hingegen allein im Hinblick auf die Volksabstimmung fraglich und ansonsten nicht zu beanstanden. Dort wo Gremien keine Einbuße ihrer verfassungsrechtlich geforderten umfassenden Entscheidungskompetenz hinnehmen mussten, steht die Qualität der demokratischen Legitimation in abstracto nicht in Frage. Während zwar das Legitimationsdefizit bei JWP und BER jeweils im Lichte des gleichrangigen Bundesstaatsprinzips ausgeglichen werden konnte, ist der Gehalt realer Einwirkungsmöglichkeit der für ihr Aktivvolk handelnden Hoheitsträger insgesamt jeweils geringer. Beim Tiefwasserhafen bleibt die negative Entscheidungsgewalt der beteiligten Hoheitsträger

¹⁴⁷⁸ Siehe E)1).

¹⁴⁷⁹ In anderem Kontext, aber bzgl. einer vergleichbaren Beteiligungsthematik vgl. *Mann/Sieven*, Der Atomausstieg und seine Folgeprobleme im Kontext der Energiewende, in: *VerwArch* 2015, 184 (194).

¹⁴⁸⁰ Vgl. *Klein*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 44 Rn 1ff.

¹⁴⁸¹ *Lewald* schrieb hierzu: „Die historische Wurzel des Enquêterechts ist in seiner Eigenschaft als Instrument des Misstrauens der Legislative gegen die Exekutive“ begründet. Vgl. *Lewald*, Enquêterecht und Aufsichtsrecht. Eine verfassungskritische Studie, in: *AöR* 44, 269 (320).

umfassend erhalten, den BER-Partnern hingegen verbleibt weder die positive, noch die negative Entscheidungskompetenz.

b) Kontrollniveau

Mit regelrechter Proportionalität gestaltet sich das Verhältnis von Strukturenkomplexität und Kontrollierbarkeit: Je vielschichtiger und unübersichtlicher die Strukturen der realisierenden Einheit, desto schwieriger ist auch die tatsächliche Kontrolle durch die Parlamente. Mit der Institutionalisierung von Zusammenarbeit geht demnach auch ein Anstieg der Kontrollintensität einher.

Für die beiden institutionalisierten Kooperationen bedeutet dies in erster Linie hohe Anforderungen an die Überwachungsleistung der eingesetzten Aufsichtsräte. Wie dargelegt worden ist, muss die Besetzung im Hinblick auf bestimmte Mitglieder hierbei als problematisch bezeichnet werden. Die Effektivität der Kontrolle darf durch Funktionsverflechtungen einzelner Aufsichtsratsmandate nicht generell in Frage gestellt werden.¹⁴⁸² Diesem Anspruch konnten die jeweiligen Aufsichtsräte von JWP und BER während der untersuchten Zeiträume nicht entsprechen. In beiden Fällen stellten die im Finanzministerium zuständigen Beteiligungsreferate als Gesellschaftervertreter zugleich ein Aufsichtsratsmitglied. Diese organschaftliche Verflechtung ist unter Gesichtspunkten der effektiven und ordnungsgemäßen Aufgabenausführung in der Kapitalgesellschaft prekär. Hier steht die dienstrechtliche Hierarchie- und Weisungsgebundenheit mit den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten in einem evidenten Spannungsverhältnis, welches die Kontrolleffektivität der Aufsichtsratsposition letztlich im Ganzen in Frage stellt und somit auch die Rechtmäßigkeit dieser Abläufe unter einem demokratieprinzipiellen Blickwinkel zumindest zweifelhaft erscheinen lässt. Insgesamt konnte das verfassungsrechtlich geforderte Kontrollniveau in den skizzierten Konstellationen nicht erreicht werden. Während insbesondere die zuständigen Rechnungshöfe diese Kontrolldefizite moniert haben, blieben sie dennoch ohne rechtliche Folgen.

Weiterhin dürfte insbesondere die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden bis zum Jahr 2017 beim BER, aber auch beim JWP Anlass für Bedenken bieten.¹⁴⁸³ Hier ist höchst fraglich, ob die Funktion eines obersten Überwachers und Kontrolleurs insbesondere zeitlich mit dem Aufgabenspektrum eines Ministerpräsidenten bzw. Regierenden Bürgermeisters vereinbar ist.¹⁴⁸⁴ Dies gilt für BER umso mehr, als die vielfältigen Schwierigkeiten um die Planung und Realisierung die Kontrollaufgabe

¹⁴⁸² Vgl. LRH Bbg., Bericht BER, S. 70f.

¹⁴⁸³ Den Aufsichtsratsvorsitz der FBB hatte bis 2017 Ministerpräsident Brandenburgs oder der Regierenden Bürgermeister von Berlin inne, zuletzt seit 2015 Michael Müller. Vgl. Flughafen Berlin Brandenburg, Pressemitteilung vom 03.07.2015: <https://www.berlin-airport.de/de/presse/presseinformationen/mitteilungen-archiv/2015/2015-07-03-fbb/index.php>.

¹⁴⁸⁴ Vgl. Keller/Paetzelt, Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, in: KommJur 2005, 451 (452)

besonders umfangreich und substanziell werden ließen. Dennoch wurde der Aufsichtsratsvorsitz bis 2017 durchgängig durch Regierungschefs der beteiligten Länder geführt. Auch unter fachlichen Gesichtspunkten besteht Anlass, die Besetzung, insbesondere des Vorsitzenden, zu überdenken. Vor dem Hintergrund der sonstigen Aufgaben und zeitbindenden Verpflichtungen hoher politischer Posten, erscheint eine ohne fachspezifischen Zusammenhang erfolgte Mandatierung als wenig geeignet zur Besetzung einer für die Funktionsfähigkeit und Effektivität der Kapitalgesellschaft so signifikanten Position wie der eines Aufsichtsratsvorsitzes. Verfassungsrechtlich ist dies jedoch lediglich bedenklich, nicht hingegen unrechtmäßig.

4) Lange Verfahrensdauer und erhebliche Kostensteigerung

Kostensteigerungen kennzeichnen alle hier untersuchten Großprojekte – allerdings in sehr unterschiedlichem Maße. Besonders eklatant ist die prognostizierte Kostensteigerung bei S21 und BER. Nach Prognosen steht dem Bahnprojekt bis zur Fertigstellung ein Anstieg der Aufwendungen um rund 400 Prozent seit der Machbarkeitsstudie von 1995 bevor. Mit derzeit prognostizierten Kosten von mindestens 7,1 Mrd. Euro muss für den Hauptstadtflughafen sogar mit Steigerungen um weit über 400 Prozent der 2004 kalkulierten Kosten gerechnet werden. Der JWP verteuerte sich hingegen vergleichsweise gering um 35 Prozent zum anfänglich errechneten Preis.

Diese Steigerungen verlaufen nahezu linear zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen. Kein Projekt konnte das zunächst prognostizierte Eröffnungsdatum halten. Hier ist der Hauptstadtflughafen Vorreiter: Nach fünf verschobenen Eröffnungsterminen wird BER nach derzeitiger Prognose (Stand: 2020) im Oktober 2020, neun Jahre nach dem beim Spatenstich geplanten Eröffnungsdatum, in Betrieb gehen.¹⁴⁸⁵ Bei einer derzeit geplanten Inbetriebnahme in 2025 verzögert sich das Stuttgarter Bahnprojekt um sechs Jahre.¹⁴⁸⁶ Der JadeWeserPort wurde 2012 ein Jahr später als geplant eröffnet. Nach dem zuvor Gesagten weist der Tiefwasserhafen somit den planungskonformsten Ablauf auf und bleibt insgesamt in der Norm der typischen Verzögerungen und Kostensteigerungen bei Verkehrsinfrastrukturgroßprojekten.¹⁴⁸⁷

Fraglich ist dabei, wie diese Unterschiede unter Zugrundelegung rechtlicher Gesichtspunkte zu erklären sind. Auf verfahrensrechtlicher Ebene ist dazu zunächst das regelmäßig zeitintensive Planfeststellungsverfahren auszuführen. Der Planfeststellungsantrag S21 wurde im Jahr 2001 gestellt und die Planfeststellungsbeschlüsse

¹⁴⁸⁵ Siehe oben Fn 1131.

¹⁴⁸⁶ Vgl. Fn 1341.

¹⁴⁸⁷ Vgl. dazu *Flyvbjerg/Bruzelius/Rothengatter*, *Megaprojects and Risk*, S. 18; *Kostka/Anzinger*, *Large Infrastructure Projects in Germany*, S. 9. Vgl. auch oben B)V3), S. 42.

vom EBA im Jahr 2005 gefällt.¹⁴⁸⁸ Die gerichtliche Bestätigung zog sich bis 2008 hin. Die Planfeststellungsanträge zum JWP wurden 2003 gestellt und 2006/2007 ergingen die Beschlüsse.¹⁴⁸⁹ Die gerichtliche Bestätigung erfolgte 2008. Für den BER wurde die Planfeststellung Ende 1999 beantragt, der Beschluss folgte 2004, dessen Ergänzung 2009.¹⁴⁹⁰ Auch die gerichtliche Auseinandersetzung endete im selben Jahr. Die Dauer des Planfeststellungsverfahrens betrug für alle Projekte vier Jahre. Unterschiede lassen sich jedoch im Verlauf der gerichtlichen Auseinandersetzungen aufzeigen. Sie divergiert von knapp zwei Jahren (JWP) zu drei (S21), bzw. fünf Jahren (BER).

Die Verzögerungen sind jedoch nicht monokausal. Insgesamt überschreiten sie den Umfang der verwaltungsverfahrenrechtlichen und gerichtlichen Auseinandersetzungen insbesondere beim Flughafenprojekt deutlich.¹⁴⁹¹ Die Begründung für die Zeitüberschreitungen ist folglich nicht primär in rechtlichen Verfahrensverzögerungen zu sehen.¹⁴⁹² Demnach ist es eine Kumulation rechts- und technikbezogener Gegebenheiten, die ursächlich für diese Defizitebene ist.

Führende Experten sehen die Ursachen für die immensen Kosten- und Zeitüberschreitungen bei Großprojekten vor allem in verhaltensökonomischen Faktoren: Neben dem Überoptimismus der Projektplaner¹⁴⁹³ fehle es regelmäßig an Knowhow auf der Seite der Bauherren.¹⁴⁹⁴ Demnach würden realistische Planungen nicht die Vorstellungen der Auftraggeber treffen und den Planern demzufolge keine Aufträge einbringen.¹⁴⁹⁵ Darüber hinaus sei das Planung und Realisierung betreffende Verhalten über die Zeit hinweg in etwa gleich geblieben, Konsequenzen aus

¹⁴⁸⁸ BT Drs. 16/878

¹⁴⁸⁹ Siehe E)IV)1a)bb).

¹⁴⁹⁰ Siehe E)IV)2a)bb)(2).

¹⁴⁹¹ Während der Flughafen Berlin Brandenburg anfänglich 2007 eröffnet werden sollte, ist nunmehr als festes Datum der 31. Oktober 2020 anvisiert, vgl. <https://ber.berlin-airport.de/de.html>.

¹⁴⁹² Dennoch ist der Zeit-Kostenzusammenhang auch i.Z.m. langen Verfahrensdauern nicht zu unterschätzen: Kosten, die aus der Einleitung von Gerichts- und Verwaltungsverfahren resultieren, sind vor allem den hierdurch entstehenden Verzögerungseffekten geschuldet. Vgl. hierzu tiefgehend *Madigan/Susskind/Weinstein*, Vorüberlegungen für eine verbesserte Konfliktbewältigung im Umweltbereich, in: H-R/S-A, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen Bd. 1, S. 154.

¹⁴⁹³ *Flyvbjerg*, Survival of the Un-fittest: Why the Worst Infrastructure Gets Built - and What We Can Do about It, in: Oxford Review of Economic Policy, Vol. 25, S. 344ff.

¹⁴⁹⁴ *Lovullo/Kahnemann*, Delusions of Success: How Optimism Undermines Executives' Decisions, in: Harvard Business Review 07/2003, 56 (57).

¹⁴⁹⁵ *Flyvbjerg*, Policy and Planning for Large Infrastructure Projects, S. 15. Dies trifft der Aussage des ehemaligen BER-Architekten *v. Gerkan* nach auch auf das Flughafenprojekt zu (*Beyer/Knöjel*, „Versaute Verhältnisse“ - Gipfeltreffen der geplagten Architekten, in: Der Spiegel, Ausgabe 24/2013, S. 118 (124)).

den vergangenen Fehlern seien nicht gezogen worden.¹⁴⁹⁶ Für das Flughafenprojekt zeigt sich das sehr deutlich. Dort wurde es nicht nur verfehlt, sich an vergleichbaren Fehlern vorangegangener Projekte zu orientieren, insbesondere wurden auch keine Schlussfolgerungen aus bekannten Defiziten des Projekts selbst gezogen. Empfehlungen von Kontrollgremien, dem brandenburgischen LRH etwa, aber auch von Fachexperten, dem eigenen Aufsichtsrat und den beteiligten Parlamenten wurden nicht umgesetzt. Auch häufige Wechsel im Aufsichtsrat und insbesondere in der Besetzung des Geschäftsführungsgremiums dürften hierbei nicht zugunsten von Stabilität und Kontinuität des Projektverlaufs gewirkt haben.

Die Hauptursachen für das Nichteinhalten der kalkulierten Eröffnungstermine stellen insbesondere bei BER und JWP baulich-technische Umstände und Anpassungsbedürfnisse dar.¹⁴⁹⁷ Der BER weist hierbei zudem auch evidente Defizite in der Projektorganisation, verbunden mit den bereits erörterten Kontrollschwächen auf, die in erheblichem Maße zu den Verzögerungen beigetragen haben.¹⁴⁹⁸ Ist die Begründung für die Terminüberschreitungen überwiegend jedoch nicht in juristischen Faktoren zu finden, so bleibt die Frage nach der rechtlichen Einstufung der Ergebnisse, nach den Konsequenzen, die de jure aus diesen Erkenntnissen zu ziehen sind. Dies ist Kernaufgabe der nachfolgenden Erörterung zum Handlungsbedürfnis (II).

5) Rejektionshaltung aus der Bevölkerung

a) *Zivil-partizipatorische Elemente*

Zwei der hier betrachteten Projekte weisen über die im Verwaltungsverfahren vorgesehenen Beteiligungsinstrumente hinaus bürgerpartizipatorische Elemente auf. Sowohl das BER- als auch S21-Projekt hat ein Schlichtungsverfahren durchlaufen, welches beim Bahnprojekt noch durch eine Volksabstimmung ergänzt wurde.

Das Schlichtungsverfahren bei S21 konnte insbesondere zur Sachverhaltsaufklärung beitragen und war der breiten Öffentlichkeit via Videoübertragung und im Fernsehen überregional zugänglich. Es weist somit in erheblichem Maße Transparenz auf allen Ebenen auf. Anders ist dies bei der BER-Mediation zu bewerten. Die Aufteilung in verschiedene Mediationsgruppen sowie die Begrenzung der Teilnehmer insbesondere im Hinblick auf betroffene und allgemeine Öffentlichkeit vermag nur in begrenztem Rahmen zur Schaffung von Transparenz in einem weiten Sinne beizutragen. Dem Großteil der Bürger, ob betroffen oder nicht, blieb die Teilhabe

¹⁴⁹⁶ *Flyvbjerg/Garbnio/Lovullo*, Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: Two Models for Explaining and Preventing Executive Disaster, in: *California Management Review* vol. 51 no. 2 2009, 170ff.

¹⁴⁹⁷ BER: insbes. Entrauchungsanlage; JWP: Risse in der Spundwand; S21: Bau des unterirdischen Bahnhofs hat erst im September 2016 begonnen.

¹⁴⁹⁸ Dies wird auch im Bericht des BER-Untersuchungsausschuss als wesentlicher und eklatanter Mangel des Projekts festgestellt: LT Berlin Drs. 17/3000, Bd. I, dort insb. S. 399ff.

am Mediationsgeschehen, die Nachvollziehbarkeit und Durchschaubarkeit des Projekts zu einem frühen Zeitpunkt sowie der einhergehende demokratiebedeutsame Meinungsbildungsprozess verwehrt. Ohne der Mediation ihr grundsätzliches Potenzial zur Demokratieintensivierung abzusprechen, muss für den konkreten Sachverhalt beim BER-Projekt dessen Wirksamkeit im Hinblick auf die angestrebten Ziele insgesamt angezweifelt werden. Dies verdeutlicht auch die Haltung der projektrealisierenden Hoheitsträger. Diese hatten das Projekt entgegen dem informellen Übereinkommen vorangetrieben, wonach die Mediationsergebnisse abgewartet werden sollten, bevor verfahrensrechtlich relevante Schritte eingeleitet würden (bei BER: Antrag auf Planfeststellung für Standort Schönefeld).

Auffällig ist für beide Projekte, dass die Mediationsverfahren nicht zur Beilegung der Konflikte führten. Zwar ist eine dahingehende Forderung dem demokratischen Rechtsstaat fremd, dessen pluralistischer Charakter durch Diversität und Konflikte geprägt wird, dennoch können die Verfahren in diesem Kontext einen Eigenwert für sich beanspruchen.¹⁴⁹⁹ Das S21-Schlichtungsverfahren hatte weitreichende Transparenzwirkung, die geeignet war, zur Meinungsbildung und Versachlichung der Debatte beizutragen und damit als Demokratietriebkraft der in der Folge durchgeführten Volksabstimmung zu fungieren. Die BER-Mediation hingegen konnte kaum einen messbaren Effekt erzielen. Die Unverbindlichkeit des Verfahrens sowie die gleichzeitige Fortführung der Planfeststellungsvorbereitungen zugunsten des Standorts Schönefeld bewirkten insofern eher die Verhärtung der Konfliktstrukturen.¹⁵⁰⁰

Direktdemokratisch wurde nur im Rahmen des Bahnprojektes abgestimmt. Wie oben dargelegt, muss die demokratische Legitimation des Referendums insbesondere ob der überregionalen Bedeutsamkeit des Bahnprojekts angezweifelt werden. Dennoch darf nicht unterschätzt werden, inwieweit der Vorgang als „Demokratiemotor“ fungiert hat. Die Abstimmung konnte nur durch die in der Koalitionsvereinbarung niedergelegte Bestimmung über das Referendum der damals noch neuen grün-roten Landesregierung ermöglicht werden, deren Wahlerfolg in großem Maße den Konflikten um S21 zugeschrieben wird.¹⁵⁰¹ Die Einhaltung der Finanzierungsvereinbarung ist ebenfalls einem bürgerschaftlichen Votum zuzuschreiben – wiederum entgegen vieler Prognosen sowie den Hoffnungen der Projektgegner. Die Wirksamkeit demokratischer Instrumentarien hat sich gleichfalls zunehmend einstellen können: Die Proteste in ihrer einstigen Dimension verstummten, das Votum dieser demokratischen Mehrheit konnte von einer großen Zahl von Bürgern akzeptiert werden, anders als die Bindungen, die ihre gewählten Repräsentanten zuvor

¹⁴⁹⁹ *Franzius*, Stuttgart 21, in: *VerwArch* 2012, 225 (234); *Leisner*, Stuttgart 21: „Wir sind das Volk“, in: *NJW* 2011, 33; *Wittreck*, Demokratische Legitimation von Großvorhaben, in: *ZG* 2011, 209 (224).

¹⁵⁰⁰ *Becker-Ritterspach*, Steuerung der Implementation von Flughäfen, S. 265, 271f.

¹⁵⁰¹ *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, in: *NuR* 2011, 614.

eingegangen waren. Dennoch muss die Bedeutung dieses Geschehens richtig eingeordnet werden. Es stärkt eine ideell-qualitative Bedeutungsebene des Demokratieprinzips, den Legitimationsgehalt der vorhergehenden Repräsentantenvoten lässt es unberührt.

b) Akzeptanz als Planungsvehikel und Demokratiemotor

Bürgerbeteiligung, Öffentlichkeitsbeteiligung und Akzeptanzstärkung sind Schlagworte, die im Zusammenhang mit den oben untersuchten Projekten omnipräsent sind. Dies trifft auch auf die juristischen Auseinandersetzungen zu. Nachdem oben dargelegt wurde, dass Akzeptanz keine normative Direktive des Demokratieprinzips ist, bleibt dennoch die rechtsdogmatische Frage nach dem Vertrauen der Repräsentierten in das Tun ihrer Repräsentanten. Akzeptanz von Großprojekten wird stets spätestens dann ein Thema auch für juristische Untersuchungen, wenn sie in großem Umfang nicht gegeben ist und so eine Rejektionshaltung in breiten Teilen der Bevölkerung hervorruft, die letztlich geeignet ist, die Vorhabenrealisierung im Ganzen zu gefährden (so z.B. durch die Volksabstimmung über einen Finanzierungsvertrag, wie bei S21). Das gilt auch für erhebliche Verzögerungen der Umsetzung, z.B. durch massenhafte Anrufung der Gerichte im Zusammenhang mit Planfeststellungsbeschlüssen wie beim BER, aber auch beim JWP und S21. Akzeptanz wird dann neben der Bedeutung für das Verwaltungsverfahren,¹⁵⁰² auch zu einem Gegenstand demokratieprinzipieller, also letztlich auch rechtlicher Auseinandersetzung, da das evidente Auseinanderfallen von Volkswillen und politischem Tun der Repräsentanten ureigenste Materie dieser – auch verfassungsrechtlichen – Auseinandersetzung ist. Nach *Seibert-Fobr* möge man Akzeptanz zwar als Thematik abseits klassischer Rechtsprinzipien beurteilen, dabei sei aber „Rechtssicherheit sehr wohl ein Anliegen unseres demokratischen Rechtsstaats“,¹⁵⁰³ weshalb sie für eine Konzentration auf die Akzeptanzförderung im Rahmen des Planungsverfahrens votiert.¹⁵⁰⁴ Zu Recht weist sie insofern darauf hin, dass Öffentlichkeitsbeteiligung

¹⁵⁰² Vgl. zur Akzeptanz im Verwaltungsverfahren z.B. *Erbguth*, Infrastruktur Großprojekte, in: DÖV 2012, S. 821ff; *Holznapel*, Die Standortfindung von Entsorgungsanlagen, in: DVBl 1989, S. 1080 ff; *Ramsauer*, Data Mediation: Ein Weg zu Transparenz und Akzeptanz im Verwaltungsverfahren, in: FS Bull 2011, S. 1029ff; *Schütte*, Mehr Demokratie versus Verfahrensbeschleunigung?, in: ZUR 2011, S. 169ff; *Seibert-Fobr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: VerwArch 2013, S. 311 (324); *Wiggers*, Mehr Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großvorhaben, in: NJW-Spezial 2013, S. 172f; *Wittreck*, Großvorhaben, in: ZG 2011, S. 209 (221); *Würtenberger*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, in: NJW 1991, S. 257; *ders.*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen; vgl. zudem auch die Mitteilung der Bundesregierung v. 01.03.2013; Mitteilung des Bundesrats 73/2013 v. 22. 3. 2013 i. Z. m. der Schaffung des PIVereinHG, Mehr Bürgerbeteiligung bei Großvorhaben, in: DS 2013, S. 125.

¹⁵⁰³ *Seibert-Fobr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: VerwArch 2013, S. 311.

¹⁵⁰⁴ *Ebda*, S. 324.

stets eine Interessenartikulation sei, deren Verwechslung mit demokratischer Legitimation sich unfraglich verbiete.¹⁵⁰⁵ Eine von Teilen der Öffentlichkeit abgelehnte Planung, ist demnach nicht zu verwechseln mit einer demokratisch nicht legitimierten Planungsentscheidung.

Dies en détail zu analysieren kann dennoch nicht Aufgabe der Rechtswissenschaften sein. Wohl aber ist es eine rechtswissenschaftliche Angelegenheit, mögliche Wege aufzuzeigen, wie akzeptanzsteigernde Faktoren in geltendes Recht inkorporiert werden oder dieses entsprechend abwandeln könnten.

6) Zwischenergebnis zum Vergleich

Die drei begutachteten Infrastrukturgroßprojekte weisen unterschiedliche Kooperationsstrukturen auf, insbesondere die Intensität der Zusammenarbeit unterscheidet S21 von JWP und BER. Während die institutionalisierte Zusammenarbeit der BER-Projektpartner als unkooperativ eingestuft werden muss, lässt der JWP erheblichere Unstimmigkeiten zwischen den Mitgesellschaftern nicht erkennen. S21 kennzeichnet dagegen eine vergleichsweise hohe Orientierung der Projektbeteiligten an den Eigeninteressen, wobei die deutlich geringeren Kooperationsbezüge bereits in der Projektstruktur angelegt sind.

Insgesamt wird deutlich, dass keines der dargestellten Projekte ohne Defizite realisiert werden konnte. Dennoch ist eine Unterscheidung im Hinblick sowohl auf deren Ausmaß als auch die Intensität geboten. Das Flughafenprojekt sowie der JadeWeserPort zeigen in der Tendenz eher arkane Strukturen, insgesamt erfolgten Planung und Realisierung im Wesentlichen innerhalb der traditionellen Verfahrensmuster. S21 hingegen zeichnet sich durch Informationsstrukturen aus, die weitreichende Informationsbeschaffung ermöglichen und dem Transparenzgebot insgesamt eher gerecht werden.

Im Hinblick auf die Struktur demokratischer Legitimation begegnet das Bahnprojekt im Wesentlichen keinen Bedenken, allein das Referendum zur Kündigung der Finanzierungsvereinbarung ist insofern in Zweifel zu ziehen. Auf tatsächlicher Ebene hatte es jedoch durch die Ablehnung des Abstimmungsgegenstands keine Auswirkungen auf das Gesamtprojekt. Die beiden übrigen Projekte weisen Defizite in den legitimatorischen Strukturen auf, letztlich besteht jedoch ein insgesamt effektiver Legitimationsgehalt, der insbesondere durch die Einwirkung des Bundesstaatsprinzips erreicht wird.¹⁵⁰⁶ Zudem ist im Besonderen zu beachten, dass es sich bei beiden institutionalisierten Kooperationen um Gesellschafter handelt, die für sich genommen legitimierte Träger sind, sodass Partner zusammen entscheiden, die jeweils die Vorgaben des Demokratieprinzips erfüllen.

¹⁵⁰⁵ *Seibert-Fohr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: *VerwArch* 2013, S. 325.

¹⁵⁰⁶ Siehe dazu insbesondere die Ausführungen zum JWP unter E)1)d)cc).

II) Handlungsbedarf

Nach den bisherigen Ausführungen ist eine Steigerung des Niveaus demokratischer Legitimation in Großprojektrealisierungen angezeigt. Hierzu erweist sich neben der Reformierung der Vorhabenstrukturen hinsichtlich der Einfügung in das demokratische System auch die Korrektur der konkreten Realisierungsstrukturen als unerlässlich. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Umsetzung legitimationsstiftender Faktoren innerhalb von institutionalisierten Kooperationen in privat-rechtlich organisierten Gesellschaften. Es sind daher Modifikationen auf der Makroebene (1) und – dort wo Zusammenarbeit institutionalisiert wird – auf der Mikroebene (2) der Großprojektrealisierung erforderlich. Die Auseinandersetzung mit denjenigen Aspekten, die hierfür relevant sind, ist nach der Besprechung bestehender Defizite Kernanliegen dieser Arbeit. Hierzu bedarf es einer Darstellung, die diese Aspekte ihrer Bedeutung entsprechend aufführt und expliziert. Demnach ist in der Folge eine Abhandlung nicht mittels der aufgezeigten Defizitkategorien, sondern anhand der Kernaspekte des Handlungsbedürfnisses angezeigt.

1) Die Makroebene – Bedingungen für Großprojekte in der repräsentativen Demokratie

Auf einer übergeordneten Ebene besteht ein Optimierungsbedürfnis für die Projektstrukturen, ganz unabhängig von Kooperationsformen. Es sind daher Optionen aufzuzeigen, wie multidimensionale Großprojekte sich in das bestehende System repräsentativer Demokratie einfügen lassen. Hierzu werden das Fundament (a) und weitere Kernfaktoren der Repräsentation (b) auf entsprechende Potenziale hin untersucht.

a) Der Ursprung: das Staatsvolk

aa) Paradigmenwechsel

Das Verhältnis der Staatsbürger zu ihren Repräsentanten sowie zu Politik im Allgemeinen unterliegt gerade in jüngerer Zeit einem stetigen Wandel.¹⁵⁰⁷ Speziell verschiedene große Protestbewegungen verdeutlichen, dass es einer jedenfalls nicht unbedeutenden Zahl von Bürgern nicht mehr ausreicht, periodisch ihre Stimme in

¹⁵⁰⁷ Rückläufige Wahlbeteiligungen, schlechte Wahlergebnisse der Volksparteien und die stetig vorschreitende Individualisierung der Gesellschaft verdeutlichen die beständige Distanz zwischen Staat und Bürger. Vgl. *Thaa*, Die Krise politischer Repräsentation, in: Linden/ders., Krise und Reform politischer Repräsentation, S. 125. Zum Wandel des Staat/Bürger-Verhältnisses s.a. *Gabriel*, Bürgerbeteiligung an Großprojekten, in: Hill/Sommermann/Wieland/Ziekow, Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, S. 31, 61; *Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HStR II, § 31 Rn 57.

Wahlen abzugeben. Stattdessen besteht das Bedürfnis, auch innerhalb dieser Zeiträume am politischen Geschehen teilzuhaben. Bei der Realisierung von Großprojekten zeigt sich das im Besonderen.¹⁵⁰⁸ Die Entscheidung über diese Projekte innerhalb der Strukturen der geteilten Gewalten des repräsentativen Demokratiesystems wird weder akzeptiert, noch wird das Prozedere als hinreichend empfunden. Was plakativ unter dem Schlagwort „Basta-Politik“ beschrieben wird,¹⁵⁰⁹ betrifft eine tiefgreifende Krise des Verhältnisses der Repräsentierten zu ihren Repräsentanten in der parlamentarischen Demokratie.

Während aufgezeigt wurde, dass Proteste in der Eigenart pluralistischer Systeme angelegt sind, hat sich das Verhältnis der Bürger zur Politik in jüngerer Zeit insgesamt gewandelt. Studien belegen, dass die repräsentative Demokratie in ihrem heutigen Erscheinungsbild als häufig unzureichend empfunden und der Wunsch nach einem vielgestaltigeren Demokratiesystem artikuliert wird.¹⁵¹⁰ Die Erwartungen der Bürger an demokratische Mitbestimmung haben sich demnach verändert. Diese Forderungen verdienen insofern Gehör, als das Vertrauen des Staatsvolks in das Tun seiner Repräsentanten innerhalb der repräsentativen Demokratie eine auch staatsrechtlich keinesfalls zu unterschätzende Größe ist.¹⁵¹¹ Das Prinzip der Volkssouveränität definiert das Staatsvolk als Ursprung und Ausgangspunkt des demokratischen Staates, vgl. Art. 20 III GG. Das Volk stellt eine reale Größe dar, an der staatliches Handeln sich stets zu orientieren hat.¹⁵¹² Staat und Staatsvolk existieren daher niemals isoliert voneinander, sie stehen in einer fortwährenden reziproken Beziehung mit Rechten und Pflichten.

bb) Vertrauen als Maxime der demokratischen Repräsentation

Mit dem Verzicht auf die Ausübung der Staatsgewalt jenseits von Wahlen und der Übertragung der Staatsgewalt auf die besonderen Organe (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) geht neben deren Legitimationsbedürftigkeit auch das Vertrauen des Volkes in die

¹⁵⁰⁸ Siehe oben E)III)4).

¹⁵⁰⁹ Der Begriff „Basta-Politik“ im Sinne eines Machtworts stammt aus der Ära Schröder, der nach seiner „Es ist notwendig und wir werden es machen. Basta.“-Rede zur Riesterrede plakativ auch als „Basta-Kanzler“ bezeichnet wurde. Es hat sich mittlerweile zu einem Schlagwort für eine anti-demokratische Gesprächskultur entwickelt. Vgl. z.B. *Geißler*, Schlichterspruch Stuttgart 21 PLUS; insgesamt *Wrobel*, Legitimationsstrategien in sozialpolitischen Reformdebatten, in: Drews-Sylla u.a., Konstruierte Normalitäten, S. 243ff.

¹⁵¹⁰ Vgl. z.B. Staatsministerium B-W/Bertelsmannstiftung, Vielfältige Demokratie - Kernergebnisse der Studie Partizipation im Wandel; Bertelsmannstiftung, Mehr Transparenz und Bürgerbeteiligung; Göttinger Institut für Demokratieforschung, Die Proteste gegen den Flughafen BER/BBi.

¹⁵¹¹ Vgl. dazu eingehender unten F)II)1)a)bb).

¹⁵¹² *Badura*, Die parlamentarische Demokratie, in: HStR II, § 25 Rn 28.

ordnungsgemäße Ausführung des Repräsentationsauftrags einher. Die repräsentative Demokratie trägt demnach als zentrales ideenpolitisches Element das Vertrauen des Volkes nicht nur in die Repräsentanten, sondern in das System als solches in sich. Mit seiner Bedeutung als Überzeugung von der Verlässlichkeit einer Person oder Sache¹⁵¹³ betrifft Vertrauen eine ideelle Ebene. Durch die Teilnahme am periodisch wiederkehrenden Wahlakt äußert sich das Vertrauen des einzelnen Wahlbürgers als systemimmanentes Element, dessen Existenz Voraussetzung für das repräsentative System ist.

Die staatsrechtliche Bedeutung des Vertrauenstatbestands findet in Art. 68 GG verfassungsrechtliche Ausformung. Die Norm ist eine der grundgesetzlichen Vorkehrungen,¹⁵¹⁴ die in erster Linie der Sicherstellung einer möglichst nachhaltigen Stabilität der Regierung dienen.¹⁵¹⁵ Der Entzug des Vertrauens durch den Bundestag gilt dabei als eine der äußersten Sanktionen der parlamentarischen Regierungsverantwortlichkeit.¹⁵¹⁶ Diese Bedeutungsebene kann dem Vertrauensbegriff auch im Verhältnis zum Staatsvolk entnommen werden. Wenngleich dem Volk kein in der Wirksamkeit dem Misstrauensvotum des Art. 67 Abs. 1 GG gleichbedeutendes Instrument zur Verfügung steht,¹⁵¹⁷ ist das Vertrauen des Volkes in das Handeln von Regierung und Parlament eine zentrale Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des repräsentativen Systems.¹⁵¹⁸ Auch dieses Vertrauen ist entziehbar, was als Auslöser einer Veränderung des parlamentarischen Status Quo, durch Entzug des Regierungsauftrags z. B., weitreichende Folgen nach sich ziehen kann.

Den Vertrauensbegriff charakterisieren die Asymmetrie im Hinblick auf Machtverteilung zwischen Vertrauensgeber und -empfänger, konkret im Verhältnis zwischen Repräsentierten und Repräsentanten. Der Restgehalt an Macht, der dem repräsentierten Vertrauensgeber stets bleiben muss,¹⁵¹⁹ ist geeignet, diese Asymmetrie

¹⁵¹³ Duden, Deutsche Rechtschreibung, Bedeutungsübersicht Vertrauen.

¹⁵¹⁴ Hierzu gehören in erster Linie Art. 67 und Art. 81 GG, aber auch Art. 63 und Art. 69 Abs. 2 und Abs. 3 GG.

¹⁵¹⁵ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 68 Rn 1; *Oldiges/Brinktrine*, in: Sachs, GG, Art. 68 Rn 18;

¹⁵¹⁶ *Badura*, Die parlamentarische Demokratie, in: HStR II, § 25 Rn 13; *Oldiges*, in: Sachs, GG, Art. 63 Rn 6.

¹⁵¹⁷ Zu anderen Misstrauensbekundungen des Parlaments, s. *Epping*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 67 Rn 27; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 67 Rn 37ff; *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 67 Rn 1.

¹⁵¹⁸ *Gebauer*, Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen stärken, in: DÖV 2007, 115 (116); *ders.*, Konferenzbericht, in: Deutsche Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Verwaltungswissenschaftliche Informationen 34. Jg. 2006, 46 (47).

¹⁵¹⁹ Alles andere würde die Bedeutung einer Unterordnung unter einen absolutistischen Herrscher bedeuten: Namentlich im Sinne einer Hobbesschen Auffassung, in der die totale Unterwerfung des Untertans unter den Willen des Souveräns unabänderlich ist und allein dessen Bedrohung des eigenen Lebens die Möglichkeit bietet diesem Willen zu entrinnen (vgl. *Hobbes*, *Leviathan*, S. 120) zeigt sich die Notwendigkeit von Einwirkungsmöglichkeiten des Einzelnen im demokratisierten Staat.

aufzulösen: Der Entzug des Vertrauens ist auch in der parlamentarischen Demokratie ein starkes Instrument des Wählers, der – freilich nur im Verbund mit anderen – die Wiederwahl des Vertrauensempfängers verhindern kann. In Abkehr vom *Hobbesschen* absolutistischen Verständnis formuliert *Locke* dies mit seiner Forderung „[d]as Volk soll Richter sein.“¹⁵²⁰ Vertrauen ist demnach im staatsrechtlichen Sinne nicht allein ein parlamentarisches Instrument der Maßregelung durch seinen Entzug, sondern dient umgekehrt bei einer Erneuerung des Repräsentationsauftrages der Stabilisierung des gegenwärtigen Parlaments.

In logischer Konsequenz bewirkt gesellschaftliches Misstrauen in das Parlament Instabilität. Misstrauen bedeutet begrifflich das Bestehen von Zweifeln.¹⁵²¹ Dabei beschreibt der Terminus nicht in kontradiktorischer Weise jeden Zustand des Nicht-Vertrauens, sondern ist viel eher das Nicht-Vertrauen in seiner ärgsten Ausprägung. Dies vorangestellt, hat sich die Diskussion um bürgerliches Misstrauen im Zusammenhang mit Großprojektrealisierungen, einhergehenden Protesten sowie den mitunter gravierenden Defiziten in Planungs- und Bauprozessen nahezu selbstständig. Die Thematik ist naturgemäß eng verwoben mit der Debatte um Akzeptanz bei diesen Projekten, betrifft aber letztlich eine noch elementarere Bedeutungsschicht des Verhältnisses von Staat und Volk, die insgesamt die Funktionsweise der bestehenden Form demokratischer Regierungsweise herausfordert.

Misstrauen ist dennoch nicht per se Charakteristikum des Status Quo der demokratischen Ordnung. Das repräsentative System als solches wird auch weder im Zuge der enorm politisierten Großprojektdebatte, noch im generellen politischen Diskurs im Ganzen in Frage gestellt.¹⁵²² Vielmehr befürwortet ein ganz überwiegender Teil der Bevölkerung Studien zu Folge das repräsentative System und stuft es gar als alternativlos ein.¹⁵²³ Dennoch ist das Vertrauen brüchig geworden. Die Individualisierung und Medialisierung des gesellschaftlichen und politischen Diskurses führen zu zunehmend eindeutiger Positionierung derjenigen, die konkrete Sachverhalte ablehnen.¹⁵²⁴ Weniger offensichtlich sind demgegenüber diejenigen

¹⁵²⁰ *Locke*, Two Treatises of Government, S. 426f. (deutsche Übersetzung von Hoffmann, Zwei Abhandlungen über die Regierung, S. 353).

¹⁵²¹ Vgl. *Hobbes*, The Elements of Law, Natural and Politiv, S. 40.

¹⁵²² *Möstl*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, 354 (361, 411f.).

¹⁵²³ Staatsministerium B-W/Bertelsmann Stiftung, Vielfältige Demokratie: Kernergebnisse der Studie „Partizipation im Wandel“, dort insb. S. 12f.

¹⁵²⁴ Vgl. *Badura*, Die parlamentarische Demokratie, in: HStR II, § 25 Rn 39; *Möstl*, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, S. 354 (371); *Schmitt Glaeser*, Mitwirkung an der Willensbildung, in: HStR III, § 39 Rn 16 mwN sowie *Böckenförde* zur Kommunikationsmacht der Medien als „vierte Gewalt“, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, § 34 Rn 39ff. Zum Begriff der „Mediendemokratie“ insgesamt: *Sarcinelli*, Medien und Demokratie, in: FES, Demokratie in Deutschland 2011.

wahrnehmbar, die diese befürworten und völlig unsichtbar bleiben und diejenigen, die neutral eingestellt sind oder sich gar keine Meinung über den Gegenstand des Diskurses gebildet haben. Die sogenannte „not in my backyard“-Mentalität eignet sich zur deutlicheren Polarisierung von Kontroversen,¹⁵²⁵ während Nicht-Betroffene sich eines irgendwie gearteten Votums regelmäßig enthalten. Die breite Wahrnehmbarkeit der polarisierenden Kräfte ist insofern im Wesentlichen eine Errungenschaft der modernen Mediengesellschaft. Die einhergehende Neigung zu unreflektierter Meinungsbildung steht einem vertrauensvollen Diskurs entgegen und führt nicht selten zu voreiliger Positionierung. Die moderne Mediengesellschaft bietet hierbei den Nährboden für eine schnelle Verbreitung einseitig beleuchteter Thematiken und Populismus.¹⁵²⁶

Volkssouveränität kann indes eine Orientierung von politischen Entscheidungen an Partikularinteressen nicht tolerieren. Das politische Vorgehen innerhalb der parlamentarischen Demokratie bleibt daher allein dem Wohle der Allgemeinheit verpflichtet. Maßgebliches Subjekt demokratischer Legitimation ist allein das Staatsvolk, nicht hingegen der einzelne Staatsbürger oder aber partikulare Gruppierungen.

cc) „Transparenz schafft Vertrauen“ – Transparenz als Ausweg aus der Krise?

Der pauschal formulierte Ruf nach mehr Transparenz ist insbesondere im Zuge der Realisierungsschwierigkeiten etlicher Großprojekte lauter geworden.¹⁵²⁷ Transparenz sei dabei der Schlüssel zu besserem Gelingen. Fraglich ist demnach, ob es tatsächlich transparenzstiftende Elemente sind, die die oben dargelegten Defizite im Zuge verbesserter Strukturen ausräumen können und ob es sonstiger Faktoren bedarf.

Die oben bereits angesprochene Volksinitiative „Transparenz schafft Vertrauen“ hat in Hamburg wesentlich zur Schaffung des HmbTG beigetragen.¹⁵²⁸ Mit

¹⁵²⁵ Diese mitunter auch als „Nimby“-Phänomen bezeichnete zivile Rejektionshaltung ist im Planungsrecht gängig und tritt insbesondere im Rahmen der Gewinnung Erneuerbarer Energien zu Tage. Zur Problematik in Verbindung mit der Energiewende *Jahnke/Liebe/Dobers*, Energiewende – Not-In-My-Backyard oder eine Frage der Gerechtigkeit?, in: ZfU 2015, 367ff; *Wustlich*, Das Recht der Windenergie im Wandel, in: ZUR 2007, 16; zur Großprojekthematik vgl. *Lippert*, Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben, in: ZUR 2013, 203 (210).

¹⁵²⁶ *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, § 34 Rn 39ff.

¹⁵²⁷ Siehe hierzu E)III).

¹⁵²⁸ Am 09.12.2011 wurden von dem Bündnis aus Transparency International, Mehr Demokratie e.V. und Chaos Computer Club Hamburg, dem später die ÖDP, Piratenpartei, GAL, Die Linke und attac beigetreten waren, mehr als 15.000 Unterschriften im Hamburger Rathaus abgeben, am 03.01.2012 stellte der Senat das Zustandekommen der Volkspetition i. S. v. Art. 29 S. 1 HmbVerf i.V.m. § 3 HmbVolksPetG fest. Durch die einstimmige Entscheidung der Hamburgischen Bürgerschaft für ein Transparenzgesetz am 13.06.2012 entfiel die Notwendigkeit, das Anliegen durch ein Volksbegehren und einen Volksentscheid weiter zu verfolgen. Vgl. *Maatsch/Schnabel*, HmbTG, Einl. Rn 2.

der Feststellung, dass mangelndes Vertrauen ein wesentliches Merkmal der aktuellen verfassungspolitischen Herausforderungen ist, bleibt die Frage, ob Transparenz per se die adäquate Lösung ist. Nach der oben erfolgten begrifflichen Darstellung von Transparenz, ist diese in abstracto terminologisch tendenziell gegenläufig zum Vertrauen, das den Glauben und die bloße Überzeugung von etwas betrifft, während Transparenz mit Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit, insbesondere auch die Kontrollierbarkeit einzelner Elemente ermöglicht. Vertrauen betrifft demnach eine ideelle, Transparenz tendenziell eine materielle Ebene. Wenn es im Volksmund heißt „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“, verdeutlicht dies den unterschiedlichen Bedeutungsgehalt dieser Termini. Anders als der Name der eingangs angeführten Initiative es vermuten lassen will, steht Transparenz als bedeutendes Kontrollinstrument also nicht in einem begriffsspezifischen Zusammenhang mit dem der repräsentativen Demokratie innewohnenden und sie bedingenden Vertrauen des Aktivvolkes in seine Repräsentanten. Gleichwohl betrifft sie eine andere Ebene der repräsentativen Demokratie, deren Bedürfnis nach Kontrollinstrumenten und -instanzen insbesondere durch das System der Gewaltenteilung erfüllt wird. Das Grundgesetz stellt damit eine klare Aufgabenverteilung innerhalb des repräsentativen demokratischen Systems auf: Die Kontrollfunktion ist eine Kernaufgabe des Parlaments. Das Volk vermittelt auch diese Aufgabe durch seinen Wahlakt und bringt damit sein Vertrauen in die Kontrolltätigkeit des neu gewählten bzw. bestätigten Parlaments zum Ausdruck. Sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene obliegt die Kontrolle dem Aufgabenbereich der Parlamente sowie der übrigen Staatsgewalten, jenseits des periodisch wiederkehrenden Wahlaktes nicht hingegen dem Souverän selbst. Das grundsätzliche Vertrauen in das Handeln der Regierenden sowie des Parlaments gewährt die Handlungsfreiheit, die zur effektiven Erfüllung des jeweiligen Mandats notwendig ist.¹⁵²⁹

Transparenz und Vertrauen sind folglich grundsätzlich gegenläufige Größen.¹⁵³⁰ Dennoch hat Transparenz, wie oben dargelegt, eine erhebliche Relevanz für die Staat-Bürger-Ebene. Meinungsbildung ist dabei einer der Hauptzwecke im demokratischen System. Die Thematik um die Schaffung weitreichender, in ihrer Transparenzqualität noch über die Informationsfreiheitsgesetze hinausgehenden Transparenzgesetze wirft nach alledem die Frage auf, ob diese tatsächlich geeignet sind hierzu beizutragen. Im vorliegenden Kontext muss daher gefragt werden, ob die

¹⁵²⁹ Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 12 Rn 18.

¹⁵³⁰ Nach Auffassung des Philosophen Han kann „das Vertrauen, das freie Handlungsräume hervorbringt, [...] nicht einfach durch die Kontrolle ersetzt werden. [...] Vertrauen ist nur möglich in einem Zustand zwischen Wissen und Nicht-Wissen. Transparenz ist ein Zustand in dem jedes Nicht-Wissen eliminiert ist.“ (Han, Transparenzgesellschaft, S. 78).

Normativierung von Transparenzerfordernissen effektiv zu versachlichter Meinungsbildung sowie zur Begegnung aktueller Herausforderungen der öffentlichen Großprojektrealisierung beizusteuern im Stande ist.

Die Beschaffung von Informationen ist wesentlich, um Sachverhalte zunächst wahrzunehmen und sodann durchschauen und nachvollziehen zu können. Erfahrungen mit den Informationsfreiheitsgesetzen haben jedoch gezeigt, dass diese in erster Linie von Einzelpersonen oder kleineren Gruppen genutzt werden, um Individualinteressen zu verfolgen.¹⁵³¹ Eine demokratiefördernde Wirkung im Sinne breiter, allgemeiner demokratischer Teilhabe blieb demnach bisher aus.¹⁵³² Informations- und Transparenzgesetze dienen demnach in der Praxis weniger der demokratiegerichteten Nachvollziehbarkeit gesellschaftsrelevanter Sachverhalte, sondern der Beweisführung in eigener Sache.¹⁵³³ Sie werden folglich der Natur des subjektiven Rechts zur Verfolgung individueller Interessen gerecht¹⁵³⁴ und nützen vornehmlich der Geltendmachung von Ansprüchen im Zusammenhang mit eigenen Rechten, insbesondere im Verwaltungsverfahren.¹⁵³⁵ Im Hinblick auf die Realisierung von Großprojekten und die Zugänglichkeit zu Informationen dürfen die Erwartungen an Informations- und Transparenzgesetze demnach nicht überhöht werden. Während die Nutzung für die Geltendmachung eigener Rechte unfraglich legitim ist, genau wie die Geltendmachung von Rechten zur Einleitung von Referenden im Rahmen der Volksgesetzgebung statthaft ist, kann eine deutliche Verbesserung im Hinblick auf die dargelegten Defizite hieraus jedoch nicht per se erwartet werden. Auch ist das Risiko der Bildung von Parallelstrukturen mit geringem legitimatorischen Gehalt (s.o. z.B. Volksabstimmung zu S21)¹⁵³⁶ verfassungsrechtlich bedenklich.¹⁵³⁷ Gleichwohl bedeuten Informations- und Transparenzgesetze eine Teilhabemöglichkeit. Unabhängig von einem Großteil der Antragsgegenstände in der Praxis, ist die Informations- und Transparenzgesetzgebung eine Begegnung des gewachsenen politischen Desinteresses mit der Möglichkeit von Teilhabe an Informationen. Allein der mögliche, nicht an einen betroffenenbezogenen Anspruch gebundene, Zugang zu relevanten Großprojektinformationen im Zuge einer Ausweitung der Transparenzgesetzgebung wäre insofern für das bürgerliche Interesse an der Teilhabe und somit für eine potenziell größere Akzeptanz solcher Projekte

¹⁵³¹ Hartge, Entwicklung des Informationsfreiheitsrechts in Brandenburg, in: LKV 2007, 7 (8); Schoch, IFG, Einl Rn 169.

¹⁵³² Vgl. zur demokratischen Teilhabe als Zweck der Informationsgesetzgebung: Schmitz/Jastrow, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, in: NVwZ 2005, 984 (994).

¹⁵³³ Rossi, Informationsfreiheit – Anspruch und Wirklichkeit, in: v. Arnim (Hrsg.), Transparenz contra Geheimhaltung im Staat, S. 43.

¹⁵³⁴ Maurer, Allg. VerwR, § 8 Rn 2; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 71 Rn 1.

¹⁵³⁵ Vgl. z.B. Hartge, 10 Jahre Informationsfreiheit in Brandenburg, in: DuD 2008, 242.

¹⁵³⁶ Siehe oben E)3)e)5).

¹⁵³⁷ Kropp, Regieren als informaler Prozess, in: APuZ B 43/2003, S. 23 (24).

wünschenswert. Jenseits des oben zu Praxis und Hintergrund der Inanspruchnahme der Informationsgesetze Gesagten, ist die zunehmende Wandlung des administrativen Verständnisses weg von Arkanum und Grundsatz begrenzter Aktenöffentlichkeit, hin zu einer Orientierung am Bürger erfreulich.¹⁵³⁸ Diese Wandlung ist im Ergebnis aber kaum wichtigstes oder auch geeignetstes Instrument zur Begegnung von Paradigmenwechsel und Vertrauenskrise zwischen Repräsentanten und Repräsentierten. Auch ermöglicht allein ein ungefilterter Zugang zu Informationen noch keine Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit, die einen gewissen Strukturierungsgrad voraussetzen. Die Aufbereitung der unübersichtlichen Masse an Informationen ist daher essentiell. Ohne diese ist nur derjenige mit fachlicher Kenntnis im Stande, aus der Vielzahl von Daten die relevanten herauszufiltern und die Informationen zu verstehen. Die Informations- und Transparenzgesetzgebung ist nach alledem Instrument für eine ex post-Betrachtung von Großprojektentscheidungen und ermöglicht eine Begleitung des Projektfortschritts. Sie befähigt hingegen nicht zur Partizipation an Entscheidungsbildung, kann aber nachfolgende Entscheidungen mittelbar tangieren: Die Einsehbarkeit zentraler Projektverträge z.B., beeinflusst deren Zustandekommen zwar nicht unmittelbar, kann aber aktivierend für den weiteren Verlauf des Vorhabens wirken, indem Interessenkollisionen oder Widersprüchlichkeiten aufgedeckt werden und gleichzeitig Diskurs herbeiführen.

Trotz der hier aufgezeigten Vorbehalte hinsichtlich der Zweckmäßigkeit einer Transparenzgesetzgebung zur Auseinandersetzung mit der Krise um das gewandelte Repräsentationsverständnis, ist ihr dennoch eine grundsätzliche Geeignetheit zur Begegnung von Transparenzdefiziten bei Großprojektrealisierungen zuzusprechen. Insbesondere dem Wunsch nach einer breiten und qualitativ guten Informationsstruktur konkreter Großprojekte können Transparenzgesetze durch die Begründung eines subjektiven Rechts auf Information begegnen. Darüber hinaus kann das hierdurch geschaffene Mehr an Transparenz jedenfalls insoweit zur Stärkung von Vertrauen beitragen, als hierin eine Bereitschaft der Repräsentanten zum Ausdruck kommt, sich von den Repräsentierten freiwillig weitgehender kontrollieren zu lassen. Diese Bereitschaft wiederum signalisiert den Repräsentierten, dass die Repräsentanten ihr Handeln an der Maxime ausrichten, dass dieses Handeln einer (ggf. gar nicht in Anspruch genommenen) Kontrollmöglichkeit standhalten könnte. Die Bereitschaft zur Transparenz schafft damit einen berechtigten Grund, das Wagnis des Vertrauens einzugehen. Die Gesetzgebung allein ist jedoch nicht imstande, die immensen Informationsasymmetrien zu bewältigen und kann nicht den umfangreichen Informationsbestand bewirken, der zu tatsächlicher Nachvollziehbarkeit im Sinne des Transparenzgedankens erforderlich ist. Es bedarf daher der Implementierung weiterer informations- bzw. transparenzstiftender Faktoren. Diese werden im Folgenden diskutiert.

¹⁵³⁸ Vgl. zum Erfordernis der Sichtbarkeit staatlicher Entscheidungen sowie zu Arkanpolitik: *Schmitt Glaeser*, Mitwirkung an der Willensbildung, in: HStR III, § 38 Rn 10.

b) *Der Fortgang: Stärkung des Habens, Simplifizierung des Solls*

Der Ruf nach einer Intensivierung zivil-partizipatorischer Instrumente wird gerade im Zusammenhang mit der Entscheidung über Großprojekte immer lauter. In Baden-Württemberg hat dies bereits sowohl politische als auch rechtliche Konsequenzen ausgelöst. Gleichzeitig hat die Volksabstimmung zu S21 dazu geführt, die Wirksamkeit dieser Mittel in Frage zu stellen. Das Projekt wurde nicht verhindert und die Wahlbeteiligung lag – trotz des breiten öffentlichen Diskurses – unter 50 Prozent.¹⁵³⁹ Mehr als die Hälfte der Wahlberechtigten wollte an der Entscheidung über die Beteiligung ihres Bundeslandes an dem Bahnprojekt nicht partizipieren. In weiter von der Landeshauptstadt entfernten Gemeinden war die Wahlbeteiligung am niedrigsten und lag teilweise unter einem Drittel.¹⁵⁴⁰ Vergleichbare Referenden zu Großprojekten zeigten ähnliche Werte: Das Olympiareferendum in Hamburg bewegte die Hälfte der Wahlberechtigten zur Mitentscheidung,¹⁵⁴¹ in den Bürgerentscheiden über eine dritte Startbahn am Münchner Flughafen beteiligten sich nur 33 Prozent der Berechtigten.¹⁵⁴² Die Partizipationsmöglichkeit jenseits der Parlamentswahlen kann einen Großteil des Wahlvolkes offenbar nicht aktivieren.¹⁵⁴³ Die Wahlentscheidungen allein der betroffenen Bevölkerungsteile und einer interessierten Lobby lassen jedoch letztlich keine Rückschlüsse auf den Willen des ganzen Volkes im Sinne des Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG zu.

Die Feststellung, dass direktdemokratische Beteiligungsinstrumente häufig nicht nur ungeeignet sind, unter dem Demokratieprinzip ausreichende demokratische Legitimation herzustellen, sondern eine Mitentscheidung auf diesem Wege auch von vielen Bürgern gar nicht gewollt ist, führt zu der Frage, was hieraus für eine Debatte über eine Reformierung der bundesrepublikanischen Demokratie folgt. Dies ist nicht nur eine gesellschaftspolitische Thematik, sondern auch eine

¹⁵³⁹ Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Endgültiges Ergebnis der Volksabstimmung über das S 21-Kündigungsgesetz, B VII 4 - 1/2011, S. 1: http://www.statistik.baden-wuerttemberg.de/Service/Veroeff/Statistische_Berichte/427111001.pdf.

¹⁵⁴⁰ Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Volksabstimmung am 27.11.2011-Abstimmungsbeteiligung in den Gemeinden Baden-Württembergs: http://www.statistik-bw.de/Service/Veroeff/Thematische_Karten/24241203A.pdf#search=Volksabstimmung.

¹⁵⁴¹ Behörde für Inneres und Sport Hamburg, Pressemitteilung v. 15.12.2015, Olympia-Referendum: <http://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/4655260/2015-12-15-bis-pm-olympia-referendum-endgueltiges-ergebnis/>.

¹⁵⁴² Landeshauptstadt München, Bürgerentscheid 3. Start- und Landebahn v. 17.06.2012: <https://www.muenchen.de/rathaus/Stadtfos/Statistik/Wahlen/Buergerentscheide/flughafen.html>.

¹⁵⁴³ Vgl. zur Thematik: *Briibl*, Großprojekte nach Stuttgart 21: Endstation Referendum, in: SZ online vom 29.11.2011: <http://www.sueddeutsche.de/politik/grossprojekte-nach-stuttgart-endstation-referendum-1.1221387>.

mit erheblichem verfassungspolitischem, aber auch verfassungsrechtlichem Gehalt.¹⁵⁴⁴ Sie betrifft allgemein die Frage nach einem generellen Reformbedarf des demokratischen Status Quo als Folge defizitärer demokratischer Legitimation von Entscheidungen, die jedoch regelmäßig im Ergebnis einen noch hinreichenden Legitimationsgehalt aufweisen und daher nicht verfassungswidrig sind. Im Speziellen lässt sich diese Thematik auf die Herausforderungen bei der Großprojektumsetzung übertragen.

aa) Repräsentative Demokratie

Das Grundgesetz formuliert eine klare Entscheidung zugunsten einer repräsentativen Demokratie für die Bundesrepublik. Die unmittelbare Wahl durch das Volk und damit den Träger der Staatsgewalt selbst, verleiht dem Parlament als Legislative sein besonderes Gewicht.¹⁵⁴⁵ Es ist das erste Glied, das Legitimation verschaffen kann und das einzige, das sie direkt vom Souverän vermittelt bekommt. Seine Kompetenzen haben daher besonderes Gewicht. Die Gesetzgebungskompetenz bindet die übrigen Gewalten an seinen Mehrheitswillen, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG. Neben der maßgeblichen Beteiligung an der Regierungsbildung und deren Abhängigkeit vom parlamentarischen Vertrauen,¹⁵⁴⁶ verfügt es insbesondere über das Budgetrecht (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG, § 3 Abs. 1 HGrG) sowie das Enqueterecht (Art. 44 GG) als beachtliches Kontrollrecht.

(1) Vertretung des ganzen Volkes bei gleichzeitiger Unabhängigkeit vom tatsächlichen Volkswillen

Repräsentative Demokratie bedeutet die Entscheidung dafür, dass die vom Volke eingesetzten und in seinem Namen handelnden Staatsorgane bei ihren konkreten Entscheidungen verfassungsrechtlich nicht an einen tatsächlichen Volkswillen gebunden sind. Die parlamentarische Demokratie verbürgt durch die autonome Entscheidungsgewalt der Volksvertretung eine verfassungsrechtlich determinierte, staatliche Willensbildung.¹⁵⁴⁷ Im Rahmen politischer Freiheitsrechte sichert sie gleichfalls den freien Ablauf der politischen Meinungs- und Willensbildung. Ihr repräsentatives Wesen ist Merkmal sowohl der staatlichen Herrschaftsordnung als auch der grundgesetzlichen Begründung und Begrenzung von Staatsgewalt.¹⁵⁴⁸ Der

¹⁵⁴⁴ Gärditz, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen, in: GewArch 2011, 273 (279).

¹⁵⁴⁵ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 6 Rn 35ff.

¹⁵⁴⁶ Badura, Parlamentarische Demokratie, in: HStR II, § 25 Rn 10.

¹⁵⁴⁷ Ebda, Rn 44.

¹⁵⁴⁸ Badura, Parlamentarische Demokratie, in: HStR II, § 25 Rn 37; Klein, Status des Abgeordneten, in: HStR III, § 51 Rn 2ff.

Umstand, dass plebiszitäre Verfahren in der Verfassung nicht vorgesehen wurden, stärkt die Bedeutung des parlamentarisch-repräsentativen Systems und damit das Gewicht des Parlaments. Während die Weimarer Reichsverfassung solche Verfahren vorsah,¹⁵⁴⁹ unterstreicht das Fehlen entsprechender plebiszitärer Instrumente im Grundgesetz die bewusste Entscheidung des Verfassungsgebers.¹⁵⁵⁰

Anders als in der Rätedemokratie sind die Volksvertreter im repräsentativen System nicht an Weisungen gebunden, sondern gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG frei in ihrem Mandat. Dies soll insbesondere die Handlungsfähigkeit der Abgeordneten stärken, die essentielle Voraussetzung einer effizienten Parlamentstätigkeit ist.¹⁵⁵¹ Gleichzeitig fordert Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG die Vertretung des ganzen Volkes und damit die Orientierung repräsentativen Handelns jedes Volksvertreters am gesamten Staatsvolk. Zugleich ist es jedoch der „Parteienstaat“, der die Sphären von Staat und Gesellschaft verfließen lässt und so auch das Repräsentativsystem verändert hat.¹⁵⁵² Begriffe wie „parteilpolitische Ämterpatronage“ und „parteilpolitische Loyalität“ lassen die Bestimmung des 38 Abs. 1 S. 2 GG zurücktreten und bewirken eine Reduktion staatlicher Souveränität.¹⁵⁵³ Die Verfassung fordert Volks- und nicht Parteienvertretung, dem ist eine übermäßige Hervorhebung der Parteien über die systemimmanente „Parteiendominanz“ hinaus abträglich.¹⁵⁵⁴ Diese Flexibilisierung staatlicher Ordnung und Organisation bedeutet zugleich einen Steuerungsverlust und die Minderung staatlicher Hoheitsgewalt und damit auch repräsentativer Demokratiestrukturen.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass die grundgesetzliche Entscheidung für das repräsentative System einer Orientierung am Willen des ganzen Staatsvolkes im Sinne des *Rousseauschen volonté générale* am ehesten entsprechen kann.¹⁵⁵⁵ Diejenigen demokratischen Instrumente hingegen, die sich zum Missbrauch zugunsten des

¹⁵⁴⁹ Die WRV regelte sowohl die Wahl des Reichspräsidenten direkt durch das Volk sowie enthielt weitere realplebiszitäre Verfahren, vgl. Art. 41 Abs. 1 WRV und Art. 73ff. WRV. Vgl. dazu weiter *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: HStR I, § 5 Rn 64.

¹⁵⁵⁰ Vgl. dazu: *Ebsen*, Abstimmungen des Bundesvolks als Verfassungsproblem, in: AöR 110, 1 (2); *Schneider*, Volksabstimmungen in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Bachof/Drath, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, S. 155; *Skouris*, Plebiszitäre Elemente im repräsentativen System, in: Seminar f. K. A. Bettermann, S. 77.

¹⁵⁵¹ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 12 Rn 18.

¹⁵⁵² Zum Begriff: *Ipsen*, in: Sachs, GG, Art. 21 Rn 14; *Strinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 21 Rn 82 ff.

¹⁵⁵³ *von Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 363ff; *Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HStR II, § 31 Rn 54ff; *Wichmann*, Parteilpolitische Patronage.

¹⁵⁵⁴ S.a. *Buchholz*, Demokratie und Teilhabe in der digitalen Zeit, in: DÖV 2017, 1009 (1015); *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn 285ff, 354f.

¹⁵⁵⁵ *Bender*, Freiheit, Verantwortung, direkte Demokratie: Zur Relevanz von Rousseau heute, in: A-PuZ 62. Jg., Bd. 46-47/2012, 49 (54).

Partikularinteresses einer demokratischen Minderheit eignen,¹⁵⁵⁶ können nicht als Antwort auf einen vorhandenen Reformbedarf im Hinblick auf Großprojekte dienen. Sie dürften überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn das Vorhaben eine sehr eingrenzbar Raumbedeutsamkeit aufweist. Dies wird bei Verkehrsinfrastrukturvorhaben regelmäßig nicht der Fall sein. Anders wäre es gegebenenfalls zu beurteilen, sollte die Realisierung eines Opernhauses oder anderer Kulturprojekte in Frage stehen, die im öffentlichen Aufgabenkatalog der Hauptsache nach regionale Bedeutsamkeit aufweisen. Aber auch in diesen Fällen besteht die grundsätzliche Gefahr, dass gut organisierte gesellschaftliche Gruppen im Rahmen von direktdemokratischen Verfahren der Allgemeinheit die Durchsetzung ihrer Einzelinteressen auf diesem Wege als demokratisch gewolltes Votum suggerieren.¹⁵⁵⁷ Auf regionaler Ebene ist dieses Risiko jedoch gleichwohl gemindert. Fühlen sich z.B. von einer Sachfrage viele Bürger eines begrenzten Gebietes betroffen, ist der Anreiz dazu, Informationen für Meinungs- und Willensbildung anzufordern und bereitzustellen höher, ein Missbrauch unwahrscheinlicher. Lässt die jeweilige Gesetzgebung plebiszitäre Verfahren also zu und verfügt das betreffende Großprojekt nicht über die entsprechende überregionale Raumbedeutsamkeit, so wird ein solches Vorgehen regelmäßig nicht zu beanstanden sein. Auch sollte eine generelle Konkurrenz direktdemokratischer Verfahren zum repräsentativen System nicht vorschnell konstatiert werden. Vielmehr wird in der stärkeren Einbindung des Wahlvolkes auch jenseits des parlamentsbildenden Wahlakts eine Demokratiestärkung zugunsten des repräsentativen Systems erblickt.¹⁵⁵⁸ Demnach fördere die aktive Partizipation zwischen den Wahlen auch die Wahlbeteiligung selbst.¹⁵⁵⁹ Doch auch eine grundsätzliche Eignung direktdemokratischer Verfahren für Entscheidungen über (regionale) Sachfragen ändert nicht ihre Ungeeignetheit bei überregionalen, raumbedeutsamen

¹⁵⁵⁶ *Kleindiek*, Machen Volksgesetzgebung und Transparenz unsere Demokratie besser?, in: Bäuerle u.a., Demokratie-Perspektiven, FS Bryde, S. 175 (194f); *Gabriel*, Bürgerbeteiligung an Großprojekten, in: Hill u.a., Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, S. 31 (61ff).

¹⁵⁵⁷ *Zippelius*, Der Weg der Demokratie, in: NJW 1998, 1528 (1532) mit Verweis auf *Olson*, Die Logik kollektiven Handelns.

¹⁵⁵⁸ *Gabriel*, Bürgerbeteiligung an Großprojekten, in: Hill u.a., Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, S. 31 (46); Vgl. dazu insgesamt die Studie der Bertelsmann Stiftung, Partizipation im Wandel – Unsere Demokratie zwischen Wählen, Mitmachen und Entscheiden sowie deren zusammengefassten Kernergebnisse: Staatsministerium Baden-Württemberg/Bertelsmann Stiftung, Vielfältige Demokratie: Kernergebnisse der Studie „Partizipation im Wandel – Unsere Demokratie zwischen Wählen, Mitmachen und Entscheiden“, dort insb. S. 12f.

¹⁵⁵⁹ Staatsministerium Baden-Württemberg/Bertelsmann Stiftung, Vielfältige Demokratie: Kernergebnisse der Studie „Partizipation im Wandel – Unsere Demokratie zwischen Wählen, Mitmachen und Entscheiden“, S. 109, bzw. S. 30ff.

Großprojekten.¹⁵⁶⁰ Der repräsentative Parlamentarismus ist dasjenige demokratische Modell, das den höchsten Legitimationsgrad besitzt und zugleich die eindeutige Zurechenbarkeit von Verantwortung ermöglicht.¹⁵⁶¹ Er ist zudem wesentliches Merkmal des parlamentarischen Regierungssystems, das im Rahmen seiner periodisch stattfindenden Wahlen die größte soziale Heterogenität aufweist und somit die demokratische Gleichheit am besten erhält.¹⁵⁶² Dieses historisch gewachsene und erprobte Regierungssystem vorschnell aufgrund von zunehmend idealisierten, weniger bewährten Verfahren grundlegend in Frage zu stellen, die diese demokratische Gleichheit nicht in gleichem Maße wahren, wäre nach den Ergebnissen dieser Untersuchung hingegen nicht geeignet den Legitimationsgrad der fraglichen Entscheidungen zu erhöhen.

(2) Parlamentarisierung der Einzelentscheidung?

Die vorgehenden Ausführungen zur grundsätzlichen Ungeeignetheit plebiszitärer Verfahren bei Großprojektentscheidungen sowie zu den Vorzügen des repräsentativen Systems werfen die Frage auf, ob eine stärkere Parlamentarisierung von Großprojekteinzulassungen angezeigt ist.

Hiergegen spricht zunächst die eindeutige Zuweisung der Einzelzulassung zum Kernbereich exekutivischen Handelns im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Planfeststellung.¹⁵⁶³ Einer Zuständigkeit der Legislative für die Zulassung einzelner Großprojekte steht demnach grundsätzlich das Prinzip der Gewaltenteilung entgegen.¹⁵⁶⁴ Auch das in Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegte Verbot des Einzelfallgesetzes spricht gegen eine solche Zuweisung. Zudem könnte auch eine Beeinträchtigung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie jeweils betroffener Gemeinden im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 GG einer solchen Legislativentscheidung entgegenstehen.

¹⁵⁶⁰ Vgl. *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 549 (563).

¹⁵⁶¹ Dazu auch *Lammert*, Eröffnungsvortrag, in: Hill u.a., Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, S. 9 (17) sowie *Kleindieck*, Machen Volksgesetzgebung und Transparenz unsere Demokratie besser?, in: Bäuerle u.a., Demokratie-Perspektiven, FS Bryde, S. 175 (197); *Linden*, Die Rolle des Parlaments in Krisendiagnosen, in: ders./Thaa, Krise und Reform politischer Repräsentation, S. 149 (165).

¹⁵⁶² *Gardtitz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen, in: GewArch 2011, 273 (279); *A. Schäfer*, Die Folgen sozialer Ungleichheit für die Demokratie in Westeuropa, in: Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft 2010, 4 (1), 131ff.

¹⁵⁶³ *Lorz*, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, S. 242 f; *Lörler*, Normenerlaßrecht und Gewaltenteilung, in: ZRP 1996, 361 (364f).

¹⁵⁶⁴ Vgl. zur Parlamentarisierung von regulierungsbehördlichen Entscheidungen: *Ludwigs*, Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency? in: Die Verwaltung 2011, 41 (54).

In Anlehnung an die „Stendal-Entscheidung“¹⁵⁶⁵ des Bundesverfassungsgerichts zum Gesetz über den Bau der „Südümfahrung Stendal“ (SüdümfStG) ist jedoch zu erörtern, ob die Einzelvorhabenzulassung von Verkehrsinfrastruktur grundsätzlich ohne die exekutivische Planfeststellung erfolgen kann. Der Zweite Senat hatte festgestellt, dass sich aus dem Grundgesetz keine „absolute Trennung“ der Gewalten ergebe, „[s]taatliche Planung [sei] weder eindeutig der Legislative noch eindeutig der Exekutive zugeordnet.“¹⁵⁶⁶ Für die Fälle, in denen der Gesetzgeber Detailfragen regelt, seien jedoch gute Gründe für die Wahl des Gesetzgebungsverfahrens an Stelle des Planfeststellungsverfahrens notwendig. Habe die schnelle Vorhabenumsetzung besondere Bedeutung für das Gemeinwohl, kann dies nach Ansicht des Gerichts ein solcher Grund sein.¹⁵⁶⁷ Der Zweite Senat sah dort einen gesetzgeberischen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum.¹⁵⁶⁸ Zusammengefasst bedeuten diese Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines Realisierungsgesetzes zugunsten eines konkreten Großvorhabens, dass zweierlei stets gegeben sein muss, um die Zuordnung zur gesetzgebenden Gewalt überhaupt zu ermöglichen: Das Vorhaben muss Gemeinwohlbedeutung aufweisen und im Verhältnis zum exekutivischen Planfeststellungsverfahren zeitlich zügiger umsetzbar sein. Auch ein Verstoß gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes aus Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG dürfte nicht vorliegen.¹⁵⁶⁹ Im Rahmen von Großprojektrealisierungen können zudem immer Grundrechtseingriffe im Raume stehen. Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, müssten daher besondere Gründe gegen die Anwendung sprechen. Nach Ansicht des Gerichts könne dem Grundgesetz jedoch nicht entnommen werden, dass dieses einen Gesetzesbegriff allein im Sinne von generellen Regelungen zuließe.¹⁵⁷⁰ Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts darüber hinaus dann nicht betroffen, „wenn der Sachverhalt so beschaffen ist, daß es nur einen Fall dieser Art gibt und die Regelung [...] von sachlichen Gründen getragen wird.“¹⁵⁷¹ Dabei verweist das Gericht in seiner Entscheidung unter Bezugnahme auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3

¹⁵⁶⁵ BVerfGE 95, 1 ff.

¹⁵⁶⁶ Ebd., 1. Ls., 15.

¹⁵⁶⁷ BVerfGE 95, 1 (17).

¹⁵⁶⁸ Ebd.

¹⁵⁶⁹ Zu den allgemeinen Voraussetzungen des Einzelfallgesetzverbots: *Remmert*, in: Maunz/Düring, GG, Art. 19 Rn 14ff; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 19 Rn 20.

¹⁵⁷⁰ Hierzu führt das BVerfGE den Verfassungstext des Art. 19 Abs. 1 GG selbst an, der nicht pauschal Einzelfallgesetze zu verhindern suche, sondern diese nur in seinem Gewährleistungsbereich ausschließe. Darüber hinaus weist das Gericht auf die ausdrückliche Möglichkeit eben dieser im Sinne der Verfassung hin: Mit Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG eröffne sie dem Gesetzgeber diese im Rahmen von Enteignungen durch Gesetz. Vgl. insgesamt BVerfGE 95, 1 (17).

¹⁵⁷¹ BVerfGE 85, 360 (374) mit Verweis auf BVerfGE 25, 371 (399).

Abs. 1 GG auf die von ihm zur Gewaltenteilung gezeichneten Grundsätze.¹⁵⁷² Weiterhin müsse einer Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG vorgebeugt werden. Bei einer Legislativentscheidung wären die rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit Großprojekten nicht mehr Sache der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Es bliebe gegen das Gesetz allein der Gang vor das jeweils zuständige Verfassungsgericht. Sind beispielsweise Legalenteignungen im Sinne des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG zu erwarten, argumentiert das Bundesverfassungsgericht mit der Erforderlichkeit der zu befürchtenden „erheblichen Nachteile[n] für das Gemeinwohl [...], denen nur durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden“ könne.¹⁵⁷³ Um hinsichtlich der kommunalen Planungshoheit einen Verstoß gegen die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu vermeiden, müssten im konkreten Fall „sorgfältige Sachverhaltsermittlungen“ sowie eine umfassende Abwägung unter Berücksichtigung der Belange der vom Projekt betroffenen Gemeinden erfolgen.¹⁵⁷⁴

Eine Gesetzgebungskompetenz des jeweiligen Gesetzgebers, insbesondere mit Blick auf die vertikale Gewaltenteilung, im konkreten Fall vorausgesetzt, passen sich Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte regelmäßig in die oben skizzierten Kriterien des Bundesverfassungsgerichts ein. Zwar kann keine pauschale Gleichsetzung der Sachverhalte erfolgen, denn bis auf S21 betreffen die hier aufgeführten Großprojekte keine eisenbahnrechtlich relevante Maßnahme des Eisenbahnausbaus. Dennoch bestehen wesentliche Gemeinsamkeiten: Projekte in dem hier aufgezeigten Maßstab weisen gerade ob ihrer Fernwirkung jeweils eine besondere, das gesamte Bundesgebiet betreffende Gemeinwohlbedeutung als wesentliche (Verkehrs-)Infrastrukturprojekte auf.¹⁵⁷⁵ Hiermit wird grundsätzlich die erste vom Gericht aufgestellte Voraussetzung erfüllt. Bei allen Projekten vereinnahmten die Planfeststellungsverfahren mehrjährige Zeiträume,¹⁵⁷⁶ sodass auch die zweite Voraussetzung vorläge: Ein Gesetzgebungsverfahren wäre prinzipiell geeignet, in kürzerer Zeit abgeschlossen zu werden. Die hierbei geforderte Bedeutung für das Gemeinwohl wäre im Rahmen des dem Gesetzgeber zugestandenen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums

¹⁵⁷² BVerfGE 95, 1 (26).

¹⁵⁷³ BVerfGE 95, 1 Ls., 22.

¹⁵⁷⁴ Ebd.; BVerfGE 50, 195 (202f.); 56, 298 (320ff.); 86, 90 (107f).

¹⁵⁷⁵ Vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 1 SüdufStG mit seiner an Art. 84 Abs. 2 GG ausgerichteten Formulierung: „Zur Herstellung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland [...]“.

¹⁵⁷⁶ Das BVerfG legte hier eine dreijährige Dauer für den Planfeststellungsbeschluss zugrunde. Die drei hier dargestellten Projekte wurden nicht unter 4 Jahren planfestgestellt. Siehe oben F)D3).

regelmäßig bei komplexen Bauvorhaben gegeben, von deren Existenz gemeinwohlbezogene Sachverhalte abhängen.¹⁵⁷⁷ Wird gegen die Parlamentarisierung von Einzelvorhaben mit den Möglichkeiten der bedarfsplanerischen Legislativentscheidung argumentiert,¹⁵⁷⁸ so kann dies lediglich diejenigen Projekte betreffen, die überhaupt vom Bedarfsplan erfasst werden. Weder im Rahmen einer Entscheidung über Häfen noch bei Flughäfen legt die Legislative einen solchen Bedarf planerisch fest.¹⁵⁷⁹ Darüber hinaus haben Bedarfspläne keine vergleichbare Wirksamkeit. Ihnen fehlt es an der außenrechtswirksamen Zulässigkeitsentscheidung.¹⁵⁸⁰

Es bleibt aber dennoch die Frage, ob eine Parlamentarisierung von konkreten Großprojektentscheidungen geeignet wäre, die oben dargelegten Defizite zu beseitigen. Unfraglich beinhalten Parlamentsentscheidungen den höchsten demokratischen Legitimationsgehalt, zugleich sind sie regelmäßig eine Garantie für Diskurs und damit für Abwägung und mögliche Alternativoffenheit. Die jeweiligen Parlamente wurden aber bei den hier aufgeführten Großprojekten in zulässiger Weise mitunter nicht einmal in die grundsätzliche Initialentscheidung der Regierungen einbezogen.¹⁵⁸¹ Ohne eine Initiative der Regierung ist die Parlamentarisierung einzelner Großprojektentscheidungen daher nicht möglich, sofern hier nicht ein Gesetzesvorbehalt vorgesehen würde. Es dürfte daher fraglich sein, ob eine legislative Großprojektentscheidung praktisch hohe Relevanz hätte. Dennoch sind Einzelentscheidungen über komplexe Großprojektvorhaben nach den hier nachgezeichneten Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts zur „Südumfahrung Stendal“ grundsätzlich geeignet in Gesetzesform zu ergehen,¹⁵⁸² sofern sie den Voraussetzungen von Gemeinwohlbedeutsamkeit und Zeitersparnis entsprechen. Bei Beachtung die-

¹⁵⁷⁷ Im Zuge des Beurteilungsspielraums hatte es dem BVerfG in der Stendal-Entscheidung ausgereicht, dass der Gesetzgeber es nicht für übergangsweise hinnehmbar hielt, den Bahnhof Stendal in seinem damaligen Zustand weiter zu benutzen. Begründet wurde dies vor allem auch mit Geschwindigkeitseinbußen. Hier zeigt sich der weite Spielraum zur Beurteilung des Sachverhalts, den das Gericht der ersten Gewalt zugesteht. Vgl. BVerfGE 95, 1 (20).

¹⁵⁷⁸ *Waechter*, Großvorhaben als Voraussetzung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 499 (528).

¹⁵⁷⁹ *Franzjus*, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225.

¹⁵⁸⁰ BVerwGE 71, 166 (169); 84, 123 (131).

¹⁵⁸¹ Bspw. im Rahmen der Entscheidung über die Realisierung des JWP. Art. 25 Abs. 1 NV lässt dieses Vorgehen zu.

¹⁵⁸² A.A. *Waechter*, Großvorhaben als Voraussetzung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 499 (528). Ohne klare Positionierung gegen eine Parlamentarisierung legt *Geiger* insofern dar, dass Großprojektentscheidungen bereits zu komplex für die Vorlage an das Parlament seien und argumentiert in einem Erst-recht-Schluss gegen die Geeignetheit der Vorhabenentscheidung als Gegenstand eines Plebiszits. Vgl. *Geiger*, Bewertung und Reformbedarf – Aus Sicht der Vorhabenträger, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche in München 2012, Bd. 2, S. 49 (59).

ser Grundsätze bildet die Parlamentarisierung der konkreten Großprojektentscheidung eine Realisierungsoption jenseits der gängigen Verwaltungsverfahren.¹⁵⁸³ Zudem hatte das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass die parlamentarische Arbeit auch im Hinblick auf Aufgaben und Verfahren zu anlagenbezogener Fachplanung geeignet ist.¹⁵⁸⁴ Einher ginge auch eine Intensivierung des Legitimationsgehalts durch eine stark verkürzte Legitimationskette. Gleichzeitig ist eine Reduzierung demokratischer Gleichheit, anders als bei der Nutzung plebiszitärer Elemente,¹⁵⁸⁵ nicht zu befürchten. Eine Akzeptanzsteigerung bleibt hingegen in Hinblick auf die oben dargelegten Herausforderungen des repräsentativen Systems äußerst fraglich.

(3) Stärkung des repräsentativen Parlamentarismus

Im Ergebnis spricht daher Überwiegendes für die Besinnung auf die repräsentativ-demokratischen Direktiven und die Distanzierung von immer umfangreicheren, über geltendes Recht hinausgehenden Partizipationsansprüchen, die die demokratische Gleichheit in Frage stellen.¹⁵⁸⁶ In Parlamenten kommt die unmittelbarste und legitimatorisch intensivste Beziehung zwischen politischer und bürgerlicher Ebene zum Ausdruck.¹⁵⁸⁷ Die Vorstellung, der Transformationsprozess in einer modernen Demokratie könne ohne gleichzeitige Entparlamentarisierung nicht gelingen, geht

¹⁵⁸³ A.A. *Waechter*, Großvorhaben als Voraussetzung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 499 (527), wonach bei Großvorhaben die „ohnehin zu weit gefassten Sonderbedingungen der Entscheidung Stendal“ nicht vorlägen. Eine weitere Begründung seiner Conclusio erfolgt jedoch nicht.

¹⁵⁸⁴ Insbes. hatte es herausgestellt, dass das Parlament in diesem Zusammenhang nicht andere Gesetze (insbes. Planungsrecht) vollziehe, sondern es träfe „eine eigenständige gestaltende Regelung, die das Vorhaben von der Zulassungsbedürftigkeit nach anderen Gesetzen befreit und der Entscheidung zugleich die sonst an einen Planfeststellungsbeschluß gesetzlich geknüpften materiellen Wirkungen verleiht“, BVerfGE 95, 1 (17).

¹⁵⁸⁵ Zur Bildung demokratischer Gleichheit widersprechender Elitenstrukturen i.R.v. Volksabstimmungen, vgl: *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, § 34 Rn 6; *Klein*, Die politische Meinung, S. 8; *Müller-Franken*, Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung, in: DÖV 2005, 489 (494); *Schmitt Glaeser*, Mitwirkung an der Willensbildung, in: HStR III, § 38 Rn 28. Zudem zur demokratischen Gleichheit bei Infrastrukturplanung: *Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen, in: GewArch 2011, 273 (279).

¹⁵⁸⁶ *Lammert*, Eröffnungsvortrag, in: Hill u.a., Zur Zukunftsfähigkeit des GG, S. 9 (16). Die demokratische Gleichheit wird insofern gemeinsam mit dem Prinzip der Freiheit als „Fundament des Demokratieprinzips“ bezeichnet, *Müller-Franken*, Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung, in: DÖV 2005, 489 (492f).

¹⁵⁸⁷ *Linden*, Die Rolle des Parlaments, in: ders./Thaa, Krise und Reform politischer Repräsentation, S. 149 (151); *Zeh*, Über Sinn und Zweck des Parlaments heute., in: ZParl 36, S. 473.

daher fehl.¹⁵⁸⁸ Parlamentarische Politikgestaltung kann nicht nur die Schnelllebigkeit der modernen Mediengesellschaft reduzieren, sondern auch nachhaltige und perspektivische Pläne und Konzeptionen ermöglichen. Sie schafft damit Planungssicherheit und Verlässlichkeit. Das Parlament als politisches Abbild der Gesellschaft sowie die durch diese mittelbar legitimierten Exekutivorgane sind die geeignetsten Stellen, Entscheidungen von der Tragweite einer Großprojektrealisierung zu fällen und die mit ihnen in Verbindung stehenden Diskussionen und Konflikte auszutragen.¹⁵⁸⁹ Volkssouveränität verlangt die Orientierung des Staatshandelns am ganzen Volk, der repräsentative Parlamentarismus ist hierzu die tauglichste Handlungsform.¹⁵⁹⁰ Die Bürger sind insofern gefordert, sich im Rahmen der eigenen demokratischen Teilhabeverantwortung aktiv an diesen Prozessen zu beteiligen. Alleine die Forderung nach neuen und anderen Instrumenten ist hierzu nicht geeignet.¹⁵⁹¹ Hiervon zu trennen ist jedoch die Aufgabe der Repräsentanten, das bürgerliche Teilhabebedürfnis zu erkennen und zu berücksichtigen.

bb) Neutralität – durch Information, Kommunikation und Interaktion

Die Analyse dreier deutscher Verkehrsinfrastrukturgroßprojekte stützt die These, dass die begrenzte Steuerungswirkung durch den relevanten Rechtsrahmen und dessen Umsetzung sachlich-inhaltliche Legitimationsdefizite nach sich zieht. Wie aufgezeigt, ist die Substitution der Defizite im Lichte eines effektiven Demokratiegehalts durch die – mitunter ebenfalls defizitäre – personelle Legitimation nicht möglich. An diese Stelle tritt die vermehrte Forderung nach einer Erhöhung des Legitimationsniveaus durch organisations- und verfahrensrechtliche Elemente. Solche Verfahrensinstrumente sind zugleich geeignet durch transparenzerhöhende

¹⁵⁸⁸ Zur Debatte um die Entparlamentarisierung: *Benz*, Postparlamentarische Demokratie? Demokratische Legitimation im kooperativen Staat, in: Greven, Demokratie - Eine Kultur des Westens?, S. 201 ff.; *Herdegen/Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 62, 7 ff, 37 ff; *P. Kirchhof*, Entparlamentarisierung der Demokratie, in: Kaiser/ Zittel, FS f. Graf Kielmannsegg, S. 359 ff; *Kropp*, Regieren als informaler Prozess, APuZ B 43/2003, 23 ff; *Linden*, Die Rolle des Parlaments, in: ders./Thaa, Krise und Reform politischer Repräsentation, S. 149 (150); *Schneett-Wetschky*, Zwischen traditionellem Parlamentsverständnis und moderner Parteiendemokratie, in: ZParl 34, 531 ff; *Zeh*, Über Sinn und Zweck des Parlaments heute, in: ZParl 36, 473 ff.

¹⁵⁸⁹ *Linden*, Die Rolle des Parlaments, in: ders./Thaa, Krise und Reform politischer Repräsentation, S. 149 (164).

¹⁵⁹⁰ Vgl. *Müller-Franken*, Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung, in: DÖV 2005, S. 489 (494, 498); *Schmitt Glaeser*, Mitwirkung an der Willensbildung, in: HStR III, § 38 Rn 28.

¹⁵⁹¹ *Trankowitz*, Verteidigung der Demokratie, in: APuZ 62. Jg. 38/39 2012, 3 (6).

Faktoren auch die Akzeptanz der jeweiligen Verwaltungsentscheidung zu steigern.¹⁵⁹²

Projektgegner kritisieren prinzipiell, dass es kein tatsächlich alternativen- bzw. ergebnisoffenes Verwaltungsverfahren gebe.¹⁵⁹³ Die Planungsziele seien vielmehr durch den Vorhabenträger gesetzt und signifikante Zielsetzungen bereits auf den vorgelagerten Planungsstufen präeterminiert. Die Erörterung des Vorhabens mit der Öffentlichkeit – an sich die beste Gelegenheit, Akzeptanz zu erlangen – degeneriere hierbei zum rituellen Akt ohne tatsächliche Zieleinwirkung.¹⁵⁹⁴ Die immensen Proteste bei S21 und auch BER sind deutliche Indikatoren dafür, dass selbst rechtlich nicht zu beanstandende Planfeststellungsverfahren, nebst bestätigender Gerichtsverfahren keinen eindeutigen Rückschluss auf die ideell-faktische Legitimationswirkung ermöglichen.¹⁵⁹⁵ Das derzeit geltende Recht bietet für diese Konflikte zwischen Repräsentantenvotum und Legitimationskette auf der einen und dem (vermeintlichen) Bürgerwillen auf der anderen Seite, keine grundlegende Lösung an. Mit der Festsetzung von Weisungsfreiheit und Gewissensbindung in Art. 38 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GG hindert auch das Grundgesetz freilich einen rechtlichen Anspruch auf die Durchsetzung selbst eines nur in der Theorie homogenen Volkswillens. Dem fortschreitenden Konflikt zwischen Staat und Bürgern, deren Kritik an der staatlichen Großprojektpolitik zunehmend wächst, wird damit keine Abhilfe geleistet. Während zwar das demokratische System, wie dargelegt, keinesfalls umfassende Volkszustimmung erfordert, verlangt es dennoch eine starke Orientierung am Wahlbürger. Es liegt jedoch nach dem Vorhergesagten die Vermutung nahe, dass dieser Prämisse in Bezug auf die Großprojektrealisierung weder im politischen Verständnis noch im geltenden Recht eine ausreichende Bedeutung eingeräumt wird. Hier besteht daher Reformbedarf.

Mit der Erkenntnis der Vorzüge des repräsentativen Systems stellt sich zugleich die Frage nach Faktoren, die geeignet sind, Großprojekte in dem hier verstandenen Sinne besser in dieses System einzufügen. Es folgen Überlegungen dahingehend, ob Großprojekte nicht vielmehr eines eigens auf sie zugeschnittenen Legitimationsmodells bedürfen. Hiermit soll keine Abkehr vom monistischen Modell (s.o.)¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹² Vgl. BR Drs. 135/11. So auch *Erbguth*, Infrastrukturprojekte, in: DÖV 2012, 821; *Franzius*, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225 (232); *Ramsauer*, Data Mediation, in: Mehde u.a., FS Bull, S. 1029 (1031, 1033f); *Steinberg*, Bewältigung von Infrastrukturvorhaben, in: ZUR 2011, 340.

¹⁵⁹³ *Wächter*, Großvorhaben als Voraussetzung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 499ff.

¹⁵⁹⁴ Vgl. hierzu auch *Köck/Kohls/Schlacke*, Rechts- und Planungssicherheit, in: ZUR 2011, 339.

¹⁵⁹⁵ *Ipsen*, Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 48, 177 (196); *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: HStR V, § 109 Rn 36; *Stüer/Buchsteiner*, Stuttgart 21, in: UPR 2011, 335 (336).

¹⁵⁹⁶ Siehe oben Fn 321.

proklamiert werden, vielmehr stellt sich die Frage, ob es geboten ist, dieses im Zusammenhang mit der Legitimation großer (Verkehrs-)Infrastrukturprojekte auch verfassungsrechtlich an diese anzupassen. Dazu wird auch ein Blick auf die verfahrensrechtlichen Vorgaben notwendig, die die sachlich-inhaltliche Einkleidung der Projekte in das Legitimationsgefüge festlegen.

Großprojektentscheidungen machen hochkomplexe Verwaltungsverfahren erforderlich. Gleichzeitig fordert das Rechtsstaatsprinzip die Beteiligung der (betroffenen) Öffentlichkeit im Rahmen dieser Verfahren. Öffentlichkeitsbeteiligung kann jedoch nicht auf ihre rechtsstaatliche Wirkung reduziert werden. Obgleich verfassungsrechtlich in diesem Kontext nicht explizit determiniert, ist sie auch ein demokratischer Wert,¹⁵⁹⁷ dessen Bedeutsamkeit sich in dem Maße erhöht, wie das geltende monistische Modell demokratischer Legitimation an Schlagkraft verliert und repräsentativ-parlamentarische Substanz verloren geht.¹⁵⁹⁸

(1) Neutralitätsintensivierung im Verwaltungsverfahren

Nicht nur die schiere baulich-technische Komplexität von Großprojektverfahren stellt eine Herausforderung für die Exekutive dar. Die Verwaltung muss regelmäßige unzählige private und öffentliche Einwendungen prüfen und unter Einbeziehung von Sachverständigengutachten über Projektplanungen entscheiden. In der Aufgabe der Schaffung eines Ausgleichs zwischen einer Vielzahl öffentlicher und privater Belange unter Zuhilfenahme fremden Fachverständs liegt die schwierige Verwaltungsentscheidung um die Großprojektzulassung. Neutralitätsmindernd stellt sich grundsätzlich die faktische Nähe der behördlichen Entscheidungsträger zum öffentlichen Träger des Vorhabens dar.¹⁵⁹⁹ Die im Verwaltungsverfahren zuständigen Amtswalter sind regelmäßig demselben Hoheitsträger wie die Projektverantwortlichen zugeordnet und können sogar demselben Dienstherrn unterstehen. Dies ändert auch die Auslagerung der Projektdurchführung in privatisierte Gesellschaften nicht. Im Rahmen von Entscheidungen der Exekutive gelten ebenfalls die Vertrauensparameter, die oben zur Repräsentation dargelegt worden sind. Wo das

¹⁵⁹⁷ *Groß*, Stuttgart 21, in: DÖV 2011, 510 (511); *Herzmann*, Konsultationen, S. 230ff; *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 544 (580f); *Rossen-Stadtfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: GVwR II, § 29 Rn 9f; *Seibert-Fohr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: VerwArch 2013, 311 (320f); *Witreck*, Stuttgart 21, in: ZG 2011, 209 (216ff).

¹⁵⁹⁸ Vgl. *Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: GVwR I, § 6 Rn 4ff, 15ff; *Rossen-Stadtfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: GVwR II, § 29 Rn 65ff; *Herzmann*, Konsultationen, 230ff.

¹⁵⁹⁹ Vgl. zur faktischen Nähe der Verwaltung zum Vorhabenträger im Umweltverwaltungsverfahren *Appel*, Staat und Bürger in Umweltverwaltungsverfahren, in: NVwZ 2012, 1361 (1365).

Vertrauen in den dem Grunde nach ordnungs- und sachgemäßen Vollzug exekutivischer Tätigkeit schwindet und das Vertrauen in die grundsätzliche Neutralität und Fairness des Verwaltungsverfahrens nachlässt, verringert sich zugleich die Akzeptanz von administrativen Entscheidungen. Hier kann die Einführung bzw. Steigerung von Größen, die Transparenz bewirken, einen Ausgleich für mangelnde Kontrollmöglichkeiten schaffen. Zusammen mit der Implementierung diskursiver Faktoren, Mechanismen also, die eine öffentliche Auseinandersetzung fördern, ist so eine Rückgewinnung bürgerschaftlichen Vertrauens in die Ausübung von Staatsgewalt möglich.¹⁶⁰⁰

Darstellungen über die Schwierigkeiten von Großprojektumsetzungen thematisieren vermehrt die Entpolitisierung und eine Steigerung der Neutralität staatlicher Entscheidungsfindung im Rahmen des Zulassungsverfahrens.¹⁶⁰¹ Trotz der primär verwaltungsverfahrensrechtlichen Bedeutsamkeit der Thematik besteht auch im Zuge von demokratischer Legitimationswirkung sowie von Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen im Sinne des Transparenzgebots erhebliche Relevanz.¹⁶⁰² Das Potenzial einer Neutralitätssteigerung liegt neben ihrer Eigenschaft als Funktionsbedingung und Legitimationsanforderung rechtsgebundener Staatsgewalt, als demokratiefördernde Größe in der Rückgewinnung bürgerlichen Vertrauens in die Entscheidungskompetenzen und die Entscheidungsfindung der repräsentativen Demokratie. *Wächter* legt zur mangelnden Fairness und Neutralität des Verfahrens der Vorhabenzulassung dar, dass die Verwaltung lediglich untersuche, „ob das politisch erwünschte Vorhaben auf unüberwindliche Hindernisse“ stoße und stellt insofern eine „Schlagseite der Verwaltung zugunsten von Großvorhaben“¹⁶⁰³ sowie eine Gegensätzlichkeit von tendenzieller „Nicht-Neutralität des Leistungsstaates und der Gleichheitsausrichtung des Rechtsstaates“ fest.¹⁶⁰⁴ Das in der Exekutive vorherrschende Bild des Bürgers sei primär das eines Einwenders und kaum das eines Mitgestalters. Die mangelnde Alternativoffenheit des Verwaltungsverfahrens wird aber auch anderweitig moniert.¹⁶⁰⁵ In rechtlich zulässiger Weise wurde im BER-Verfahren entgegen der raumordnerischen Entscheidung der Standort Schönefeld planfestgestellt und gerichtlich bestätigt. Die mediativen Ver-

¹⁶⁰⁰ Siehe dazu oben F)II)1)a)c.

¹⁶⁰¹ Vgl. z.B. *Erbguth*, Infrastruktur Großprojekte, in: DÖV 2012, 821 (825f); *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 544, (554); *Steinberg*, Bewältigung von Infrastrukturvorhaben, in: ZUR 2011, 345f; *Wächter*, Großvorhaben als Herausforderung, in: VVDStRL 72, 499 (508ff).

¹⁶⁰² *Groß*, Stuttgart 21, in: DÖV 2011, 510 (511); Vgl. zur Förderung von Akzeptanz im Planungsverfahren als Legitimationspotenzial: *Seibert-Föhr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: VerwArch 2013, 311 (322).

¹⁶⁰³ *Wächter*, Großvorhaben, in: VVDStRL 72, 499 (503).

¹⁶⁰⁴ Ebda. S. 505.

¹⁶⁰⁵ *Franzjusz* bspw. führt hierzu aus, dass die raumordnerischen Bindungswirkungen eine ergebnisoffene Öffentlichkeitsbeteiligung im Planfeststellungsverfahren schon aus rechtlichen Gründen unmöglich mache, vgl. *Franzjusz*, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225 (226).

fahren bei BER und S21 – wenn auch inhaltlich sehr unterschiedlich und mit unterschiedlicher Beteiligungsqualität – hatten keine über einen schieren Austausch von Sachinformationen zwischen den Beteiligten hinausgehenden Folgen rechtlicher Qualität. In Berlin konterkarierte man den Sinn der Gespräche, indem man parallel und ohne Kenntnis der am Mediationsverfahren beteiligten Öffentlichkeit ein Planfeststellungsverfahren für den Standort anschob, über den in der Mediation noch mit vermeintlicher Offenheit für Alternativen diskutiert wurde. Doch unabhängig vom konkreten Ablauf der Mediationsverfahren muss auch hier die Bedeutung solcher Vorgänge für die beteiligte Bevölkerung ins rechte Licht gerückt werden: Das Potenzial im Zusammenhang mit der Informationsteilnahme der Beteiligten solcher Begegnungen darf nicht über deren rechtlich mögliche Wirkkraft hinwegtäuschen. Denn gerade die Offenheit in Bezug auf rechtliche Potenziale und Grenzen sind ein Baustein eines funktionierenden Dialogs.

Eine Neutralitätssteigerung komplexer Verwaltungsverfahren von Großprojekten ist durch verschiedene Faktoren zu erreichen. Die Konzentration von Öffentlichkeitsbeteiligung, d.h. die Zusammenfassung und quantitative Reduktion der verfahrensrechtlichen Öffentlichkeitsbeteiligung auf möglichst frühe Zeitpunkte im Verfahren, insbesondere auch zugunsten einer Durchschaubarkeit von Beteiligungsmöglichkeiten, verspricht den positiven Nebeneffekt potenzieller Effizienzsteigerung. Zudem wäre eine Prüfung derjenigen Verfahrensvorschriften anzudenken, die qualitativ zu einer Entwertung der Öffentlichkeitsbeteiligung führen, vornehmlich Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften sowie der Ausschluss des Widerspruchsverfahrens für weite Teile exekutivischer Zuständigkeit.¹⁶⁰⁶ Alternativenprüfungen, die dem rechtsstaatlich begründeten Abwägungsgebot¹⁶⁰⁷ der Planfeststellungsbehörden nach zwangsläufig erfolgen müssen, sowie die viel diskutierte Nullvariante,¹⁶⁰⁸ der vorzeitige Ausstieg aus der Realisierung also, sollten eine stärkere Gewichtung erhalten und öffentlich besser kommuniziert werden. Ohne dies als im Kern verwaltungsverfahrenrechtliche Thematik hier en détail zu erörtern und abzuwägen, erscheint es sachgerecht, die grundsätzlichen Optionen in aller Kürze darzulegen, um im Sinne des in dieser Arbeit betrachteten Untersuchungsgegenstands die Potenziale zu erfassen. Weiterhin sind Überlegungen zu einer zentralistisch wirkenden, übergeordneten Managementeinheit für Großprojekte im

¹⁶⁰⁶ Hierzu bspw. *Erbguth*, Infrastruktur Großprojekte, in: DÖV 2012, 821 (827); *Gurlit*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 227 (245); *Müller-Rommel/Meyer/Heins*, Verwaltungsmodernisierung in Niedersachsen, S. 93ff., 195ff.; *Rüssel*, Zukunft des Widerspruchsverfahrens, in: NVwZ 2006, 523 (524).

¹⁶⁰⁷ Vgl. *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 74 Rn 54ff.; *Huck*, in: ders./Müller, VwVfG, § 74 Rn 27ff.

¹⁶⁰⁸ Dazu *Wulfhorst*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UVP § 14g Rn 41f. sowie Franzius, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225 (232); *Steinberg*, Bewältigung von Infrastrukturvorhaben, in: ZUR 2011, 340 (342).

Bundesgebiet zum Zwecke der Knowhow-Bündelung und der Effizienzsteigerung von öffentlicher Großprojektrealisierung anzustellen.

(2) Konzentration der Öffentlichkeitsbeteiligung und Kompensation des Verlusts an normativer Steuerungskraft

Eine Konzentration von Öffentlichkeitsbeteiligung wäre unter transparenzrechtlichen Gesichtspunkten wünschenswert und hat gleichzeitig erhebliche Beschleunigungspotenziale. Gleichwohl ist sie nicht nur aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten schwierig umsetzbar. Mit der Planung der Projekte muss eine entscheidungsadäquate Öffentlichkeitsbeteiligung einhergehen, das heißt Beteiligungsrechte müssen während des Planungsprozesses fortwährend gewährleistet werden.¹⁶⁰⁹ Dies ist sowohl eine rechtsstaatliche als auch eine grundrechtliche Forderung.¹⁶¹⁰

Zu Recht wird die Reduktion normativer Steuerungskraft, d.h. der gesetzlichen Lenkungswirkung durch Unbeachtlichkeitsvorschriften, bemängelt. Es ist Sache der Fachgesetze, Zulässigkeitsentscheidungen vorzugeben. Unter Beachtung des einschlägigen Reglements muss das Vorhaben unter die alternierenden Kategorien ‚zulässig‘ oder ‚unzulässig‘ rubriziert werden. Zugleich ist regelmäßig aber auch die umfassende Abwägung aller betroffenen öffentlichen und individuellen Belange zentrales Anliegen des jeweiligen Planfeststellungsbeschlusses.¹⁶¹¹ Durch die Abwägungsbefugnis wird die Steuerungskraft der fachgesetzlichen Norm herabgemindert, zugleich aber auch der Handlungsspielraum der zuständigen Planfeststellungsbehörde gesichert.¹⁶¹² Normativer Steuerungsverlust bedeutet gleichsam den Einfluss nicht neutraler Faktoren auf die Exekutiventscheidung. Weiterer Verlust an normativer Steuerungskraft erfolgt durch die weitgehende Abschaffung fachaufsichtlicher Korrekturmöglichkeit im Rahmen des Widerspruchsverfahrens gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 i.V.m. der jeweiligen fach- oder landesrechtlichen Norm.¹⁶¹³ Nur dort jedoch erfolgt neben einer Prüfung der Rechtmäßigkeit auch die Prüfung

¹⁶⁰⁹ Erörternd dazu *Steinberg*, Bewältigung von Infrastrukturvorhaben, in: ZUR 2011, 340 (345).

¹⁶¹⁰ Vgl. *Lippert*, Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben, in: ZUR 2013, 203 (208); OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.1.2005, 7 B 12114.04.

¹⁶¹¹ Vgl. z.B. § 18 S. 2 AEG, § 14 Abs. 1 S. 1 WaStrG, jeweils i.V.m. § 75 Abs. 1 S. 1, Abs. 1a S. 1 VwVfG.

¹⁶¹² BVerwG, NVwZ 1987, 578, 582 sowie *Köck*, Pläne, in: GVwR II, § 37 Rn 92; *Ramsauer*, Data Mediation, in: Mehde u.a., FS Bull, S. 1029 (1030).

¹⁶¹³ Vgl. z.B. Art. 15 BayAGVwGO; § 16 a HessAGVwGO; § § 13 a, 13 b, 29 AGGerStrGMV; § 8 a NdsAGVwGO; § 6 AGVwGO NRW; § 8 a AGVwGO LSA.

der sachlichen Richtigkeit der jeweiligen Entscheidung im Rahmen einer Zweckmäßigkeitprüfung.¹⁶¹⁴ Obgleich zwar ein breiteres Beteiligungsreglement geschaffen wurde, um zumindest einen prozeduralen Ausgleich für den normativen Steuerungsverlust zu bieten,¹⁶¹⁵ haben diese Regelungen grundsätzlich eine andere Stoßrichtung als das Widerspruchsverfahren. Während die Beteiligungsregelungen das Recht auf partizipatorische Teilhabe am Verfahren vermitteln, gewährleistet das Widerspruchsverfahren auch die inhaltliche Auseinandersetzung der Behörde und stellt somit die Prüfung der bürgerseitigen Position im Rahmen eines förmlichen Rechtsschutzverfahrens sicher. Zwar hat der einzelne Bürger fraglos die Möglichkeit, die Verwaltungsgerichte anzurufen, doch ist deren Prüfung regelmäßig auf die der fehlerfreien Ermessenausübung begrenzt (vgl. § 114 VwGO)¹⁶¹⁶ und umfasst eine Zweckmäßigkeitprüfung gerade nicht.¹⁶¹⁷ Unabhängig von der Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung hat das Informationsbedürfnis der Bürger im Hinblick auf Erläuterungen und Beratung im Zusammenhang mit konkreten Sachverhalten des Verwaltungsverfahrens mit der weitgehenden Abschaffung des Widerspruchsverfahrens nicht abgenommen.¹⁶¹⁸ Folglich verzeichnen sowohl Ausgangsbehörden als auch Gerichte eine erhöhte Anzahl informeller Anfragen.¹⁶¹⁹ Gleichzeitig entfällt das Widerspruchsverfahren als Informationsquelle auch für die übergeordneten Behörden¹⁶²⁰ und schwächt dementsprechend letztlich die Selbstkontrolle der Verwaltung.

Mit dem PIVereinHG wurde eine neue Beteiligungsinstanz geschaffen. § 25 VwVfG sieht nunmehr die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung vor. Vor allem bei Großprojekten mit Fernwirkung, deren Einwirkungen über den unmittelbaren Einzugsbereich hinausreichen, sind die vorherigen Partizipationsmöglichkeiten nicht mehr als ausreichend angesehen worden. Im Zeitpunkt der Beteiligung stand das

¹⁶¹⁴ *Biermann*, Das Widerspruchsverfahren in der Krise, in: NordÖR 2007, 139 (140f.); *Oppermann*, Die Funktionen des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens, S. 35; grds. zu Zweckmäßigkeitüberlegungen *Geis*, in: Sodan/Zickow, VwGO, § 68, Stand 7/2000, Rn 182, 201; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 68 Rn 9, 12.

¹⁶¹⁵ § 72 Abs. 2, 73 Abs. 2-9; 74 Abs. 2 VwVfG.

¹⁶¹⁶ VG München BayVBl 1971, 430 (432); *Vetter*, Mediation und Vorverfahren, S. 97; *Meier*, Die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens, S. 105; *van Nieuwland*, Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Niedersachsen, in: NdsVBl 2007, 38 (39).

¹⁶¹⁷ Gleichwohl ist für diese bei gebundenen Entscheidungen der Verwaltung auch im Widerspruchsverfahren kein Raum. Zu den Vorzügen des Widerspruchsverfahrens ggü. gerichtlicher Überprüfung: *Beaucamp/Ringermuth*, Empfiehlt sich die Beseitigung des Widerspruchsverfahrens?, in: DVBl. 2008, 426 (431).

¹⁶¹⁸ *van Nieuwland*, Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Niedersachsen, in: NdsVBl 2007, 38ff.

¹⁶¹⁹ Ebda S. 40.

¹⁶²⁰ *Beaucamp/Ringermuth*, Beseitigung des Widerspruchsverfahrens?, in: DVBl 2008, 426 (431).

Vorhaben häufig bereits dergestalt fest, dass keine Projektanpassungen mehr vorgenommen werden konnten. Die aus diesem Grund eingeführte frühe Öffentlichkeitsbeteiligung dient dazu, das Vorhaben der breiten Öffentlichkeit bekannt zu machen und dadurch die frühzeitige Erkennbarkeit potenzieller Schwierigkeiten aufseiten des Vorhabenträgers zu erreichen.¹⁶²¹ Im Ergebnis kann eine Anpassung der Planung dann zügig erfolgen, gleichzeitig besteht die Möglichkeit zur Schaffung von Projekttransparenz und -akzeptanz.¹⁶²²

Das Verfahrensrecht bietet darüber hinaus auch verschiedentlich Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften im Hinblick auf unterbliebene Beteiligung. Diese entwerten die Neutralität administrativer Entscheidung und bekräftigen die Überlegenheit der Belange des Vorhabenträgers. Hier wäre zu überdenken, welche dieser Vorschriften sinnvoller Weise zur Stärkung effektiver Beteiligung umgestaltet werden könnten. Dabei dürfte es zuvorderst auf die zeitliche Stellung im Verfahren ankommen. Eine teilweise Revision hat die legislative Entscheidung zur weitgehenden Abschaffung des Vorverfahrens ebenfalls durch das PIVereinG erfahren. Für verschiedene großprojektrelevante Gesetze wurde die Entwertung des Vorverfahrens im Rahmen der Anhörungsregelungen revidiert,¹⁶²³ wobei die Durchführung einer Anhörung aber fakultativ ist und daher stets im Ermessen der zuständigen Anhörungsbehörde liegt.

Eine Steigerung von Neutralität könnte durch eine auch stärker faktische Trennung von Planungs- und Anhörungsbehörde erlangt werden, was dem Verständnis der §§ 73f. VwVfG entspräche. Insgesamt muss jedoch die Möglichkeit, den Legitimations- oder Akzeptanzgehalt auf administrativer Entscheidungsebene zu steigern, generell in Frage gestellt werden. Den Verfahren zu den untersuchten Großprojekten mangelte es nicht an verfahrensrechtlichen Beteiligungsmöglichkeiten; ganz im Gegenteil wurde von diesen extensiv Gebrauch gemacht.¹⁶²⁴ Dennoch lässt sich konstatieren, dass der Beteiligungszeitpunkt ein entscheidender Faktor für das Potenzial der Partizipation zur tatsächlichen Beeinflussbarkeit von Verfahren ist. Beteiligungsinstrumente sollten daher reziprok proportional zum Fortgang der Projektrealisierung erfolgen: je weniger Realisierung, desto mehr Beteiligung. Insbesondere die frühe Partizipation verspricht jenseits der rechtsstaatlich verbürgten, rechtsschutzrelevanten Öffentlichkeitsbeteiligung eine tatsächliche Einflussmöglichkeit auf die Projektentwicklung im Sinne von Mitgestaltung. So lässt sich die

¹⁶²¹ Herrmann, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 25 Rn 21.

¹⁶²² Die war schon in Begleitung der Gesetzesberatungen eine Forderung gerade im Rahmen von Großvorhaben gewesen, vgl. auch Stier, Stuttgart 21: Empfehlen sich Änderungen des Bau-, Fachplanungs- und Immissionsschutzrechts?, in: DVBl 2012, 885 (886).

¹⁶²³ Dies gilt bspw. für § 18a AEG (Art. 8 PIVereinG), § 14a WaStrG, § § 6 Abs. 5 und 8 LuftVG (Art. 13 PIVereinG).

¹⁶²⁴ Für S 21: *Schönenbroicher*, Irritationen um ‚Stuttgart 21‘, in: VBIBW 2010, 466 (467f).

anzustrebende Verteilung der Partizipation in frühe allgemeine öffentliche Beteiligung zugunsten demokratischer Teilhabe und spätere sehr begrenzte Betroffenenbeteiligung¹⁶²⁵ zur Wahrung eines hinreichenden rechtsstaatlichen Schutzes zusammenfassen.¹⁶²⁶ Nicht zu unterschätzen ist dabei die Bedeutung der Mitwirkungsqualität. Werden die Betroffenen-Verfahrensrechte zum rechtsstaatlich notwendigen Übel degradiert, ohne die diskursiven Potenziale zu erkennen, kann sich auch die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte und damit der Partizipationsmöglichkeiten im Sinne realer Teilhabe in der Bevölkerung nicht verbessern. Modifikationen in diesen Bereichen lassen es jedoch möglich erscheinen, der Ausweitung direktdemokratischer Instrumente vorzubeugen. Eine Implementierung frühzeitig einsetzbarer mediativer Elemente in das derzeitige Verwaltungsverfahren beispielweise¹⁶²⁷ könnte der Erforderlichkeit von Beteiligungen im Rahmen von Mediation und Volksinitiativen im Nachhinein vorbeugen und so Zeitverzögerung vermeiden. Die Einführung solcher kommunikations- und diskursorientierter Verfahren im Großprojektverfahren wäre potenziell geeignet, die Wahrnehmung der eigenen Stellung zu mitgestaltender Teilhabe zu transformieren. Hierin lägen gleichzeitig der Auftrag und das Bedürfnis zeitiger Informationsbeschaffung und Partizipation. Jenseits entsprechender rechtsstaatlich verbürgter Verfahrensrechte wären Bürger zu einem späteren Zeitpunkt auf die etwaige Nicht-Betroffenheit zu verweisen, ihre Möglichkeit auf Beteiligung demnach verwirkt.

(3) Einrichtung eines zentralen Verfahrensmanagements

Die behördliche Zuständigkeitsverteilung steht einer zentralen Verfahrensleitung im Sinne einer Managementfunktion grundsätzlich entgegen.¹⁶²⁸ Dennoch bedeutet diese Verteilung ein nicht unerhebliches Potenzial im Hinblick auf die Korrektur verschiedener Defizitebenen. Neben positiven Effekten auf Zeit- und Kostenfaktoren, wäre die Bündelung der verfahrensrechtlich relevanten Tätigkeiten bei einer Stelle auch im Hinblick auf die Informationserteilung, Verantwortungszuordnung und Gestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung günstig. Die Strukturierung und Optimierung von Kommunikation ist gerade im Lichte der hier untersuchten verfassungsrechtlichen Determinanten ein wesentlicher Faktor bei der Umsetzung von

¹⁶²⁵ Für Umweltverbände gilt hierbei eine spezielle Situation. Vgl. dazu das Trianel-Urteil des EuGH zum Recht von Umweltverbänden auf Zugang zu einem Überprüfungsverfahren, EuGH, Urt. v. 12. 5. 2011 – EuGHC-115/09.

¹⁶²⁶ Vgl. auch *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 544 (582).

¹⁶²⁷ Zur informell wirkenden Mediation vgl. oben F)II)1)b)cc)1).

¹⁶²⁸ *Steinberg*, Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren, in: ZUR 2011, 340 (345); *Franzjusz*, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225 (229).

Großprojekten. Die derzeit vorherrschenden Projektstrukturen können diesem Bedürfnis, speziell im Hinblick auf Transparenzvorgaben, regelmäßig nicht gerecht werden.¹⁶²⁹

In Anlehnung an die Regelungen zur Bündelung wesentlicher Verfahrensaufgaben bei der BNetzA durch das NABEG könnte ein vergleichbarer Vorstoß auch für die bundesweite Realisierung von Infrastrukturvorhaben angedacht werden.¹⁶³⁰ Im Unterschied zur Trassierung von Höchstspannungsleitungen haben die hier begutachteten Verkehrsinfrastrukturprojekte einen einzigen dauerhaften Standort. Ihre Fernwirkung allein wird daher kaum rechtfertigen können, dass die föderalen Zuständigkeiten derartig verlagert werden. Auch ihre Unterschiedlichkeit im Hinblick auf die betroffenen Verkehrssektoren und einhergehend das divergierende Fachplanungsrecht würde bereits die Sinnhaftigkeit einer solchen Zentralisierung in Frage stellen. So ist kaum denkbar, in Zukunft jeweils eine zentrale Flughafen-, Wasserhafen- oder Bahnrealisierungsstelle einzurichten. Hierin läge auch die Umkehrung des eigentlichen Gedankens eine einheitliche Stelle zu schaffen, die spezialisiert ist Verkehrsinfrastrukturprojekte zu planen und zu realisieren.

In Betracht käme aber ein Zusammenschluss von Bund und Ländern in einer Planungseinheit, die diese Aufgaben nach ihrer Beauftragung für den jeweiligen Hoheitsträger übernimmt. Am Beispiel der DEGES (Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH) die im Rahmen der Bundesfernstraßenreform (2017) auf die neu gegründete Autobahn GmbH des Bundes verschmolzen werden soll, könnten derartige Großprojekte von einer zentralen Stelle durch die Planungs- und Realisierungsphase hinweg gesteuert werden.¹⁶³¹ An der Anfang der 1990er Jahre nach der Deutschen Einheit mit dem Ziel der Schaffung einer gemeinsamen Res-

¹⁶²⁹ Dazu auch *Durner*, Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren, in: ZUR 2011, 354 (359f).

¹⁶³⁰ Zur Öffentlichkeitsbeteiligung nach dem NABEG erörternd: *Franzius*, Stuttgart 21, in: GewArch 2012, 225 (229f).

¹⁶³¹ Das BMVI plant die DEGES im Laufe des Jahres 2020 auf die als zentraler Teil der Bundesfernstraßenreform jüngst im Jahr 2018 gegründete Autobahn GmbH des Bundes zu verschmelzen, die ab dem 2021 Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung der deutschen Autobahnen in Bundesverwaltung übernimmt. Mit der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung werden insoweit die Bund-Länder-Finanzbeziehungen neu geordnet. Die Bundesautobahnen sollten demnach ab dem 01.01.2021 nicht mehr in Auftragsverwaltung durch die Länder geführt werden. Für die Erledigung der anfallenden Aufgaben bedient sich der Bund einer Infrastrukturgesellschaft als Beliehener. Darüber hinaus wird für die nicht von der Infrastrukturgesellschaft übernommenen Aufgaben ein Fernstraßen-Bundesamt neu errichtet. Vgl. BMVI, Mobilität, Straße, Reform der Bundesfernstraßenverwaltung: <https://www.bmvi.de/DE/Themen/Mobilitaet/Strasse/Reform-Der-Bundesfernstrassenverwaltung/reform-der-bundesfernstrassenverwaltung.html>. Die Umsetzung verzögert sich derzeit, insb. aufgrund von vergaberechtlicher Beanstandungen des BRH, vgl. Delhaes, Warum ein Baustopp auf den Autobahnen droht, in: Handelsblatt v. 27.07.2020: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/verkehrspolitik-warum-ein-baustopp-auf-den-autobahnen-droht/26038116.html>.

source für die Straßenbauverwaltungen der fünf neuen Länder zur raschen Verwirklichung der Verkehrsprojekte Deutsche Einheit (VDE)-Straße gegründeten DEGES waren neben dem Bund noch zwölf der sechzehn Länder im Rahmen von Gesellschafteranteilen beteiligt, die in erster Linie ihre Bundes- und Landesstraßenprojekte im Rahmen der Auftragsverwaltung auf die Gesellschaft übertragen haben.¹⁶³² Eine bedarfsgerechte Übertragung der Planungs- und Realisierungsaufgaben durch die beteiligten Länder oder den Bund auf diese ausgegliederte Einheit hätte neben der fachlichen Spezialisierung vor allem auch das Potenzial einer Neutralitätssteigerung. So können die Vorteile kooperativen öffentlichen Handelns verwirklicht werden. Die vorliegend beschriebenen Großprojekte unterscheiden sich jedoch in ihren spezifischen fachlichen Anforderungen beträchtlich, so dass eine Knowhow-Bündelung kaum erreicht werden kann. Dabei gelten zudem die gleichen Vorbehalte, wie oben zur zentralen Behördengestaltung dargelegt.

Infrage käme hingegen eine zentrale Monitoring-Stelle für Verkehrsinfrastrukturprojekte, die zumindest eine fortlaufende extern zentralisierte Kontrolle ermöglichen würde. Auch hierin wäre eine Steigerung exekutiver Neutralität zu sehen. Als europäisches Beispiel für eine solche unabhängige „Monitoring-Stelle“ lässt sich das britische „Committee on Climate Change“ („CCC“) anführen.¹⁶³³ Es wurde auf Grundlage des Part 2 Climate Change Act 2008 gegründet und hat zwei Hauptaufgaben: Zum einen kommt ihm eine beratende Funktion zu, wobei es die britische Regierung im Hinblick auf die Einhaltung der Reduktion schädlicher Emissionen berät, die in Part 1 des Climate Change Act 2008 gesetzlich festgelegt ist. Zum anderen liegt, neben der Regierungsberatung, die eigentliche Monitoringaufgabe, als Hauptfunktion des CCC, in der fortlaufenden Berichterstattung über die Übereinstimmung von bisherigem Fortschritt und gesetzlichen Reduktionszielen an das Parlament. Das CCC ist dabei unabhängig und hat im Rahmen des Climate Change Acts weite Befugnisse, die über die eines sonstigen Beratungsgremiums hinausgehen. Das CCC kann daher überwiegend als erfolgreiche Institutionalisierung zum Erreichen der Treibhausgas-Reduktionsziele angesehen werden. Sein Errichtungszweck wurde demnach erfolgreich umgesetzt.¹⁶³⁴ Mit seiner Ausrichtung auf das Monitoring ganz verschiedener Wirtschaftssektoren (bspw. Transport, Bauwesen,

¹⁶³²DEGES GmbH, Unternehmen, Historie: <http://www.deges.de/Ueber-DEGES/Historie/Aufbauphase/1991-1993-Aufbauphase-K304.html>.

¹⁶³³ Vgl. hierzu insgesamt: *McGregor/Swales/Winning*, A Review of the Role and Remit of the Committee on Climate Change, in: *Energy Policy* 2012, S. 466ff. Vgl. zu einer eigenständigen europäischen Institution, die ein Monitoring der europäischen Nachhaltigkeits- und Klimaschutzstrategie im Gesetzgebungsverfahren durchführen könnte: Callies/Dross, Umwelt- und Klimaschutz als integraler Bestandteil der Wirtschaftspolitik, in: *ZUR* 2020, 456 (463).

¹⁶³⁴ *McGregor/Swales/Winning*, A Review of the Role and Remit of the Committee on Climate Change, in: *Energy Policy* 2012, S. 466ff.

Energie, Landwirtschaft etc.) ist das CCC ein gutes Beispiel für die Beaufsichtigung eines konkreten Überwachungsgegenstands (Treibhausgas-Emissionen) im gesamten nationalen Wirtschaftsraum.¹⁶³⁵ Insofern sind bestimmte Monitoring-Parameter des CCCs auch auf eine Großprojekt-Monitoringstelle übertragbar. Während die Projekte zwar nicht in einem internationalen bzw. europäischen Kontext gesehen werden können, wie der Klimawandel, haben sie doch Gemeinsamkeiten, die ein zentrales Monitoring geeignet erscheinen lassen. Als übergeordneten Gemeinwohlbelangen dienende Verkehrsinfrastrukturprojekte mit erheblicher Fernwirkung liegt ihre effiziente, rechtskonforme und kostenadäquate Umsetzung im allgemeinen Interesse. Bedenken hinsichtlich einer fehlenden Rechtsstaatlichkeit einer solchen unabhängigen Monitoring Stelle lässt sich mit dem Argument entgegenreten, dass die Letztentscheidungskompetenz hinsichtlich der Umsetzung konkreter Maßnahmen weiterhin bei den zuständigen Behörden bzw. Parlamenten läge, die Überwachung und fortlaufende Berichterstattung zugunsten der Effizienz und Neutralität und damit im Ergebnis zum Wohle der Allgemeinheit durch eine solche unabhängige und überregionale Stelle jedoch gedient wäre.

Das Monitoring ist kein klassisches Instrument der deutschen Rechtsordnung, dennoch kommt diese eher neuartige Form des Verwaltungshandelns durch die Umsetzung europäischer Rechtsakte zunehmend als Form der Beobachtung und Berichterstattung vor.¹⁶³⁶ Nach dem Vorbild des obligatorischen Monitorings im Rahmen von Umweltverträglichkeitsverfahren gemäß § 4c BauGB¹⁶³⁷ sowie des in § 35 EnWG¹⁶³⁸ festgeschriebenen Monitorings durch die BNetzA wäre es vorstellbar, ein ähnliches Beobachtungsverfahren auch für bedeutende Großprojektrealisierungen vorzusehen. Nach § 35 Abs. 1 EnWG dient das Monitoring insbesondere der Herstellung von Markttransparenz. Zwar ist dies vorrangig der privatwirtschaftlichen Energieversorgung und deren Regulierungsbedürftigkeit geschuldet, dennoch liegt ein Nutzen im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion gleichwohl auch für die öffentliche Aufgabendurchführung vor. So verstanden wäre auch ein zentrales Großprojekt-Monitoring nicht nur geeignet, eine Neutralitätssteigerung administrativen Handelns zu erreichen, sondern es bestünde im Rahmen von Berichterstattung o.ä. zugleich die Möglichkeit in beachtlichem Umfang Transparenz zu bewirken. Gleichfalls läge in einer unverbindlichen Beratung durch eine Großprojekt-Monitoringstelle nach dem Vorbild der CCC ein Entlastungspotenzial zugunsten der Regierungen. Die Beobachtung wäre über das gesamte Verwaltungsverfahren zu

¹⁶³⁵ Committee on Climate Change, Our expertise: <https://www.theccc.org.uk/our-expertise/>.

¹⁶³⁶ Ausführlich zu Begriff und Bedeutung des Monitoring vgl. *Herzmann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 35 Rn 3 ff; vgl. zudem *Wahlhäuser*, in: Kment, EnWG, § 35 Rn 9.

¹⁶³⁷ Siehe etwa *Bunge*, Neue Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung, in: NVwZ 2014, 1257 (1262); *Schrödter*, Umweltprüfung und Umweltüberwachung, in: NordÖR 2004, 317 (322ff); *Stier*, in: ders., Bau- und Fachplanungsrecht, Rn 1011ff.

¹⁶³⁸ Dazu *Theobald*, in: Danner/ders., Energierecht Bd. I, EnWG, § 35 Rn 1ff.

erstrecken und könnte damit als verpflichtender Bestandteil der Umsetzung kontrollrelevanter, transparenzrechtlicher Prozesse im Sinne von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip dienen. Die Beobachtung und Kontrolle haushaltswirksamer Tätigkeiten hingegen fällt in den Aufgabenbereich der jeweiligen Rechnungshöfe (§ 42 HGrG) und sollte daher nicht vom Beobachtungsrahmen erfasst werden. Dort wäre allerdings eine Kräftebündelung der verschiedenen Rechnungshöfe von Beteiligten an institutionalisierten Großprojektkooperationen wünschenswert. Bislang erfolgt eine getrennte Prüfung streng orientiert an der jeweils beteiligten Körperschaft. Eine Anpassung des Zuständigkeitskataloges in den Fällen so hochkomplexer Projekte könnte geheime und streng voneinander getrennte Prüfungen sehr vergleichbarer Prüfungsgegenstände konzentrieren und komprimieren.

Da die Beobachtungstätigkeit im Kern rechtlich unverbindlich ist, weist sie kompetenzrechtlich weniger Probleme auf als die oben dargestellte Behördenkonzeption. Wird entsprechend zur Umweltverträglichkeitsprüfung eine Ex-ante-Prüfung vorgesehen,¹⁶³⁹ können die Ergebnisse im Rahmen des Zulassungsverfahrens berücksichtigt werden. Ein etwaiges Monitoring in diesem Sinne hätte das Potenzial einer Neutralitäts-, transparenz- und effizienzsteigernden Erfolgskontrolle der Planung, weil es die Methodik der Prognose negativer Auswirkungen auf Großprojektplanungen und -realisierungen verbessern könnte.

(4) Fazit zur Neutralitätsintensivierung

Das verwaltungsverfahrenrechtliche Potenzial zu deutlicher Optimierung großprojektspezifischer Defizite ist endlich, die Diskussion darüber dauert mittlerweile Jahrzehnte an. Zusammenfassend stärkt eine Intensivierung der Neutralität im Verwaltungsverfahren dennoch einerseits die Exekutiventscheidung nach dem Gewaltenteilungsprinzip sowie die sachlich-inhaltlichen Legitimation im Sinne des Verfahrensrechts. Zudem hat eine solche Neutralitätssteigerung, sofern adäquat kommuniziert und praktiziert, akzeptanzsteigerndes Potenzial. Die demokratische Legitimation von Verwaltungsentscheidungen profitiert demnach in besonderem Maße von einer erreichbaren Steigerung des Neutralitätsgehalts dieser administrativen Großprojektentscheidungen. Dennoch sind Modifikationen des Verwaltungsverfahrens kaum der wesentliche oder gar einzige Schlüssel zur Defizitbehebung. Gleichsam können die hier aufgezeigten Faktoren gegebenenfalls neutralitätsfördernd wirken und zur Rückgewinnung bürgerlichen Vertrauens in die Entscheidungsoffenheit der Verwaltung führen.¹⁶⁴⁰ Wie aufgezeigt lassen sich jedoch gerade mithilfe einer optimierten Kommunikation diverse Schwierigkeiten beseitigen. In

¹⁶³⁹ *Bunge*, Neue Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung, in: NVwZ 2014, 1257 (1262).

¹⁶⁴⁰ *Erbguth*, Infrastrukturgroßprojekte, in: DÖV 2012, 821 (826f); *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, 544 (587).

enger Verbindung zur Neutralitätssteigerung werden daher in der Folge kommunikationsintensivierende Verfahren auf ihre Geeignetheit für die Großprojektdurchführung hin untersucht.

cc) Informations- und Kommunikationsströme und Beteiligtenkommunikation

Um das Vertrauen in Repräsentation einerseits und Neutralität administrativer Entscheidungen andererseits wiederzugewinnen, bieten sich auf der Ebene von Informationsgewinnung und Kommunikation diverse informelle Verfahren an, die eine Interaktion zwischen Staat und Bürger jenseits förmlicher Verwaltungsverfahren ermöglichen können. Nachdem dargelegt worden ist, dass die vorhandenen Beteiligungsinstrumente grundsätzlich ausreichen, diese sich allerdings – orientiert am monistischen Legitimationsmodell – nicht zur Vermittlung zusätzlichen Legitimationsgehaltes eignen,¹⁶⁴¹ bleibt der Blick zu richten auf informelle Verfahren, welche die Legitimierung staatlichen Handelns in einer politischen Dimension betreffen¹⁶⁴² und geeignet sind, die den Projekten zugrundeliegende Informationsbasis positiv zu beeinflussen.

Parallel zu der Feststellung, dass die Staat-Bürger-Kommunikation Verbesserungspotenzial aufweist und dass insbesondere das in einem frühzeitigen Projektstadium stattfindende Raumordnungsverfahren Spielraum zu entsprechender Intensivierung bietet,¹⁶⁴³ wurde dargelegt, dass dieser mit Abschluss der Projektentwicklung proportional abnimmt.¹⁶⁴⁴ Eine frühzeitige Aktivierung der allgemeinen „Betroffenheitssensoren“¹⁶⁴⁵ steht damit einer späten Partizipation, reduziert auf die rechtsstaatlich gebotenen Beteiligungsrechte, gegenüber.

¹⁶⁴¹ *Seibert-Fohr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: *VerwArch* 2013, 311 (320f) mwN.

¹⁶⁴² *Ipsen*, Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, in: *VVDStRL* 48, 177 (196); *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: *HStR* V, § 109 Rn 36.

¹⁶⁴³ Vgl. hierzu auch *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung, in: *VVDStRL* 72, 544 (585f).

¹⁶⁴⁴ *Stier/Buchsteiner*, Stuttgart 21, in: *UPR* 2011, 335 (340); *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: *VVDStRL* 72, 544 (582, 586ff).

¹⁶⁴⁵ *Ebda*, S. 586.

(1) Informelle Mediationsverfahren

Die Vorteile einer Mediation im Verwaltungsverfahren werden darin gesehen, die Transparenz der jeweiligen Entscheidung, ihrer Grundlagen und ihrer Ziele zu erhöhen.¹⁶⁴⁶ Alles gehöre auf den Tisch, auch diejenigen Fragen, die im herkömmlichen förmlichen Verfahren nicht oder nicht ausreichend geprüft wurden.¹⁶⁴⁷ Dies widerspricht dem eigentlichen Ansatz mediativer Verfahren im Recht mit ihrer Forderung nach Vertraulichkeit.¹⁶⁴⁸ Eine echte Mediation, wie sie im Zivilverfahren vielfach stattfindet,¹⁶⁴⁹ kann im Rahmen der Großprojektrealisierung keine Anwendung finden, da sie jedenfalls in Form des Prozessvergleichs vollstreckbar wäre. Stets muss aber im Verwaltungsverfahren die Informalität des Verfahrens gewahrt bleiben. Mediatoren sind neutrale Instanzen jenseits der Sphäre der Beteiligten. Zugleich verfügen sie nicht über die notwendige demokratische Legitimation, um im Mediationsprozess verbindliche Resultate und Entscheidungen hervorbringen zu können. Diese verbleibt bei der Verwaltung, die gleichfalls dem Grunde nach formell unabhängig entscheiden können muss.¹⁶⁵⁰ Daher ist im Mediationsergebnis die Abwägungsoffenheit der abschließenden Planungsentscheidung zu wahren.¹⁶⁵¹ Die Potenziale der Mediation für die Informationsintensivierung zwischen den beteiligten Parteien dürfen daher keinesfalls verwechselt werden mit der Legitimationsbedürftigkeit der bindenden Projektentscheidungen. Ohne Bindungswirkung kann jedoch kein Anspruch auf die Projektdurchführung im Sinne der Mediationsergebnisse entstehen. Diesen Umstand öffentlich zu kommunizieren ist wesentlich, denn die Erwartungen an eine Großprojektmediation auf Seiten der Bürger dürfen nicht überhöht werden. Insofern müssen die Grenzen, welche mediative Strukturen wegen ihrer materiell-rechtlichen Limitierung mit sich bringen, in die Entscheidung zu

¹⁶⁴⁶ Am Beispiel des Mediationsverfahrens zum Frankfurter Flughafen ausbau: *Geis*, Regieren mit Mediation; *Schäfer*, Mediation im öffentlichen Bereich. Zur Mediation im Verwaltungsrecht vgl. *Pünder*, Mediation im Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 16; *Appel*, Privatverfahren, in: GVwR II, § 32 Rn 102 ff; *Febling*, Informelles Verwaltungshandeln, GVwR II, § 38 Rn 30 ff, 83 ff; *Fuchs/Hehn/Wagner*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: UPR 2011, S. 81.

¹⁶⁴⁷ Vgl. zu Sachverhaltsaufklärungen i. R. v. Mediation: *Ramsauer*, Data Mediation: Ein Weg zu Transparenz und Akzeptanz im Verwaltungsverfahren, in: Mehde, FS Bull 2011, S. 1029 ff.

¹⁶⁴⁸ *Guckelberger*, Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?, in: NVwZ 2011, 390 (393); *Eisele*, Öffentliche Streitbeilegungsverfahren, in: ZRP 2011, 113 (114); *Franzjusz*, Stuttgart 21, in: VerwArch 2012, 225 (233).

¹⁶⁴⁹ Vgl. § 278 ZPO.

¹⁶⁵⁰ Zum Verhältnis von Gesetzesbindung der Verwaltung und Mediation im Verwaltungsrecht, vgl. *Vofß*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, Teil B, § 3 Rn 57 ff.

¹⁶⁵¹ *Hien*, Partizipation im Planungsverfahren, in: UPR 2012, 128 (131); *Wulfhorst*, Konsequenzen aus „Stuttgart 21“, in: DÖV 2011, 581 (584 f); weitergehend wohl *Steinberg*, Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren, in: ZUR 2011, 340 (348).

deren Durchführung einbezogen werden. Im schlimmsten Fall bewirken Mediationen eine reine Hinauszögerung des Verfahrens ohne Akzeptanzsteigerung, während die Gerichte gleichwohl zur verbindlichen Entscheidung über streitige Fragen angerufen werden.¹⁶⁵² Auf Beteiligtebene ist es zweckmäßig, auch schon im Rahmen von informellen Verfahren alle zuständigen Exekutivorgane in das Verfahren einzubinden, damit sie zum einen ihre Interessen vertreten, zum anderen aber insbesondere auch rechtliche Umsetzungsgrenzen aufzeigen können. All dieses vorausgeschickt, sind es jedoch in erster Linie die Transparenzwirkung sowie eine mögliche Akzeptanzsteigerung, die informelle mediative Verfahren positiv hervorbringen können.¹⁶⁵³

Um die gewünschten Effekte zu erzielen, ist es wichtig, die Person des Mediationsmittlers bzw. mehrerer Mediationsmittler mit Bedacht zu wählen. Sie sollte(n) demzufolge von den Beteiligten gemeinsam ausgesucht werden und keine evidente Nähe zu den Beteiligten oder zuständigen Behörden aufweisen.¹⁶⁵⁴ Ein externer, neutraler Mittler, der die Leitung im Sinne einer Moderation durchführt, ohne sich über Gebühr in den Diskurs einzumischen, eignet sich daher am ehesten, um akzeptiert und ernstgenommen zu werden.¹⁶⁵⁵

Wichtig für das Erreichen der wesentlichen Ziele ist, dass das Verfahren strukturiert und organisiert verläuft. Verschwimmen die Konturen und werden die Kriterien der Mediation nicht im Vorhinein definiert,¹⁶⁵⁶ können auch Transparenz und Akzeptanz nur begrenzt hergestellt werden, da beide Strukturiertheit zur Nachvollziehbarkeit erfordern. Dem Planungsrecht steht es grundsätzlich nicht entgegen, Verhandlungsergebnisse in das förmliche Verwaltungsverfahren zu übernehmen, sofern die entscheidende Behörde diese einer umfassenden Prüfung nach den gängigen Parametern unterzieht.¹⁶⁵⁷

¹⁶⁵² Vgl. *Schillinger*, Mediation im Verwaltungsrecht, S. 42f.

¹⁶⁵³ *Vofß*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, Teil B, § 3 Rn 36. Zur Übersicht weiterer Vorteile der Mediation vgl. ebda Rn 8ff.

¹⁶⁵⁴ *Ramsauer*, Data Mediation, in: Mehde, FS Bull 2011, S. 1029 (1038).

¹⁶⁵⁵ Zur Rolle Geißlers in der Stuttgarter Schlichtung, vgl. *Eisele*, Öffentliche Streitbelegungsverfahren, in: ZRP 2011, 113.

¹⁶⁵⁶ *Eisele*, Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation, in: Jura 2003, 656 (659 ff); *ders.*, Öffentliche Streitbelegungsverfahren, in: ZRP 2011, 113f.; *Franzjusz*, Stuttgart 21, in: GewArch 2011, 225 (233).

¹⁶⁵⁷ *Vofß*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch VerwR, Teil B, § 3 Rn 77.

(2) Konsultative Volks- und Bürgerbefragungen

Kommunale Bürgerbefragungen sehen verschiedene Landesgesetze bereits seit Längerem vor.¹⁶⁵⁸ Aber auch landesweite Volksbefragungen¹⁶⁵⁹ haben seit neuerem in einigen Ländern normative Rahmenbedingungen erhalten. Vorreiter Bayern hat zum Anfang 2015 sein Landeswahlgesetz um das direktdemokratische Instrument der Volksbefragung ergänzt.¹⁶⁶⁰ Demnach wird über „Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung [...] eine Volksbefragung durchgeführt, wenn Landtag und Staatsregierung dies übereinstimmend beschließen“, vgl. § 88a Abs. 1 S. 1 BayLWG. Befragungen über Gesetze sind davon ausgeschlossen (dort S. 2).

Das Abstimmungsergebnis fungiert nicht als rechtliches Präjudiz der politischen Entscheidung. Neben ihrem generellen Potenzial zur Schaffung von Transparenz,¹⁶⁶¹ kann die Befragung vielmehr als Entscheidungshilfe im Hinblick auf die parlamentarische Willensbildung charakterisiert werden. Je nach Regelungsgegenstand vertieft die partizipatorische Einbindung des Bürgerwillens in den Entscheidungsprozess auf dem Weg zum Legislativvotum oder zur Exekutiventscheidung die Rückkoppelung zum (konkreten) Volkswillen als Souverän.¹⁶⁶² Gleichzeitig ist sie imstande, einen höheren Akzeptanzgrad zu erreichen.¹⁶⁶³ Der kooperative und informelle Charakter der Befragung kann eine Aufwertung des repräsentativen Systems durch direktdemokratische Partizipation bewirken. Anders als bei Verfahren, die verbindliche Ergebnisse hervorbringen, müssen Repräsentanten und Repräsentierte sich dabei nicht als Konkurrenten um die Durchsetzung einer Entscheidung verstehen. Einwände, die Befragung sei lediglich ein „Demokratie-Placebo“ oder auch „Plebiszitärer Cäsarismus“, werden ihrer Bedeutung daher nicht gerecht.¹⁶⁶⁴ Ihr Potenzial liegt vielmehr in der faktischen Bindungswirkung, da das Parlament und insbesondere die in diesem die Mehrheit stellende Regierung regelmäßig kaum anstreben werden, sich über das selbst initiierte Votum hinwegzusetzen. Der durchaus beachtliche Einwurf, dass die so tatsächlich hervorgebrachte Bindungswirkung wiederum das staatliche Entscheidungsermessen unterminiert, weil es Inbegriff der

¹⁶⁵⁸ Für Niedersachsen § 35 NKomVG; für das Saarland § 20b SaarlKSVG; für Sachsen-Anhalt § 28 Abs. 3 KVG LSA; für Schleswig-Holstein § 16c GO SH.

¹⁶⁵⁹ Nicht zu verwechseln mit der in Art. 29 Abs. 5 GG vorgesehenen Volksbefragung zur Neugliederung des Bundesgebiets, die Bindungswirkung entfaltet, vgl. *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 29 Rn 22.

¹⁶⁶⁰ LT Bay, Drs. 17/1745 vom 29.04.2014.

¹⁶⁶¹ *H. P. Schneider*, Grundgesetz und technologischer Wandel, S. 85f.

¹⁶⁶² *Pestalozza* bezeichnet das konsultative Referendum daher als demokratisches Minimum, vgl.

Pestalozza, Volksbefragung - das demokratische Minimum, in: NJW 1981, 733ff.

¹⁶⁶³ Zur Consens- und Legitimationsfunktion, vgl. *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 38f.

¹⁶⁶⁴ *Patzelt*, Welche plebiszitären Instrumente können wir brauchen?, in: Feld, Jahrbuch direkte Demokratie 2010, S. 63 (99).

parlamentarischen Aufgabe sei, Entscheidungen selbst zu fällen und zu verantworten,¹⁶⁶⁵ vermag nicht zu überzeugen. Zweck der Befragung ist vielmehr ein Richtungsvorschlag im Sinne einer Signalfunktion, der Indiz des bürgerlichen Willens sein kann. Sofern der Abstimmungsgegenstand in dessen Aufgabenbereich fällt, liegt die Entscheidungsverantwortung unverändert beim Parlament und die Grundsätze hierfür entsprechen dem Prinzip des freien Mandats, vgl. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG bzw. die entsprechenden landesrechtlichen Normen.¹⁶⁶⁶ Die Kritik stellt dieses vielmehr insgesamt infrage, sind doch Abgeordnete viel häufiger durch Fraktionsdisziplin an der Durchsetzung eigener Positionen gehindert.¹⁶⁶⁷ Insofern wird es dem Potenzial des Instruments, das in erster Linie Kommunikation und Dialog im Rahmen einer bürgerlichen Konsultation erzeugen soll, nicht gerecht, pauschal vom Abschieben unliebsamer Entscheidungen auf das Volk auszugehen.¹⁶⁶⁸ Ein solcher Missbrauch kann nicht ohne Weiteres antizipiert werden.¹⁶⁶⁹ Auch hier ist es aber angezeigt, die rechtliche Unverbindlichkeit des Volkstotums deutlich zu kommunizieren, um Verantwortungsbereiche eindeutig darzulegen und übersteigerte Erwartungshaltungen zu vermeiden.

Gegner des Beteiligungsinstruments führen weiterhin an,¹⁶⁷⁰ es sei in all jenen Fällen nicht geeignet, in denen die Befragung de facto eine Beeinträchtigung des Haushalts nach sich ziehe und daher im Rahmen des Budgetrechts den beteiligungs-festen Kern parlamentarischer Entscheidung betreffe.¹⁶⁷¹ Ein Befragungsvotum kann jedoch eine rechtliche Bindungswirkung gerade nicht erzeugen und somit keine unmittelbare Einwirkung auf die Budgetverantwortung des Repräsentativor-

¹⁶⁶⁵ *Heußner/Pautsch*, „Plebizit von oben“ bald bundesweit?, in NJW 2015, 1225ff; *dieselben*, Der Griff nach dem Plebiszit, in NVwZ 2014, 1058; in diesem Sinne auch: *Patzelt*, Welche plebiszitären Instrumente können wir brauchen?, in: Feld u.a., Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, S. 63 (98). Vgl. zudem *Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL 29, 46 (61), der das Problem darin sieht, dass in den Fällen in denen Entscheidungskompetenz und Entscheidungsverantwortung bei einem Bundesorgan liegt dieses auch die Entscheidung zu verantworten hat. Handelt es dem zuwider, würde die die Legitimität des Repräsentativsystems erschüttern.

¹⁶⁶⁶ Hierzu umfassend: *Stein*, Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, S. 295ff.

¹⁶⁶⁷ Zum Begriff: *du Mesnil de Rochemont/W. Müller*, Die Rechtsstellung der Bundestagsabgeordneten, in: JuS 2016, 504 (505f); *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 2, Art. 38 Rn 55ff.

¹⁶⁶⁸ So aber *Patzelt*, Welche plebiszitären Instrumente können wir brauchen?, in: Feld u.a., Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, S. 63 (98).

¹⁶⁶⁹ aA *Patzelt*, der von einem Missbrauch der „politischen Klasse“ spricht (vgl. Fn 1668).

¹⁶⁷⁰ *Heußner/Pautsch*, Der Griff nach dem Plebiszit, in: NVwZ 2014, 1058.

¹⁶⁷¹ Zur Budgetverantwortung als indisponiblen Kern der Verfassung in diesem Sinne, siehe bspw. BVerfGE 129, 124 (179f); *Kühling*, Volksgesetzgebung und Grundgesetz, in: JuS 2009, 777 (782); sowie insgesamt *Birk/Wernsmann*, Volksgesetzgebung über Finanzen, in: DVBl 2000, 669ff; *Krajczyk*, Der parlamentarische Finanzvorbehalt bei der Volksgesetzgebung; *Rosenke*, Finanzbeschränkungen bei der Volksgesetzgebung.

gans hervorbringen. Selbst eine faktische Bindungswirkung ändert an der Eigenverantwortung jedes Abgeordneten im Rahmen seines Abstimmungsrechts, wie dargelegt, nichts.¹⁶⁷²

Grundsätzlich sind solche Volksbefragungen geeignet, auch im Rahmen von in Frage stehenden Großprojektumsetzungen zum Einsatz zu kommen. Das Recht, das Volk zu einem konkreten Sachverhalt zu befragen, ist dabei aber stets auf den jeweiligen Kompetenzbereich von Land oder Bund begrenzt. Da auf Bundesebene bis dato ein solches Recht auf Befragung nicht implementiert ist,¹⁶⁷³ muss dies derzeit – wo vorhanden – auf die jeweiligen Landeskompetenzen eingegrenzt werden. Werden Projekte also von einem Land allein realisiert, so wäre eine Befragung des Landesvolks möglich, sofern sie im Landesrecht vorgesehen ist.¹⁶⁷⁴ Dies wiederum gilt mit der Einschränkung, dass in bundesrechtlich geregelte Planfeststellungsverfahren nicht im Rahmen der Zulässigkeitsentscheidung eingegriffen werden darf.¹⁶⁷⁵ Einer frühen Befragung zu Beginn der Planung steht dies jedoch nicht entgegen. Die grundsätzliche Befragung bzgl. des „Ob“ ist daher möglicher Gegenstand einer Volksbefragung. Schwieriger gestaltet sich das Prozedere im Rahmen kooperativ realisierter Projekte. Eine Befragung zum „Ob“ der Landesbeteiligung im Zeitraum der Initialisierung wäre aber auch dort denkbar. Zu einem Zeitpunkt, nach dem Beginn der Realisierungsphase dürfte dies grds. nicht mehr möglich sein.¹⁶⁷⁶

Trotz all der hier benannten Zweifel an den demokratischen Strukturen von Infrastruktur Großprojekten, die breite Bürgerproteste auslösen, bleibt das geltende Recht einzige maßgebliche Quelle der zu treffenden Beurteilung.¹⁶⁷⁷ Öffentlichkeitsbeteiligung kann daher nur dort Raum finden, wo die gesetzlichen Rahmenbedingungen hierfür geschaffen wurden.¹⁶⁷⁸ Dort wo die Gesetzesdichte aber geringer

¹⁶⁷² Vgl. *Martini*, Die Bürger-/Volksbefragung, in: DÖV 2015, 981 (986); *Pestalozza*, Volksbefragung - das demokratische Minimum, in: NJW 1981, 733 (735).

¹⁶⁷³ Das BVerfG hatte insofern bei seiner Entscheidung zu Volksbefragung um den Atombewaffnungsfall die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip offen gelassen, BVerfGE 8, 104ff.

¹⁶⁷⁴ Mangels Verbindlichkeit ergibt sich hier nicht die gleiche Problematik um die Fernwirkung von Großprojektvorhaben.

¹⁶⁷⁵ Vgl. auch *Martini*, Die Bürger-/Volksbefragung, in: DÖV 2015, 981 (985).

¹⁶⁷⁶ Siehe oben zu S21 E)IV)3)e)bb)(1)(c)

¹⁶⁷⁷ Dass die Gesetzesbindung in der Rechtswissenschaft insofern kein absolutes Maß ist, dürfte an dieser Stelle eines weiteren Diskussionsbedürfnisses entbehren. Da ein wesentlicher Fokus der Arbeit auf der Vereinbarkeit der Großprojektrealisierung mit geltendem Recht liegt, dürfte die Maßgeblichkeit der Gesetzesbindung hier evident sein.

¹⁶⁷⁸ *Kirste*, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins, S. 363f; *Gusy*, Brauchen wir eine juristische Staatsrechtslehre?, in: JöR 55, 41 (58); *Appel*, Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67, 226 (260ff).

ist, wächst das Potenzial zur eigeninitiativen Ausfüllung des Rechtsanwenders, von Exekutive und Gerichtsbarkeit also.¹⁶⁷⁹ Die fehlende Determinations- und Direktionskraft des geltenden Rechts bietet an dieser Stelle dann Gelegenheit von Rechts-erzeugung für die zweite oder dritte Gewalt.

Nach alledem ist die Volksbefragung grundsätzlich ein geeignetes Instrument zur frühzeitigen Einbindung des Volkes in politische Entscheidungsprozesse. Ihre Wirkung ist im Rahmen der partizipativen Ausgestaltung geeignet, diese Einbindung transparent, kommunikativ und diskursiv zu gestalten und hat insofern nicht unerheblichen demokratiefördernden Gehalt. Das Votum des (Landes-)Volks hat zwar in Anbetracht seiner rechtlichen Unverbindlichkeit keinen unmittelbaren Einfluss auf die demokratische Legitimation einer Sachentscheidung, betrifft aber den ideellen Kern des Demokratieprinzips.¹⁶⁸⁰ Die rechtliche Unverbindlichkeit der Befragung fördert Flexibilität und lässt die Öffentlichkeitsbeteiligung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten weniger schnell an ihre Grenzen stoßen.¹⁶⁸¹ Sofern es nicht der Regierung vorbehalten bleibt, eine solche Konsultation der Bevölkerung zu bewirken, sondern auch die Opposition sie initiieren kann, stellt sie eine vielversprechende Variante für ein intensiviertes Informations- und Kommunikationsverhältnis zwischen Staat und Bürger dar.

(3) Informationsplattformen

Die Ausübung von Staatsgewalt im Rahmen staatlicher Entscheidungsprozesse macht Informationen und Wissen erforderlich. Ihre Bedeutung für Meinungs- und Willensbildung im Rahmen von Rechtmäßigkeit und Legitimität staatlicher Entscheidungen wurde hier bereits dargelegt.¹⁶⁸² Dies gilt für das Volk als Souverän gleichermaßen wie für dessen Repräsentanten im Parlament sowie die nachfolgenden Gewalten, deren Entscheidungen auf Wissens- und Informationsverarbeitung fußen. Im Zuge der Meinungsbildung zu anstehenden Großprojekten und der sich ihr anschließenden Willensbildung werden bereits jetzt die Möglichkeiten der modernen Informations- und Kommunikationstechnik genutzt. Diese Technik hat im Rahmen des PIVereinHG auch Einzug in das Verwaltungsverfahren gehalten, § 27a VwVfG empfiehlt daher die öffentliche Bekanntmachung im Internet.¹⁶⁸³

¹⁶⁷⁹ *Appel*, Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67, 226 (262).

¹⁶⁸⁰ Vgl. dazu auch *Pestalozza*, Volksbefragung - das demokratische Minimum, in: NJW 1981, 733.

¹⁶⁸¹ Hierzu weiterführend und sehr ausführlich: *Martini*, Die Bürger-/Volksbefragung, in: DÖV 2015, 981 (983ff).

¹⁶⁸² Siehe oben C).

¹⁶⁸³ Die Vorschrift bezieht sich auf alle öffentlichen Bekanntmachungen die in Rechtsvorschriften angeordnet werden. Vgl. zu den Neuerungen die das PIVereinHG bewirkt hat insgesamt: *Stüer*, Das Planungsvereinheitlichungsgesetz, in: DVBl 2013, 700ff.

Dort bieten sich jedoch weitere Möglichkeiten. Hinsichtlich des oben zu Datenbanken im Lichte der Transparenzgesetzgebung Ausgeführten,¹⁶⁸⁴ muss abermals betont werden, dass allein das Einstellen sämtlicher vorhandener Daten, Dokumente und Unterlagen zu einem konkreten Projekt kaum dem transparenzrechtlichen Anspruch an Strukturiertheit und Nachvollziehbarkeit entsprechen kann. Datenbanken können insofern als Plattformen für aufbereitete Information nützlich sein. Darüber hinaus bedarf es bei hochkomplexen Großprojektrealisierungen zentral gesammelter und zur Verfügung gestellter strukturierter Informationen. Zur Herausstellung des informellen Charakters ist es sinnvoll, diese Aufgabe einer jenseits von öffentlichem Vorhabenträger und außerhalb des Bereichs administrativer Verantwortlichkeit eigens hierzu eingerichteten Instanz zu überantworten.¹⁶⁸⁵ Idealerweise weist diese dennoch eine gewisse Nähe zu beiden auf, um adäquates Wissen und valide Informationen zu gewährleisten. Über eine fortwährende Ausstattung dieser externen Stelle mit den notwendigen Informationen und Materialien könnte eine breite Öffentlichkeit umfassend und nachvollziehbar zum Großprojekt aufgeklärt werden. Dabei sollten alle wesentlichen projektbezogenen Sachgegenstände erfasst sein.¹⁶⁸⁶ Neben den verantwortlichen Beteiligten und den Kerndaten gehören dazu insbesondere die Motivationen und Hintergründe, Gesellschaftsstrukturen, Zuständigkeiten, Kosten, Finanzierungsanteile, Ansprechpartner, Gremien, der Fortgang der Bauarbeiten, etwaige Beeinträchtigungen und die weiteren projektspezifischen erheblichen Kerndaten.

Eine so beschaffene allgemeine Informationsplattform kann einen erheblichen Beitrag zur Verwirklichung wesentlicher Transparenzanforderungen leisten. Einen attraktiven Nebeneffekt stellt auch die Entlastung von Vorhabenträger und Verwaltung dar, die sich üblicherweise mit einer Vielzahl von Anfragen bzgl. entsprechender Informationen konfrontiert sehen. Hierbei darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass auch ein gegenteiliger Effekt eintreten kann, der einen Anstieg von Anfragen und Nachforderungen im Hinblick auf vorgehaltene Informationen betrifft.¹⁶⁸⁷

(4) Fazit zu informellen Informationsverfahren

Nach alledem ist zusammenzufassen, dass es zur Herstellung auch verfassungspolitisch hinreichender demokratischer und transparenter Strukturen nicht auf die

¹⁶⁸⁴ Siehe oben F)II)1)a)cc).

¹⁶⁸⁵ Bspw. das hier untersuchte S21-Projekt hat eigens für die Öffentlichkeitsarbeit des Vorhabens den Verein Bahnprojekt Stuttgart-Ulm e.V. gegründet. Siehe oben E)IV)3)c)dd).

¹⁶⁸⁶ Vgl. hierzu auch *Papenfuss/Schaefer*, Transparenz und anforderungsgerechte Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen, in: Hilgers u.a., *Public Management im Paradigmenwechsel*, S. 523ff.

¹⁶⁸⁷ *Versteijl*, Öffentliche Genehmigungsverfahren dürfen nicht zum Investitionsrisiko werden, in: *Müllmagazin* 2/2008, 2.

Quantität von Öffentlichkeitsbeteiligung ankommen kann, sondern auf deren Qualität, damit diese ihr Potenzial entfalten kann. Findet die öffentliche Beteiligung zu einem Zeitpunkt statt, in der sie faktisch kaum oder keinen Einfluss mehr auf den Fortgang des Geschehens hat, ist sie weder sinnvoll noch angebracht und verfehlt einerseits ihre akzeptanzsteigernde Wirkung und vereinnahmt andererseits wertvolle Zeit und finanzielle Ressourcen. Dies betrifft freilich jedoch nicht die rechtsstaatliche Notwendigkeit entsprechender Vorkehrungen. Während die deutsche Rechtsordnung insgesamt durch eine starke Ausrichtung am subjektiven Recht charakterisiert ist, finden sich vergleichsweise wenige Normen, die eine Orientierung an der Allgemeinheit forcieren. Dies zeigt sich am Verwaltungsverfahren- und Planungsrecht besonders deutlich. Es ist aber für eine leistungsfähige repräsentative Demokratie sinnvoll, die breite Öffentlichkeit durch informelle Verfahren einzubeziehen, zugleich jedoch sämtliche wesentlichen Entscheidungskompetenzen beim Repräsentativorgan zu belassen.

dd) Komplexitätsreduktion und Kategorisierung der Akzeptanzdebatte

In der Debatte um die Verbesserung der Großprojektrealisierung ist nach alledem fraglich, welche Forderung im Mittelpunkt stehen soll. Es wechseln sich die Rufe nach mehr Akzeptanz und Demokratiestärkung ab, dies bestätigen auch die rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen.¹⁶⁸⁸ Diese Debatten bewirken jedoch letztlich nicht das Erreichen dieser Ziele, sondern forcieren die Unübersichtlichkeit derjenigen Instrumente, die tatsächlich einen effektiven Beitrag zur Problemlösung leisten können.¹⁶⁸⁹ Ironischerweise macht es den Eindruck, dass auch die Auseinandersetzung um die Verbesserung von Partizipation bei Großprojekten die Komplexität der Schwierigkeiten um deren Realisierung intensiviert, nicht hingegen reduziert. Allein aber eine Reduktion kann Strukturiertheit fördern, insofern ist der „Wildwuchs an Öffentlichkeitsbeteiligung“¹⁶⁹⁰ zu ordnen, hin zu einer Qualität von Partizipation, die ein hohes Maß an Effektivität bei Großprojekten erreichen kann. Reine Quantität der Möglichkeiten zur Öffentlichkeitsbeteiligung hingegen hat den gegenteiligen Effekt: Sie fördert Undurchschaubarkeit auf Seiten derjenigen, die sich beteiligen wollen und schürt übersteigerte Hoffnungen auf tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten. Werden diese enttäuscht, folgen Unmut und nicht selten Protest, wie die dargelegten Projekte anschaulich zeigen. Rechtlich bedeutet dies mangelnde Rechtssicherheit und Verlässlichkeit bereits getroffener Planungsentscheidungen.

¹⁶⁸⁸ Siehe oben Fn 1522.

¹⁶⁸⁹ Siehe zur vergleichbaren Problematik iRd Informationsfreiheit: Rossi, Informationsfreiheit – Anspruch und Wirklichkeit, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung, S. 43 (48ff).

¹⁶⁹⁰ Erbgyth, Infrastrukturprojekte, in: DÖV 2012, 821 (827).

Während sich schon die *Kant'sche* „Kritik der reinen Vernunft“ mit Kategorien beschäftigte, die zur Reduktion von Komplexität beitragen,¹⁶⁹¹ ist es nach wie vor diese Vielgestaltigkeit von Sachverhalten, die nicht allein den Diskurs von Regierenden und Regierten, Repräsentanten und Repräsentierten erschwert. Eine Lösung ist in *Lubmanns* Thesen zur „Legitimation durch Verfahren“ zu finden, welches ihm zufolge geeignet ist, Komplexität zu reduzieren und gleichfalls legitimierend wirkt.¹⁶⁹² Während letzteres unbestreitbar ist, muss der Frage, inwiefern Verfahrenspluralität Komplexitätsreduktion zu bedeuten hat, auf praktischer Ebene zunächst mit Skepsis begegnet werden. Dennoch ist es unverkennbar, dass komplexe technisch-bauliche Strukturen auch komplexe rechtliche (Verfahrens-)Strukturen erforderlich machen, die geeignet sind, dem Verfahrensgegenstand gerecht zu werden.¹⁶⁹³

Wie hier bereits erörtert wurde, ist es jedoch nicht allein ein legitimatorisches, sondern auch ein rechtsstaatliches Bedürfnis, beständig die Beteiligung der Öffentlichkeit sicherzustellen. In der öffentlich geführten Diskussion um Transparenz, direkte Demokratie und Akzeptanz stehen diese Termini für die Individualisierung des politischen Diskurses. Maßstab einer verfassungsrechtlichen Einordnung der Großprojektrealisierung im Lichte der vorliegenden Arbeit kann an dieser Stelle jedoch allein der Demokratiegehalt selbiger sein. Das demokratische Prinzip verlangt gleichwohl, wie vielfach dargelegt, die Nachvollziehbarkeit der öffentlichen Debatte. Demokratie und Komplexität verhalten sich damit dem Grundsatz nach konträr zueinander. Ist also Akzeptanz eine Größe, an der auch der Demokratiegehalt von Entscheidungen gemessen werden kann, ist sie geeignet, in diesem Maße in den verfassungsrechtlichen Diskurs einzufließen. Vorsicht ist jedoch dort geboten, wo sie über Entscheidungen, die in legitimierten und rechtskonformen Verfahren gefällt und bestätigt wurden, hinweg zum alleinigen Maßstab der Rechtmäßigkeit dieser Vorhaben gekürt wird.¹⁶⁹⁴

Nach *Mainzer* führt die Entwicklung eines komplexen Systems in der Regel nicht zu Sicherheiten, sondern höchstens zu Wahrscheinlichkeiten.¹⁶⁹⁵ Wie erörtert, liegt strukturelle Komplexität in der Natur von Großprojekten. Nur solche Projekte aber, deren Strukturen durchschaubar sind, können legitimationsgerecht zur Entscheidung reifen. Komplexitätsreduktion muss daher der Ausgangspunkt der Kommunikation zwischen Projektträgern bzw. Bauherren auf der einen und Repräsentanten bzw. Repräsentierten auf der anderen Seite sein.¹⁶⁹⁶ Die Akzeptanzdebatte

¹⁶⁹¹ *Kant* widmet sich dieser Auseinandersetzung in der ersten seiner drei Kritiken, der „Kritik der reinen Vernunft“, vgl. bereits Vorrede zur ersten Auflage, AA7 (S. 23).

¹⁶⁹² *Lubmann*, Legitimation durch Verfahren.

¹⁶⁹³ Ebd., S. 52.

¹⁶⁹⁴ Kritisch zur akzeptanzfördernden Funktion von Öffentlichkeitsbeteiligung *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21, in: NuR 2011, 614; *Schink*, Öffentlichkeitsbeteiligung, ZG 2011, 226.

¹⁶⁹⁵ *Mainzer*, Komplexität, S. 23ff.

¹⁶⁹⁶ *Waechter*, Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, in: DÖV 2015, 121 (122).

im Zusammenhang mit den großen Verkehrsinfrastrukturprojekten, aber auch diejenige um die generelle Akzeptanz repräsentativen Handelns, hilft kaum zur Reduktion von Komplexität. Sie ist vielfach gar eher geeignet, die tatsächlichen Defizite zu verschleiern. Das repräsentative System ist nach dem hiesigen Verständnis durchaus geeignet, Großprojekte die notwendige demokratische Legitimation zu verschaffen. Den sogenannten akzeptanzsteigernden Verfahren hingegen fehlt es daran vielfach. Sie dienen der nachträglichen Akzeptanzsicherung und täuschen einen Legitimitätsgewinn lediglich vor – dies zeigt das Mediationsverfahren um S21, das letztendlich in begrenztem Maße die Akzeptanz des Projekts steigern konnte, nicht aber die längst getroffenen Entscheidungen nachträglich zusätzlich unter der Verfassung zu legitimieren vermochte.¹⁶⁹⁷ Ähnliches muss für die BER-Mediation gelten: Sie konnte trotz ihrer zeitlichen Einordnung im Rahmen der Planungsphase kein rechtlich fassbares Ergebnis hervorbringen und letztendlich nicht die erwünschte Befriedungswirkung erzielen.¹⁶⁹⁸ Es wäre daher wünschenswert und geboten, die Akzeptanzdebatte insgesamt auf diejenigen Größen zu reduzieren, die tatsächlich eine Steigerung demokratischen Gehalts vorbringen können. Maximierung von Partizipation ist insofern weder ehrlich – sie schürt Erwartungen an Verfahren, die diese rechtlich nicht erfüllen können¹⁶⁹⁹ – noch förderlich, denn sie zieht Prozesse in die Länge, ohne gleichfalls ersichtlich der Umsetzung verfassungsrechtlicher Maximen zu dienen.

Insofern gilt es das Augenmerk auf die Optimierung der Entscheidungsfindung zu richten und diejenigen Instrumente zu stärken, die einen demokratischen Mehrwert bewirken können. Hierbei ist stets der Erhalt demokratischer Gleichheit zu beachten. Partizipation jenseits des Wahlaktes sollte daher in erster Linie in informellen Verfahren erfolgen, die eine eindeutige Zuordnung von Verantwortung weiterhin gewährleisten: Dies bleibt dann der Fall, wenn der Abgeordnete nach erfolgtem Diskurs abstimmt oder die Verwaltung infolge öffentlicher Debatten eine Entscheidung fällt.

Die Diskussion um neue oder intensiviertere Partizipationsoptionen ist insgesamt in ihrer Ausrichtung fehlgeleitet und idealisiert. Wirkliche Potenziale kann diese Diskussion nur dort entfalten, wo der Diskurs die Thematisierung von Alternativen fördert. Ansonsten sollte ihr Wert auf die Information und Darlegung im Sinne transparenter Strukturen begrenzt bleiben. Diese Strukturen gilt es jedoch unfraglich zu intensivieren und frühzeitig publik zu machen. Wenn auch wenig versöhn-

¹⁶⁹⁷ Vgl. zur mangelnden Befriedungswirkung der Mediation iZm Frankfurter Flughafenausbau: *Steinberg*, Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren, in: ZUR 2011, 340 (346).

¹⁶⁹⁸ Siehe dazu oben E)IV)2)b).

¹⁶⁹⁹ *Gabriel*, Bürgerbeteiligung an Großprojekten, in: Hill u.a., Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, S. 31 (61); *Steinberg*, Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren, in: ZUR 2011, 340 (343).

lich, so ist es doch wichtig, die Debatte nicht entgleiten zu lassen: Der demokratische Rechtsstaat ist auf Akzeptanz und Vertrauen angewiesen, das demokratische System aber keinesfalls hiermit gleichzusetzen. Demokratie bedeutet vielmehr die Regierung der Mehrheit – und wenn diese Mehrheit noch so gering sein sollte. Diese Gegebenheit hinzunehmen – sie zu akzeptieren – ist zentrale Voraussetzung demokratischer Staatlichkeit. Minderheitenschutz ist daher nicht durch die zunehmende Nutzung direktdemokratischer Instrumente in eine Benachteiligung des Mehrheitswillens zu verkehren, sondern im Rahmen von Öffentlichkeitsbeteiligung und Alternativendiskurs zum rechten Zeitpunkt im Verwaltungsverfahren sicherzustellen.

c) Zwischenergebnis zur Makroebene

Die demokratische Legitimation von Großprojekten bedarf im Ergebnis keiner eigenen Kategorie. Sie lässt sich innerhalb des gängigen monistischen Legitimationsmodells darstellen.¹⁷⁰⁰ Dennoch ist insgesamt nicht nur die bürgerseitige, sondern auch die rechtliche Wahrnehmung von Großprojekten mit ihren diversen Besonderheiten zu schärfen: Insbesondere ihre strukturelle Komplexität und ihr erhebliches Finanzvolumen machen besondere Vorkehrungen auch de jure notwendig. Großprojekte lassen sich unter der Beachtung ihrer besonderen rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen aber in das vorhandene monistische System demokratischer Legitimation einfügen. Zur Erhöhung des Legitimationsgehalts eignen sich einige vor allem informationsintensivierende und insbesondere -strukturierende Vorkehrungen, die die Kontrollintensität steigern und deren Inkorporierung in das geltende Recht wünschenswert wäre. Die normative Verankerung unverbindlicher, diskursorientierter Kommunikationsinstrumente, kompetente Überwachungsstellen, die über hinreichende Informationen verfügen und Faktoren, die geeignet sind, das Vertrauen in die exekutive Alternativoffenheit zu stärken sind in ihrer Wirkung legitimationsstiftend sowie demokratiefördernd und verstärken die Großprojekttransparenz. Der repräsentative Grundsatz bleibt damit gewahrt, seine Funktionsfähigkeit wird durch den informativen und kommunikativen Austausch gesichert.

Bei alledem sollte sich jedoch auch darauf besonnen werden, dass Protest ein Inbegriff pluralistischer demokratischer Systeme ist. Er dient diesen auch zur Selbstreflektion. Es ist jedoch Aufgabe des Rechts, ihm einen angemessenen Rahmen zu bieten, innerhalb dessen er adäquat gewichtet werden kann. Der Rechtsstaat verleiht dem Protest Gehör, das Demokratieprinzip jedoch weist seine Grenzen dort auf, wo er den Mehrheitswillen zu vereiteln sucht. Insofern bleibt Ausgangspunkt jeder staatlichen Entscheidung die Wahrung der Interessen des Staatsvolkes, nicht hingegen primär des Staatsbürgers, allein dies wird dem Demokratieprinzip als Mehrheitsinstrument gerecht.

¹⁷⁰⁰ Vgl. auch Mann, Großvorhaben als Herausforderung, in VVDStRL 72, 544 (561ff; 588).

Transparenz ist in diesem Zusammenhang ein Demokratie- und Rechtsstaatsvehikel, nicht hingegen das Allheilmittel, als das sie gepriesen wird. Hier kommt es ganz entscheidend darauf an, wie der Begriff der Transparenz verstanden und definiert wird.¹⁷⁰¹ Transparenz allein kann die Krise um Politikverdrossenheit und Protesthaltung nicht bewältigen, sondern reiht sich ein in ein Potpourri diverser Lösungsansätze, die nur kumulativ geeignet sind, insgesamt eine Stärkung des demokratischen Systems zu bewirken. Hierbei ist eine Totalisierung hin zur Transparenzgesellschaft zu vermeiden, in welcher der einzelne Staatsbürger überproportionalen Einfluss auf die Gesellschafts- und Rechtsordnung nehmen kann.

Wie aufgezeigt sind Information und Kommunikation demokratische Werte mit rechtsstaatlichem Gehalt. Dies gilt ganz besonders auch für kooperativ realisierte Projekte, denen eine besondere Komplexität innewohnt. Ihre Abbildung in geeigneten Formen ist elementarer Bestandteil für eine Realisierungsoptimierung – hierzu bietet sich insbesondere die breite Zugänglichkeit zu projektbezogenen Informationen über Internetplattformen sowie in auf Kommunikation und Auseinandersetzung angelegten Gremien an.

2) Die Mikroebene – Legitimatorische Voraussetzungen in der kooperativen Kapitalgesellschaft

Kooperative Zusammenarbeit innerhalb einer Kapitalgesellschaft zwischen Ländern hat in der rechtswissenschaftlichen Literatur bisher wenig Beachtung gefunden. Seine Begründung findet dieser Umstand sicherlich in ihrer vergleichsweise seltenen Erscheinung, gerade aber im Zusammenhang mit der Großprojektrealisierung ist ihre Bedeutsamkeit evident. Die Kooperation im Rahmen des BER-Projekts hat dabei besonders eklatante Defizite aufgezeigt.

Im Rahmen der effektiven und effizienten Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben besitzen öffentliche Unternehmen hohes gesellschaftspolitisches und wirtschaftliches Gewicht. Einer Studie zufolge sind bundesweit auf kommunaler Ebene durchschnittlich circa 50 Prozent der von der öffentlichen Hand Beschäftigten außerhalb der Kernverwaltung in ausgegliederten Organisationseinheiten tätig.¹⁷⁰² Diese Beschäftigten tätigten demnach mehr als die Hälfte der Sachinvestitionen, die

¹⁷⁰¹ Siehe oben C. II.

¹⁷⁰² *Papenfuß/Schmidt*, Offenlegungskultur und Gesetzeskonformität öffentlicher Unternehmen, in: DB 2013, 1857ff.

die öffentliche Hand vornimmt.¹⁷⁰³ Zudem liege die Verschuldung der Ausgliederungen gleichauf oder sogar höher als der Schuldenstand der Kernhaushalte.¹⁷⁰⁴ Insgesamt werden diesen Einheiten tradierte Leitungs- und Kontrollstrukturen attestiert.¹⁷⁰⁵ Während die Modernisierungsthematik im Hinblick auf Großprojekte derzeit in erster Linie die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des Verwaltungsverfahrens und speziell die demokratierelevante Akzeptanzsteigerung betrifft, ist eine andere Defizitebene angesprochen, wenn es um die Strukturierung und Durchschaubarkeit der ausgegliederten Realisierungsgesellschaften geht. Aufgrund der aufgezeigten Defizite ist eine Modernisierung demnach auch im Rahmen von Organisation und Durchführung der für die Großprojekte gegründeten Realisierungseinheiten geboten. Hier greift auch das Bedürfnis nach einer transparenteren Ausgestaltung der kapitalgesellschaftlichen Strukturen. Dies betrifft alle oben aufgezeigten Ebenen der Transparenzadressaten:¹⁷⁰⁶ Neben der Durchschaubarkeit für die Bevölkerung ist gerade auch eine Nachvollziehbarkeit für deren parlamentarische Vertreter im Rahmen der durch die Auslagerung aus dem öffentlichen Bereich veränderten Kontrollstrukturen wesentlich. Während Transparenz bereits seit langem ein gesellschaftsrechtliches Sujet ist,¹⁷⁰⁷ verlangt das verfassungsrechtliche Transparenzgebot als demokratisch und rechtsstaatlich gewichtiges Kontroll- und Überwachungspostulat in der privatrechtlich organisierten, kooperativen Gesellschaft ebenfalls nach Instrumenten seiner rechtlichen und tatsächlichen Absicherung.¹⁷⁰⁸

Die begutachteten Großprojekte wurden in zwei der drei Fälle in kooperativen Kapitalgesellschaften geplant und realisiert. Die Umsetzung des S21-Projekts hingegen erfolgte ohne eine derartig institutionalisierte Zusammenarbeit im Wesentlichen in einer Eigengesellschaft. Einige der hier darzulegenden Erfordernisse entsprechen den Eigenheiten von gemischt-öffentlichen Realisierungsgesellschaften, andere gelten für die kapitalgesellschaftliche Umsetzung im Allgemeinen.

¹⁷⁰³ *Junkernheinrich/Micosatt*, Kommunalen Finanz- und Schuldenreport Deutschland, S. 94; *Richter*, Die Bedeutung der kommunalen Wirtschaft, S.11.

¹⁷⁰⁴ *Haug*, Kommunale Unternehmen als Schattenhaushalte – Wie sieht die tatsächliche Haushaltssituation der deutschen Kommunen aus?, in: Institut für Wirtschaftsforschung Halle, *Wirtschaft im Wandel*, 5. Jg., 220 (205); *Bremeier/Brinkmann/Killian*, Public Governance kommunaler Unternehmen – Vorschläge zur politischen Steuerung ausgegliederter Aufgaben auf der Grundlage einer empirischen Erhebung, S. 18.

¹⁷⁰⁵ *Reichard*, Public Corporate Governance im Spannungsfeld zwischen Eigentümern und Management öffentlicher Unternehmen, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, *Corporate Governance in der öffentlichen Wirtschaft*, S. 135 (137).

¹⁷⁰⁶ Siehe oben C)II)3)b)cc).

¹⁷⁰⁷ Vgl. z.B. das KonTraG von 1998 sowie die Transparenzrichtlinie für die Offenlegung von Informationen durch Unternehmen mit börsennotierten Wertpapieren RL 2004/109/EG.

¹⁷⁰⁸ Vgl. hierzu oben F)II)1)a)cc).

Die Realisierung bedeutender Infrastrukturgroßprojekte in formell privatisierter Form ändert nichts an den besonderen Erfordernissen, die die Verfassung an staatliche Tätigkeit stellt. Defizite in der demokratischen Legitimation und im Hinblick auf die Durchschaubarkeit dieses Tuns müssen auch in diesen Gesellschaften entweder eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung finden oder aber zu ihrer Verfassungswidrigkeit führen. Instrumente zur Sicherstellung eines hinreichenden Legitimationsniveaus und zur Steigerung transparenzrelevanter Vorkehrungen könnten geeignet sein, das Spannungsverhältnis von Demokratieprinzip und Wirtschaftlichkeitsgebot auch im Rahmen der (kooperativen) Großprojektrealisierung zu lösen.

a) Legitimationsstiftende Faktoren

Als Folge des Legitimationsbedürfnisses staatlichen Tuns erfordert auch privatrechtlich organisierte öffentliche Aufgabenwahrnehmung den Fortbestand von Ingerenz.¹⁷⁰⁹ Dies dient dem Ausgleich der Einbuße parlamentarischer Kontrolle durch die Auslagerung der Kontrolltätigkeit in den dem Grundsatz der Vertraulichkeit unterliegenden Aufsichtsrat (§ 116 AktG). Weisen Gesellschaftsorgane Defizite im Hinblick auf die Erfüllung personell-legitimatorischer Anforderungen auf, so handelt die Gesellschaft entgegen den Anforderungen aus dem Demokratieprinzip, ihr Bestand ist demnach nicht im Einklang mit der Verfassung.

Um dem aus dem Prinzip demokratischer Legitimation folgenden umfassenden Steuerungsanspruch zu genügen, gilt es die bestehenden Defizite in der personellen Organisation der staatlichen gemischt-öffentlichen Kapitalgesellschaften zu beseitigen. Ingerenzpflichten und tatsächliche Steuerung durch die hoheitlichen Träger fallen wie hier aufgezeigt oftmals auseinander. Entscheiden sich öffentliche Träger zur privatrechtlich ausgekleideten Großprojektrealisierung, haben sie gleichfalls der strikten gesellschaftsrechtlichen Ordnungsfunktion zu folgen. Verschiedene Untersuchungen kamen zu dem Ergebnis, dass die herkömmlichen Beteiligungsverwaltungen, aber auch die politisch bestimmten Aufsichtsräte ihren Steuerungsaufgaben nur unzureichend nachkommen. „Eine politische Kontrolle“ bestehe oftmals kaum.¹⁷¹⁰ Die Erhebungen bestätigten demnach die prinzipielle Einschätzung der „politisch-strategischen Untersteuerung“ der öffentlichen Unternehmen.¹⁷¹¹ Wie oben skizziert kommt es dabei maßgeblich auf die Ausgestaltung des Anteilseignersowie des Kontrollorgans an.

¹⁷⁰⁹ Zu den Formen demokratischer Legitimationen C)I)2)d).

¹⁷¹⁰ Reichard/Röber, Verselbstständigung, Auslagerung und Privatisierung, in: Blanke/Nullmeier/u.a., Handbuch zur Verwaltungsreform, S. 176ff.

¹⁷¹¹ Röber, Das Parteibuch – Schattenwirtschaft der besonderen Art?, in: APuZ 2001, B32-33, 6 (10).

aa) Eignerorgan: Gesellschafterversammlung

In der Gesellschafterversammlung liegt grundsätzlich die Quelle weiterer Legitimationsvermittlung an die übrigen Geschäftsorgane. Ist das Gesellschafterorgan legitimatorisch defizitär, pflanzt sich dieser Mangel auf der Geschäftsführerebene und im Aufsichtsrat fort.¹⁷¹² Die Legitimation bemisst sich dabei jeweils isoliert betrachtet für jeden Gesellschafter einzeln. Positive und negative Entscheidungskompetenzen sind hierbei, wie oben dargestellt, nicht vollständig umsetzbar, da sie nur über eine Mehrheitseignerschaft ohne Vetorechte erreicht werden können, sodass bei Gesellschaftsentscheidungen bereits theoretisch überhaupt nur ein Gesellschafter im Hinblick auf die jeweilige Entscheidung über eine uneingeschränkte personelle Legitimationskette verfügen kann.

Der Ausgestaltung der Gesellschaftssatzung kommt auch hier erhebliche Bedeutung zu.¹⁷¹³ Einstimmigkeitsregelungen bei der Beschlussfassung sind jedenfalls geeignet, die negative Entscheidungskompetenz des einzelnen Gesellschafters zu sichern: qualitativ ein wichtiges Instrument zur wirksamen Verhinderung uneinheitlicher Beschlussfassungen. Im Idealfall kann konsensuales Zusammenwirken zwischen Gesellschaftern eine Einstimmigkeit erzeugen – häufig werden Entscheidungen so lange vorbesprochen, bis eine Einstimmigkeit gesichert ist. Ist dies nicht der Fall, kommt der Beschluss nicht zustande. Es muss nach Alternativen gesucht werden oder der Beschlussgegenstand erneut verhandelt werden. Die Vorteile der auf Konsens angewiesenen kooperativen Zusammenarbeit können so nutzbar gemacht werden.

Ein funktionierendes strategisches Beteiligungsmanagement mit eindeutigen Zuständigkeiten und klaren Verantwortlichkeiten trägt darüber hinaus hinsichtlich seiner Kontroll- und Einwirkungsmechanismen nicht unwesentlich zum Erreichen eines ausreichenden Legitimationsniveaus in der Gesellschafterversammlung bei. Dabei ist bedeutsam, Verflechtungen gesellschaftlicher Sphären, zwischen den Organen also, zu verhindern. Dies ist eine evidente Forderung des Gesellschaftsrechts, nicht aber gelebte Praxis in Großprojektrealisierungsgesellschaften. Gerade die Komplexität des Gesellschaftsgegenstands fordert die Umsetzung dieser Regeln jedoch in besonderem Maße. Eine Wahrnehmung der Gesellschafterstellung im Sinne einer Annexfunktion zum Aufsichtsrat wird dabei weder den gesellschaftsrechtlich vorgehaltenen Schutz- und Kontrollmechanismen, noch der rechtlich starken Eignerfunktion gerecht. Dies muss sich organisatorisch-personell widerspiegeln. Nicht nur den enormen ökonomischen Erfordernissen, sondern auch der Komplexität geschuldeten Wahrscheinlichkeit für Komplikationen, bspw. baulicher, technischer, finanzieller oder rechtlicher Art, muss durch entsprechende Bewertung und Ausgestaltung der organschaftlichen Tätigkeit angemessen begegnet

¹⁷¹² Siehe oben D)I)4)d).

¹⁷¹³ Siehe oben D)I)3)d) und D)I)4)a).

werden. Neben der gebührenden Häufigkeit von Zusammenkünften – gerade in schwierigen Projektstadien – ist auch der entsprechende zeitliche und inhaltliche Umfang von Sitzungen diesbezüglich erforderlich. Eine Gesellschafterversammlung mit einer Dauer von zehn Minuten, die neben weiteren Tagesordnungspunkten¹⁷¹⁴ über die Zuführung zusätzlicher Gesellschaftermittel von bis zu 1,2 Mrd. Euro beschließen soll und zu der am selben Tag geladen wird, dürfte diesen Bestimmungen mitnichten entsprechen können.¹⁷¹⁵ Während die gebietskörperschaftliche Vertretung in der Gesellschafterversammlung durch Angehörige des Beteiligungsreferats personell dem Grunde nach keinen Bedenken begegnet, ist jedoch eine organübergreifende Tätigkeit nicht unproblematisch. Mit der Hauptaufgabe der Steuerung und Kontrolle von gebietskörperschaftlichen Beteiligungen im Lichte von Sicherung wichtiger (Bundes-/Landes-)Interessen ist eine tendenzielle Zuordnung zur Gesellschafterseite vorgenommen.¹⁷¹⁶ Je nach interner Organisation im Ministerium fallen den Beteiligungsreferaten daher in erster Linie die Steuerungsaufgaben sowie die Gewährleistung von Leistungs- und Wirtschaftlichkeitszielen zu (vgl. § 68 BHO/LHO).¹⁷¹⁷ Mitunter ist die Unterstützung der entsandten Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen von Sitzungsvorbereitungen und konkreter Beratung umfasst.¹⁷¹⁸ Hierbei sollte jedoch eine Vermengung beider Bereiche generell vermieden werden. Wie oben dargelegt, ist die Verbindung von Aufgaben der Beteiligungsverwaltung sowohl im Gremium der Anteilseigner als auch im Kontrollgremium der Gesellschaft aus legitimatorischer Sicht abzulehnen.¹⁷¹⁹ Vielmehr ist die Trennung von der Wahrnehmung der Organaufgaben de jure bedeutsam, insbesondere eine Personenidentität daher zu vermeiden. Dabei ist speziell die Kongruenz der Gesellschaftervertretung mit den hierarchischen Strukturen innerhalb des zuständigen Ministeriums zu beachten. Ein eklatantes Spannungsverhältnis zwischen dienstlichem Hierarchiegefüge und gesellschaftsrechtlicher Überwachungstätigkeit im Hinblick auf die Ausübung der Aufsichtsratshandlungen ist geeignet, deren Wirksamkeit entgegen den gesellschaftsrechtlichen Grundentscheidungen¹⁷²⁰ zu schmälern oder gar vollständig zu vereiteln. Diese Situation ergibt sich freilich nur dann, wenn Interessendivergenz zwischen den Organen entsteht. Dies wird bei

¹⁷¹⁴ Hierzu zählten die Wahl des Abschlussprüfers für die Jahresabschlüsse 2012 der FBB-Gruppe, die Genehmigung des Protokolls zur letzten Gesellschafterversammlung sowie die Kenntnisnahme eines AR-Beschlusses i.Z.m. der Einleitung bzw. Durchführung einer Organhaftungsprüfung.

¹⁷¹⁵ So jedoch geschehen im Fall des BER-Projekts im Jahr 2012. Vgl. hierzu LRH Bbg, Bericht BER, S. 69. Dass die Gesellschafter daraufhin angaben die Themen bereits vorbesprochen zu haben, kann diesen Mangel nicht beheben.

¹⁷¹⁶ Vgl. dazu § 53 HGrG, § § 65ff. BHO/LHO; zudem: MF Bbg, Beteiligungsbericht 2015.

¹⁷¹⁷ v. *Levinski/Burhat*, BHO, § 68 Rn 2.

¹⁷¹⁸ LT Berlin, Drs. 17/3000.

¹⁷¹⁹ Siehe für den JWP E)IV)1)e)aa)(3)(bb).

¹⁷²⁰ Insb. die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sowie die Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftszwecks.

der hier beschriebenen Konstellation nur dann der Fall sein, wenn die ordnungsgemäße Überwachungstätigkeit des von Bund oder Land entsandten Aufsichtsratsmitglieds in Frage steht.

So ist diese Konstellation im Ergebnis prinzipiell geeignet, den Zweck privatrechtlicher Aufgabenwahrnehmung umzukehren. Kann das Überwachungsrecht des Gesellschafters im Hinblick auf die ordnungsgemäße Kontrolltätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds effektiv nicht vollumfänglich ausgeübt werden, so verringert sich die staatliche Steuerungsfunktion. Dies hat insbesondere Bedeutung für die starke Rechtsposition der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern bei mangelhafter Kontrollausübung, die zu einem Schaden für die Gesellschaft geführt hat. Zugleich ver selbstständig sich effiziente Gesellschaftsaktivitäten in ein unkontrolliertes Chaos, in dem der Staat seinen Ingerenzpflichten nicht mehr nachzukommen vermag. Das gesellschaftsrechtlich stärkste Organ ist dann nicht mehr als eine Marionette ohne effektiven Einfluss. Dies ist sowohl unter dem Demokratieprinzip als auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot mehr als bedenklich und steht zudem auch nicht im Einklang mit den einfachgesetzlichen Regelungen aus HGrG und BHO/LHO.

Gerade bei der hochkomplexen Großprojektmaterie sind die Zielsetzungen einer Nutzbarmachung von gesellschaftsrechtlicher Flexibilität und die Abkehr von starren öffentlich-rechtlichen Hierarchien im Ergebnis nachvollziehbar. Dies darf jedoch nicht zulasten von rechtsstaatlicher Kontrolle und demokratischer Lenkung im Sinne des den Gemeinwohlbelangen dienenden öffentlich-rechtlich determinierten Gesellschaftszwecks führen. Die Vertreter der Gebietskörperschaften im Eignerorgan haben gerade bei Projekten der hier untersuchten Bedeutsamkeit ihre Rechte und Pflichten dementsprechend ernst zu nehmen und wirkungsvoll umzusetzen.

bb) Kontrollorgan: Aufsichtsratsbesetzung

Die Besetzung von Aufsichtsratsmandaten derjenigen Gesellschaften mit öffentlicher Beteiligung ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur ein umfänglich diskutiertes Sujet.¹⁷²¹ Etwas anderes gilt für die Fälle von gemischt-öffentlichen Kapitalgesellschaften. In der vorliegenden Untersuchung wurde aufgezeigt, dass die personelle Legitimation der Realisierungsgesellschaften bei zwei der drei betrachteten

¹⁷²¹ *Böttcher*, Unzulässige Besetzung von Aufsichtsräten, in: NZG 2012, 809ff; *Keller/Paetzelt*, Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, in: KommJur 2005, 451 (452); *Gasteyer*, Der Aufsichtsrat in öffentlichen Aktiengesellschaften, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, S. 1003ff; *Heller*, Als Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen, S. 85; *Müller*, Die rechtliche Stellung und Funktion des Aufsichtsrats in öffentlichen Unternehmen der Kommunen, S. 72ff, 82ff; *Prigge*, Die Steuerung öffentlicher Unternehmen in den Stadtstaaten Berlin, Hamburg und Bremen, S. 13ff; *Schäfer*, Mitbestimmung in kommunalen Eigenesellschaften.

Großprojekte insgesamt defizitär ausgestaltet ist. Dies zum Anlass genommen, soll jenseits der theoretischen Grundsätze eine kurze Zusammenfassung der geeigneten personellen Besetzung dieser legitimatorisch signifikanten Positionen erfolgen.

Als einflussreichstes Mitglied hat der Aufsichtsratsvorsitzende eine bedeutsame Stellung im Kontrollgremium. Als Chefkontrolleur überwacht er die gesellschaftliche Tätigkeit insgesamt und somit auch die Einhaltung des am öffentlichen Interesse ausgerichteten Gesellschaftszwecks¹⁷²² sowie die adäquate Einsetzung öffentlicher Haushaltsmittel. Insgesamt ist der Aufsichtsratsvorsitz bei Großprojekten nicht lediglich eine öffentlichkeitswirksame Position, er hat darüber hinaus vor allem im Rahmen der Erreichung des gebietskörperschaftlichen Interesses wesentliche Bedeutung. Im Falle eines Aufsichtsrats, der dem MitbestG unterliegt, hat der Aufsichtsratsvorsitzende zudem in Patt-Situationen ein doppeltes Stimmrecht, vgl. § 39 Abs. 2 MitbestG. Diese Patt-Regelung wird auch sonst häufig in Gesellschaftsverträgen aufgenommen. So erklärt sich, dass die Besetzung dieser Position regelmäßig mit hochrangigen Exekutivvertretern erfolgt. Im Falle des BER-Projekts war bis zum Jahr 2017 entweder der Regierende Bürgermeister Berlins oder der brandenburgische Ministerpräsident Aufsichtsratsvorsitzender. Bereits der mit der Position verbundene hohe Zeitaufwand stellt eine beträchtliche Belastung dar,¹⁷²³ zudem macht sie spezielle Fachkenntnisse erforderlich. In diesem Zusammenhang ist nicht ersichtlich, dass die Richtlinienkompetenz des Regierungsoberhauptes Bedeutung für die konkrete Tätigkeitswahrnehmung entfaltet, da ein spezieller fachlicher Aufgabenzusammenhang nicht erkennbar ist.¹⁷²⁴

Im Hinblick auf die Ressortkompetenz eines Fachministers ergibt sich ein ähnliches Bild. Hier jedoch gilt dann etwas anderes, wenn ein evidenter Zusammenhang in fachlicher Hinsicht erkennbar ist. Erfolgt die Besetzung mit einem Wirtschaftsminister, ist ein solcher offenkundig (so beim JWP). Hier droht demnach auch keine problematische Verflechtung mit dem zuständigen, im Finanzministerium beheimateten Beteiligungsreferat. Die Zugehörigkeit des Vorsitzenden zur Regierung einer Gebietskörperschaft wirkt dabei unzweifelhaft – als direkt durch den vom Parlament gewählt oder durch den Regierungschef ernannt – legitimationsverstärkend, ist jedoch nicht erforderlich.

¹⁷²² In den vorliegend untersuchten Projekten mit institutionalisierter Kooperation war ein Gesellschaftszweck in den Satzungen nicht enthalten, der Gegenstand des Unternehmens jedoch einem entsprechenden Verständnis zugänglich.

¹⁷²³ Auszugehen ist mindestens vom doppelten Zeitaufwand, vgl. dazu *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied: ein Handbuch der Aufgaben, Rechte und Pflichten, S. 151. So auch *Keller/Paetzelt*, Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, in: *KommJur* 2005, 451 (452).

¹⁷²⁴ Zur Richtlinienkompetenz im Allgemeinen, vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I, § 9 Rn 688ff; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 65 Rn 2f; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 15 Rn 20ff.

Hinsichtlich der Besetzung der übrigen Aufsichtsratsmandate ist die Verteilung insgesamt bedeutsam. Unter Gesichtspunkten der Nutzbarmachung privatrechtlich gewährter Flexibilität und Sachverstands ist es insofern angezeigt, auch Besetzungen vorzusehen, die nicht dem staatlichen Hoheitsträger entstammen.¹⁷²⁵ Einschlägiges fachliches Knowhow ist zur effektiven Aufgabenwahrnehmung nicht nur geeignet, sondern notwendig. Das verfassungsstaatliche Distanzgebot dürfte hier kaum im Wege stehen.¹⁷²⁶ In der Mischung aus privater bzw. privatwirtschaftlicher Fachkompetenz und exekutivischer Legitimierung liegt daher vielmehr das richtige Maß, der sich in der gemischt-öffentlichen Kapitalgesellschaft verbindenden Faktoren aus Staat und Gesellschaft. Abgeordnete sind trotz ihres Potenzials zur Vermittlung starker Legitimation ob ihrer Zugehörigkeit zur Legislative ungeeignet zur Erfüllung der Aufgaben des Aufsichtsrats, die dem exekutivischen Bereich zuzuordnen ist. Dies gilt im Vergleich zum Vorstand insofern abgemindert, als der Aufsichtsrat prinzipiell keine operative Entscheidungsbefugnis hat. Auch hier ist es an den Gesellschaftern, im Rahmen der Vertragsgestaltung eindeutige Vorkehrungen zu treffen, um sowohl staatlichen Einfluss im Rahmen von Ingerenzpflichten zu sichern als auch eine sachlich kaum begründbare Übergewichtung staatlicher Akteure im Aufsichtsgremium im Sinne der Aktivierung von gesellschaftsrechtlichen Potenzialen zu verhindern. Die zivilrechtliche Privatautonomie findet ihre Grenzen zwar in verfassungsrechtlich geforderter Steuerung und Kontrolle, wird hiervon jedoch keinesfalls in ein zu enges Korsett gezwängt, da ein nicht unbeträchtlicher exekutivischer Ermessensspielraum besteht. In conclusio sollte Hauptmotiv der Aufsichtsratsbesetzung im Rahmen der Großprojektrealisierungsgesellschaften die fachliche Eignung zur Überwachung der Gesellschaftstätigkeiten im konkreten Fall sein. Die demokratische Legitimation ist dabei, wenn auch nicht so stark wie durch eine direkte Besetzung mit Volksvertretern, weiterhin grundsätzlich gewahrt. Da sie wie aufgezeigt durch das Anteilseignerorgan vermittelt wird, verfügt auch der nicht politisch besetzte Aufsichtsrat grundsätzlich über eine ausreichende Rückbindung an das Volk.¹⁷²⁷

Instrumente wie eine dem DCGK entstammende Aufsichtsrats-effizienzprüfung oder im fakultativen GmbH-Aufsichtsrat zulässige Stimmrechtsbindungsverträge¹⁷²⁸ können so einen dem verfassungsrechtlichen Prinzip demokratischer Legitimation angemessenen Einfluss sichern.

¹⁷²⁵ Zur Nutzbarmachung der Einbeziehung von Privatpersonen in die Organisationsstruktur öffentlicher Einrichtungen, vgl. *Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HStR II, § 31 Rn 57.

¹⁷²⁶ Vgl. *Lang*, Gesetzgebung in eigener Sache: Eine rechtstheoretische und rechtssystematische Untersuchung von Distanzgebot und Eigennutz, S. 275ff.

¹⁷²⁷ Die Bahn AG bspw. hat weder Abgeordnete im Allgemeinen noch Regierungsvertreter im Speziellen im Aufsichtsrat.

¹⁷²⁸ BGHZ 48, 163, 166 ff.; OLG Köln: Urt. v. 11.01.2007 - 18 U 227/05.

cc) Zwischenergebnis zu den legitimatorischen Gesichtspunkten

Die vielfältigen Bedürfnisse und Tätigkeitsfelder staatlicher Aufgabenwahrnehmung – ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit unter Gemeinwohlgesichtspunkten vorausgesetzt – verlangen nach flexibler Ausgestaltung. Hier stehen sich Effizienz und Effektivität im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgebots und Steuerung sowie Kontrolle im Lichte von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gegenüber. Eine Entweder-oder-Sicht auf dieses Spannungsverhältnis stünde aber zum einen dem Verständnis der Verfassungsprinzipien als im Kontext zu sehenden Richtlinien für die Struktur des Staates sowie dem staatlichen und gesellschaftlichen Zusammenleben entgegen. Zum anderen würde sie die Anpassungsmöglichkeiten des Staatsverständnisses und der Staatstätigkeit unter dem Grundgesetz verkennen. Dessen Mütter und Väter wollten der Bundesrepublik keine starre Verfassung geben, die sich jeglicher Anpassung an kommende Generationen verwehrt.¹⁷²⁹ Ihr Ziel war es vielmehr, den Fortbestand eines Grundsystems zu gewährleisten, das Freiheit und Gleichheit sichert. Demokratie ist hierin Staats- und Lebensform und legt daher wesentliche Rahmenbedingungen für das innerstaatliche Zusammenleben fest. Sie ist jedoch als Prinzip kein Gesetz, dessen tatbestandlich eindeutig feststellbare Nichteinhaltung zu eindeutigen Rechtsfolgen führen würde. Freilich darf dies nicht zur völligen Aufweichung des Demokratieprinzips und seiner Forderung nach demokratischer Legitimation führen, gleichwohl ist es jedoch gerade die im Grundgesetz angelegte Flexibilität, die seine Anpassung an moderne Staatsentwicklungen grundsätzlich zulässt.¹⁷³⁰

Wie aufgezeigt, ist es zu einem gewissen Grad in der Struktur der Kapitalgesellschaft angelegt, dass Steuerung und Kontrolle aus staatlicher Hand schwieriger umsetzbar sind. Dennoch ist eine Organisation gemischt-öffentlicher Großprojekte in der Form privater Kapitalgesellschaften dem Grunde nach zulässig, bietet diese doch ausreichende Ausgestaltungsmöglichkeiten, um den staatlichen Ingerenzpflichten nachzukommen. Die Wahrnehmung dieser Pflichten und der Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf Zweckbindung, Organisation und Ausgestaltung der Gesellschaft muss jedoch auch tatsächlich erfolgen, andernfalls ist diese theoretisch zulässige Form der Aufgabenerledigung in ihrer praktischen Umsetzung ebenso ungeeignet wie unzulässig. Dabei kommt es maßgeblich auf wirksame Steuerungs- und Kontrollinstanzen an, die ihre Kontrollaufgabe in der Großprojektgesellschaft in hinreichend effektiver Form erfüllen, um so den aus dem Demokratieprinzip folgenden Anforderungen an die Legitimation staatlichen Handelns gerecht zu werden. Die Besonderheiten der gemischt-öffentlichen Großprojektgesellschaft verlangen insofern bereits die Sicherstellung hinreichender Einwirkungsmöglichkei-

¹⁷²⁹ Vgl. allein zur Entwicklung des sog. „Bonner“ GG und zu seinen Wandlungen: *Herzog*, Zum 50. Geburtstag des Grundgesetzes, in: Maunz/Dürig, GG.

¹⁷³⁰ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 79 Rn 2.

ten im ersten Stadium der Gesellschaft, namentlich ihrer Gründung. Dies sollte jedoch nicht verschleiern, dass dieser Art der Großprojektumsetzung ein Steuerungsverlust immanent ist. Wenngleich sie die Gesamtaufgabe im staatlichen Sektor belässt, ist sie doch häufig Ausprägung des föderalen Wettbewerbs, in dem die Beteiligten zuvorderst ihre jeweils eigenen Interessen verfolgen. Auch hier zeigt sich, wie oben bereits im Rahmen der Beteiligungsintensivierung skizziert, dass gerade im sehr frühen Stadium der Großprojektrealisierung die entscheidenden Weichen für eine den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen entsprechende und erfolgreiche Umsetzung gestellt werden. Darin liegt jedoch nicht lediglich eine staatliche Option. Vielmehr ist es wesentliche Verantwortlichkeit legitimierter Entscheidungsträger, im Sinne der Rechtmäßigkeit ihres Tuns und der Wirtschaftlichkeit der Großprojektumsetzung zu agieren und entsprechende Instrumente zu implementieren, die eine Einhaltung verfassungsrechtlicher Determinanten sicherstellen. Effizienz, Effektivität und Gesetzmäßigkeit dürfen hierbei nicht gegeneinander ausgespielt werden, sondern sind in Einklang zu bringen. Werden keine für den konkreten Einzelfall ungeeigneten Vorgehensweisen gewählt und die Anforderungen an ein hinreichendes Legitimationsniveau ernst genommen, kann sich auch die kooperative Kapitalgesellschaft mehrerer Gebietskörperschaften in diese Bedingungen einfügen. Hierzu ist jedoch unzweifelhaft die GmbH die vorzugswürdige Alternative, da ihr grundsätzlich fakultativer Aufsichtsrat Optionen für eine autonomere Ausgestaltung bietet und ihre Steuerung im Vergleich zur AG wesentlich flexibler möglich ist.¹⁷³¹ Insbesondere die weisungsabhängige Geschäftsführung der GmbH ermöglicht dabei die ausreichende Einflussnahme der Gesellschafter auf die tägliche Geschäftsführung.

b) Transparente Strukturen als Essentialia öffentlicher Unternehmen in privatrechtlichem Gewand

Die Auslagerung der Aufgabenerledigung „Großprojektrealisierung“ in formell privatisierte Gesellschaften bedeutet wie aufgezeigt auch für die öffentliche Bauherrin bzw. Auftraggeberin einen Verlust an Einsicht und Durchschaubarkeit. Gleichfalls bleibt das Erfordernis von Kontrolle und Überwachung verfassungsrechtlich bestehen. Dabei gilt es zusätzliche Instrumente zu implementieren, die den Informationsasymmetrien, die in der rechtlichen und strukturellen Organisation der Kapitalgesellschaft sowie der kooperativen Zusammenarbeit naturgemäß angelegt sind, entgegenwirken können und somit eine strukturierte und hinreichende Informationsbasis für die Überwachungsaufgabe bieten. Gerade das hier untersuchte BER-

¹⁷³¹ Hierzu ausführlich *Mann*, der für die AG ein „rechtsformbedingtes Einwirkungsdefizit“ attestiert: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 227ff.

Projekt hat dabei unverkennbare Schwachpunkte aufgezeigt, doch vergleichbare Problematiken sind bei anderen Großprojekten ebenfalls zu beobachten. Gleichfalls bieten diverse Ansätze auch ein generelles Effizienzsteigerungspotenzial für die Großprojektumsetzung mit einem Projektmanagement durch die staatliche gebietskörperschaftliche Trägerin.¹⁷³² Die Schaffung bzw. Verbesserung transparenter Strukturen der öffentlich gehaltenen (kooperativen) Kapitalgesellschaft hat insofern zwei Hauptzielrichtungen: Defizitpotenziale zu erkennen (Risikobefund) und eine fortlaufende Informationsbasis herzustellen. Zur Lösung sind vor allem eine stärkere Evaluation und Kontrolle der großprojektimmanenten Risiken (Risikomanagement), der einzelnen Planungsstufen während der Umsetzung (Planungsberichte) und die konkrete Überwachung der Tätigkeit nach Fertigstellung (Transparenzberichte) geeignet.¹⁷³³ Auch hier ist es nicht nur angezeigt, sondern unumgänglich, eine funktionierende Kommunikation mit eindeutigen Zuständigkeiten herzustellen. Die jeweiligen Informationen sollten geeignet sein, ohne diffizile weitere Nachforschung oder allzu umfangreiches Fachwissen nachvollzogen werden zu können. Insofern eignen sich extensive Datenzusammenstellungen nicht, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Vielmehr wäre es zweckdienlich, zwischen Basisberichterstattungen und vertieften fachspezifisch untergliederten Berichterstattungen zu differenzieren, wie sie bereits in Form von Geschäftsberichten, Fluglärmberichten, Umweltberichten etc. bestehen.

aa) Risikomanagement

Risiken¹⁷³⁴ liegen in der Natur des komplexen Großprojekts.¹⁷³⁵ Sie systematisch zu erkennen, zu bewerten und ihrer Verwirklichung vorzubeugen oder ihre Folgen zu beheben, ist maßgeblich die Aufgabe des Risikomanagements.¹⁷³⁶ Dieses betrifft dem Grunde nach die betriebswirtschaftliche Ebene des Projekts, erhält aber im

¹⁷³² Vgl. allgemein zum administrativen Projektmanagement: *Andersch/Belzer*, Projektmanagement, in: Blanke u.a., Handbuch zur Verwaltungsreform, S. 254ff.

¹⁷³³ Siehe hierzu den folgenden Abschnitt.

¹⁷³⁴ Risiko ist die nach Eintrittswahrscheinlichkeit bzw. Eintrittshäufigkeit und Auswirkung bewertete mögliche positive (Chance) oder negative (Gefahr) Abweichung von einem vorgängig definierten Ziel- oder Erwartungswert. Vgl. zur Risikobegriffsdefinition die internationale ISO-Norm 31000: 2009-11, Risikomanagement - Allgemeine Anleitung zu den Grundsätzen und zur Implementierung eines Risikomanagements sowie DIN EN 31010: 2010-05, Risikomanagement - Verfahren zur Risikobeurteilung.

¹⁷³⁵ Vgl. dazu auch *Latham*, Constructing the Team: „No construction is risk free. Risk can be managed, minimised, shared, transferred or accepted. It cannot be ignored.“

¹⁷³⁶ Der Terminus „Risikomanagement“ entstammt der Betriebswirtschaftslehre. Er bezeichnet dort allgemein die Gesamtheit aller organisatorischen Regelungen und Maßnahmen, die dem Umgang mit den Risiken unternehmerischer Betätigung dienen. Vgl. *Nipken*, Risikomanagement und Rechnungsprüfung, in: *Finanzwirtschaft* 2001, 171; *Lück*, Der Umgang mit unternehmerischen Risiken durch ein Risikomanagementsystem und durch ein Überwachungssystem, in: *DB* 1998, 1925ff.

Zusammenhang mit der staatlichen Verpflichtung zu Kontrolle und Überwachung eine rechtliche Bedeutung.

Ein systematisches Risikomanagement, das holistisch und kontinuierlich an wesentliche Risiken eines konkreten Großprojekts angepasst ist, dient als essentieller Bestandteil einer effizienten Umsetzung.¹⁷³⁷ Hieran fehlt es im Status Quo der Großprojektrealisierung oftmals. Rechtliche Vorgaben sind entweder inexistent oder nicht konsistent.¹⁷³⁸ Sie regeln grundsätzlich nur Phasen der Großprojektumsetzung, nicht hingegen ein Verfahren zur fortlaufenden Begutachtung, angelehnt an den gesamten Lebenszyklus des konkreten Vorhabens. Dies zeigt sich vom Grundsatz her auch in dem für aktiengesellschaftlich realisierte Projekte geltenden § 91 Abs. 2 AktG und dem KonTraG, die Risikomanagementvorkehrungen enthalten.¹⁷³⁹ Beide beziehen sich jedoch auf das Unternehmensrisikomanagement, nicht das Projektrisikomanagement.¹⁷⁴⁰ Vereinfacht ausgedrückt: AktG und KonTraG betreffen das Risikomanagement in der Gesellschaft selbst zu deren existenzieller Sicherung, nicht hingegen ein am Gesamtprojekt orientiertes holistisches Verfahren zur Risikoberechnung, -erkennung und -behandlung im Hinblick auf die staatliche Aufgabenumsetzung. Auch haushaltrechtliche Regelungen schreiben für die Beteiligungen der öffentlichen Hand an privatrechtlichen Unternehmungen bestimmte „Risikofrüherkennungssysteme“ vor, die jedoch die Rechnungsprüfung betreffen

¹⁷³⁷ Claussen, Wie ändert das KonTraG das Aktiengesetz?, in: DB 1998, 177 (181); Eschenbruch, Bauindustrie und KonTraG – Gesetzliche Verpflichtung zur Einführung eines Risikomanagementsystems, in: NZBau 2000, 217ff; Offerhaus, Erfahrungen aus den angelsächsischen Ländern, in: Scholz u.a., Risikomanagement der Öffentlichen Hand, 79ff.

¹⁷³⁸ Scholz/Schuler/Schwintowski, Zum Stand in der Praxis und vom Sinn eines Risikomanagements der Öffentlichen Hand, in: dieselben (Hrsg.), Risikomanagement der Öffentlichen Hand, 1f.

¹⁷³⁹ Hier verpflichtet im Rahmen der aktienrechtlichen Leitungsverantwortung § 91 Abs. 2 AktG zur Einrichtung eines Überwachungssystems zur Früherkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen. Vgl. dazu Bürgers/Israel, in: Bürgers/Körber, Heid. Komm AktG, § 91 Rn 1; Eckert, in: Wachter, AktG, § 91 Rn 1; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 91 Rn 1; Hüffer/Koch, AktG, § 91 Rn 1. Die h. M. sieht hierin allein die Früherkennung und Überwachung entsprechender Entwicklungen umfasst, nicht hingegen auch die Risikobewältigung. Vgl. OLG Celle AG 2008, 711 (712); Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 91 Rn 34; Hoffmann-Becking, Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, in: ZGR 1998, 497 (513); Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 91 Rn 14; a.A. Berg, Korruption in Unternehmen und Risikomanagement nach § 91 II AktG, in: AG 2007, 271; Lück, Elemente eines Risiko-Managementsystems., in: DB 1998, 8 f. *ders.*, Der Umgang mit unternehmerischen Risiken durch ein Risikomanagementsystem und durch ein Überwachungssystem., in: DB 1998, 1925; Oltmanns, in: Heidel, NK-AktG, § 91 Rn. 6.

¹⁷⁴⁰ Vgl. zum Begriff des Projektrisikomanagements: Keiser, Projektrisikomanagement, in: Schott/Campana, Strategisches Projektrisikomanagement, S. 153ff.

und damit keinen projektspezifischen Ansatz verfolgen.¹⁷⁴¹ Pauschale Risikozuschläge, die zu Beginn der Projektplanung kalkuliert werden, erfolgen so oftmals „ins Blaue hinein“ ohne evidente projektspezifische Grundlagenanalyse. Gerade aber die Veranschlagung eines realistischen finanziellen Risikopuffers war in den hier dargelegten Fällen mitunter zu gering, Kosten aus dem späteren Risikoeintritt dann aufgrund erheblicher Abweichungen und mangels kontinuierlicher umfassender Evaluierungen signifikant. Neben einer sehr umfangreichen anfänglichen Risikoanalyse ist mithin auch eine den Projektverlauf begleitende, kontinuierliche Überwachung und Anpassung erforderlich. Die Praxis zeigt sich hier gerade in den frühen Projektphasen der Planung defizitär, während in der Realisierungsphase regelmäßig – wenn auch in unterschiedlicher Qualität – von Risikomanagementinstrumenten Gebrauch gemacht wird. Gerade im Hinblick auf die früheste Risikoanalyse während der Planung wäre jedoch der Rückgriff auf bereits realisierte, vergleichbare Projekte bzgl. der Risiken hilfreich. Angelehnt an die in den USA und vor allem in Großbritannien praktizierte „Reference Class Forecasting“-Methode („RCF“),¹⁷⁴² die Referenzklassenprognose also, wäre die Einführung einer vergleichbaren Vorgehensweise zur realistischen Risikoeinschätzung und entsprechender Aufschlagskalkulation für Großprojekte vielversprechend. Die britische Regierung hat dort ein Green Book zum RCF veröffentlicht und empfiehlt den öffentlichen Bauherren dessen Verwendung.¹⁷⁴³ Eine explizite Empfehlung der Regierung oder gar eine rechtliche Pflicht zur Nutzung im Rahmen einer Risikoprognoseprüfung bzw. zur Einpflegung eigener Daten wäre daher insbesondere in Bezug auf die staatliche Kontroll- und Überwachungspflicht, wie auch haushaltsrechtlich für das deutsche Planungsrecht zur Beseitigung bestehender Defizite förderlich.¹⁷⁴⁴

¹⁷⁴¹ Relevant ist hier insbesondere § 53 Abs. 1 Nr. 2 b) HGrG, der aber auch konkret die abschlussprüferische Beurteilung betrifft und damit reine Unternehmensausrichtung hat. Vgl. zum verfassungsrechtlichen Hintergrund Art. 114 GG, jedoch ohne weiteren Bezug zum Risikomanagementbedürfnis.

¹⁷⁴² Bereits durchgeführte Projekte werden hinsichtlich ihrer Kostenüberschreitungen analysiert und in Referenzklassen wie Straßen-, Bau- und Schienenprojekte eingeteilt. Es wird eine Verteilungsfunktion erstellt, die Informationen über Kostenüberschätzung liefert. Auf deren Basis werden in Abhängigkeit einer akzeptablen Kostenüberschätzungswahrscheinlichkeit die erforderlichen Risikoaufschläge berechnet. Je geringer die Bereitschaft des Projektträgers ist spätere Kostenerhöhungen zu akzeptieren, desto höher ist der Risikoaufschlag. Vgl. *Flyvbjerg*, Curbing Optimism Bias and Strategic Misrepresentation in Planning: Reference Class Forecasting in Practice, in: *European Planning Studies* 16 (2008), S. 3ff.

¹⁷⁴³ GB Finanzministerium, (HM Treasury Department), Guidance: Early financial cost estimates of infrastructure programmes and projects and the treatment of uncertainty and risk: <https://www.gov.uk/government/publications/green-book-supplementary-guidance-valuing-infrastructure-spend/early-financial-cost-estimates-of-infrastructure-programmes-and-projects-and-the-treatment-of-uncertainty-and-risk>.

¹⁷⁴⁴ Vgl. BMVI, Reformkommission Bau von Großprojekten, S. 31.

Insgesamt wird dem Risikomanagement in anderen Industriestaaten vonseiten der Regierungen ein höherer Stellenwert beigemessen als in der Bundesrepublik.¹⁷⁴⁵ Dementsprechend sind Risikomanagementsysteme in Australien und Kanada beispielsweise normativ geregelt.¹⁷⁴⁶ Ein komparabler Vorstoß der deutschen Legislative wäre begrüßenswert, um den Stellenwert eines systematischen, holistischen und kontinuierlichen Risikomanagements bei der Großprojektrealisierung hervorzuheben.

bb) Planungsberichte

Hinsichtlich der Bewilligungs- und Realisierungsphase wäre eine zielgenaue Einteilung eines jeden Großprojekts in Planungsphasen zur effektiven Steuerung und Überwachung sowie zum Abbau von Strukturenkomplexität, angelehnt an das britische Vorgehen¹⁷⁴⁷ hilfreich. Auch wäre eine Einteilung der Projekte z.B. in vier Hauptphasen, wie die Leistungsphasen der HOAI, also nach Bedarfsplanung und Machbarkeit, Grundlagenermittlung und Vorplanung, Entwurfs- und Genehmigungsplanung sowie Ausführungsplanung denkbar.¹⁷⁴⁸ Eine entsprechende transparente Berichterstattung mit Abschluss des jeweiligen Planungsabschnitts inklusive aktualisierter Risiko- und Kostenkalkulationen könnte in erster Linie die öffentliche Bauherrin, ihr Parlament sowie die allgemeine Öffentlichkeit interessengerecht über den Projektstand informieren und so sowohl Kostenklarheit als auch realistische Zeitprognosen bewirken. Der Bericht wäre geeignet, die kooperierenden Träger-Gebietskörperschaften in die Lage zu versetzen, jeweils individuell Rückschlüsse für weitere Positionierungen bzgl. „Ist und Soll“ des Großprojekts zu eruieren. An dieser Stelle böte es sich an, Werkzeuge der Qualitätssicherung in Form von speziellen Projekt-(Self-)Audits zu implementieren.¹⁷⁴⁹

Dieses transparenzrechtlich relevante Vorgehen wäre folglich geeignet, dem Informationsinteresse der Beteiligten sowie der Allgemeinheit nachzukommen, vor

¹⁷⁴⁵ *Offerhaus*, Erfahrungen aus den angelsächsischen Ländern, in: Scholz u.a., Risikomanagement der Öffentlichen Hand, 79ff; *Schütz*, Risikomanagement aus Sicht des Öffentlichen Sektors der Schweiz, in: Scholz u.a., Risikomanagement der Öffentlichen Hand, 117ff.

¹⁷⁴⁶ *Offerhaus*, Risikomanagement der Öffentlichen Hand – Erfahrungen aus den angelsächsischen Ländern, in: Scholz/Schuler/Schwintowski, Risikomanagement der Öffentlichen Hand, S. 79 (94, 107ff).

¹⁷⁴⁷ *Pennekamp*, Im Gespräch: Klaus Grewe, ehemaliger Projektmanager für die Londoner Olympic Delivery Authority (ODA), in: FAZ Nr. 14 v. 17.01.2013, S. 13; *Hügler*, Bauverband über mehr Transparenz bei Großprojekten, in: SZ v. 17.12.2012.

¹⁷⁴⁸ Vgl. auch *Grewe*, Herausforderung Großbauprojekte, in: ProjektMagazin 02/2014 v. 22.01.2014; ebenfalls zur phasenspezifischen Einteilung im Rahmen des Projektmanagements *Andersch/Belzer*, Projektmanagement, in: Blanke u.a., Handbuch zur Verwaltungsreform, S. 259 (260ff).

¹⁷⁴⁹ Zu Auditierungsverfahren im öffentlichen Bereich z.B.: *Tetzlaff*, Transparenz und Auskunftsrechte auf kommunaler Ebene – ein Paradigmenwechsel?, in: LKV 2012, 493.

allem entspräche diese Art der Berichterstattung aber einer Informationsstruktur, die dem transparenzrechtlichen Erfordernis von grundsätzlicher Nachvollziehbarkeit entsprechen kann und dem realisierenden Hoheitsträger die effektive Kontrolle der Aufgabenumsetzung ermöglicht. Gleichzeitig sollten die so erlangten Informationen unter Zuhilfenahme moderner IT-basierter Systeme zentral hinterlegt und verwaltet werden, damit sie über den gesamten Projektlebenszyklus hinweg abrufbar bleiben. So erfolgt auch eine Entkopplung von individuellem Projekt-Knowhow. Der Wissensverlust durch Personalwechsel wäre damit begrenzt.¹⁷⁵⁰

cc) Transparenzbericht

Die Einführung eines obligatorischen, periodisch zu erstellenden Transparenzberichts in der anschließenden Betriebsphase des öffentlichen Großprojekts wäre ein adäquates Mittel zur Fortführung der Informationsberichterstattung, auch nach Abschluss der störungsanfälligen Realisierung. Die in ihm verkörperte Strukturrekomplexität legt das Großprojekt auch nach seiner Inbetriebnahme nicht ab, sie ist vielmehr ein allgemein großprojektimmanentes Merkmal. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, wäre es sinnvoll, den Bericht vom Umfang her wesentlich kürzer und weniger detailreich abzufassen und so die Möglichkeit zu schaffen, Beteiligten – vornehmlich den Projektpartnern jenseits des zuständigen Beteiligungsreferats sowie Außenstehenden, Parlamenten und Bürgern – eine weiterführende, komprimiert und strukturiert aufbereitete Informationsbasis zur Verfügung zu stellen, um die Projektdurchschaubarkeit fortwährend zu erhalten. Zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wäre auch hier eine Differenzierung zwischen Informationen an Beteiligte und Außenstehende in Form von Kürzungen oder Schwärzungen möglich.¹⁷⁵¹ Über den jährlichen Geschäftsbericht hinaus sollte ein solcher Transparenzbericht auch über wesentliche Tatsachen, jenseits des rein betriebswirtschaftlichen Blickwinkels, Auskunft erteilen. Aufzunehmen wären sämtliche projektrelevanten Faktoren in Bezug auf die Leistungs-, Organisations-, Risiko- sowie Finanzierungsebene.

Der Organisationsteil sollte Überblick über sämtliche Beteiligte und nicht lediglich die Beteiligungsverhältnisse verschaffen können. Generelle Zuständigkeiten in der Projektgesellschaft, ministerielle Verantwortlichkeit und Tätigkeiten des Beteiligungsmanagements wären ebenso aufzuführen, wie wesentliche Vertragsstrukturen und Sachstandsübersichten. Hieraus könnten rechtliche Zuständigkeiten und Verpflichtungen eindeutig erkennbar dargestellt werden. Überlegenswert wäre es zudem, die Aufsichtsratsstätigkeit überblicksartig abzubilden. Neben dessen personeller Besetzung käme auch die Auflistung von Beschlüssen ohne inhaltliche Details unter Nennung des prinzipiellen Beschluss-themas grundsätzlich in Betracht. Im

¹⁷⁵⁰ Siehe hierzu insb. das BER-Projekt unter E)IV)2).

¹⁷⁵¹ Vgl. hierzu für die Informationen an Abgeordnete: BVerfG NVwZ 2018, 51ff.

Rahmen eines Leistungsteils könnte, ähnlich wie im Geschäftsbericht, die Darstellung der Leistungskennziffern des vergangenen Zeitraums erfolgen, wirtschaftliche Faktoren, wie Auslastung oder Umschlag, aber auch die Bilanzierung von „Ist“ und „Soll“ im Hinblick auf leistungsrelevante Zielsetzungen.

Weiterhin sollte im Rahmen eines Finanzteils differenziert die Finanzsituation (Vermögenssituation inkl. Verschuldung und Bürgschaftssituation, Umsätze, Soll- und Ist-Abgleich) dargelegt und ggf. erörtert werden.¹⁷⁵² Aufzuführen wären dabei zwingend die realisierten Kosten, die Sollkosten, der aktuelle Stand der Finanzierung sowie die allgemeine Vermögenssituation des Projekts, bzw. der Projektgesellschaften.

dd) Fazit und Verhältnis von Risikomanagement, Planungs- und Transparenzberichten

Zur Strukturierung von Kontrolle, Überwachung und Information ist es sinnvoll, Überschneidungen in der Berichterstattung möglichst zu verhindern. Dementsprechend betreffen Planungs- und Transparenzberichte grundsätzlich unterschiedliche Phasen der Großprojektumsetzung. Planungsberichte wären insofern geeignet von Beginn an bis hin zur Realisierung, über Details des Vorhabens sowie Fortschritt des Projekts aufzuklären. Transparenzberichte betreffen den Zeitraum danach, die Zeit ab Inbetriebnahme des Infrastrukturprojekts also. Sie müssten daher weniger umfangreich ausgestaltet sein und lediglich die Kerninformationen zum Projekt enthalten. Das Risikomanagement hingegen bedarf als übergeordnete Tätigkeit einer kontinuierlichen Fortführung über den gesamten Lebenszyklus des Projekts.

Eine Berichterstattung angelehnt an die hier skizzierten Schritte ist geeignet, in strukturiertem Maße phasen- und adressatenadäquat Transparenz des Großprojekts zu vermitteln. Dies wäre im Hinblick auf Steuerungs- und Kontrollaspekte des Staates sowie das demokratierelevante Informationsbedürfnis der Bevölkerung erstrebenswert.

c) Handlungsbedürfnis zur Mikroebene

Auch die Organisation und Ausgestaltung der Realisierungs- bzw. Projektgesellschaft in Privatrechtsform weist weitreichende Möglichkeiten zur Stärkung demokratischer Kontroll- und Einwirkungsrechte auf. Neben der Sicherung einer intensiven Anteilseignerstellung durch die Implementierung entsprechender Vorkehrungen in der Satzung und der Vermeidung von Organverflechtungen, sind eine wohl-

¹⁷⁵² § 65 Abs. 1 Nr. 4 BHO/LHO bestimmt die Aufstellung von Jahresabschlüssen und Lageberichten bei gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen der jeweiligen Adressaten. Diese werden in Beteiligungsberichten veröffentlicht. Wünschenswert wäre aber über die Beteiligung an einer konkreten Gesellschaft hinaus, auch eine projektbezogene Aufstellung.

erwogene Besetzung der Aufsichtsratsmandate sowie die Implementierung zweckmäßiger und zielbezogener Risiko- und Managementinstrumente bei gleichzeitiger Transparenzschaffung geeignet, Funktionsfähigkeit und Steuerung in diesen Einheiten sicherzustellen.

3) Fazit zum Handlungsbedürfnis

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auf, welche Potenziale derzeit bei der Umsetzung von Verkehrsinfrastrukturgroßprojekten bestehen. Mit der Aufspaltung in Makro- und Mikroebene wurde eine Differenzierung in die Großprojektrealisierung im Allgemeinen und die Umsetzung in der kooperativen Kapitalgesellschaft im Speziellen dargelegt. Freilich bestehen zwischen Makro- und Mikroebene in manchen Punkten thematische Überschneidungen, die jedoch hinter dem Bedürfnis nach einer systematisierten Betrachtung beider Ebenen zurücktreten können. Es hat sich ergeben, dass durchaus vielgestaltige Optionen bestehen, die derzeit tendenziell defizitäre Großprojektrealisierung im Hinblick auf Demokratisierung und Effizienzsteigerung zu modifizieren.

Die dem geschriebenen Recht immanente Thematik von der Diskrepanz und Polarität zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit ist nicht neu und kehrt immer wieder auch in den rechtswissenschaftlichen Diskurs zurück.¹⁷⁵³ Sie betrifft folglich auch die in dieser Arbeit begutachtete Materie. Das Grundgesetz bietet ein Grundgerüst von Vorkehrungen, dessen Beachtung staatliche Pflicht ist, das aber gleichfalls keinen definitiven Katalog von Vorgaben darstellt. Hinzu tritt die Vielzahl an normativen Konkretisierungen, die dem Gerüst Form geben und seine Abstraktheit in anwendbares Recht transformieren. Jenseits dieser Konkretisierungen bleiben dennoch Kernstrukturen, denen sich der Staat zur Bewahrung und Umsetzung verpflichtet. Hierzu zählt das in dieser Arbeit betrachtete Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG und auch das aus ihm hergeleitete Transparenzgebot. Über das Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 GG werden auch die Föderalstaaten und ihre Untergliederungen zur Einhaltung verpflichtet. Dies verdeutlicht zugleich die Diskrepanz zwischen dem verfassungsrechtlichen Soll und dem tatsächlich praktizierten Ist des Staatshandelns. So verwundert es in der Konsequenz kaum, dass das Ergebnis zur Frage hinreichender demokratischer Legitimation und Durchschaubarkeit von Verkehrsinfrastrukturgroßprojekten, wie hier dargelegt ausgefallen ist. Auch dort divergieren Soll und Ist, werden verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Vorgaben nicht eingehalten und die wichtigen Überwachungs- und Kontrollaufgaben teilweise nicht in der gebotenen Intensität wahrgenommen. Insofern wurde hier der Versuch unternommen, Ansätze aufzuzeigen, die zur Verkürzung dieser Diskrepanz geeignet sind und grds. im Stande sind, verfassungsrechtliches Ist und Soll zueinander zu bringen.

¹⁷⁵³ *Hennis*, Regieren im modernen Staat, S. 183ff; *Lammert*, Eröffnungsvortrag, in: Hill u.a., Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, S. 9ff.

Insgesamt wurde dargelegt, dass auf der Makroebene der Großprojekte im Zuge des gewandelten Verhältnisses von Staat und Bürger ein Wiedererstarken des Primats repräsentativer Demokratie wünschenswert wäre, da sie insbesondere im Lichte der demokratischen Gleichheit die effektivste Form von Meinungs- und Willensbildung ist. Zur Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Repräsentanten sind Transparenzgesetze in der Form des HmbTG hilfreich. Sie bieten die Möglichkeit zur Information und Positionierung im Rahmen des demokratisch notwendigen Willensbildungsprozesses. Gleichfalls ist Obacht dort geboten, wo Transparenz geeignet ist, die Beschneidung repräsentativer Autonomie zu bewirken. Zu extensive Transparenz birgt insofern Risiken im Hinblick auf Ineffektivitäten und Ressourcenverschwendung und kann sich gar ins Gegenteil des Bezweckten verkehren, wenn sie Unschärfe und folglich Diffusität der jeweiligen Thematik bewirken. Die Kontur der Transparenz, ihre Umsetzung im Sinne ihrer praktischen Verwertbarkeit ist hierbei wesentlich.

Während bereits die Inkorporierung einfachgesetzlicher Transparenzansprüche in nicht unerheblichem Maße zum Vertrauen in die administrative Neutralität beitragen kann, bestehen weitere Optionen zur Neutralitätssteigerung. Neben der Modifizierung von Verfahrensvorschriften bieten auch Instrumente Neutralitätssteigerungspotenziale, die für eine Zunahme von Informations- und Kommunikationsfluss zwischen Staat und Bürger geeignet sind. Zugleich profitieren auch die Informationsstrukturen zwischen staatlichen Akteuren von entsprechenden Vorkehrungen.

Weiterhin bestehen durchaus Möglichkeiten zur Optimierung der Entscheidungsfindung hinsichtlich der Umsetzung von Großvorhaben. Direktdemokratische Instrumente bergen die Gefahr einer Unterminierung demokratischer Gleichheit und der allzu starken Beschneidung repräsentativer Handlungsfreiheit, sind jedoch vielversprechend, sofern ihre Zielsetzung sich auf informelle Partizipation im Sinne von Konsultation in den frühesten Projektstadien begrenzt.¹⁷⁵⁴ Ob der starken Ausrichtung der deutschen Rechtsordnung am subjektiven Recht und der weniger starken Orientierung an der Allgemeinheit, die sich im Planungs- und Verwaltungsverfahren besonders evident zeigt, bestehen hier gesetzgeberische Reserven zur Implementierung informeller Verfahren, um eine breite Öffentlichkeit stärker in den Projektprozess einzubeziehen.¹⁷⁵⁵ Dabei ist letztendlich ein eindeutiger Pflichtenkatalog wünschenswert, den es von Regierung und Parlament bei der Umsetzung von Großprojekten einzuhalten gilt. Bleibt die Einhaltung unverbindlich,

¹⁷⁵⁴ *Seibert-Fohr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren, in: *VerwArch* 2013, 311; *Stüer/Buchsteiner*, Stuttgart 21, in: *UPR* 2011, 335 (340).

¹⁷⁵⁵ *Heuer*, Direkte Demokratie und Gruppenrechte – Probleme der Kollektivierung individueller Partizipation in plebiszitären Rechtssetzungsverfahren – Tagungsbericht, in: *NordÖR* 2012, 440 (441).

birgt dies das Risiko einer weiteren Entfernung des oben skizzierten Solls vom Ist der Umsetzung.

Denjenigen Projekten, die sich einer kooperativen Realisierungsgesellschaft in Form einer Kapitalgesellschaft bedienen, bieten sich eine Reihe von legitimations- und transparenzstiftenden Instrumenten zur Behebung bestehender Defizite und zur Optimierung zukünftiger Strukturen: Neben einer Modifikation der personellen Organbesetzungen und der Beachtung legitimatorischer Erfordernisse bei der Vertragsgestaltung, bergen ein effizientes Risikomanagement und umfangreiche Berichterstattungsmodalitäten erhebliche Potenziale. In Bezug auf Letztere verspricht vor allem ein holistischer Ansatz für den gesamten Projektlebenszyklus Optimierungsreserven.

Nach alledem bietet die kooperative Realisierung von Großprojekten erhebliche Vorteile und Synergieeffekte (v.a. Finanzen, Knowhow, effektive Aufgabenwahrnehmung). Kapitalgesellschaften stellen hierbei eine effiziente Möglichkeit zur Kooperation mit weiteren öffentlichen Kapitalgebern dar, die gerade im Hinblick auf kapitalintensive Vorhaben geeignet scheint – unter der Voraussetzung der Sicherstellung eines hinreichenden Legitimationsniveaus, das umfangreiche tatsächliche Entscheidungskompetenzen und suffiziente Kontrolle erfordert. Auch hier zeigt sich abermals die besondere Bedeutung von Informationsbasis, Kommunikation und Informationsfluss.

G) Zusammenfassung in Thesen

I) Teil B

1. (Verkehrsinfrastruktur-)Großprojekte sind ein Charakteristikum moderner Industrienationen und beeinflussen deren Leistungskraft im innerstaatlichen und internationalen Standortwettbewerb.¹⁷⁵⁶
2. Öffentliche Partnerschaften vollziehen sich auf der Stufe zwischen Bund und Ländern sowie auf intraföderaler und interkommunaler Ebene. Sie lassen sich in vielgestaltigen Formen umsetzen. Je nach Bindungsintensität sind informelle, vertragliche und institutionalisierte Kooperationen zu unterscheiden.¹⁷⁵⁷
3. Multidimensionale Großprojektpartnerschaften bestehen über sehr lange Zeitspannen, sind extrem kostenintensiv und können sich prinzipiell jeder Zusammenarbeitsform bedienen. Sie sind darüber hinaus durch weitere besondere Merkmale gekennzeichnet: Neben der Externalisierung von Aufgaben gehören hierzu ihre überregionale Bedeutung, ihre vertragliche Regelungsdichte sowie ihr besonderes Organisations- und Steuerungsbedürfnis. Häufig bestehen dabei auch Interessendivergenzen und potenzielle Kräfteungleichgewichte, die

¹⁷⁵⁶ Siehe oben B)I)2).

¹⁷⁵⁷ Siehe dazu oben B)IV)1) und B)IV)2).

ein intensives Kommunikationsbedürfnis sowie Kompromiss- und Konsensfähigkeit nach sich ziehen.¹⁷⁵⁸

II) Teil C

1. Neben der Volkssouveränität statuiert das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG im Wesentlichen politische Freiheit und Gleichheit, das Legitimationserfordernis und die hinreichende Öffentlichkeit staatlichen Handelns.¹⁷⁵⁹
2. Das Demokratieprinzip macht für jedes staatliche Handeln mit Entscheidungscharakter hinreichende legitimatorische Strukturen erforderlich. Entscheidend ist die Effektivität der Legitimation, sie gewährleistet eine Rückführbarkeit jeden staatlichen Handelns zumindest mittelbar auf den Willen des Volkes als Souverän und sichert damit den effektiven Einfluss auf hoheitliche Entscheidungen. Durch eine durchgehende und lückenlose, auf das Volk als Legitimationssubjekt rückführbare Legitimationsskette wird die Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten durch Amtswalter legitimiert (organisatorisch-personelle Legitimation). Das öffentliche Handeln muss nicht lediglich im Ergebnis mit dem vom Volk Gewollten übereinstimmen, sondern sich im Sinne von demokratischer Repräsentation auch dem Inhalt nach auf das Volk zurückführen lassen können (sachlich-inhaltliche Legitimation). Beide Formen stehen nicht isoliert nebeneinander, so dass ein insgesamt suffizientes Legitimationsniveau die legitimatorischen Anforderungen des Demokratieprinzips umsetzen kann. Dies ist im Hinblick auf den effektiven Legitimationsgehalt einer Entscheidung jeweils im Einzelfall zu bewerten.¹⁷⁶⁰
3. Transparenz, d.h. die Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit staatlicher Strukturen ist insbesondere eine Anforderung von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Sie ist dabei Subprinzip dieser beiden Staatsfundamentalprinzipien, hat aber auch die Qualität eines eigenständigen Gebotes. Dem Grundgesetz ist insoweit eine Grundentscheidung für limitierte Transparenz zu entnehmen, Transparenz wird unter der Verfassung daher nicht unbegrenzt gewährleistet. Ihr kann eine dienende Funktion im Hinblick auf unmittelbare Informationsgewinnung sowie demokratisch notwendige Meinungsbildung und Kontrolle zugeschrieben werden. Sie betrifft dabei nicht

¹⁷⁵⁸ Siehe dazu oben B)VI) und B)V).

¹⁷⁵⁹ Siehe oben C)I)1).

¹⁷⁶⁰ Siehe dazu insgesamt C)I)2).

lediglich die Ebene zwischen dem Staat und seinen Bürgern, sondern entfaltet Wirkung gerade auch gegenüber deren Repräsentanten, die gegebenenfalls eine Mittlerfunktion einnehmen.¹⁷⁶¹

III) Teil D

1. Die Anforderungen von Demokratieprinzip und Transparenzgebot determinieren auch den verfassungsrechtlichen Rahmen, in den sich Großprojektrealisierung und -partnerschaft einfügen müssen.¹⁷⁶²
2. Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen umfangreichen gesellschaftsrechtlichen Vorkehrungen gegenüber, welche die Umsetzung in privatrechtlichen Rechtsformen vorgeben. In diesem Spannungsfeld sind Gestaltungen zu wählen, die geeignet sind, sich in die normativen Strukturen beider Rechtsfelder einzupassen. Das einfachgesetzliche Gesellschaftsrecht ist nicht geeignet, verfassungsrechtliche Forderungen ohne weiteres zu verdrängen.¹⁷⁶³
3. Insbesondere das Erfordernis organisatorisch-personeller demokratischer Legitimation stellt die Projektumsetzung in der kooperativen Kapitalgesellschaft vor Herausforderungen. Der hierbei erforderliche Erhalt positiver und negativer Entscheidungskompetenz einzelner Partner kann durch entsprechende satzungsmäßige Vorkehrungen weitgehend sichergestellt werden. Einbußen können prinzipiell im Rahmen eines insgesamt hinreichenden Legitimationsniveaus ausgeglichen werden. Das Bundesstaatsprinzip kann diese institutionalisierte Zusammenarbeit zusätzlich bestärken.¹⁷⁶⁴
4. Transparenz ist gerade ob der hochkomplexen Großprojektstrukturen bedeutsam. Sie ist mindestens für die wesentlichen Eckpunkte des Vorhabens zu gewährleisten. Dabei ist speziell das Informations- und Fragerecht des einzelnen Abgeordneten zum Zweck der effektiven Mandatswahrnehmung verfassungsrechtlich gewährleistet und geeignet, einfachgesetzliche Geheimhaltungsbestimmungen zu verdrängen.¹⁷⁶⁵

¹⁷⁶¹ Siehe dazu insgesamt C) II), siehe zu den normativen Grundlagen und den Grenzen der Transparenz insb. C)II)3) und C)II)4).

¹⁷⁶² Siehe dazu oben D)II) und D)III).

¹⁷⁶³ Siehe dazu oben D)I).

¹⁷⁶⁴ Siehe oben D)II).

¹⁷⁶⁵ Siehe oben D)III).

IV) Teil E

1. Deutsche Großprojekte, speziell auch mit verkehrsinfrastrukturellem Bezug, haben gerade in jüngerer Vergangenheit kein gutes Renommee. Die Komplexität ihrer Strukturen, Schwierigkeiten auf Verantwortungs- und Kontrollebene, Umsetzungsverzögerungen und Kostensteigerungen sowie Widerstand aus der Bevölkerung sind wesentliche Defizitkategorien.¹⁷⁶⁶
2. Großprojekte durchlaufen im Wesentlichen drei Entscheidungsebenen. Nur die erste Ebene betrifft ein parlamentarisches Votum, die Bedarfsfeststellung im Rahmen der Bundesverkehrswegeplanung oder vergleichbarer Pläne. Auf den beiden anschließenden Ebenen ist die Realisierung des Projekts abhängig von exekutivischen Entscheidungen, zunächst von höherstufiger Fachplanung, Raumordnungsverfahren oder Linienbestimmung, gefolgt von der Einzelzulassung per Verwaltungsakt. Mittelbar findet eine Legislativentscheidung mit Großprojektbezug zudem im Rahmen der sich aus dem parlamentarischen Budgetrecht ergebenden Haushaltsplanung statt.¹⁷⁶⁷
3. Die in der Arbeit untersuchten Verkehrsinfrastrukturprojekte, das Eisenbahnprojekt S21, der Tiefwasserhafen JWP sowie der Großflughafen BER, weisen die in Ziff. 1 angesprochenen Defizite in unterschiedlichem Umfang und differierender Tragweite auf. Dazu zählen insbesondere die Nachfolgenden:
 - a. Der JWP leidet sowohl auf der Staat-Repräsentanten- als auch der Staat-Bürger-Ebene an tendenziell undurchsichtigen Strukturen, die eine Kontrolle des Projektes, insbesondere auch in Bezug auf die Kosten, erschweren. Der gemischt-öffentlichen Realisierungsgesellschaft ist es, trotz der mangelnden positiven Entscheidungskompetenz der beteiligten Länder, grundsätzlich möglich Entscheidungen mit einem hinreichenden Legitimationsniveau zu fällen.¹⁷⁶⁸
 - b. Der BER ist sowohl auf legitimatorischer als auch auf Transparenzebene defizitär ausgestaltet. Die Realisierungsentscheidung haben die Gesellschafter einstimmig gefällt, sie ist daher legitimatorisch nicht zu beanstanden. Darüber hinaus muss für andere (wesentliche) Entscheidungen der Realisierungsgesellschaft jedoch mangels Informationen über die Abstimmungsergebnisse letztlich offen bleiben, ob diese insgesamt über ein ausreichendes Legitimationsniveau verfügen: Alle Entscheidungen, unabhängig von ihrer Wichtigkeit für die Realisierungsgesellschaft, können mit einfacher

¹⁷⁶⁶ Siehe oben A)I) und E) III).

¹⁷⁶⁷ Siehe oben A)II).

¹⁷⁶⁸ Siehe dazu insgesamt oben E)1).

- Mehrheit gefasst werden, keiner der Gesellschafter verfügt demnach über eine positive oder negative Entscheidungskompetenz. Im Zusammenhang mit der aufgrund des MitbestG erforderlichen Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat können die staatlichen Vertreter Entscheidungen im Gremium nicht gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter durchsetzen. Daneben stellt sich das BER-Projekt insgesamt als eher intransparent dar. Insbesondere im Untersuchungsausschuss zum Projekt zeigte sich, dass gerade diese teilweise erheblichen Mängel im Informationsfluss – zwischen Geschäftsführung und Controlling auf der einen und den staatlichen Gesellschaftern sowie Aufsichtsräten auf der anderen Seite – nicht unwesentlich zum Realisierungsproblematik beigetragen haben. Die Korruptionsvorgänge um die Imtech-Beauftragung stellen hierbei eklatante Ausprägungen der Intransparenz dar.¹⁷⁶⁹
- c. Das Bahnprojekt S21 hat in besonderem Maße die Funktionsweise der repräsentativen Demokratie veranschaulicht. Neben einer projektbefürwortenden Volksabstimmung hat das baden-württembergische Wahlvolk in den Landtagswahlen im Jahr 2011 der eher projektkritischen Opposition aus Partei Bündnis 90-Die Grünen und SPD den Regierungsauftrag gegeben. Das Projekt wurde letztlich in nicht unerheblichem Maße Teil deren Koalitionsvertrages. Die damals neue, erstmals von einem grünen Ministerpräsidenten geleitete Regierung hat im Zuge der Erfahrungen aus dem Projekt Maßnahmen für eine Verbesserung der Strukturen für die Bürgerbeteiligung ergriffen. Die von *Heiner Geißler* geleitete Mediation hat insgesamt zur Befriedung der an der Mediation Beteiligten geführt. Im Hinblick auf eine transparente Gestaltung hat auch das Bahnhofsprojekt Defizite. Zwar wird der Allgemeinheit auf der eigens für das Projekt geschaffenen Homepage eine Vielzahl von Informationen zur Verfügung gestellt, dennoch findet die Realisierung in der Hauptsache innerhalb der aktienrechtlich organisierten Bauherrin und unter Ausschluss klar durchschaubarer Strukturen statt. Diese in der Tendenz intransparenten Strukturen der Projektrealisierung hat insbesondere auch der Bundesrechnungshof moniert, der speziell die Kontrollintensität von Seiten des Bundes beanstandet.¹⁷⁷⁰

¹⁷⁶⁹ Siehe dazu insgesamt oben E)2).

¹⁷⁷⁰ Siehe dazu insgesamt oben E)3).

V) Teil F

1. Im Hinblick auf Elemente staatlicher Kooperation steht der JWP am besten dar. Das Partnerschaftsverhältnis des Berliner Flughafenprojekts hingegen ist durch Intransparenz, mangelnde Organisation und Unstimmigkeiten gekennzeichnet. Die Zusammenarbeit bei S21 ist insgesamt weniger komplex ausgestaltet und im Wesentlichen auf die Finanzierungsebene reduziert. Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit der Projektstrukturen sind beim Bahnprojekt weitreichend gegeben. Sowohl der BER als auch der JWP hingegen sind in der Tendenz durch stark arkane Strukturen gekennzeichnet.¹⁷⁷¹
2. Die Qualität demokratischer Legitimation ist bei S21 nicht zu beanstanden. Die legitimatorischen Anforderungen an die kapitalgesellschaftliche Umsetzung sind auch beim Tiefwasserhafen weitgehend umgesetzt. Etwas anderes gilt für das BER-Projekt, das aber letztlich über ein noch ausreichendes Legitimationsniveau verfügt. Beachtliche Organverflechtungen lassen jedoch die Wirksamkeit von Kontroll- und Steuerungsinstrumenten zweifelhaft erscheinen. Die Vermittlung von Informationen an die Parlamente ist bei allen Projekten zu bemängeln. Dabei lassen sich im Wesentlichen zwei Hauptursachen erkennen: Zum einen erfolgt die Entscheidungsfindung, mit der Ausnahme der Festlegungen im jeweiligen Haushaltsplan, innerhalb der dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis unterliegenden privatrechtlich organisierten Realisierungsgesellschaften, jenseits von Parlamenten und klassischem Verwaltungsapparat. Zum anderen stellen sich gerade die Kontaktstellen dieser Gesellschaften zur klassischen Exekutive – speziell Beteiligungsreferate und Aufsichtsratsmitglieder – mitunter aufgrund struktureller Verflechtungen als nicht uneingeschränkt geeignet für die Informationsmittlung dar.¹⁷⁷²
3. Die Kostensteigerung ist bei S21 besonders eklatant. Der JWP schneidet hierbei am besten ab. Zeitliche Verzögerungen, welche sich vor allem beim Hauptstadtflughafen bemerkbar machen, sind nicht monokausal mit langen Planungen und gerichtlichen Auseinandersetzungen zu begründen. Es sind viel eher vor allem baulich-technische Gegebenheiten und mangelnde Kontrolle, die diese erklären.¹⁷⁷³

¹⁷⁷¹ Siehe oben F)I)1).

¹⁷⁷² Siehe oben F)I)3).

¹⁷⁷³ Siehe oben F)I)4).

4. In zwei der betrachteten Vorhaben haben partizipatorische Instrumente Raum gefunden. In beiden Fällen konnte den Verfahren zwar eine Befriedigungsfunktion beigemessen werden, zur Beilegung der Konflikte haben sie jedoch nicht geführt.¹⁷⁷⁴
5. Potenziale, den untersuchten Herausforderungen zu begegnen, bestehen verschiedentlich. Sie betreffen die Projektumsetzung in einem weiten, generellen Verständnis (Makroebene) sowie speziell die Realisierung von Großprojekten in der kooperativen Kapitalgesellschaft (Mikroebene).¹⁷⁷⁵
6. Im Rahmen der Makroebene ist eine Stärkung demokratischer Strukturen durch konsultative Verfahren sowie neutralitätssteigernde Faktoren im Entscheidungsverfahren denkbar. Hierbei scheint eine Intensivierung verbindlichkeitserzeugender plebiszitärer Instrumente ungeeignet, da sich diejenigen Faktoren, die eine Verbesserung versprechen, in das repräsentative System einfügen lassen. Eine Rückgewinnung bürgerseitigen Vertrauens in das Parlament sowie die Alternativoffenheit des Verfahrens sind Faktoren, die geeignet sind, innerhalb eines historisch gewachsenen, repräsentativen Demokratierahmens Widerstände aus der Bevölkerung wirksam abzubauen.¹⁷⁷⁶
7. Auf der Mikroebene der Großprojektrealisierung bestehen Optimierungsmöglichkeiten insbesondere durch eine starke Ausgestaltung der Anteilseignerposition sowie eine gut bedachte Aufsichtsratsbesetzung. Durch Steuerungs- und Kontrollmechanismen im Rahmen von Management- und Risikokontrollsystemen kann eklatanten Schwächen vorgebeugt werden.¹⁷⁷⁷

¹⁷⁷⁴ Siehe oben F)I)5).

¹⁷⁷⁵ Siehe zu beiden Ebenen insgesamt oben F)II).

¹⁷⁷⁶ Siehe oben F)II)1).

¹⁷⁷⁷ Siehe oben F)II)2).

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Jelena von* Transparenz statt Öffentlichkeit und demokratische Repräsentation, in: DÖV 2018, S. 1025ff.
- Ade, Klaus (Hrsg.)* Handbuch kommunales Beteiligungsmanagement, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 2005
- Altmeyden, Holger* Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, in: NJW 2003, S. 2561ff
- Amy, Douglas J.* The Politics of Environmental Mediation, New York 1987
- Andersch, Bernd; Belzer, Volker* Projektmanagement, in: Blanke, Bernhard/Nullmeier, Frank/Reichard, Christoph/Wewer, Göttrik (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Auflage, Wiesbaden 2011, S. 259ff.
- Anzinger, Niklas; Kostka, Genia* Large Infrastructure Projects in Germany: A Cross-sectoral Analysis, https://www.hertie-school.org/fileadmin/images/Downloads/pressmaterial/infrastructure/working_papers/1_WP_Cross-SectoralAnalysis.pdf
- Apolte, Thomas* Die ökonomische Konstitution eines föderalen Systems: dezentrale Wirtschaftspolitik zwischen Kooperation und institutionellem Wettbewerb Tübingen 1999; zugl. Habil. Uni Duisburg 1998
- Appel, Ivo* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67, S. 226ff.

- Appel, Ivo* Staat und Bürger in Umweltverwaltungsverfahren, in: NVwZ 2012, S. 1361ff.
- Appel, Ivo* Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 32, München 2008
- Armin, Johann C. Freiherr von; Rotteck, Carl von* Staatsrecht der constitutionellen Monarchie: ein Handbuch für Geschäftsmänner, studirende Jünglinge, und gebildete Bürger, Bd. 3 (2. A.), Nachdr. Der 2. Auflage (Leipzig 1840), Goldbach 2001
- Arndt, Adolf* Das Geheimnis im Recht, in: NJW 1960, S. 2040ff.
- Arndt, Ulrich; Erler, Gisela* Die Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung für die Landesverwaltung Baden-Württemberg - auf dem Weg zu mehr Bürgerbeteiligung im Planungswesen, in: VBIBW 2014, S. 81ff.
- Arnim, Hans Herbert, von* Steuerung durch Recht, in: ders./Klages, Helmut, Probleme der staatlichen Steuerung und Fehlsteuerung in der Bundesrepublik Deutschland.: Vorträge und Diskussionsbeiträge der 54. Staatswissenschaftliche Fortbildungstagung, Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1986
- Arnim, Hans Herbert, von* Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin 1988
- Arnim, Hans Herbert, von* Ist der rationale Staat möglich?, in: von Arnim/Lüder (Hrsg.) Wirtschaftlichkeit in Staat und Verwaltung : Vorträge und Diskussionsbeiträge der 60. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1992 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1993

- Arnim, Hans Herbert, von* Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984
- Arnim, Hans Herbert, von* Die geheimen Regeln der Macht jenseits der offiziellen Fassade, in: ders. (Hrsg.), *Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft*, Berlin 2015, S. 93ff.
- Articus, Stephan; Söbbeke, Markus* Möglichkeiten und Probleme des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland aus Sicht des Deutschen Städtetages: Bedarf und Perspektiven für neue Kooperationsformen im Bundesstaat, in: Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus, Bd. II: Probleme, Reformen, Perspektiven des deutschen Föderalismus*, § 34, Heidelberg u.a. 2012
- Arzheimer, Kai* Politikverdrossenheit: Bedeutung, Verwendung und empirische Relevanz eines politikwissenschaftlichen Begriffs, Wiesbaden 2002; zugl. Diss. Uni Mainz 2001
- Bachof, Otto* Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen Verwaltungsrecht, in: Külz/Naumann (Hrsg.), *Staatsbürger und Staatsgewalt: Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart; Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts Bd. II*, Karlsruhe 1963, S. 3ff.
- Backhaus, Jürgen;* Öffentliche Unternehmen: zum Wirtschaftsrecht, den Funktionen und Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, 2. Auflage, Frankfurt 1980
- Bader, Johann; Ronellenfötsch, Michael (Hrsg.)* *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar*, 2. Auflage, München 2016

- Badura, Peter* Staatsrecht, 7. Auflage, München 2018
- Badura, Peter* Plebiszitäre Ergänzung oder Verformung des parlamentarischen Regierungssystems in der Bundesverfassung, in: Ruffert (Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des öffentlichen Rechts: Festschrift für Meinhard Schröder zum 70. Geburtstag, Berlin 2012, S. 307ff.
- Badura, Peter* Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden, 4. Auflage, Tübingen 2011
- Badura, Peter* Die parlamentarische Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- Barbian, Thomas;
Jeglitzka, Matthias;
Troja, Markus* Das Beispiel „Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International“, in: Zilleßen, Mediation. Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik, Opladen 1998, S. 108ff.
- Battis, Ulrich;
Krautzberger, Michael;
Löhr, Rolf-Peter* Baugesetzbuch: Kommentar, 14. Auflage, München 2019
- Battmann, Wolfgang* Verhaltensökonomie: Grundannahmen und eine Anwendung am Fall des kooperativen Handelns, Frankfurt a. M. u.a 1989; zugl. Diss. FU Berlin 1988
- Bauer, Hartmut* Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, § 36, 2. Auflage, München 2012

- Bauer, Hartmut* Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, in: *VerwArch* 1987, S. 241 ff.
- Bauer, Hartmut;*
Brosius-Gersdorf;
Franke;
Büchner, Christiane (Hrsg.) Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, Potsdam 2008
- Baumbach, Adolf;*
Hopt, Klaus Handelsgesetzbuch Kommentar, 39. Auflage München 2020
- Baumbach, Adolf;*
Hueck, Alfred GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Auflage, München 2019
- Bäumlin, Richard* Lebendige oder gebändigte Demokratie?: Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision, Basel 1978
- Beaucamp, Guy;*
Ringeruth, Petra Empfiehlt sich die Beseitigung des Widerspruchsverfahrens?, in: *DVBl.* 2008, S. 426 ff.
- Becker-Ritterspach, Luisa* Steuerung der Implementation von Flughäfen: eine Untersuchung des Flughafenbaus in Frankfurt a.M. und Berlin-Brandenburg, Wiesbaden 2015; Zugl. Diss. FU Berlin 2015
- Becker, Ralph* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, Baden-Baden 1997

- Beisel, Wilhelm;*
Klumpp, Hans-
Hermann Der Unternehmenskauf: Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschließlich gesellschafts-, arbeits-, und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens, 7. Auflage, München 2016
- Benda, Ernst;*
Maibhofer, Werner;
Vogel,
Hans-Jochen
(Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin u.a. 1983
- Bender, Christiane* Freiheit, Verantwortung, direkte Demokratie: Zur Relevanz von Rousseau heute, in: APuZ 62. Jg., Bd. 46-47/2012, S. 49ff.
- Bentham, Jeremy* An Essay on Political Tactics, or Inquiries Concerning the Discipline and Modes of Proceeding Proper to be Observed in Political Assemblies: Principally Applied to the Practice of the British Parliament, and to The Constitution and Situation of the National Assembly of France, London 1839, chap. 2)
- Benz, Arthur* Kooperative Verwaltung: Funktionen, Voraussetzungen und Folgen, Baden-Baden 1994, zugl. Habil. Speyer 1992
- Benz, Arthur* Postparlamentarische Demokratie? Demokratische Legitimation im kooperativen Staat, in: Greven (Hrsg.), Demokratie - Eine Kultur des Westens?, Opladen 1998, S. 201ff.
- Benz, Arthur* Föderalismus als dynamisches System, Opladen 1985
- Benz, Hanspeter* Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer Aktiengesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen, Frankfurt a.M. 1995 zugl, Diss. Uni Tübingen 1995

- Berg, Cai* Korruption in Unternehmen und Risikomanagement nach § 91 II AktG, in: AG 2007, S. 271ff.
- Berger-Delbey, Ulf* Die Leistungs- und Weisungsbefugnis des Arbeitgebers, in: Der Betrieb 1990, S. 2266ff.
- Bergahn, Ralf* Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent, in: ZIP 2004, S. 395ff.
- Bergmann, Jan* Handlexikon der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2015
- Bertbold, Norbert;*
Fricke, Holger Die Bundesländer im Standortwettbewerb, Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus - Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt: Band I: Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, § 30, Heidelberg u.a 2012
- Bethge, Herbert* Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen, Passau 1985
- Beyer, Susanne;*
Knöfel, Ulrike Versaute Verhältnisse, Gipfeltreffen der geplagten Architekten; Pierre de Meuron, Meinhard von Gerkan und Christoph Ingenhoven verantworten die größten und schwierigsten Bauprojekte des Landes, in: Der Spiegel Nr. 24 vom 10.06.2013, S. 118ff. <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-97110561.html>
- Bielenberg, Walter;*
Ernst, Werner;
Zinkahn, Willy
(Begr.);
Krautzberger, Michael (Hrsg.) Baugesetzbuch: Band I: Kommentar; Loseblattsammlung, 137. EL Februar 2020

- Bielenberg, Walter; Runkel, Peter; Spannowsky, Willy (Hrsg.)* Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Lbl. Bd. 2, Lfg 9/19 Berlin 2019
- Biermann, Henning* Das Widerspruchsverfahren in der Krise - Überflüssige Hürde auf dem Weg zum VG oder bürgerfreundliches Verfahren mit Zukunftsperspektive?, in: NordÖR 2007, S. 139ff.
- Binus, Karl-Heinz* Rahmenbedingungen des Leasings mit der öffentlichen Hand, in: Kroll (Hrsg.), Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 11. Auflage, Lichtenfels 2010, S. 199ff.
- Binz, Mark K.; Sorg, Martin H.* Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht: Handbuch für Familienunternehmen, 12. Auflage, München 2018
- Birk, Dieter; Wernsmann, Rainer* Volksgesetzgebung über Finanzen, in: DVBl 2000, S. 669ff.
- Birnbaum, Robert* Herrsche und schweige, in: Der Tagesspiegel vom 30.10.2008, S. 4, <http://www.tagesspiegel.de/politik/gruene-herrsche-und-schweige/1359692.html>
- Blanke, Thoma; Fedder, Sebastian* Privatisierung: Ein Rechtshandbuch für die Verwaltungspraxis, Personal- wie Betriebsräte und deren Berater, 2. Auflage, Baden-Baden 2010
- Blanke, Hermann-Josef; Schwanengel, Wito,* Zur Lage des deutschen Föderalismus, in: dieselben (Hrsg.), Zustand und Perspektiven des deutschen Bundesstaates, Tübingen 2005

- Bleckmann, Albert* Zulässigkeit des Volksentscheides nach dem GG, in: JZ 1978, S. 217ff.
- Bleyl, Dietmar* Allgemeines Informationszugangsrecht und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Datenschutz und Datensicherheit 1998, S. 32ff.
- Bliesener, Dirk;* Bankrechts-Kommentar, 2. Auflage, München 2016
Langenbacher,
Katja;
Spindler, Gerald
(Hrsg.)
- Böckenförde,* Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der
Ernst-Wolfgang Demokratie, in: Müller/u.a., Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, FS K. Eichenberger, Basel u.a. 1982, S. 307ff.
- Böckenförde,* Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatswissenschaft, in:
Ernst-Wolfgang Achterberg (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 317ff.
- Böckenförde,* Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie
Ernst-Wolfgang und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1991
- Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirch-
Ernst-Wolfgang hof, Paul, Handbuch des Staatsrechts Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 24, S. 429ff.
- Böckenförde,* Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW
Ernst-Wolfgang 1974, S. 1529ff.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, § 34, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang* Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Opladen 1973
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang* Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: Morsey/Quaritsch/Siedentopf (Hrsg.), Staat, Politik, Verwaltung in Europa: Gedächtnisschrift für Roman Schnur, Berlin 1997, S. 127ff.
- Bogdandy, Armin, von; Bast, Jürgen* Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Berlin 2009
- Böhm, Monika* Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21: Änderungsbedarf und -perspektiven, in: NuR 2011, S. 614ff.
- Bohne, Eberhard* Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, in: VerwArch 75 (1984), S. 343ff.
- Böll, Sven* Böll, McKinsey-Gutachten: Kosten für Stuttgart 21 steigen auf 6,8 Milliarden Euro, 12.12.2012 <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/umstrittener-bahnhof-stuttgart-21-kostet-6-8-milliarden-a-872440.html>
- Bonoma, Thomas V.* Conflict, Cooperation and Trust in Three Power Systems, in: Behavioral Science 21 (1976), S. 499ff.
- Bothe, Michael* Rechtsvergleichender Generalbericht, in: Starck (Hrsg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, Baden-Baden 1988, S. 175ff.

- Böttcher, Lars* Unzulässige Besetzung von Aufsichtsräten, in: NZG 2012, S. 809ff.
- Bradeis, Louis D.* Other People's Money And How The Bankers Use It, New York 1914
- Bremeier, Wolfgang; Brinckmann, Hans; Killian, Werner* Public Governance kommunaler Unternehmen – Vorschläge zur politischen Steuerung ausgegliederter Aufgaben auf der Grundlage einer empirischen Erhebung, Kassel 2006
- Brettschneider, Frank* Stuttgart 21: ein Großprojekt zwischen Protest und Akzeptanz, Heidelberg u.a. 2013
- Britz, Gabriele; Hellermann, Johannes; Hermes, Georg* EnWG: Energiewirtschaftsgesetz ; Kommentar, 3. Auflage, München 2015
- Brohm, Winfried* Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, in: DVBl. 1994, S. 133ff.
- Brohm, Winfried* Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, § 36, 2. Auflage, Heidelberg 1998,
- Brohm, Winfried* Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart, 1969
- Bröhmer, Jürgen* Transparenz als Verfassungsprinzip - Grundgesetz und Europäische Union, Tübingen, 2004; zugl. Habil. Uni Saarbrücken 2002

- Brosius-Gersdorf, Frauke* Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip: eine verfassungsrechtliche Studie zur Bundesbankautonomie vor und nach der dritten Stufe der Europäischen Währungsunion, Berlin 1997, zugl. Diss. Uni Hamburg 1997
- Bruba, Thomas; Nowak, Carsten (Hrsg.)* Die Europäische Union: innere Verfasstheit und globale Handlungsfähigkeit, Baden-Baden 2006
- Brühl, Jannis* Großprojekte nach Stuttgart 21: Endstation Referendum, in: Süddeutsche Zeitung online vom 29.11.2011, <http://www.sueddeutsche.de/politik/grossprojekte-nach-stuttgart-endstation-referendum-1.1221387>
- Brüning, Christoph* (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand - Maßstäbe und Grenzen, in: VerwArch 100 (2009), S. 453ff.
- Brüning, Christoph* Mittelbare Beteiligungen der Kommunen im grenzüberschreitenden Wettbewerb, DVBl. 2004, S. 1451 ff.
- Brunner, Otto; Conze, Werner; Koselleck, Reinhart (Hrsg.)* Geschichtliche Grundbegriffe. Band 8, Stuttgart 2004
- Brunner, Otto; Conze, Werner; Koselleck, Reinhard (Hrsg.)* Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 4, Stuttgart 1978
- Bryde, Bruno Otto* Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz, Demokratie und Grundgesetz, Baden-Baden 2000.

- Buchholtz, Gabriele* Demokratie und Teilhabe in der digitalen Zeit, in: DÖV 2017, S. 1009ff.
- Buchner, Reimar* Eisenbahnrechtliche Planfeststellung und kommunale Planungshoheit, Berlin 2001; zugl. Diss. Uni Tübingen 1998
- Buchsteiner, Dirk; Stier, Bernhard* Stuttgart 21: Eine Lehre für die Planfeststellung?, in: UPR 2011, S. 335 ff.
- Budäus, Dietrich* Finanzierung öffentlicher Infrastruktur, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZfgK) 1993, S. 451ff.
- Budäus, Dietrich* Public Private Partnership - Kooperationsbedarfe, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven, in: Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt: theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership, Baden-Baden 2006
- Budäus, Dietrich* PPP - Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarfe, in: GÖW, Public Private Partnership: Formen - Risiken - Chancen, S. 9 ff.
- Budäus, Dietrich* Public-Management: Konzepte und Verfahren zur Modernisierung öffentlicher Verwaltungen, 3. Auflage, Berlin 1995
- Budäus, Dietrich (Hrsg.)* Kooperationsformen zwischen Staat und Markt: Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership. Baden-Baden 2006
- Budäus, Dietrich; Grüb, Birgit* Public Private Partnership (PPP): Zum aktuellen Entwicklungs- und Diskussionsstand, in: Bauer/Brosius-Gersdorf/Büchner, Verwaltungskooperation, Potsdam 2008, S. 33ff.

- Bull, Hans Peter* Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg/Ts., 1977
- Bulling, Manfred* Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen; Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, in: DÖV 1989, S. 280f.
- Bultmann, Peter Friedrich* Zur Privilegierung gemischt-öffentlicher Eigengesellschaften bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2006, S. 222 ff.
- Bumke, Christian* Publikumsinformation: Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates, in: DV 2004, S. 1ff.
- Bundesnotarkammer (Hrsg.)* 23. Deutscher Notartag Frankfurt 1989, München 1989
- Bündnis 90/Die Grünen, SPD (Hrsg.)* Der Wechsel beginnt. Koalitionsvertrag zwischen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der SPD Baden-Württemberg Baden-Württemberg 2011 - 2016
- Bunge, Thomas* Neue Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung: die UVP-Änderungsrichtlinie 2014, in: NVwZ 2014, S. 1257ff.
- Burger, Benedikt* Zuständigkeit und Aufgaben des Bundes für den öffentlichen Personenverkehr nach Art. 87e GG, Baden-Baden 1998; zugl. Diss. Uni Tübingen 1996
- Bürgers, Tobias; Körber, Thorsten (Hrsg.)* Heidelberger Kommentar: Aktiengesetz, 4. Auflage, Heidelberg 2017

- Burgi, Martin* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen 1999, zugl. Habil. Uni Konstanz 1998
- Burgi, Martin* Verwaltungsorganisationsrecht, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2010, S. 253ff.
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias*
(Hrsg.) EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 5. Auflage, München 2016
- Calliess, Christian* Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus, in: DÖV 1997, S. 889ff.
- Caspar, Johannes* Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz, in: DÖV 2013, S. 371ff.
- Chance, Sandra F.; Locke, Christina M.* The Government-in-the-Sunshine Law Then and Now: A Model for Implementing New Technologies Consistent with Florida's Position as a Leader in Open Government, in: 35 Florida State University Law Review 245 (2008)
- Classen, Claus Dieter* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, Baden-Baden 2009
- Claussen, Carsten* Wie ändert das KonTraG das Aktiengesetz?, in: DB 1998, S. 177
- Crott, Helmut W.; Kutschker, Michael; Lamm, Helmut* Verhandlungen II: Organisationen und Nationen als Konfliktparteien: Ergebnisse aus wirtschafts- und politikwissenschaftlicher Verhandlungsforschung, Stuttgart 1977

- Czybulka, Detlef* Akzeptanz als staatsrechtliche Kategorie?, *Die Verwaltung* 26 (1993), S. 27ff.
- Czybulka, Detlef* Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung: unter Berücksichtigung ihrer Organisation sowie der Entstehungsgeschichte zum Grundgesetz, Heidelberg 1989; zugl. Habil. Uni Augsburg 1986/87
- Danker, Claudia* Privatisierung versus Rekommunalisierung: die Treuhandanstalt/BvS im Pflichtenkonflikt bei der Vermögensaufteilung ehemals volkseigener Wirtschaftsbetriebe, Berlin 2002; zugl. Diss. Uni Halle 2000
- Danner, Wolfgang; Theobald, Christian (Hrsg.)* Energierecht Bd. 1, 105. EL, München 02/2020 Loseblatt
- Dausen, Manfred A. (Hrsg.)* Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 49. Auflage, Baden-Baden 2020 Loseblatt
- Degenhart, Christoph* Staatsrecht I; Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht; mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte, 35. Auflage, Heidelberg 2019
- Delbaes, Daniel* Rechentricks bei den Investitionen, in: Handelsblatt Nr. 219 vom 12.11.2012, S. 8, <http://www.genios.de/presse-archiv/artikel/HB/20121112/rechentricks-bei-den-investitionen/958BA262-7683-4A60-BD4E-150435B29F97.html>
- Delbaes, Daniel* Pannenflughafen BER könnte mehr als fünf Milliarden Euro kosten, in: Handelsblatt v. 05.05.2013: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/pannenflughafen-ber-koennte-mehr-als-fuenf-milliarden-euro-kosten/8161608.html>

- Delbaes, Daniel; Gartmann, Fabian; Kersting, Silke; Koenen, Jens* Flughafen Berlin: Sieben Todsünden machten BER zum Desaster, Fehler 2: Die Aufsichtsratsbesetzung, in: Handelsblatt vom 13.08.2012: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/flughafen-berlin-fehler-2-die-aufsichtsratsbesetzung/6724430-3.html>
- Delbaes, Daniel; Kersting, Silke; Koenen, Jens* Air Berlin verklagt Flughafen Berlin, in: Handelsblatt Nr. 216 v. 07.11.2012
- Delbaes, Daniel; Gartmann, Fabian; Kersting, Silke; Koenen, Jens* Hauptstadt ohne Starterlaubnis, in: Handelsblatt Nr. 109 vom 8.6.2012, S. 28–33, <http://www.genios.de/presse-archiv/artikel/HB/20120608/hauptstadt-ohne-starterlaubnis/481877B7-7C82-4548-8CD5-E5201FD9E21B.html>
- Delius, Martin* Flughafen BER: Aufklärung wird unmöglich gemacht, in: Tagesspiegel vom 06.01.2013: <http://www.tagesspiegel.de/berlin/ber/flughafen-ber-aufklaerung-wird-unmoeglich-gemacht/7592042.html>
- Delius, Martin; Ugarte Chacón, Benedict* Unten bleiben: Zwischenbericht der Piratenfraktion des Abgeordnetenhauses vom Berlin zum Untersuchungsausschuss BER, 1. Auflage, Berlin 2013
- Deutsche Bahn AG, Geschäftsbereich Netz, Regionalbereich Stuttgart, Projekte (Hrsg.)* Projekt Stuttgart 21. Die Machbarkeitsstudie, Stuttgart 1994

- Di Fabio, Udo* Das Recht offener Staaten: Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, Tübingen 1998
- Dieterich, Thomas; Müller-Glöge, Rudi (Hrsg.)* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2016
- Di Fabio, Udo* Privatisierung und Staatsvorbehalt: Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, in: JZ 1999, S. 585ff.
- Di Fabio, Udo* Das Kooperationsprinzip - ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, in: NZVw 1999, S. 1153ff.
- Di Fabio, Udo* Vertrag statt Gesetz? Gesetzesvertretende und gesetzesausführende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz., in: DVBl. 1990, S. 338ff.
- Di Fabio, Udo* Privatisierung und Staatsvorbehalt, in: JZ 1999, S. 585ff.
- Di Fabio, Udo* Demokratie im System des GG, in: Brenner (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 77ff.
- Dignam, Alan* 'The Future of Shareholder Democracy in the Shadow of the Financial Crisis', Seattle University Law Review 36, S. 639ff.
- Dobers, Gesche; Jahnke, Benedikt; Liebe, Ulf* Energiewende in Deutschland – Not-In-My-Backyard oder eine Frage der Gerechtigkeit?, in: ZfU 2015, S. 367ff.

- Dolde, Klaus-Peter; Porsch, Winfried* Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Initiative der SPD für eine Volksabstimmung über Stuttgart 21 und die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm, http://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/Altdateien/202/101005_Anlage_Dolde_Gutachten.pdf
- Dörr, Oliver; Grote, Rainer; Marauhn, Thilo* EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2013
- Drefs, Felix* Zur verfassungsrechtlich gebotenen Transparenz staatlicher Tätigkeit, in: Dreyer u.a., Informationen der öffentlichen Hand, Baden-Baden 2016, S. 89 ff.
- Dreher, Meinrad* Transparenz und Publizität bei Ratsentscheidungen, in: EuZW 1996, S. 487 ff.
- Drath, Martin* Die Entwicklung der Volksrepräsentation, in: Rausch (Hrsg.), Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung (Bd. 1), Darmstadt 1968, S. 260ff.
- Dreier, Horst* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen 1991, zugleich Habil. Uni Würzburg 1989
- Dreier, Horst* Informales Verwaltungshandeln, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), S. 647ff.
- Dreier, Horst (Hrsg.)* Grundgesetz: Kommentar, Bd. 1: Artikel 1 - 19, 3. Auflage, Tübingen 2013
- Dreier, Horst (Hrsg.)* Grundgesetz: Kommentar, Bd. 2: Artikel 20 - 82, 3. Auflage, Tübingen 2018

- Dreier, Horst* (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar, Bd. 3: Artikel 83 - 146, 3. Auflage, Tübingen 2018
- du Mesnil, Tassilo;*
Müller, Wolfgang Die Rechtsstellung der Bundestagsabgeordneten, in: JuS 2016, S. 504ff.
- Durner, Wolfgang* Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren, in: ZUR 2011, S. 354ff.
- Durner, Wolfgang* Bewertung und Reformbedarf - Aus Sicht der Vorhabenträger, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche 2012, Bd. 2: Planen, Erklären, Zuhören - Wie Großprojekte mit Bürgerbeteiligung möglich werden, Tübingen 2012
- Dürr, Heinz* In der ersten Reihe. Aufzeichnungen eines Unerschrockenen, Berlin 2008
- Düwel, Peter* Das Amtsgeheimnis, Berlin 1965
- Dyong, Hartmut; Heide, Hans-Jürgen, von der; Cholewa, Werner* (Hrsg.) Raumordnung in Bund und Ländern: Kommentar zum Raumordnungsgesetz des Bundes und Vorschriftensammlung aus Bund und Ländern, 17. Lfg. der 5. Auflage, Stuttgart 2019
- Ebenroth, Carsten Thomas; Boujong, Karlheinz; Joost, Detlev; Strohn, Lutz* (Hrsg.) Handelsgesetzbuch Band 1: §§ 1-342e, 4. Auflage, Baden-Baden 2019

- Eberle, Carl-Eugen* Arrangements im Verwaltungsverfahren, in: Die Verwaltung 1984, S. 439ff.
- Eberle, Carl-Eugen (Hrsg.)* Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart: Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002
- Ebsen, Ingwer* Abstimmungen des Bundesvolks als Verfassungsproblem, in: AöR 110 (1985), S. 1ff.
- Ehlers, Dirk* Die Grenze der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, in: JZ 1987, S. 218ff.
- Ehlers, Dirk* Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, zugl. Habil. Erlangen-Nürnberg 1981
- Ehlers, Dirk* Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, in: DVBl. 1997, S. 137ff.
- Ehlers, Dirk* Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, in: DVBl 1983, S. 429ff.
- Ehlers, Dirk* Die Staatsgewalt in Ketten - zum Demokratiegebot im Sinne des Grundgesetzes, in: Heiko Faber/Götz Frank (Hrsg.), Demokratie in Staat und Wirtschaft: Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag am 24.9.2002, Tübingen 2002, S. 125ff.
- Ehlers, Dirk; Pünder, Hermann (Hrsg.)* Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin 2016

- Ebrich, Christian; Weber, Ulrich* Direktionsrecht und Änderungskündigung bei Veränderungen im Arbeitsverhältnis, in: Betriebs-Berater 1996, S. 2246ff.
- Eichenberger, Kurt* Der Staat der Gegenwart: ausgewählte Schriften, Basel 1980
- Eichhorn, Peter* Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, 3. Auflage 2005
- Eichhorn, Peter* Verwaltungshandeln und Verwaltungskosten: Möglichkeiten zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Baden-Baden 1979
- Eisele, Jörg* Öffentliche Streitbelegungsverfahren – Zwischen Mediation, Schlichtung, Moderation und Schaulaufen der Akteure, in: ZRP 2011, S. 113ff.
- Eisele, Jörg* Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation, in: Jura 2003, S. 656ff.
- Eisenblätter, Katja* Die extraterritoriale Kommunalwirtschaft, Frankfurt a.M. 2007, zugl. Diss. Uni Potsdam 2006/07
- Eisenhardt, Ulrich; Wackerbarth, Ulrich* Gesellschaftsrecht I, Recht der Personengesellschaften: mit Grundzügen des GmbH- und Aktienrechts, 16. Auflage, Heidelberg 2015
- Eitner, Sebastian; Jennert, Carsten* EU-Beihilferecht und Seehafeninfrastruktur, in: EuZW 2013, S. 414ff.

- Emde, Ernst
Thomas* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung: eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991, zugl. Diss. Uni Freiburg 1986
- Emmerich, Volker;
Scholz,
Franz* Kommentar zum GmbH- Gesetz, 6. Auflage, Köln 1983
- Emmerich, Volker;
Habersack,
Mathias* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Auflage, München 2019
- Engelbert,
Anke;
Kutscha, Martin* Staatliche Öffentlichkeitsarbeit und Demokratieprinzip, in: NJW 1993, S. 1233ff.
- Engellandt,
Frank* Die Einflußnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan: rechtliche, organisatorische und kompetenzielle Probleme ihrer Einwirkungspflicht, Heidelberg 1995, zugl. Diss. Uni Kiel 1994
- Epping, Volker;
Hillgruber,
Christian
(Hrsg.)* Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2020
- Erbguth,
Wilfried;
Lagoni, Rainer
(Hrsg.)* Deutsche Seehäfen: Privatisierung und Gefahrenabwehr, Hamburg 2005

- Erbguth, Wilfried* Infrastrukturgroßprojekte: Akzeptanz durch Verfahren und Raumordnung, in: DÖV 2012, S. 821ff.
- Erdmann, Joachim* Der JadeWeserPort - Ein Großvorhaben wird Wirklichkeit, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter 2009, S. 104ff.
- Erichsen, Hans-Uwe* Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, Köln 1990
- Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft* Sachverhaltsdarstellung zu Störungen des Projektablaufes und deren Auswirkungen, Report an Planungsgemeinschaft Flughafen Berlin-Brandenburg International (pg bbi), Berlin 2012
- Eschenbruch, Klaus* Bauindustrie und KonTraG – Gesetzliche Verpflichtung zur Einführung eines Risikomanagementsystems, in: NZBau 2000, S. 217ff.
- Ewer, Wolfgang* Kein Volksentscheid über die Zulassung von Infrastrukturprojekten, in: NJW 2011, S. 1328ff.
- Faber, Markus* Privatisierung streng geheim! – Öffentlichkeitsdefizite bei kommunalen Privatisierungen im Spannungsfeld zu den Anforderungen des Demokratieprinzips, in: NVwZ 2003, S. 1317ff.
- Fabry, Beatrice; Augsten, Ursula (Hrsg.)* Unternehmen der öffentlichen Hand: Handbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2011
- Fairbanks, Jenille; Plowman, Kenneth; Rawlins, Brad* Transparency in government communication, in: Journal of Public Affairs Nr. 7 (2007), S. 23ff.

- Fehling, Michael* Informelles Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 38, München 2008
- Fehling, Michael; Kastner, Berthold; Störmer, Rainer* Verwaltungsrecht: VwVfG, VwGO, Nebengesetze; Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2020
- Feldkamp, Michael F.* Datenhandbuch zur Geschichte des deutschen Bundestages 1994-2003, Baden-Baden 2005
- Feldkamp, Michael F.* Deutscher Bundestag 1987 bis 2005: Parlaments- und Wahlstatistik, in: ZParl 2006, S. 3ff.
- Feuchte, Paul* Die bundesstaatliche Zusammenarbeit in der Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland, in: AöR 98, S. 473ff.
- Fiedler, Jobst; Wendler, Alexander* Large Infrastructure Projects in Germany: Between Ambition and Realities: Between Ambition and Realities, Working Paper 3, Public Infrastructure Project Planning in Germany: The Case of the BER Airport in Berlin-Brandenburg, Berlin 2015
- Fisahn, Andreas* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002, zugl. Habil. Uni Bremen 2000/2001
- Fisahn, Andreas (Hrsg.)* Bremer Recht: Einführung in das Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Hansestadt Bremen, Bremen 2002
- Fleischer, Holger; Götte, Wulf* Münchner Kommentar zum GmbHG, Bd. 3: § 53 – 85, 3. Auflage, München 2018

- Fluck, Jürgen* Verwaltungstransparenz durch Informationsfreiheit: Informationsansprüche nach den Umweltinformations-, Verbraucherinformations- und Informationsfreiheitsgesetzen, in: DVBl. 2006, S. 1406ff.
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd I/2, Berlin u.a. 1983
- Flyvbjerg, Bent* From Nobel Prize to Project Management: Getting Risks Right, in: Project Management Journal, 08/2006, S. 5ff.
- Flyvbjerg, Bent* What You Should Know About Megaprojects, and Why: An Overview, in: Project Management Journal, vol. 45, no. 2, April-May, S. 6
- Flyvbjerg, Bent* Survival of the Un-fittest: Why the Worst Infrastructure Gets Built - and What We Can Do about It, in: Oxford Review of Economic Policy, Vol. 25, S. 344ff.
- Flyvbjerg, Bent* Curbing Optimism Bias and Strategic Misrepresentation in Planning: Reference Class Forecasting in Practice, in: European Planning Studies 16 (2008), S. 3ff.
- Flyvbjerg, Bent* Policy and Planning for Large Infrastructure Projects: Problems, Causes, Cures: World Bank Policy Research Working Paper 3781, December 2005
- Flyvbjerg, Bent;
Bruzelius, Nils;
Rothengatter,
Werner* Megaprojects and Risk: An Anatomy of Ambition, 8. Auflage, Cambridge 2010

- Flyvbjerg, Bent;* Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: Two
Garbuio, Models for Explaining and Preventing Executive Disaster, in:
Massimo; California Management Review, vol. 51, no. 2, Winter 2009, S.
Lovallo, Dan 170ff.
- Flyvbjerg, Bent;* Kostenunterschätzung bei öffentlichen Bauprojekten: Fehler
Skamris Holm, oder Lüge?, in: Planungsrundschau Jg. 8 (2003), S. 15ff. ;
Mette; Bubl, Originalversion: „Cost Underestimation in Public Works
Sören Projects: Error or Lie?“ in Journal of the American Planning
Association Vol. 68, No. 3, Sommer 2002, S. 271ff.
- Fock, Jan* Entwicklung der Schiffsgrößen, in: Jahrbuch der Hafentechni-
schen Gesellschaft, 38. Band Heidelberg u.a. 1981, S. 39ff.
- Forsthoff, Ernst* Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938
- Forsthoff, Ernst* Die Bundesrepublik Deutschland: Umriss einer Realanalyse,
in: Merkur; Jg. 14 (1960), Heft 9, S. 807ff.
- Forsthoff,* Rechtsstaat im Wandel: verfassungsrechtliche Abhandlungen
Ernst; Frey, 1954 - 1973, 2. Auflage, München 1976
Klaus (Hrsg.)
- Frankfurter* Privatisierung der Berliner Flughäfen endgültig gescheitert, er-
Allgemeine Zei- schienen am 23.05.2003, FAZ Nr. 119, S. 16,
tung [http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/luft-
fahrt-privatisierung-der-berliner-flughafen-endgueltig-ge-
scheitert-1101944.html](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/luftfahrt-privatisierung-der-berliner-flughafen-endgueltig-gescheitert-1101944.html)
- Franzius, Clau-* Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, in: GewArch 2012, S.
dio 225ff.

- Franzius, Claudio* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I § 4, München 2008
- Frenz, Walter* Handbuch Europarecht, Bd. 6: Institutionen und Politiken, Heidelberg 2011
- Frenzel, Volkhard; Gundlach, Ulf; Schmidt, Nikolaus* Das kommunale Aufsichtsratsmitglied im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, in: LKV 2001, S. 246ff.
- Freund, Matthias* Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, in: NVwZ 2003, S. 408 ff.
- Fuchs, Christian; Lebert, Stephan; Müller, Daniel* Die unheimliche Firma, in: Die Zeit, Nr. 29/2015 v. 16.07.2015, <https://www.zeit.de/zustimmung?url=https%3A%2F%2Fwww.zeit.de%2F2015%2F29%2Fimtech-flughafen-berlin-ber-verzoegerung>
- Fuchs, Gerd; Hehn, Marcus; Wagner, Jörg* Mediation im öffentlichen Bereich – Möglichkeiten und Grenzen - ein Beitrag aus Anlass von Stuttgart 21, in: UPR 2011, S. 81ff.
- Gabriel, Oscar W.* Bürgerbeteiligung an Großprojekten: Ausdruck lebendiger Demokratie oder das Lernen, die bittere Pille zu schlucken?, in: Hill, Hermann; Sommermann, Karl-Peter; Wieland, Joachim; Ziekow, Jan (Hrsg.), Brauchen wir eine neue Verfassung? - Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes: Vorträge der 75. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 25. bis 27. Februar 2013 an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2014

- Gärditz, Klaus Ferdinand* Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, in: GewA 2011, S. 273ff.
- Gatzke, Nicolas* Public Private Partnerships und öffentliche Verschuldung: PPP-Modelle im Licht deutscher und europäischer Verschuldungsregeln und ihre Transparenz in den öffentlichen Haushalten, Frankfurt a.M. 2010; zugl. Diss. TU Darmstadt 2009
- Gebauer, Klaus-Eckart* Bericht: Das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen stärken, in: DÖV 2007, S. 115ff.
- Gebauer, Klaus-Eckart* Konferenzbericht, in: Deutsche Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften (Hrsg.), Verwaltungswissenschaftliche Informationen 34. Jg. 2006, S. 46ff.
- Geiger, Andreas* Bewertung und Reformbedarf - Aus Sicht der Vorhabenträger, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche 2012, Bd. 2: Planen, Erklären, Zuhören - Wie Großprojekte mit Bürgerbeteiligung möglich werden, Tübingen 2012
- Geis, Anna* Regieren mit Mediation, Regieren mit Mediation, Das Beteiligungsverfahren zur zukünftigen Entwicklung des Frankfurter Flughafens, Heidelberg u.a. 2005
- Geißler, Heiner* Schlichtung Stuttgart 21 PLUS, Schlichterspruch zum Bahnprojekt Stuttgart-Ulm, <http://www.schlichtung-s21.de/>
- Geitmann, Roland* Volksentscheide auch auf Bundesebene, in: ZRP 1988, S. 126ff.
- Gelen, Timur Siebeck, Franz Günter* Landes- und Flughafenplanung in Brandenburg/Berlin, in: LKV 2002, S. 401ff.

- Gerd Fuchs/Marcus Hehn/Jörg Wagner* Mediation im öffentlichen Bereich: Möglichkeiten und Grenzen, UPR 2011, S. 81ff.
- Gerdemann, Simon* Transatlantic Whistleblowing: rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland, Tübingen 2018, zugl. Diss Uni Göttingen 2017
- Gern, Alfons* Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag, in: VerwArch 70 (1979), S. 219ff.
- Gern, Alfons* Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2003
- Gersdorf, Hubertus* Kofinanzierung von Eisenbahninfrastrukturprojekten am Beispiel von Stuttgart 21, in: ZG 2011, S. 248ff.
- Gersdorf, Hubertus* Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip: eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Berlin 2000; zugl. Habil. Uni Hamburg 1998
- Gersdorf, Hubertus; Paal, Boris P. (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 11. Auflage, München 2016
- Giesen, Thomas* Grundrecht auf Informationszugang? Anmerkung zu einem basisdemokratischen Teilhaberecht in einer grenzenlosen Informationsgesellschaft, in: DuD 1997, S. 588ff.

- Goette, Wulff* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 5. Auflage,
(Hrsg.) München 2019
- Goette, Wulff;* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, § § 76-117,
Habersack, 5. Auflage, München 2019
Matbias (Hrsg.)
- Gourmelon,* Personalmanagement im öffentlichen Sektor: Grundlagen und
Andreas; Herausforderungen, Heidelberg 2014
Seidel, Sabine;
Treier, Michael
- Göttinger Insti-* Die Proteste gegen den Flughafen BER/BBi, 2011
tut für Demo-
kratieforschung
- Grabitz, Eber-* Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, 70. Auflage.
hard; München 2020 (Loseblatt)
Hilf, Meinhard;
Nettesheim,
Martin
- Gramm, Chris-* Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001,
tof zugl. Habil. Uni Freiburg 1998
- Grewe, Klaus* Herausforderung Großbauprojekte – ein Lösungsvorschlag
auf Basis der HOAI, in: ProjektMagazin 02/2014 vom
22.01.2014, https://www.projektmagazin.de/artikel/herausforderung-grossbauprojekte-ein-loesungsvorschlag-auf-basis-der-hoai_1086732

- Grewe, Klaus* Stadtteilentwicklung und Bürgerbeteiligung als vorrangige Ziele: Das Projektmanagement der Olympischen Spiele 2012 in London, in: Projekt Magazin 01/2012 vom 11.01.2012, https://www.projektmagazin.de/artikel/das-projektmanagement-der-olympischen-spiele-2012-london_1061676
- Grob, Manfred* Das Steuerrecht als unerwünschte Quelle des Gesellschaftsrechts, in: BB 1984, S. 304ff.
- Gröpl, Christoph* Staatsrecht I, 11. Auflage, München 2019
- Gröschner, Rolf* Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: VVDStRL 63, S. 344ff.
- Gross, Andreas* Die doppelte Krise der europäischen Demokratien und die Bedeutung der Direkten Demokratie zu deren Überwindung, in: Beck/Ziekow (Hrsg.), Mehr Bürgerbeteiligung wagen. Wege zur Vitalisierung der Demokratie, 1. Auflage, Wiesbaden 2011, S. 127ff.
- Groß, Thomas* Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, in: DÖV 2011, S. 510ff.
- Groß, Thomas* Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Baden-Baden 1999
- Groß, Thomas* Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 13, 2. Auflage, München 2012,

- Groß, Thomas* "We the People" - Was ist ein Volk?, in: Bäuerle (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 157ff.
- Große-Suchsdorf, Ulrich; Mann, Thomas (Hrsg.)* Niedersächsische Bauordnung: Kommentar, 10. Auflage, München 2020
- Großmann, Adolf* Unternehmensziele im Aktienrecht: eine Untersuchung über Handlungsmaßstäbe für Vorstand und Aufsichtsrat, Köln 1980, zugl. Diss. Bochum 1979
- Grundwald, Wolfgang* Konflikt - Konkurrenz - Kooperation. Eine theoretisch-empirische Konzeptanalyse, in: ders./Lilge (Hrsg.), Kooperation und Konkurrenz in Organisationen, Bern u.a. 1982, S. 50ff.
- Grundwald, Wolfgang; Lilge, Hans-Georg (Hrsg.)* Kooperation und Konkurrenz in Organisationen, Stuttgart 1982
- Grunewald, Barbara; Goette, Wulf* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz; Bd. 6: §§ 329 - 410; 4. Auflage München 2017
- Guckelberger, Annette* Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?, in: NVwZ 2011, S. 390ff.
- Gurlit, Elke* Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: DVBl. 2003, S. 1119ff.
- Gurlit, Elke* Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, S. 227ff.

- Gurlit, Elke* Das Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung im demokratischen Staat, in: Botha/Schaks/Steiger, Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg, Baden-Baden 2016, S. 157 ff.
- Gusy, Christoph* Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: derselbe (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien - Grenzen - Folgen, S. 330ff.
- Gusy, Christoph* Der transparente Staat, in: DVBl. 2013, S. 941ff.
- Gusy, Christoph* Brauchen wir eine juristische Staatsrechtslehre?, in: JöR 55 (2007), S. 41ff.
- Gusy, Christoph* Informationszugangsfreiheit, in: JZ 2014, S. 171ff.
- Häberle, Peter* Kulturhoheit im Bundesstaat - Entwicklungen und Perspektiven, in: AöR 124 (1999), S. 549ff.
- Häberle, Peter* Effizienz und Verfassung, in: AöR 98. Band (1973), S. 625ff.
- Hänerle, Peter* Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat, in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, Königstein 1980, S. 126ff.
- Habermas, Jürgen* Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 1983
- Habermas, Jürgen* Theorie des kommunikativen Handelns Bd. 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Nachdr. 1. Auflage, Frankfurt a.M. 2006

- Habermas, Jürgen* Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Nachdr. 1. Auflage, Frankfurt a.M. 2001
- Habersack, Mathias* Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, in: ZGR 1996, S. 544ff.
- Habersack, Mathias; Henssler, Martin; Ulmer, Peter; Hanau, Peter (Hrsg.)* Mitbestimmungsrecht: Kommentierung des MitbestG, der DrittelbG, des SEBG und des MgVG, 4. Auflage, München 2018
- Hachenburg, Max; Ulmer, Peter (Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) - Großkommentar, 8. Auflage, Tübingen 2005
- Hagebölling, Lothar* Niedersächsische Verfassung: Kommentar, 2. Auflage, Wiesbaden 2011
- Hägler, Max* Bauverband über mehr Transparenz bei Großprojekten: "Die ganze Welt lacht über uns", in: Süddeutsche Zeitung vom 17.12.2012, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/baustelle-xxl-bauverband-fordert-radikalen-systemwechsel-fuer-grossprojekte-1.1552457>
- Hain, Karl-Eberhard* Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Baden-Baden 1999, zugl. Habil. Uni Göttingen 1998
- Halter, Ulrich* Europarecht: Dogmatik im Kontext, 2. Auflage, Tübingen 2007

- Hamm, Walter* Staatseingriffe: Politische Preise, in: FAZ vom 18.04.2008: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/staatseingriffe-politische-preise-1538408.html>
- Han, Byung-Chul* Transparenzgesellschaft, Berlin 2012
- Hanebeck, Alexander* Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip, in: DÖV 2004, S. 901 ff.
- Hanschel, Dirk* Konfliktlösung im Bundesstaat: die Lösung föderaler Kompetenz-, Finanz- und Territorialkonflikte in Deutschland, den USA und der Schweiz, Tübingen 2012; zugl. Habil. Uni Mannheim 2010
- Hartge, Dagmar* 10 Jahre Informationsfreiheit in Brandenburg, in: DuD 2008, S. 242ff.
- Hartmann, Bernd J.; Mann, Thomas; Mehde, Veith* Landesrecht Niedersachsen: Studienbuch, 3. Auflage, Baden-Baden 2020
- Hassemer, Winfried* Über Transparenz, in: Durner, Wolfgang/Peine, Franz-Joseph/Shirvani, Foroud, Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa: Festschrift für Hans-Jürgen Papier zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 237ff.
- Haug, Peter* Kommunale Unternehmen als Schattenhaushalte – Wie sieht die tatsächliche Haushaltssituation der deutschen Kommunen aus?, in: Institut für Wirtschaftsforschung Halle, Wirtschaft im Wandel, 5. Jg. (2009), S. 220ff.

- Hang, Volker M.; Schadtle, Kai* Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 46 VwVfG, in: NVwZ 2014, S. 271ff.
- Hegels, Hermann* Arnold Clapmarius und die Publizistik über die arcana imperii im 17. Jahrhundert, Bonn 1918, zugl. Diss. Uni Bonn 1918
- Heidel, Thomas* Nomos-Kommentar: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2020
- Heil, L. Uwe* Gesättigte Demokratie: Ein marketingorientierter Alternativbegriff zur Politikverdrossenheit, Wiesbaden 2016
- Heimerl, Gerhard* Verschlungene Wege zum Ziel. Umwege und Hürden auf dem Weg zu Stuttgart 21. In: Turm-Forum Stuttgart 21 e. V. (Hrsg.): Das Projekt Stuttgart 21 und die Neubaustrecke Wendlingen–Ulm. Ein Meilenstein im europäischen Hochgeschwindigkeitsnetz, Stuttgart 2006, „Sonderedition 678-1006“, S. 53ff.
- Heinritzi, Ingrid* Transport von Rohstoffen: Über 90 Prozent des Welthandels finden auf dem Seeweg statt, in: wallstreet online vom 14.11.2012: <http://www.wallstreet-online.de/nachricht/5047261-transport-rohstoffen-ueber-90-prozent-welt-handels-seeweg>
- Heintzen, Markus* Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62, S. 220ff.
- Heintzen, Markus* Öffentliche Warnung als Handlungsform?, in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht : 31. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung "Öffentliches Recht", Bremen 1991

- Heise, Axel* Bündische Solidarität oder föderaler Wettbewerb?: Finanzföderalismus in Deutschland, der Schweiz und den USA im Vergleich, Baden-Baden 2010; zugl. Diss. Uni Erlangen-Nürnberg 2010
- Heise, Elisabeth* Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung - Eine Untersuchung des Art. 87e GG und der besonderen Bedeutung der Eigentümerstellung des Bundes, Baden-Baden 2013, zugl. Diss. Würzburg 2012
- Heitsch, Christian* Die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane im Lichte des Transparenzprinzips, Berlin 2003
- Heller, Hermann* Staatslehre, Leiden 1934
- Heller, Hermann; Müller, Christoph* (Hrsg.) Gesammelte Schriften Bd. 3; Staatslehre als politische Wissenschaft, 2. Auflage, Tübingen 1992
- Heller, Robert F.* Als Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen, Stuttgart 2013
- Hendler, Reinhard* Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip: Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft, Köln 1984
- Hengstschläger, Johannes* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54, S. 165ff.

- Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.) Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung: Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz; Professorengespräch 1997 des Deutschen Landkreistages am 20. und 21. März 1997 im Rhein-Sieg-Kreis, Stuttgart u.a., 1998
- Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.) Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform: Professorengespräch 2000 des Deutschen Landkreistages am 16. und 17. März 2000 im Landkreis Kitzingen, Stuttgart u.a. 2000
- Hennis, Wilhelm von* Regieren im modernen Staat, Tübingen 2000
- Henssler, Martin; Strohn, Lutz* Gesellschaftsrecht: BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR, 2. Auflage, München 2014
- Herdegen, Matthias* Neugliederung des Bundesgebiets im Spannungsfeld zwischen staatsrechtlicher Kontinuität und Effizienzerwartung, in: Bohr (Hrsg.), Föderalismus. Demokratische Struktur für Deutschland und Europa, München 1992, S. 127ff.
- Herdegen, Matthias; Morlok, Martin* Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 62, S. 7 ff.
- Hergenröder, Curt Wolfgang; Loritz, Karl-Georg; Zöllner, Wolfgang* Arbeitsrecht, ein Studienbuch, 7. Auflage München 2015

- Hermel, Boris* Reaktionen auf Freistellung von Daniel Abbou: "In die Bedeutungs-falle getappt", in: in: RBB online vom 12.04.2016, http://www.rbb-online.de/politik/Flughafen-BER/BER-Aktuelles/akteure_aktuell/2016/04/berlin-brandenburg-ber-reaktionen-freistellung-flughafen-sprecher-abbou.html
- Hermes, Georg* Staatliche Infrastrukturverantwortung: Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998, zugl. Habil. Uni Freiburg 1997
- Hermes, Georg; Sellner, Dieter* Beck'scher AEG-Kommentar: [Allgemeines Eisenbahngesetz], 2. Auflage, München 2014
- Herzmann, Karsten* Konsultationen: eine Untersuchung von Prozessen kooperativer Maßstabskonkretisierung in der Energieregulierung, Tübingen 2010; zugl. Diss. Uni Gießen 2010
- Herzog, Roman* Allgemeine Staatslehre, Frankfurt am Main 1971
- Hesse, Joachim Jens* Aufgaben einer Staatslehre heute, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1987, Baden-Baden 1987
- Hesse, Konrad* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995
- Hesse, Konrad* Bedeutung der Grundrechte, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts § 5, 2. Auflage, Berlin u.a. 1994,

- Heuer, Uwe-Jens* Direkte Demokratie und Gruppenrechte - Probleme der Kollektivierung individueller Partizipation in plebiszitären Rechtssetzungsverfahren – Tagungsbericht, in: NordÖR 2012, S. 440ff.
- Heun, Werner* Staatshaushalt und Staatsleitung: das Haushaltsrecht im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes, Baden-Baden 1989
- Heuschele, Hans-Martin* Ein Bahnhof unter dem Hauptbahnhof., in: Stuttgarter Nachrichten Nr. 202 vom 27.08.1970, S. 17
- Heußner, Hermann K.; Pautsch, Arne* „Plebiszit von oben“ bald bundesweit? Zur Verfassungswidrigkeit einfachgesetzlicher konsultativer Volksbefragungen, in: NJW 2015, S. 1225ff.
- Heußner, Hermann K.; Pautsch, Arne* Der Griff nach dem Plebiszit – Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Probleme der konsultativen Volksbefragung, in: NVwZ 2014, S. 1058ff.
- Hien, Eckart* Partizipation in Planungsverfahren, in: UPR 2012, S. 128ff.
- Hientzsch, Christina; Morlok, Martin* Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie: Eine Zusammenschau der einschlägigen parlamentsschützenden Normen, in: JuS 2011, S. 1ff.
- Hill, Hermann* Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1998
- Hills, Roderick M* The Political Economy of Cooperative Federalism: Why State Autonomy Makes Sense and "Dual Sovereignty" Doesn't Author, in: Michigan Law Review 96 (4) (1998), S. 813ff.

- Hilpert, Jörg*
(Hrsg.) Nutzen und Risiken öffentlicher Großprojekte: Bürgerbeteiligung als Voraussetzung für eine größere gesellschaftliche Akzeptanz, 2011, http://elib.uni-stuttgart.de/bitstream/11682/5560/1/AB019_Hilpert_et_al.pdf
- Hilwig, Arnd* Das parlamentarische Untersuchungsrecht in Niedersachsen - Grundlagen - Praxis - Perspektiven, in: NdsVBl 2005, S. 38ff.
- Hintze, Otto* Wesen und Wandlung des modernen Staats, Berlin 1931
- Hobbes, Thomas* Leviathan. Revised Student Edition (Cambridge Texts in the History of Political Thought). Hrsg. R. Tuck, Cambridge 1996
- Hobbes, Thomas* The Elements of Law, Natural and Politic; bearbeitet von F. Tönnies, London 1969
- Hoffman, Christiane* Berliner Großflughafen - Es brennt: Planungschaos und ausufernde Kosten am Hauptstadtflughafen - jetzt ist der Ärger groß. Aber Berlins Regierender Bürgermeister Klaus Wowereit wusste, was er tat, in: FAZ Online vom 07.07.2012: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/berliner-grossflughafen-es-brennt-11813262-p3.html>
- Hoffmann-Becking, Michael* Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, in: ZGR 1998, S. 497ff.
- Hoffmann-Becking, Michael* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts ; Bd. 4, 4. Auflage München 2015

- Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Voßkuhle, Andreas (Hrsg.)* Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2: Informationsordnung - Verwaltungsverfahren – Handlungsformen, 2. Auflage München 2012
- Hoffmann-Riem, Wolfgang* Selbstbindung der Verwaltung, in: VVDStRL 40, S. 187ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang* Demonstrationsfreiheit durch Kooperation, in: Brandt/Gollwitzer/Henschel, Ein Richter, ein Bürger, ein Christ: Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden 1987
- Hoffmann-Riem, Wolfgang* Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe - Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes -, in: AöR 115 (1990), S. 400ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schmidt-Aßmann, Eberhard* Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 1: Informelle und mittlerunterstützte Verhandlungen in Verwaltungsverfahren, Baden-Baden 1990
- Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.)* Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000

- Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Schuppert, Gunnar Folke* (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993
- Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Auflage, München 2012
- Höfler, Heiko* Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2010, S. 73ff.
- Hobler, Anne* Kompetition statt Kooperation - ein Modell zur Erneuerung des deutschen Bundesstaates?, Hamburg 2009, zugl. Diss. Uni Düsseldorf 2008
- Hölscheidt, Sven* Frage und Antwort im Parlament, Rheinbreitbach 1992
- Hölscher, Lucian* Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, (Hrsg.) Brunner, Otto, Conze/Werner/ Koselleck, Reiner, Stuttgart 1978, S. 413ff.
- Hölscher, Lucian* Öffentlichkeit und Geheimnis: eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit, Stuttgart 1979
- Hölter, Wolfgang* (Hrsg.) Aktiengesetz: Kommentar, 3. Auflage, München 2017

- Holznapel,
Bernd* Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, in: VVDStRL 68, S. 381 ff.
- Holznapel,
Bernd* Die Standortfindung von Entsorgungsanlagen im System der Sonderabfallregulierung der Vereinigten Staaten., in: DVBl 1989, S. 1080ff.
- Hommelhoff,
Peter; Schmidt-
Aßmann, Eber-
hard* Die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen, in: ZHR 160 (1996), S. 521ff.
- Hoppe, Werner;
Uechtritz, Mi-
chael;
Reck, Hans-
Jochim;
Beinert, Stefanie
(Hrsg.)* Handbuch kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Köln 2012
- Huber, Ernst
Rudolf* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage Tübingen 1953
- Huck,
Winfried;
Müller, Martin* Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 3. Auflage, 2020
- Hüffer, Uwe
(Begr.)
Koch, Uwe
(Hrsg.)* Aktiengesetz, 14. Auflage, München 2020
- Huppert, Wal-
ter* Recht und Wirklichkeit der Aktiengesellschaft: Eindrücke und Erfahrungen eines Kleinaktionärs, Berlin 1978

- Huthmacher, David* Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder: zugleich eine Untersuchung zur kollegialorganschaftlichen Innenhaftung des Aufsichtsrats; Berlin 2015; zugl. Diss. Uni Köln 2013
- Ibler, Martin* Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrecht?, in: Festschrift für Winfried Brohm, München 2002, S. 405ff.
- Ipsen, Jörn* Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, München 2019
- Ipsen, Jörn* Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 48, S. 177ff.
- Isensee, Josef* Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte, in: NJW 1977, S. 545ff.
- Isensee, Josef* Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 71, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2006
- Isensee, Josef* Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, § 126, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2008
- Isensee, Josef* Staatsaufgaben, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: § 73 Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006
- Isensee, Josef* Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 1968

- Isensee, Josef* Der Fiskalbeamte - ein Fiskalprivileg. Der Beamte im Dienst der erwerbswirtschaftlichen Staatstätigkeit, in: DÖV 1970, S. 397ff.
- Isensee, Josef* Der antiplebiszitäre Zug des Grundgesetzes - Verfassungsrecht im Widerspruch zum Zeitgeist, in: Akyürek (Hrsg.), Verfassung in Zeiten des Wandels. Demokratie - Föderalismus - Rechtsstaatlichkeit: Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Schäffer, Wien 2002, S. 53ff.
- Isensee, Josef* Volksgesetzgebung - Vitalisierung oder Störung der parlamentarischen Demokratie?, in: DVBl 2001, S. 1161ff.
- Isensee, Josef* Demokratie ohne Volksabstimmung, in: Hillgruber/Waldhoff (Hrsg.), 60 Jahre Bonner Grundgesetz - eine geglückte Verfassung?, Göttingen 2010
- Isensee, Josef* Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band II, § 15, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- Jacobsen, Momme* Zur Verbindlichkeit der Volksgesetzgebung, in: DÖV 2007, S. 949ff.
- Jäckle, Wolfgang* Die Haftung der öffentlichen Verwaltung aus culpa in contrahendo im Licht der oberinstanzlichen Rechtsprechung, in: NJW 1990, S. 2520ff.
- Jaeger, Carsten; Ziemons, Hildgard* Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, 44. Auflage, Stand: 2020
- Jahnke, Benedikt; Liebe, Ulf; Dohers, Geesche* Energiewende – Not-In-My-Backyard oder eine Frage der Gerechtigkeit?, in: ZfU 2015, S. 367ff.

- Jarass, Hans D.* Bundes-Immissionsschutzgesetz: Kommentar; unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen, der TA Luft sowie der TA Lärm, 12. Auflage, München 2017
- Jarass, Hans D.; Piroth, Bodo* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 16. Auflage, München 2020
- Jastron, Serge-Daniel; Schlattmann, Arne* Informationsfreiheitsgesetz: Kommentar, Heidelberg 2006
- Jastron, Serge-Daniel; Schmitz, Heribert* Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, in: NVwZ 2005, S. 984ff.
- Jauch, Oliver* Das Hamburgische Transparenzgesetz, in: DVBl 2013, S. 16ff.
- Jauernig, Othmar* Bürgerliches Gesetzbuch : mit Rom-I-, Rom-II-VO, Eu-UnthVO/HUntProt und EuErbVO : Kommentar, 17.Auflage, München 2018
- Jellinek, Georg* Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 7. Neudruck, Darmstadt 1960
- Jestaedt, Matthias* Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.): HdbStR, Band. II, § 29, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- Jestaedt, Matthias* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin 1993, zugl. Diss. Uni Bonn 1992

- Jestaedt, Matthias* Demokratie unter Bagatellvorbehalt? Zur Bedeutung und Rechtfertigung eines demokratischen Bagatellvorbehalts, in: *Der Staat* 32 (1993), S. 29ff.
- Jestaedt, Matthias* Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, in: *AöR* 126 (2001), S. 204ff.
- Jestaedt, Matthias* Radien der Demokratie, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus: Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2013, S.3ff.
- Jestaedt, Matthias* Zwischen Öffentlichkeit und Vertraulichkeit - Der Staat der offenen Gesellschaft: Was darf er verbergen?, in: Depenheuer (Hrsg.), *Öffentlichkeit und Vertraulichkeit : Theorie und Praxis der politischen Kommunikation*, Wiesbaden 2001
- Joblen, Heribert Oerder, Michael (Hrsg.)* Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 4. Auflage, München 2017
- John-Koch, Monika* Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat, Berlin 2005; zugl. Diss. Hochschule Speyer 2002-2003
- Jörke, Dirk* Bürgerbeteiligung in der Postdemokratie, in: *APuZ* 1-2/2011, S. 13ff.
- Junkernheinrich, Martin; Micosatt, Gerhard* Kommunalen Finanz- und Schuldenreport Deutschland, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2008

- Jürgens, Gunther* Direkte Demokratie in den Bundesländern: Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Erfahrungen; Vorbildfunktion für den Bund?, Stuttgart 1993; zugl. Diss. Uni Marburg 1992
- Kabl, Wolfgang* Freiheitsprinzip und Sozialprinzip in der Europäischen Union, erschienen in: Bauer (Hrsg.), *Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat: Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag*, München 2006, S. 75ff.
- Kabl, Wolfgang; Waldhoff, Christian; Walter, Christian (Hrsg)* Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 5, Art. 20, Losenblatt, 165. Aktualisierung, Januar 2014
- Kahnemann, Daniel; Lovallo Dan* Decision Making: Delusions of Success: How Optimism Undermines Executives' Decisions, in: *Harvard Business Review* 07/2003, S. 56ff.
- Kaiser, Anna-Bettina* Die Kommunikation der Verwaltung: Diskurse zu den Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten in der Verwaltungsrechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2009, zugl. Diss. Uni Freiburg i. Br. 2007
- Kant, Immanuel* Die drei Kritiken: Kritik der reinen Vernunft, Kritik der praktischen Vernunft, Kritik der Urteilskraft (Textgrundlage sind Band III und V der Edition Kants *gesammelte Schriften*, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1902), Köln 2015
- Kappius, Gerhard* Föderale Vielfalt in Deutschland im Widerstreit zum Bürgerinteresse: eine verfassungsrechtliche Betrachtung, Frankfurt a.M. 2012; zugl. Diss. Uni Köln 2011

- Kaufmann, Marcel* Grundrechtlicher Anspruch auf Akteneinsicht als Voraussetzung der Demokratie?, in: Bertschi (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, Stuttgart u.a., 1999, S. 41ff.
- Kautz, Steffen* Absprachen im Verwaltungsrecht: Zulässigkeit, Grenzen und Folgen, Berlin 2002, zugl. Diss. Bayreuth 2001
- Keiser, Oliver* Projektrisikomanagement, in: Schott/Campana (Hrsg.), Strategisches Projektrisikomanagement, S. 153ff.
- Keller, Bernd; Paetzelt, Sebastian* Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, in: KommJur 2005, S. 451ff.
- Kelsen, Hans* Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage, Wien 1925 (Nachdr. 1993)
- Kelsen, Hans* Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage, Tübingen 1929 (Nachdr. 1981)
- Kempfen, Bernhard* Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung: die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, München 1989; zugl. Diss. Uni Köln 1988
- Kern, Linda* Podiumsdiskussion: Transparenz und Akzeptanz bei Großvorhaben, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier, Bitburger Gespräche in München 2012: Planen, Erklären, Zuhören - Wir Großprojekte mit Bürgerbeteiligung möglich werden, Tübingen 2012, S. 103ff.
- Kersting, Silke* „Die Teileröffnung kommt“, in: Handelsblatt Nr. 114 vom 14. Juni 2013, S. 18f.

- Kersting, Silke; Koenen, Jens* Start des Berliner Flughafens verschiebt sich erneut, in: Handelsblatt Nr. 172 vom 05.09.2012, S. 18.
- Kewenig, Wilhelm* Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung, in: AöR 93, S. 433ff.
- Kilz, Hans Werner; Kohlenberg, Kerstin; Kotynek, Martin; Lebert, Stephan; Müller, Daniel; Musharbash, Yassin; Tatje, Claas* Flughafen: Blindflug in Berlin - Die Baustelle: Ein Chaos. Die Politik: Blamiert. So schnell wird der Hauptstadt-Flughafen nicht fertig werden. Wer ist schuld?, in: Die Zeit vom 21.06.2012, Nr. 26/2012, <http://www.zeit.de/2012/26/Flughafen-Berlin>
- Kippes, Stephan* Bargaining: Informales Verwaltungshandeln und Kooperation zwischen Verwaltungen, Bürgern und Unternehmen, in: Becker/Schuppert/Thieme (Hrsg.), Verwaltungswissenschaftliche Abhandlungen Band 11, Köln 1995, zugl. Diss. Univ. der Bundeswehr München
- Kirchhof, Ferdinand* Kommunale Aufgabenerfüllung durch ausgegliederte Einheiten, in: Henneke Organisationsformen kommunaler Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, Stuttgart u.a., 1998
- Kirchhof, Paul* Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit einer Volksabstimmung über „Stuttgart 21“ in: ZSE 2010, S. 412ff.
- Kirchhof, Paul* Entparlamentarisierung der Demokratie, in: Kaiser/ Zittel (Hrsg.), Demokratietheorie und Demokratieentwicklung, Festschrift für P. Graf Kielmannsegg, Wiesbaden 2004, S. 359ff.

- Kirchhof, Paul* Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, Köln 1977; zugl. Habil. Uni Heidelberg 1974
- Kirchhof, Paul* Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: NVwZ 1983, S. 505ff.
- Kirchhof, Paul* Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, in: NJW 2001, S. 1332ff.
- Kirchhof, Paul* Die Identität der Verfassung, in: Isensee/ders., HStR III, 3. Auflage, § 21, Heidelberg 2005
- Kirste, Stephan* Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins: Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung, Berlin, 1998; zugl. Diss. Uni Freiburg (Breisg.) 1997
- Kiskeer, Gunter* Kooperation im Bundesstaat: eine Untersuchung zum kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1971, zugl. Habil. Uni Tübingen 1967
- Klein, Friedrich;
von Mangoldt,
Hermann;
Starck, Chris-
tian (Hrsg.)* Kommentar zum Grundgesetz, Band 2: Artikel 20 bis 82, 7. Auflage, München 2018
- Klein, Friedrich;
von Mangoldt,
Hermann;
Starck, Chris-
tian (Hrsg.)* Kommentar zum Grundgesetz, Band 3: Artikel 83 bis 146, 7. Auflage, München 2018

- Klein, Hans
Hugo* Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart 1968; zugl. Habil. Uni Heidelberg 1967
- Klein, Hans
Hugo* Status des Abgeordneten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HStR III, § 51; 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Klein, Hans
Hugo* Stellung und Aufgaben des Bundestages, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht Band III, § 50, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Klein, Matthias* Die Betätigung der öffentlichen Hand als Aktionärin, Tübingen 1992, zugl. Diss. Uni Tübingen, 1991
- Kleindiek, Ralf* Machen Volksgesetzgebung und Transparenz unsere Demokratie besser?, in: Bäuerle (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 175ff.
- Klimecki, Rüdiger G.* Laterale Kooperation: zur Analyse und Gestaltung der Zusammenarbeit zwischen Abteilungen in der Unternehmung, Bern 1985; zugl. Diss. Uni Essen
- Kloepfer, Michael* Umweltrecht, 4. Auflage, München 2016
- Kloepfer, Michael* Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL 40, S. 63ff.
- Kloepfer, Michael* Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: HStR III, 3. Auflage, § 42, Heidelberg 2005
- Kluth, Axel* Bau des Container-Tiefwasserhafens JadeWeserPort in Wilhelmshaven, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft, 56. Band, Heidelberg 2010

- Kluth, Winfried* Föderalismusreformgesetz: Einführung und Kommentierung, Baden-Baden 2007
- Kment, Martin* Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2019
- Knauff, Matthias* Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge: eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004, zugl. Diss. Würzburg 03/04
- Knieling, J. Matern, A.* Metropolregionen – Innovation, Wettbewerb, Handlungsfähigkeit, in: Knieling (Hrsg.), Metropolregionen, Hannover 2009, S. 324ff.
- Koch, Hans-Joachim; Hendler, Reinhard* Baurecht, Raumordnungs- und, 5. Auflage, Stuttgart u.a. 2015
- Koch, Thorsten* Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, Baden-Baden 1994, zugl. Habil. Osnabrück 1993
- Köck, Wolfgang* Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, in: ZUR 2016, S. 579ff.
- Köck, Wolfgang; Kohls, Malte; Schlacke, Sabine* Rechts- und Planungssicherheit in Zeiten von „Stuttgart 21“, in: ZUR 2011, S. 339ff.

- Koller, Ingo;*
Kindler, Peter;
Roth, Wulf-
Henning;
Morck, Win-
fried HGB Kommentar, 9. Auflage, München 2019
- König, Klaus* Zur Managerialisierung und Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung, in Speyerer Forschungsberichte 209, Speyer 2000
- König, Klaus;*
Dose, Nicolai
(Hrsg.) Instrumente und Formen staatlichen Handelns, Köln 1993
- Konstantin*
Schwarz; *Michael Gerster* Stuttgart-21-Gegner wittern ihre Chance, in: Stuttgarter Zeitung, 31. März 2009, S. 5
- Kopp, Ferdi-*
nand O. Der beliebene Unternehmer, in: DVBl 1970, S. 724ff.
- Kopp, Ferdi-*
nand; *Schenke,*
Wolf-Rüdiger Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 26. Auflage, München 2020
- Kopp, Ferdi-*
nand; *Ramsauer*
Ulrich Verwaltungsverfahrensgesetz : Kommentar, 21. Auflage München 2021
- Kopper, Chris-*
topher Die Bahn im Wirtschaftswunder. Deutsche Bundesbahn und Verkehrspolitik in der Nachkriegsgesellschaft, Frankfurt a.M. 2007

- Korbion, Hermann; Mantseff, Jack; Vygen, Klaus (Hrsg.)* Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit Gesetz zur Regelung von Ingenieur und Architektenleistungen (IngAlg), 9. Auflage, München 2016
- Kostka, Genia* Studie: Großprojekte in Deutschland – Zwischen Ambition und Realität, Hertie School of Governance, <https://www.hertie-school.org/de/infrastruktur/>
- Koutnatzis, Stylianos-Ioannis G.* Kompromisshafter Verfassungsnormen: Grundlagen und Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Verfassung Baden-Baden 2010, zugl. Diss. FU Berlin 2010
- Krafczyk, Jürgen* Der parlamentarische Finanzvorbehalt bei der Volksgesetzgebung: Perspektiven für eine nähere Bestimmung der Zulässigkeit direktdemokratischer Entscheidungen mit Auswirkungen auf den Haushalt de lege lata und de lege ferenda, Berlin 2005; zugl. Diss. Uni Bremen 2002-2003
- Kraft, Ernst Thomas* Das Verwaltungsgesellschaftsrecht: zur Verpflichtung kommunaler Körperschaften, auf ihre Privatrechtsgesellschaften einzuwirken, Frankfurt am Main 1982
- Krämer, Iven* Kooperation statt Konkurrenz? Neuere Tendenzen der deutschen Hafenentwicklung und ihrer Planung am Beispiel des Container-Tiefwasserhafenprojektes in Wilhelmshaven, Diplomarbeit, Uni Leipzig 2002
- Kramer, Urs* Das Recht der Eisenbahninfrastruktur: von der Staatsbahn zu privatrechtlichen Wirtschaftsunternehmen, Stuttgart 2002; zugl. Diss. Uni Marburg 2001

- Krause, Peter* Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, § 35, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Krebs, Walter* Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen: ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen, Heidelberg 1984, zugl. Habil. Uni Münster 1983
- Krieger, Heinz-Jürgen* Schranken der Zulässigkeit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge mit Anschluß- und Benutzungszwang, Siegburg 1981; zugl. Diss. Speyer 1980
- Kriele, Martin* Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL 29, S. 46ff.
- Kröger, Detlef* Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002, zugl. Diss. Chemnitz, Techn. Univ. 2000/2001
- Krölls, Albert* Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, in: GewArch 1995, S. 129ff.
- Kröning, Volker; Pottschmidt, Günter; Preuß, Ulrich K.; Rincken, Alfred (Hrsg.)* Handbuch der Bremischen Verfassung, Baden-Baden 1991
- Kropp, Sabine* Regieren als informaler Prozess, APuZ B 43/2003, S. 23 ff.
- Krüger, Herbert* Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart 1966
- Krüger, Herbert* Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage, Stuttgart 1964

- Krüger, Jens* Kooperation und Wertschöpfung: Mit Beispielen aus der Produktentwicklung und unternehmensübergreifenden Logistik, Heidelberg u.a. 2012
- Krüger, Sebastian* Stuttgart 21 - Interessen, Hintergründe, Widersprüche, in: Informationen zur Raumentwicklungen 2012, S. 589ff.
- Kugelmann, Dieter* Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit, in: DÖV 2005, S. 851ff.
- Kühling, Jürgen* Volksgesetzgebung und Grundgesetz – „Mehr direkte Demokratie wagen“?, in: JuS 2009, S. 733ff.
- Kunig, Philip* Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen - Informelle und mittlerunterstützte Verhandlungen im Verwaltungsverfahren, Baden-Baden 1990, S. 43ff.
- Kunig, Philip* Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986; zugl. Habil. Uni Hamburg 1985
- Lammert, Norbert* Eröffnungsvortrag zur 75. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer zum Thema "Brauchen wir eine neue Verfassung?", in: Hill/Sommermann/Wieland/Ziekow, Brauchen wir eine neue Verfassung? - Zur Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes, Berlin 2014, S. 9ff.
- Land, Volker; Hallermayer, Jessica* Weitergabe von vertraulichen Informationen, in: AG 2011, S. 114ff.

- Landmann, Robert, von; Robert, Gustav* Umweltrecht Kommentar, Bd. 1: UVPG, UmweltHG, UIG, USchadG, WHG u.a., München Losebl. 92. EL 02/2020
- Lang, Heinrich* Gesetzgebung in eigener Sache: Eine rechtstheoretische und rechtssystematische Untersuchung von Distanzgebot und Eigennutz, Tübingen 2007
- Latham, Michael* Constructing the Team, London 1994
- Lecheler, Helmut* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: BayVBl. 1994, S. 555ff.
- Leisner, Walter* Stuttgart 21: „Wir sind das Volk!“ – Wer?, in: NJW 2011, S. 33ff.
- Leisner, Walter* Umweltschutz durch Eigentümer: unter besonderer Berücksichtigung des Agrarrechts; zur Lehre von der Eigentümerversantwortung, Berlin 1987
- Lenk, Klaus; Brüggemeier, Martin; Heilmann, Margret; Willms, Werner* Bürgerinformationssysteme: Strategien zur Steigerung der Verwaltungstransparenz und der Partizipationschancen der Bürger, Opladen 1990
- Lepora, Chiara; Goodin, Robert E.* On Complicity and Compromise, Oxford 2013
- Lerche, Peter* Das BVerfGE und die Verfassungsdirektiven, in: AöR 90 (1965), S. 341ff.

- Leuthesser-Schnarrenberger, Sabine* Ein paradigmatischer Wandel vom Amtsgeheimnis zum gläsernen Staat?, in: v. Arnim (Hrsg.), *Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft*, Berlin 2015, S. 13ff.
- Lewald, Walter* Enquêterecht und Aufsichtsrecht. Eine verfassungskritische Studie, in: *AöR* 44 (1923), S. 269ff.
- Lewinski, Kai von; Burbat, Daniela* *Bundeshaushaltsordnung*, Baden-Baden 2013
- Linden, Markus; Thaa, Winfried (Hrsg.)* *Krise und Reform politischer Repräsentation*, Baden-Baden 2011
- Lippert, André* Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben, in: *ZUR* 2013, S. 203ff.
- Locke, John* *Two Treatises of Government* (deutsche Übersetzung: Hoffmann, H. J., *Zwei Abhandlungen über die Regierung*), Nachdruck, Cambridge 2012 (7. Aufl. Frankfurt a.M. 1998)
- Lodde, Stephan W.H.* *Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat*, Köln 1994
- Loddenkemper, Heinz-Joseph* *Transparenz im öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 1999
- Loeser, Roman* *System des Verwaltungsrechts Band 2: Verwaltungsorganisation*, 1. Auflage, Baden-Baden 1994

- Lobner, Josef;
Zieglmeier,
Christian* Die Besetzung des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH und der Verbandssammlung eines Zweckverbands, in: BayVBl 2007, S. 581ff.
- Lörler, Sigbart* Normenerlaßrecht und Gewaltenteilung, in: ZRP 1996, S. 361ff.
- Lorz, Ralph
Alexander* Interorganrespekt im Verfassungsrecht: Funktionenzuordnung, Rücksichtnahmegebote und Kooperationsverpflichtungen; eine rechtsvergleichende Analyse anhand der Verfassungssysteme der Bundesrepublik Deutschland, der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten, Tübingen 2001; zugl. Habil. Uni Mannheim 1999-2000
- Loschelder,
Wolfgang* Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und gemeindliche Gebietserhaltung, Berlin 1976
- Löwer, Wolf-
gang* Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: VVDStRL 59, S. 416ff.
- Loni, Theodore
J.* The public philosophy: Interest-group liberalism, in: American Political Science Review Bd. 61 (1967), S. 5ff.
- Liibbe-Wolff,
Gertrude* Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, in: NuR 1989, S. 295ff.
- Liibbe-Wolff,
Gertrude* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60, S. 246ff.
- Lück, Wolfgang* Elemente eines Risiko-Managementsystems, in: DB 1998, S. 8ff.

- Lück, Wolfgang* Der Umgang mit unternehmerischen Risiken durch ein Risikomanagementsystem und durch ein Überwachungssystem, in: DB 1998, S. 1925ff.
- Ludwigs, Markus* Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency?, in: Die Verwaltung 2011, S. 41ff.
- Luhmann, Niklas* Legitimation durch Verfahren, 1. Auflage, Neuwied 1969
- Luhmann, Niklas* Theorie der Verwaltungswissenschaft: Bestandsaufnahme und Entwurf, Köln 1966
- Lutter, Marcus; Hommelhoff, Peter; Bayer, Walter (Hrsg.)* GmbH-Gesetz: Kommentar, 20. Auflage, Köln 2020
- Lutter, Marcus* Zur Weisungsbefugnis eines Gemeinderates gegenüber ratsangehörigen Aufsichtsratsmitgliedern im Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH, in: ZIP 2007, S. 1991ff.
- Maatsch, Armus; Schnabel, Christoph* Das Hamburgische Transparenzgesetz: Kommentar, 1. Auflage, Berlin 2015
- Machatschke, Michael* Mehdorn wirft hin - Eine absehbare Katastrophe, in: Manager Magazin online vom 16.12.2014: <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/ber-flughafenchef-mehdorn-gibt-auf-pannenbaustelle-berlin-a-1008618.html>

- Madigan, Denise; Suskind, Lawrence; Weinstein, Alan* Vorüberlegungen für eine verbesserte Konfliktbewältigung im Umweltbereich, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 1: Informelle und mittlererunterstützte Verhandlungen in Verwaltungsverfahren (Originalfassung: Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution, Boston College Environmental Affairs Law Review 1980, Vol. 9, 311)
- Mainzer, Klaus* Komplexität, Paderborn u.a. 2008
- Mann, Thomas* Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft – Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, Tübingen 2002, zugl. Habil. Uni Köln 2000/2001
- Mann, Thomas; Püttner, Günter* Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Bd. 2, 3. Auflage, Heidelberg 2011
- Mann, Thomas; Sieven, Ramon* Der Atomausstieg und seine Folgeprobleme im Kontext der Energiewende, in: VerwArch 2015, S. 184ff.
- Mann, Thomas* Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, S. 544ff.
- Mann, Thomas; Sennekamp, Christoph; Uechtritz, Michael (Hrsg.)* Verwaltungsverfahrensgesetz: Großkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2019
- Marcic, René* Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie, in: Ehmke (Hrsg.), Festschrift für Adolf Arndt, Frankfurt a.M. 1969, S. 267ff.

- Martens, Wolfgang* Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. 1969; zugl. Habil. Uni Münster 1968
- Martini, Mario* Die Bürger-/Volksbefragung als Baustein der Demokratie, in: DÖV 2015, S. 981ff.
- Masing, Johannes* Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: VVDStRL 63, S. 377ff.
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman* (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 1 (Art. 1-37), 90. Auflage, München 2020 (Loseblatt)
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman* (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 2 (Art. 38,) 90. Auflage, München 2020 (Loseblatt)
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman* (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 5 (Art. 68 – 87) 90. Auflage München 2020 (Loseblatt).
- Maunz, Theodor; Schmidt-Bleibtren, Bruno; Klein, Bethge* Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, München 2005

- Maurer, Hartmut* Staatsrecht I, 7. Auflage, München 2015
- Maurer, Hartmut* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2017
- Mayen, Thomas* Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, in: DÖV 2001, S. 110ff.
- Mayntz, Renate* Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme, in: Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1987, Baden-Baden 1987, S. 89ff.
- McGregor, Peter G.; Swales, J. Kim; Winning, Matthew A.* A Review of the role and remit of the Committee on Climate Change, in: Energy Policy 2012, S. 466ff.
- Meessen, Karl Matthias* Ausländische juristische Personen als Träger von Grundrechten, in: JZ 1970, S. 602ff.
- Mehde, Veith* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin 2000
- Meier, Ulf* Die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens: eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts; München 1992; zugl. Diss. Uni Göttingen 1991
- Merten, Detlef (Hrsg.)* Der Verwaltungsstaat im Wandel: Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag, München 1996

- Messerschmidt,
Burkhard;
Voit, Wolfgang* Privates Baurecht: Kommentar zu §§ 631 ff. BGB; Kurzkommentierung zur VOB/B, zur HOAI und zum Bauforderungsicherungsgesetz; mit systematischen Darstellungen zu HOAI, Vergaberecht, Bauträgervertrag, Sicherung der Ansprüche aus dem Werkvertrag, internationalen Bau- und Planerverträgen, Insolvenz bei Bau- und Planerverträgen, außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsdurchsetzung, 2. Auflage, München 2012
- Mester, Bernd* Hafen als Teil internationaler Wertschöpfungsketten, in: Jahrbuch der Hafentechnischen Gesellschaft, 55. Band, Hamburg 2006
- Metzner,
Torsten* Prognose zum neuen Berliner Flughafen: „Der BER kann erst 2019 starten“, in: Tagesspiegel vom 02.04.2016
- Metzner, Thors-
ten* Neue Pläne für den Hauptstadtflughafen - BER soll teilprivatisiert werden, in: Der Tagesspiegel vom 15.06.2015, <http://www.tagesspiegel.de/politik/neue-plaene-fuer-den-hauptstadtflughafen-ber-soll-teilprivatisiert-werden/11920748.html>
- Metzner, Thors-
ten* Flughafen Berlin-Brandenburg: BER liegt acht Monate hinter dem Zeitplan, in: Tagesspiegel online vom 09.04.2016, <http://www.tagesspiegel.de/berlin/flughafen-berlin-brandenburg-ber-liegt-acht-monate-hinter-dem-zeitplan/13423488.html>
- Metzner, Thors-
ten; Zwatka-
Gerlach,
Ulrich* Flughafen BER: Berlin und Brandenburg streiten um Aufsichtsrats-Vorsitz, in: Der Tagesspiegel vom 05.12.2014: <http://www.tagesspiegel.de/berlin/flughafen-ber-berlin-und-brandenburg-streiten-um-aufsichtsrats-vorsitz/11082714.html>

- Metzner, Thorsten* Wird die BER-Eröffnung schon wieder verschoben?, in: Tagesspiegel v. 17.11.2018: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/flughafen-berlin-brandenburg-wird-die-ber-eroeffnung-schon-wieder-verschoben/23647938.html>
- Meyer, Hans* Volksabstimmungen im Bund: Verfassungslage nach Zeitgeist?, in: JZ 2012, S. 538ff.
- Meyer, Hans* Die Föderalismusreform 2006: Konzeption, Kommentar, Kritik, Berlin 2008
- Meyn, Karl-Ulrich* Kontrolle als Verfassungsprinzip: Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 1982, zugl. Habil. Uni Kiel 1979
- Michael, Lothar* Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat: normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Berlin 2002, zugl. Habil. Bayreuth 2001/2002
- Michalski, Lutz (Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Kommentar, Bd. 2: §§ 35 - 85 GmbHG, § 1 - 4 EGGmbHG, 3. Auflage, München 2017
- Mielke, Siegfried; Reutter, Werner (Hrsg.)* Landesparlamentarismus: Geschichte - Struktur - Funktionen, 2. Auflage, Wiesbaden 2012
- Mintzberg, Henry; McHugh, Alexandra* Strategy Formation in Adhocracy, in: Administrative Science Quarterly 30 (1985), S. 160ff.

- Mintzberg, Henry; Waters, James A.* Of Strategies, Deliberate and Emergent, in: Strategic Management Journal 6 (1985), S. 257ff.
- Misoch, Julia; Schmittmann, Jens M.* Das Auskunftsverfahren nach dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, in: VR 2012, S. 181ff.
- Möller, Berenice* Die rechtliche Stellung und Funktion des Aufsichtsrats in öffentlichen Unternehmen der Kommunen, Berlin 1999; zugl. Diss. HU Berlin 1998
- Möstl, Markus* Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, S. 355 ff.
- Müller-Franken, Sebastian* Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung, in: DÖV 2005, S. 489ff.
- Müller-Rommel, Ferdinand; Meyer, Holger; Heins, Friederike* Verwaltungsmodernisierung in Niedersachsen: Evaluation zur Aussetzung der gerichtlichen Vorverfahren, Baden-Baden 2010
- Müller, Wolf; Rödder, Thomas* Beck'sches Handbuch der AG: Gesellschaftsrecht - Steuerrecht - Börsengang, 2. Auflage, München 2009
- Münch, Antje von* Das Spannungsverhältnis zwischen funktionaler Privatisierung und demokratischer Legitimation: eine Untersuchung der Anwendung und Anforderungen des Demokratieprinzips auf die Einbeziehung privater Verwaltungshelfer im Vorfeld einer Verwaltungsentscheidung, Baden-Baden 2014; zugl. Diss. Uni Hamburg 2013

- Münch, Ingo von (Begr.); Kunig, Philip (Hrsg.)* Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1: Präambel bis Art. 69, 6. Auflage, München 2012
- Musil, Andreas* Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, Tübingen 2005, zugl. Habil. FU Berlin
- Nagel, Erik* Verwaltung anders denken, Baden-Baden 2001, zugl. Diss. Uni Basel 2001
- Nejezchleba, Martin* BER-Eröffnung: Kaum zu glauben, in: *Zeit* Nr. 22/2020, S. 21, abrufbar unter (<https://www.zeit.de/2020/22/ber-eroeffnung-flughafen-engelbert-luetke-daldrup-berlin-brandenburg>)
- Nesselmüller, Günter* Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, Siegburg 1977; zugl. Diss. Uni Münster
- Neumann, Peter* Sachunmittelbare Demokratie: im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, Baden-Baden 2009, zugl. Diss. Uni Köln 2006
- Niedobitek, Matthias (Hrsg.)* Europarecht - Grundlagen der Union, Berlin 2014
- Nipken, Frank* Risikomanagement und Rechnungsprüfung, Auswirkungen des KonTraG auf die örtliche und überörtliche Rechnungsprüfung, in: *Finanzwirtschaft* 2001, S. 171ff.
- Nolte, Rüdiger* Gewährleistung des Zugangs zu Daten der Exekutive, in: *NVwZ* 2018, S. 521ff.

- Nonrot, Karsten* Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft, Tübingen 2014
- Obermayer, Klaus* Mitbestimmung in der Kommunalverwaltung: Rechtsfragen der paritätischen Mitbestimmung in kommunalen Aktiengesellschaften der Leistungsverwaltung und in kommunalen Eigenbetrieben, Neuwied 1973
- Obermayer, Klaus (Begr.); Funke-Kaiser, Michael (Hrsg.)* Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Auflage, Köln 2018
- Oebbecke, Janbernd* Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen, DVBl. 1986, S. 793ff.
- Oebbecke, Janbernd* Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung Köln u.a. 1986 zugl. Habil. Uni Münster 1986
- Offerhaus, Jan* Risikomanagement der Öffentlichen Hand - Erfahrungen aus den angelsächsischen Ländern, in: Scholz/Schuler/Schwintowski, Risikomanagement der Öffentlichen Hand, S. 79ff.
- Olson, Mancus* Die Logik des kollektiven Handelns: Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, 5. Auflage, Tübingen 2004
- Oppermann, Dagmar* Die Funktionen des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens in Baurechtssachen aus rechtlicher und rechtstatsächlicher Sicht, Baden-Baden 1997
- Ordemann, Frank* Kooperation der deutschen Containersehäfen – hat eine größere Wirkung als Flussvertiefungen, Gutachten, Salzgitter 2015

- Ossenbühl, Fritz* Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand; in: ZGR 1996, S. 504ff.
- Ossenbühl, Fritz* Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: UTR Bd. 3 (1987), S. 29 ff.
- Ossenbühl, Fritz* Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, S. 137ff.
- Ossenbühl, Fritz* Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, Besprechung des BGH Urteils vom 27.10.1972-KZR 1/72, in: DVBl 1974, S. 541ff.
- Osterloh, Lerke* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54, S. 204ff.
- Pabst, Heinz-Joachim* Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, Berlin 1997
- Papenfuß, Matthias* Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Berlin 1991, zugl. Diss. Uni Bonn 1989
- Papenfuß, Ulf; Schaefer, Christina* Wie halten Sie´s mit der Transparenz und anforderungsgerechten Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen im öffentlichen Beteiligungsmanagement? - Repräsentative Analyse und Handlungsempfehlungen, in: Hilgers/Schauer/Thom (Hrsg.), Public Management im Paradigmenwechsel: Staat und Verwaltung im Spannungsfeld von New Public Management, Open Government und bürokratischer Restauration, Hamburg 2012, S. 523ff.

- Papenfuß, Ulf; Schmidt, Christian Arno* Offenlegungskultur und Gesetzeskonformität öffentlicher Unternehmen – Eine repräsentative Analyse für 17 Branchen und 20 Großstädte in: DB 2013, S. 1857ff.
- Papier, Hans-Jürgen* Einführung in das Thema, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche 2012, Bd. 2: Planen, Erklären, Zuhören - Wie Großprojekte mit Bürgerbeteiligung möglich werden, Tübingen 2012, S. 15ff.
- Patzelt, Werner* Welche plebiszitären Instrumente können wir brauchen? Einige systematische Überlegungen., in: Feld, Lars P.; Huber, Peter M.; Jung, Otmar; Welzel, Christian; Wittreck, Fabian, Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, Baden-Baden 2010
- Paulus, Andreas L.* Direkte Demokratie wagen: Möglichkeiten und Grenzen direkter Demokratie im Grundgesetz, in: Bäuerle u.a. (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 273ff.
- Pechstein, Matthias* Umbau der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung von einer Ausführungsverwaltung zu einer Gewährleistungsverwaltung, in: DÖV 2013, S. 85ff.
- Peine, Franz-Joseph* Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, in: DÖV 1997, S. 353ff.
- Pennekamp, Johannes* Im Gespräch: Klaus Grewe, ehemaliger Projektmanager für die Londoner Olympic Delivery Authority (ODA) "Der Schlüssel ist die Fleißarbeit im Vorfeld"FAZ vom 17.01.2013: <http://www.genios.de/presse-archiv/artikel/FAZ/20130117/im-gespraech-klaus-grewe-ehemaliger/FD2201301173756640.html>

- Pestalozzi, Christian* Volksbefragung - das demokratische Minimum, in: NJW 1981, S. 733ff.
- Pestalozzi, Christian* Der Populärvorbehalt: direkte Demokratie in Deutschland, Berlin 1981
- Peters, Hans* Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Dietz/Hübner, Bd. 2, S. 877ff. München 1965
- Petrén, Gustaf* Die Aktenöffentlichkeit in Schweden, in: VerwArch 1958, S. 323ff.
- Petri, Thomas* Das Hamburgische Transparenzgesetz, in: ZD-Aktuell 2015, 04163
- Pfeifer, Axel* Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung kommunaler Aktiengesellschaften durch ihre Gebietskörperschaften, München 1991, zugl. Diss. Uni Heidelberg 1990
- Piduch, Erwin
Adolf* Bundshaushaltsrecht, München, Loseblattwerk mit 20. Aktualisierung. 2018
- Pichler, Johannes W.* Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung, Wien 1998
- Piduch, Erwin
Adolf; Dreßler,
Hans-Heinrich* Bundshaushaltsrecht, Loseblattkommentar, Stand 18. EL 2015, Köln
- Pieroth, Bodo* Die planende Verwaltung zwischen Geheimhaltung und Öffentlichkeit, in: JuS 1981, S. 625ff.

- Pitschas, Rainer* Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, § 42, 2. Auflage, München 2012,
- Pitschas, Rainer* Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement., in: DÖV 1998, S. 907 ff.
- Polke-Majewski, Karsten* Demokratie: Transparenz, auch wenn's schwerfällt, in Zeit Online vom 13.02.2013: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-02/transparenz-demokratie-politik-kommentar>
- Pottboff, Erich; Trescher, Karl* Das Aufsichtsratsmitglied: ein Handbuch der Aufgaben, Rechte und Pflichten, 6. Auflage, Stuttgart 2003
- Preppner, Kathi* Flughafen Berlin Brandenburg: „Alles kommt raus“, Interview mit Daniel Abbou, in: prmagazin, Ausgabe 04/2016, S. 32ff., <http://www.prmagazin.de/aktuell/meldungen/details/alles-kommt-raus.html>
- Prigge, Rolf* Die Steuerung öffentlicher Unternehmen in den Stadtstaaten Berlin, Hamburg und Bremen, Speyer 2003
- Prüitt, Dean G.* Negotiation Behavior, New York 1981
- Pünder, Hermann* Mediation im Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16, 15. Auflage 2011
- Püttner, Günter* Zur Mitbestimmung in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen, in: DVBl. 1984, S. 165ff.
- Püttner, Günter* Öffentliche Unternehmen als Instrument staatlicher Politik; erschienen, in: DÖV 1983, S. 697ff.

- Püttner, Günter* Die öffentlichen Unternehmen, Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 1985
- Püttner, Günter* Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen unter dem Grundgesetz: Rechtsgutachten, Hannover 1972
- Püttner, Günter* Kommunale Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, § 144, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2008,
- Püttner, Günter* Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen, in: DVBl. 1986, S. 748ff.
- Püttner, Günter* Chancen und Risiken von PPP aus juristischer Sicht, in: Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt: theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership, Baden-Baden 2006
- Raap, Christian* Grundrechtsschutz bei der Information des Parlaments durch die Bundesregierung, in: NJW 1997, S. 508ff.
- Raiser, Thomas* Konzernverflechtungen unter Einschluß öffentlicher Unternehmen, in: ZGR 1996, S. 458ff.
- Raiser, Thomas*
Veil, Rüdiger
Jacobs, Matthias Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 6. Auflage, Berlin 2015
- Ramsauer, Ulrich* Data Mediation: Ein Weg zu Transparenz und Akzeptanz im Verwaltungsverfahren, in: Mehde (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1029 ff.

- Ramsauer, Ulrich* Umweltprobleme in der Flughafenplanung - Verfahrensrechtliche Fragen, in: NVwZ 2004, S. 1041ff.
- Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg* Kostenstabiles Bauen: Beratende Äußerung nach § 88 Absatz 3 LHO, Hamburg 2010
- Reding, Kurt* Die Effizienz staatlicher Aktivitäten: Probleme ihrer Messung und Kontrolle, Baden-Baden 1981
- Reichard, Christoph* Organisations-PPP - Typologie und praktische Ausprägungen, in: Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, Baden-Baden 2006, S. 77ff.
- Reichard, Christoph* Public Corporate Governance im Spannungsfeld zwischen Eigentümern und Management öffentlicher Unternehmen, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Corporate Governance in der öffentlichen Wirtschaft, Berlin 2008, S. 135ff.
- Reichard, Christoph; Röber, Manfred* Verselbstständigung, Auslagerung und Privatisierung, in: Blanke, Bernhard/Nullmeier, Frank/Reichard, Christoph/Wewer, Göttrik (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, Opladen 1998, S. 176ff.
- Reichard, Christoph* Institutionelle Alternativen zu Public-Private-Partnerships – Kommunale Eigenleistung, Public-Public-Partnerships und Contracting-Out, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation, S. 61ff.
- Reichard, Christoph* Verwaltungsmodernisierung in Deutschland, in: Wallerath, Maximilian (Hrsg.), Verwaltungserneuerung, Baden-Baden 2001, S. 30ff.

- Reimer, Franz* Verfassungsprinzipien : ein Normtyp im Grundgesetz, Berlin 2001
- Reinhard, Martin* Der Untersuchungsausschuss, in: NVwZ 2014, S.991ff.
- Reinhardt, Michael* Einführung in die Grundstrukturen des Umweltrechtes, in: LKV 1994, S. 244ff.
- Rengeling, Hans-Werner* Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Köln 1988
- Reutzel, Andre; Rullmann, Jörg* Public-Private-Partnership: Darstellung, Wiesbaden 2008
- Richter, Peter* Die Bedeutung der kommunalen Wirtschaft – Eine vergleichende Ost-West-Analyse, Berlin 2007
- Rill, Heinz Peter* Gliedstaatsverträge: eine Untersuchung nach österreichischem und deutschem Recht, Wien 1972
- Rinken, Alfred* Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem: dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände, Berlin 1971; zugl. Diss. Uni Freiburg 1969
- Rischer, Herbert* Finanzkontrolle staatlichen Handelns: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als Prüfungsmaßstäbe, Heidelberg 1995
- Ritter, Ernst-Hasso* Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, in: AöR 104 (1979), S. 389ff.

- Ritter, Ernst-Hasso* Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis: rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Beiträge zum staatlichen Handeln 1990, S. 50ff.
- Röbel, Sven; Wassermann, Andreas* Berlin – Nicht mehr beherrschbar, in: Der Spiegel 31/12 vom 30.07.2012, S. 38ff., <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-87561965.html>
- Röber, Manfred* Das Parteibuch – Schattenwirtschaft der besonderen Art?, in: APuZ 2001, B32-33, S. 6ff.
- Rojahn, Ondolf* Umweltschutz in der raumordnerischen Standortplanung von Infrastrukturvorhaben: Gestaltungsmöglichkeiten und Kompetenzgrenzen, in: NVwZ 2011, S. 654ff.
- Roling, Sebastian* Transparenz bei der Finanzierung und Genehmigung des straßengebundenen ÖPNV, Münster 2008, zugl. Diss. Uni Münster 2008
- Rommelfanger, Ulrich* Das konsultative Referendum: Eine verfassungstheoretische, -rechtliche und -vergleichende Untersuchung, Berlin 1988; zugl. Diss. Uni Trier 1987
- Ronellenfötsch, Michael* Mobilität: Vom Grundbedürfnis zum Grundrecht?, in DAR 1992, S. 321ff.
- Rösch, Ulrich* Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie: demokratietheoretische Überlegungen zum Informationsverhältnis zwischen Staat und Bürger sowie zwischen den Staatsgewalten, Baden-Baden 1999, zugl. Diss. Uni Jena 1997

- Rosenke, Torsten* Die Finanzbeschränkungen bei der Volksgesetzgebung in Deutschland: unter besonderer Berücksichtigung des Artikels 68 Absatz 1 Satz 4 der nordrhein-westfälischen Verfassung, Baden-Baden 2005; zugl. Diss. Uni Bonn 2004-2005
- Rossen-Stadfeld, Helge* Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, München 2012, § 29
- Rossi, Matthias* Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht: Zu den Wechselwirkungen zwischen Informationsfreiheitsgrenzen und der Verfassungsordnung in Deutschland, Berlin 2004, zugl. Habil. HU Berlin 2003/2004
- Rossi, Matthias* Informationsfreiheitsgesetz Kommentar, Baden-Baden 2006
- Rossi, Matthias* Informationsfreiheit – Anspruch und Wirklichkeit, in: v. Arnim (Hrsg.), Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft, Berlin 2015, S. 43ff.
- Roth, Günter; Altmeyden, Holger* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: (GmbHG); Kommentar, 9. Auflage, München 2019
- Ronedder, Heinz (Begr.); Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Kommentar, 6. Auflage, München 2017
- Rubbert, Susanne* Saal- und Medienöffentlichkeit mündlicher Verhandlungen zwischen Verwaltung und Bürgern: ein Beitrag zur Diskussion der Verwaltungspublizität, Frankfurt a.M. 1985, zugl. Diss Uni Hamburg 1984

- Rubin, Jeffrey* The Social Psychology of Bargaining and Negotiation, New York u.a. 1975
Z.; Brown, Bert
R.
- Rudolf, Walter* Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Band VI: Bundesstaat, § 141, 3. Auflage, Heidelberg 2008
- Rudolf, Walter* Völkerrecht und deutsches Recht: theoretische und dogmatische Untersuchungen über die Anwendung völkerrechtlicher Normen in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1967; zugl. Habil. Uni Tübingen 1967
- Rüfner, Wolfgang* Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, § 71, 3. Auflage, Heidelberg 2006
- Rupp, Hans*
Heinrich Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 31, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- Rüssel, Ulrike* Zukunft des Widerspruchsverfahrens, in: NVwZ 2006, S. 523ff.
- Ruthig Josef;*
Storr, Stefan Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2015
- Rux, Johannes* Direkte Demokratie in Deutschland: Rechtsgrundlagen und Rechtswirklichkeit der unmittelbaren Demokratie in der Bundesrepublik Deutschland und ihren Ländern, Baden-Baden 2008, zugl. Habil. Uni Tübingen
- Sachs, Michael* Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2018
(Hrsg.)

- Sacke, Detlef* Public Private Partnership/Öffentlich-Private Partnerschaften, in: Blanke/Nullmeier/Reichard/Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Auflage, Wiesbaden 2011
- Säcker, Franz
Jürgen;
Rixecker, Ro-
land; Oetker,
Hartmut; Lim-
perg, Bettina
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3: §§ 433-610, 8. Auflage, München 2019
- Säcker, Franz
Jürgen;
Rixecker, Ro-
land; Oetker,
Hartmut; Lim-
perg, Bettina
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, München 2019
- Sarvinelli, Ul-
rich* Ein Testfall für die Demokratie, in: Das Parlament, 01/2011, S. 9ff.
- Sarvinelli, Ul-
rich* Medien und Demokratie, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Demokratie in Deutschland 2011, http://www.demokratie-deutschland-2011.de/common/pdf/Medien_und_Demokratie.pdf
- Schaar, Peter* Zwischen Öffentlichkeit und Datenschutz, in: v. Arnim (Hrsg.), Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft, Berlin 2015, S. 27ff.
- Schachtschneider, Karl Alb-
recht* Staatsunternehmen und Privatrecht, Berlin 1986 zugl. Habil. Uni Hamburg 1985/86

- Schäfer, Arnim* Die Folgen sozialer Ungleichheit für die Demokratie in Westeuropa, in: Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft 2010, 4 (1), S. 131ff.
- Schäfer, Lars* Mediation im öffentlichen Bereich, Hamburg 2011, zugl. Diss. Uni Gießen 2011
- Schäfer, Ralf* Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften: die rechtsgeschäftliche Einführung und Erweiterung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aus verfassungsrechtlicher und kommunalrechtlicher Sicht, Berlin 1988; zugl. Diss. Uni Bochum 1987
- Scharpf, Fritz W.* Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Kronberg/Tschechien, 1975
- Scharpf, Fritz W.* Decision Rules, Decision Styles and Policy Choices, in: Journal of Theoretical Politics 1989, S. 149ff.
- Scherzberg, Arno* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, Münster 2000
- Scheuner, Ulrich* Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit: Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag 24. Mai 1961, Bern 1961, S. 235ff.
- Schillinger, Heike Iris* Mediation im Verwaltungsrecht: eine Untersuchung der Möglichkeiten meditativer Verfahren in der exekutiven Praxis, Tübingen 2003; zugl. Diss. Uni Tübingen 2003
- Schimpf, Christian* Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, Berlin 1982, zugl. Diss. FU Berlin 1982

- Schindler, Peter* Datenhandbuch zur Geschichte des deutschen Bundestages 1949-1999, Baden-Baden 1999
- Schink, Alexander* Öffentlichkeitsbeteiligung - Beschleunigung - Akzeptanz: Vorschläge zur Verbesserung der Akzeptanz von Großprojekten durch Öffentlichkeitsbeteiligung, in: DVBl. 2011, S. 1377ff.
- Schink, Alexander* Öffentlichkeitsbeteiligung, in: ZG 2011, S. 226ff.
- Schink, Alexander;*
Reidt, Olaf;
Mitschang, Stephan (Hrsg.) Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, München 2018.
- Schladebach, Marcus* Staatsverträge zwischen Ländern - Grundfragen eines interföderalen Kooperationsinstruments, in: VerwArchiv 98 (2007), S. 238ff.
- Schlesiger, Christian* Imtech und BER: Warum der Berliner Flughafen Korruption begünstigt, in Wirtschaftswoche vom 18.08.2015:
<http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/imtech-und-ber-warum-der-berliner-flughafen-korruption-beguenstigt/12199744-all.html>
- Schlette, Volker* Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Tübingen 2000, zugl. Habil. Uni Göttingen 1998/99
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116 (1991), S. 329ff.

- Schmidt-Aßmann, Eberhard* Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 26, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* Verwaltungsverfahren, in: Isensee/Kirchhof, HStR V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, § 109, 3. Auflage, Heidelberg 2007
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, Berlin u.a. 2006
- Schmidt-Aßmann, Eberhard;*
Röhl, André Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), in: DÖV 1994, S. 577ff.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno;*
Hofmann, Hans Grundgesetz Kommentar, 14. Auflage, Köln 2017
- Schmidt-Preuß, Matthias* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56, S. 160ff.
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002
- Schmidt, Karsten;*
Lutter, Marcus Aktiengesetz: Kommentar, Bd. 1: §§ 1 - 149, 3. Auflage, Köln 2015
- Schmidt, Reiner* Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, in: ZGR 25 (1996), S. 345ff.

- Schmidt, Reiner* Rechtliche Möglichkeiten für Privatisierungen im Bereich der Deutschen Bundespost, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 965ff.
- Schmidt, Reiner* Aufgaben und Struktur der Treuhandanstalt im Wandel der Wirtschaftslage, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch: Recht und Rechtswirklichkeit beim Übergang in die Marktwirtschaft, Köln 1991
- Schmidt, Thorsten Ingo* Kommunale Kooperation Der Zweckverband als Nukleus des öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2005, zugl. Habil. Göttingen 2004/2005
- Schmitt Glaeser, Walter* Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: VVDStRL 31, S. 179ff.
- Schmitt Glaeser, Walter* Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht III, § 38, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Schmitt, Carl* Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923 (Nachdruck Berlin, 2010)
- Schneider, Hans* Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, in: VVDStRL 19, S. 1ff.
- Schneider, Hans* Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I - Historische Grundlagen § 5, 3. Auflage, Heidelberg 2003, S. 177 ff.
- Schneider, Hans* Volksabstimmungen in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Bachof/Drath (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 155ff.

- Schneider,
Hans-Peter* Opposition und Information – Der Aktenvorlageanspruch als parlamentarisches Minderheitsrecht, in AöR 99 (1974), S. 628ff.
- Schneider,
Hans-Peter* Grundgesetz und technologischer Wandel, Hofgeismar 1984
- Schneider,
Hans-Peter* Die bundesstaatliche Ordnung im vereinigten Deutschland, in: NJW 1991, S. 2448ff.
- Schneider,
Hans-Peter* Das parlamentarische System, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 13, Berlin u.a. 1995 (Nachdruck)
- Schneider,
Hans-Peter;
Zeb, Wolfgang
(Hrsg)* Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: ein Handbuch, Berlin, 1989
- Schoch, Fried-
rich* Privatisierung der Abfallentsorgung, Köln 1992
- Schoch, Fried-
rich* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl. 1994, S. 962ff.
- Schoch, Fried-
rich* Informationsfreiheitsgesetz: Kommentar, München 2009
- Schoch, Fried-
rich* Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts III, § 37, 3. Auflage, Heidelberg 2005

- Schoch, Friedrich; Schmidt-Aßmann, Eberhard* Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin u.a. 2013
- Scholz, Franz (Begr.); Bitter, Georg (Hrsg.)* Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. 2: §§ 35 – 52, 11. Auflage, Köln 2015
- Scholz, Frank; Schuler, Peter; Schwintowski, Hans-Peter* Zum Stand in der Praxis und vom Sinn eines Risikomanagements der Öffentlichen Hand, in: dieselben (Hrsg.), Risikomanagement der Öffentlichen Hand, Heidelberg u.a. 2005
- Schönenbroicher, Klaus* Irritationen um „Stuttgart 21“ - Aktuelle Anmerkungen zum Verfahren und Bürgerbeteiligung bei raumbedeutsamen Großvorhaben -, in: VBIBW 2010, S. 466ff.
- Schorlau, Wolfgang (Hrsg.)* Stuttgart 21. Die Argumente, Köln 2010
- Schrader, Christian* Das Kooperationsprinzip - ein Rechtsprinzip? Vorschlag für eine neue Fundierung, in: DÖV 1990, S. 326ff.
- Schrödter, Wolfgang* Umweltprüfung und Umweltüberwachung, in: NordÖR 2004, S. 317ff.
- Schnett-Wetschky, Eberhard* Zwischen traditionellem Parlamentsverständnis und moderner Parteiendemokratie: Gründe des latenten Verfassungskonflikts, in: ZParl 34 (2003), S. 531ff.
- Schuler-Harms, Margarete* Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72, S. 417ff.

- Schulte, Ewald B.* Neue Studie belegt: Erste Ausbaustufe in Schönefeld ist erheblich preiswerter als erwartet: Großflughafen Sperenberg unbezahlbar, <http://www.berliner-zeitung.de/archiv/neue-studie-belegt--erste-ausbaustufe-in-schoenefeld-ist-erheblich-preiswerter-als-erwartet-grossflughafen-sperenberg-unbezahlbar,10810590,9038978.html>
- Schulz, Sirko; Schuppan, Tino* Fusionen im öffentlichen Sektor, in: Hilgers/Schauer/Thom (Hrsg.), Public Management im Paradigmenwechsel: Staat und Verwaltung im Spannungsfeld von New Public Management, Open Government und bürokratischer Restauration, Linz 2012
- Schulze-Fielitz, Helmut* Der informale Verfassungsstaat: aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie, Berlin 1984
- Schulze-Fielitz, Helmut* Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: DVBl 1994, S. 657ff.
- Schulze-Fielitz, Helmut* Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, in: VVDStRL 55, S. 231ff.
- Schulze-Fielitz, Helmut* Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 12, 2. Auflage, München 2012
- Schunder, Josef* Manfred Rommel, Die Biografie, Neuhausen a.d.F., 2012
- Schuppert, Gunnar Folke* Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000
- Schuppert, Gunnar Folke* Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003

- Schütte, Peter* Mehr Demokratie versus Verfahrensbeschleunigung?, in: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2011, S. 169ff.
- Schütz, Martin* Risikomanagement aus Sicht des Öffentlichen Sektors der Schweiz, in: Scholz/Schuler/Schwintowski, Risikomanagement der Öffentlichen Hand, Heidelberg 2009
- Schwarting, Gunnar* Beteiligungsmanagement und -controlling in der Kommunalverwaltung - einige wenig beachtete Aspekte -, in: BFuP 2004, S. 342ff.
- Schwarz, Konstantin; Gerstner, Martin* Stuttgart 21-Gegner wittern ihre Chance, in: Stuttgarter Zeitung vom 31.03.2009, S. 5
- Schwarze, Jürgen* Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, Baden-Baden 2005
- Schwenn, Kerstin* BER wird vom Problem zum Monster, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19.04.2014: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ber-der-flughafen-berlin-wird-vom-problem-zum-monster-12901513.html>
- Schwintowski, Hans-Peter* Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, in: NJW 1990, S. 1009ff.
- Seibert-Fohr, Anja* Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes, in: VerwArch 2013, S. 311ff.
- Semler, Johannes* Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft: die Leitungsaufgabe des Vorstands und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, Köln 1996, zugl. Diss. Bochum 1980

- Semler, Johannes; Schenck, Kersten von* Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder; 3. Auflage, München 2009
- Semler, Johannes; Schenck, Kersten von* Der Aufsichtsrat: §§ 95-116, 161, 170-172, 394 und 395 AktG Kommentar. 1. Auflage, München 2015
- Sichelschmidt, Henning* Das Projekt eines deutschen Tiefwasser-Containerhafens und seine Rolle im Standortwettbewerb, Kieler Arbeitspapier Nr. 1025, Kiel 2001
- Siebert, Horst* On the Concept of Locational Competition, Working Paper 731, Kiel 1996
- Siebert, Horst; Koop, Michael J.* Institutional Competition versus Centralization: Quo Vadis Europe?, in: Oxford Review of Economic Policy, Vol. 9/1993, S. 15ff.
- Siefken, Sven T.* Parlamentarisches Frageverfahren, in: ZParl 2010, S. 18ff.
- Siegel, Torsten* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, Baden-Baden 2009
- Simmel, Georg* Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, 1. Auflage, Berlin 1908
- Simons, Katja* Großprojekte und Stadtentwicklungspolitik: Zwischen Steuerung und Eigendynamik - das Beispiel Euralille, in: Planungsrundschau Jg. 8 (2003), S. 35ff.

- Sitsen, Michael* Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes: Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Informationszugang nach dem IFG, Hamburg 2009, zugl. Diss. Uni Bonn 2008
- Skouris, Wasilos* Plebiszitäre Elemente im repräsentativen System, in: Das Parlamentarische Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand. Seminar für Karl August Bettermann, Berlin 1984, S. 77ff.
- Snippe, Bernd* JadeWeserPort: Tiefwassercontainerterminal an der Jade in Wilhelmshaven in: Hansa International Maritime Journal 2003, S. 14ff.
- Ziekow, Jan* Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 4. Auflage, Stuttgart 2020
- Sodan, Helge; Ziekow, Jan* Grundkurs Öffentliches Recht: Staats und Verwaltungsrecht, 11. Auflage, München 2019
- Sodan, Helge; Ziekow, Jan* Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2018
- Sommer, Stephan* Staatliche Gewährleistung im Verkehrs-, Post- und Telekommunikationsbereich: zur Interpretation der Gewährleistungsnormen der Art. 87e IV und 87f I GG im System verfassungsrechtlicher Leistungspflichten, Berlin 2000; zugl. Diss. Uni Hamburg 1998/99
- Sommermann, Karl-Peter* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997, Zugl.: Berlin, Humboldt-Uni, Habil. 1995
- Spannowsky, Willy* Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, Berlin 1994, zugl. Habil. Uni Tübingen 1993/94

- Spannonsky, Willy* Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand, in: ZGR 1996, S. 400ff.
- Spindler, Gerald* Kommunale Mandatsträger in Aufsichtsräten – Verschwiegenheitspflicht und Weisungsgebundenheit, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2011, S. 689ff.
- Spindler, Gerald; Stilz, Eberhard (Hrsg.)* Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1: § § 1 - 149, 4. Auflage, München 2019
- Starck, Christian* Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus - Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt: Band I: Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, Heidelberg u.a 2012
- Starck, Christian* Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, § 33, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Stein, Katrin* Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, Tübingen 2009; zugl. Habil. Uni Osnabrück 2008
- Steinberg, Rudolf* Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren: eine Bilanz, in: ZUR 2011, S. 340ff.
- Steinberg, Rudolf* Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DÖV 1982, S. 619ff.

- Steinberg, Rudolf* Standortplanung umweltbelastender Großvorhaben durch Volksbegehren und Volksentscheid, in: ZRP 1982, S. 113ff.
- Steinberg, Rudolf; Steinhilber, Jennifer* Infrastrukturprojekte als Ziele der Raumordnung im Landesentwicklungsplan - Zugleich eine Besprechung des Urteils des VGH Kassel vom 16. 8. 2002, in: NVwZ 2004, S. 530ff.
- Steinberg, Rudolf* Die Repräsentation des Volkes, Baden-Baden 2013
- Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim; Sachs, Michael* Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 9. Auflage, München 2018
- Stelkens, Ulrich* Verwaltungsprivatrecht: zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen, Berlin 2005; zugl. Habil. Uni Saarbrücken 2003
- Stern, Klaus* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984
- Stern, Klaus* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980
- Stern, Klaus* Staatsrecht Band IV Halbb1, München 2006
- Stettner, Rupert* Information als Verfassungsgut, in: Merten (Hrsg.) Verwaltungsstaat im Wandel, FS Knöpfle zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 351ff.

- Stober, Rolf* Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, in: NJW 2002, S. 2357ff.
- Stober, Rolf* Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Stuttgart 2017
- Storr, Stefan* Public-Public-Partnerships: Kommunale Kooperationen und Vergaberecht, in: LKV 2005, S. 521ff.
- Straubhaar, Thomas* Internationale Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft, in: Wirtschaftsdienst 1994, S. 534ff.
- Stuckenbrock, Uwe* Das Projekt „Stuttgart 21“ im zeitlichen Überblick, in: Brettschneider (Hrsg.), Stuttgart 21: Ein Großprojekt zwischen Protest und Akzeptanz, Wiesbaden 2013, S. 261ff.
- Stüer, Bernhard* Das Planungsvereinheitlichungsgesetz, in: DVBl. 2013, S. 700ff.
- Stüer, Bernhard* Stuttgart 21: Empfehlen sich Änderungen des Bau-, Fachplanungs- und Immissionsschutzrechts? - Beschlüsse des Arbeitskreises VIII des 4. Deutschen Baugerichtstags 2012, in: DVBl 2012, S. 885f.
- Stüer, Bernhard* Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Auflage, München 2015
- Stumpf, Gerrit Hellmuth* Hamburgs Transparenzgesetz - Eine „Blaupause“ für die moderne Informationsfreiheitsgesetzgebung?, in: VerwArch 2015, S. 499ff.
- Tettinger, Peter J.* Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen - ein Sachstandsbericht, in: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 2005, S. 1ff.

- Tetzlaff, Thilo* Transparenz und Auskunftsrechte auf kommunaler Ebene – ein Paradigmenwechsel?, in: LKV 2012, S. 489ff.
- Teuber, Christian* Parlamentarische Informationsrechte: eine Untersuchung an den Beispielen des Bundestages und des Landtages Nordrhein-Westfalen, Berlin 2007; zugl. Diss. Uni Bochum 2006
- Tillmann, Bert; Mueller-Thuns, Thomas* Handbuch der GmbH & Co.KG : Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 19. Auflage, Köln 2005
- Timmler, Vivien* BER-Sprecher gibt zu ehrliches Interview - und fliegt, in: Süddeutsche Zeitung vom 11.04.2016: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/flughafen-berlin-brandenburg-ber-sprecher-gibt-zu-ehrliches-interview-und-fliegt-1.2943897>
- Trankowitz, Laszlo* Eine Verteidigung der Demokratie - gegen den maßlosen Bürger, in: APuZ 62. Jg. 38/39 2012 vom 17.09.2012, S. 3ff.
- Trantas, Georgios* Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht: eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Verwaltungsverfahrenrecht, Berlin 1998, zugl. Diss. Heidelberg 1995
- Triepel, Heinrich* Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, 1899
- Trosch, Daniel* Grenzen einer Kommerzialisierung von Informationen des öffentlichen Sektors, Baden-Baden 2008, Zugl.: Diss. Uni Frankfurt a.M. 2007

- Trute, Hans-Heinrich* Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlanke[m] Staat“* - Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 13ff.
- Trute, Hans-Heinrich* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, § 6, Heidelberg 2012
- Trute, Hans-Heinrich* Selbstregulierung und staatliche Steuerung, in: DVBl 1996, S. 950ff.
- Tschentscher, Axel* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006, zugl. Habil. Würzburg 2004
- Twickel, Christoph* Richtfest der Elbphilharmonie: Gegen Wind und Wirklichkeit, in: Spiegel online vom 28.05.2010: <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/richtfest-der-elbphilharmonie-gegen-wind-und-wirklichkeit-a-697396.html>
- Uerpmann, Robert* Das öffentliche Interesse, Tübingen 1999
- Uerpmann-Witzack, Robert* Verkehr, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV: Aufgaben des Staates, § 89, 3. Auflage, Heidelberg 2006
- Ulmer, Peter; Habersack, Matthias; Löbbe, Marc (Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Großkommentar, Bd. 2 §§ 29-52, 3. Auflage, Tübingen 2019

- Ulrich, Jürgen*
Vogt, Carl-Michael Mediation in der Praxis - Teil I: Alternative Streitlösungsmodelle und Grundzüge der Mediation, DS 2009, S. 217ff.
- van Nieuwland, Herwig* Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Niedersachsen - Bilanz nach knapp zwei Jahren, in: NdsVBl 2007, S. 38ff.
- Vedder, Christoph* Intraföderale Staatsverträge - Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, Baden-Baden 1996, zugl. Habil. Uni München 1989
- Versteyl, Andrea* Partizipation durch Verfahren - Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung auf Grundlage der gesetzlichen Regelungen, in: I+E 2011, S. 89ff.
- Versteyl, Andrea* Öffentliche Genehmigungsverfahren dürfen nicht zum Investitionsrisiko werden, in: Müllmagazin 2/2008, S. 2
- Vetter, Stefan* Mediation und Vorverfahren: ein Beitrag zur Reform des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens, Berlin 2004; zugl. Diss. Uni Bayreuth 2001/2002
- Vogel, Klaus* Finanz- und Steuerstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, § 30, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- vom Heimburg, Sybille* Verwaltungsaufgaben und Private: Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Berlin 1982, zugl. Diss. FU Berlin 1981
- Voßkuhle, Andreas* Neue Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 1, 2. Auflage, München 2012

- Vofskuble, Andreas* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 62, S. 266ff.
- Vofskuble, Andreas* Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, § 36, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Vofskuble, Andreas; Kaufhold, Ann-Katrin* Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Bundesstaatsprinzip, in: JuS 2010, S. 873ff.
- Wachter, Thomas (Hrsg.)* AktG: Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Köln 2018
- Wächter, Kay* Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72, S. 500ff.
- Wächter, Kay* Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, in: DÖV 2015, S. 121ff.
- Wahl, Rainer* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41, S. 151ff.
- Wätz, Georg* Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen, Kiel 1862
- Wall, Heinrich, de* Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht: dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte und anhand des allgemeinen Schuldrechts, Tübingen 1999, zugl. Habil. Uni Erlangen-Nürnberg 1997
- Wassermann, Rudolf* Die Zuschauerdemokratie, Düsseldorf 1986

- Weber, Albrecht* Die Direkte Demokratie im Landesverfassungsrecht, in: DÖV 1985, S. 178ff.
- Weber, Martin;*
Schäfer, Mi-
chael;
Hausmann,
Friedrich Lud-
wig Praxishandbuch Public Private Partnership, 1. Auflage, München 2006
- Wegener, Bern-*
hard Werner Der geheime Staat, Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht, Göttingen 2006, zugl. Habil. Uni Bielefeld 2002
- Weiß, Wolfgang* Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002, zugl. Habil. Uni Bayreuth 2000
- Welcker,*
Carl Theodor Oeffentlichkeit, in: v. Rotteck/ders., Das Staats-Lexikon: Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände, Band 12, Altona 1848, Nachdr. Frankfurt a. M. 1990, S. 252ff.
- Westermann,*
Harm Peter;
Westermann,
Harry (Hrsg.) Handbuch der Personengesellschaften: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht Köln, 1967 (Loseblattsammlung)
- Westphalen,*
Raban, von;
Bellers, Jürgen Parlamentslehre: das parlamentarische Regierungssystem im technischen Zeitalter, München 1993
- Wichmann,*
Manfred Parteipolitische Patronage: Vorschläge zur Beseitigung eines Verfassungsverstößes im Bereich des öffentlichen Dienstes, Frankfurt a. M. u.a 1986

- Wicke, Hartmut* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Kommentar, 2. Auflage, München 2011
- Wieckhorst, Arno* Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, Baden-Baden 2017
- Wiedemann, Herbert* Grundlagen der Unternehmensverfassung, in: ZGR 1975, S. 385ff.
- Wiggers, Christian* Mehr Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großvorhaben, in: NJW-Spezial 2013, S. 172f.
- Wilhelm, Jan* Öffentlichkeit und Haftung bei Aufsichtsräten in einer kommunalen GmbH, in: DB 2009, S. 944ff.
- Wilke, Dieter* Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, § 112, Heidelberg u.a. 2007
- Willms, Manfred* Private Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen: Theoretische und empirische Grundlagen, Baden-Baden 1998
- Windbichler, Christine* Gesellschaftsrecht: ein Studienbuch, 24. Auflage, München 2017
- Windsheimer, Hans* Die „Information“ als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, Berlin 1968
- Winterhoff, Christian* Verfassung - Verfassunggebung - Verfassungsänderung: zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung, Tübingen 2007; zugl. Habil. Uni Göttingen 2005

- Wirtz, Sonja; Brink, Stefan* Die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit: Kennt das Grundgesetz ein Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen?, in: NVwZ 2015, S. 1166ff.
- Wißmann,* Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 15, 2. Auflage, München 2012
- Wittreck, Fabian* Demokratische Legitimation von Großvorhaben, in: ZG 2011, S. 209ff.
- Wolf, Winfried* „Stuttgart 21“. Hauptbahnhof im Untergrund? Streitschrift wider „Stuttgart 21“, Filder-Bebauung, Messe II, Köln 1995
- Wolff, Heinrich Amadeus* Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen 2000; zugl. Habil. Hochschule Speyer
- Wössner, Peter* Paritätische Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften aufgrund vertraglicher Stimmrechtsbindung: das „Duisburger Modell“ und das „Kieler Modell“: zugleich eine Untersuchung zur Zulässigkeit von Abstimmungsvereinbarungen der Gemeinden als Aktionäre und Gesellschafter, Diss. Uni Frankfurt a.M. 1972
- Wonries, Claas* Die Kooperation der norddeutschen Bundesländer, Frankfurt a.M. 2008
- Wrobel, Sonja* „Es ist notwendig und wir werden es machen. Basta!“ – Legitimationsstrategien in sozialpolitischen Reformdebatten, in: Drews-Sylla/Dütschke/Leontiy/Polledri, Konstruierte Normalitäten – normale Abweichungen, Heidelberg 2010, S. 243ff.

- Wulfborst, Reinhard* Konsequenzen aus „Stuttgart 21“: Vorschläge zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung, in: Die Öffentliche Verwaltung 2011, S. 581ff.
- Württemberg, Thomas* Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, Baden-Baden 1996
- Württemberg, Thomas* Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, in: NJW 1991, S. 257ff.
- Wustlich, Guido* Das Recht der Windenergie im Wandel, in: ZUR 2007, S. 16ff.
- Zeb, Wolfgang* Über Sinn und Zweck des Parlaments heute. Ein Essay zum Auftakt, in: ZParl 36 (2005), S. 473ff.
- Zentara, Karl-Friedrich* Medienordnung und öffentlicher Diskurs, Frankfurt a.M. 2018
- Zentes, Joachim; Swoboda, Bernhard; Morschett, Dirk (Hrsg.)* Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, Wiesbaden 2003
- Ziekow, Jan* Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages München 2012, Band I Gutachten D 1- D157
- Ziekow, Jan* Verankerung verwaltungsverfahrenrechtlicher Kooperationsverhältnisse, in: derselbe (Hrsg.), Public Private Partnership - Projekte, Probleme, Perspektiven, Speyer 2003, S. 25

- Ziekow, Jan* Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 4. Auflage, Stuttgart 2020
- Ziekow, Jan;
Siegel, Thorsten* Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, in: *VerwArch* 96 (2005), S. 119ff.
- Ziekow, Jan* Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, München 2016
- Ziemons, Hildegard;
Jaeger, Carsten* Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, 44. Edition, München 2020
- Zilleßen, Horst* Mediation als innovative Form der Partizipation – Beispiel „Bürgerdialog Flughafen Berlin Brandenburg International“, in: *GTZ*, Mediation/Konfliktmanagement im Umweltbereich und seine Bedeutung im Rahmen der technischen Zusammenarbeit, Dokumentation eines Fachgesprächs am 10.11.1995
- Zippelius, Reinhold* Der Weg der Demokratie – ein Lernprozeß, in: *NJW* 1998, S. 1528ff.
- Zippelius, Reinhold* Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft; ein Studienbuch, 17. Auflage, München 2017
- Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)* Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 2, 3. Auflage, Köln 2013
- Zweigert, Jürgen* Brandenburg schlägt Neubau in Tegel vor, in: *Berliner Abendblatt* vom 15.05.2016: <http://www.abendblatt-berlin.de/2016/05/15/brandenburg-schlaegt-neubau-in-tegel-vor/>

Infrastrukturgroßprojekte stehen aufgrund von Kosten- und Terminüberschreitung in der Kritik. Neben Fragen des Bedarfs und mangelnder Akzeptanz aus der Bevölkerung wird hierbei auch die vielbeschworene Krise der repräsentativen Demokratie debattiert. Kaum im Fokus stehen hingegen die Strukturen, in denen diese Staatsaufgaben umgesetzt werden. Aufgrund der Komplexität der Kooperation zwischen staatlichen Akteuren, stellen sich neue (verfassungs-)rechtliche Fragestellungen. Die Aufschlüsselung und Analyse der Großprojektstrukturen des Flughafens Berlin-Brandenburg, des Bahnhofs „Stuttgart 21“ und des Tiefwasserhafens Jade-Weser-Port im Lichte legitimatorischer und transparenzrechtlicher Vorgaben des Grundgesetzes soll hierzu Antworten liefern. Dabei werden Schlussfolgerungen im Hinblick auf verfassungsrechtliche Diskrepanzen bei der Realisierung sowie Instrumente zur Transparenz- und Legitimationssteigerung der Projekte aufgezeigt.