

**Vom heimischen Sofa in die digitale Agora:
E-Partizipation als Instrument einer lebendigen Demokratie?**

Mario Martini

I.	Unmittelbare Sachentscheidung durch das Volk (E-Voting)	2
1.	Online-Wahlen als Aktivierungschance	2
2.	Online-Abstimmungen bei Bürger- und Volksentscheiden	3
II.	E-Partizipation – das Internet als Impulsgeber einer neuen Architektur partizipativer Staatlichkeit	5
1.	Strukturelles Potenzial des Internets als Instrument einer lebendigen Demokratie ...	5
2.	E-Partizipation als Teil des Konzepts einer Collaborative Governance	7
a)	Grundphilosophie des Konzepts einer Collaborative Governance	7
b)	Gemeinwohlkonzept und staatswissenschaftliche Einordnung: Collaborative Governance als Erscheinungsform kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung ..	9
c)	Typologie und Erscheinungsformen von Interaktionsformen einer Collaborative Governance in der Onlinewelt	10
aa)	Wissensgenerierung und Meinungssammlung als Zielsetzung – Wiki-Government	11
(1)	Unmittelbar, insbesondere durch Bewertungs- und Beschwerdeportale	11
(2)	Mittelbar: Big data und Social Media Analytics – Datenanalyse und Steuern mit Zahlen	13
bb)	Teilhabe an der Entscheidungsfindung als Zielsetzung: Online-Konsultation als Herzstück der E-Partizipation	14
3.	Referenzprojekte auf den verschiedenen Stufen des Mehrebenensystems	15
a)	Aktivierung bürgerschaftlichen Engagements in kommunalen Angelegenheiten ..	15
b)	Online-Befragung des Landes Nordrhein-Westfalen zu Studienbedingungen ...	16
c)	Online-Konsultation auf Bundesebene im Rahmen des EnWG bzw. NABEG ...	17
d)	Online-Konsultation der Europäischen Kommission	17
4.	Herausforderungen und Gefahren der E-Partizipation	18
5.	Erfolgsvoraussetzungen und Schranken der Online-Partizipation	20
a)	Nutzerorientierung und Responsivität	20
b)	Relevanz und Repräsentativität digitaler Teilhabe	21
aa)	Technischer Graben	22
bb)	Demografischer Graben	22
cc)	Intellektueller Graben	22
c)	Rechts-, insbesondere datenschutzkonformer Betrieb	23
aa)	Datenschutz	24
(1)	Cookies	24
(α)	Anforderungen des deutschen TMG	24
(β)	Anforderungen der E-Privacy-Richtlinie und ihre unmittelbare Wirkung im deutschen Recht für staatliche Portalbetreiber	25
(2)	Social-Plug-ins	27
bb)	Urheberrechte der Nutzer	29
cc)	Haftung	30
III.	Verfassungsrechtliche Implikationen und Perspektiven	33
IV.	Fazit	33

Ernst Jünger wird der Satz zugeschrieben: »Demokratie ist, wenn jeder jeden etwas fragen kann.« Wenn das zutrifft, bietet das Internet grundsätzlich ideale Strukturvoraussetzungen einer lebendigen Demokratie: Es demokratisiert nicht nur Wissenszugänge. Es kann den Demos auch näher an die Teilhabe an politischen Willensentscheidungen heranführen. Der Cyberspace macht es einfacher als je zuvor, große Gruppen in einen Dialog treten und über Sachfragen abstimmen zu lassen. Er schafft neue, nahezu barrierefreie soziale Räume der Kommunikation, die den Einzelnen zum (jedenfalls formal) gleichberechtigten Teilhaber einer globalen Gemeinschaft werden lassen.¹ Mit seiner Hilfe könnten die Bürger auch auf allen Ebenen staatlicher Willensbildung zeitnah und zu geringen Kosten unmittelbar Sachentscheidungen treffen. Im Idealfall hat die digitale Revolution das Zeug, zum Vormärz einer Belebung der Demokratie und einer stärkeren Aktivierung des modernen, sich in die Privatheit zurückziehenden Biedermeiers für das Gemeinwesen zu werden.²

Andererseits geht von einer Rückeroberung des Öffentlichen und der sich mit staatlichen Internetangeboten verbindenden Möglichkeit zur Erhebung privater Daten das Risiko im Einzelfall übermäßigen Eindringens in die private Rückzugssphäre des Bürgers einher. Diese Spannungslage zwischen Chancen und Risiken, die sich aus einer Einbeziehung des Bürgers in die staatliche Willensbildung für die Demokratie, das Gemeinwohl und die Privatheit ergeben, auszuloten, macht der Beitrag sich zur Aufgabe. Er stellt Anwendungsbeispiele und Potenziale einer Teilhabe des Bürgers an staatliche Entscheidungen via Internet vor, um von dort aus das Instrument auf seine Erfolgsvoraussetzungen und rechtlichen Schranken hin zu beleuchten.

Die partizipatorische Integration kann sich dabei auf zwei Wirkungsebenen entfalten: unmittelbar durch E-Voting (unten I.) oder mittelbar im Wege der E-Partizipation (unten II.).

I. E-Voting: Unmittelbare Sachentscheidung durch das Volk

Unmittelbar hat das Volk über Wahlen (unten 1.) und Abstimmungen (unten 2.) an der Staatsgewalt teil (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Bisher vollzieht sich das nahezu ausschließlich in der körperlichen Form des Stimmzettels.

1. Online-Wahlen als Aktivierungschance

51 % der Deutschen würden ihre Stimme bei der Bundestagswahl online abgeben, wenn das möglich wäre. Unter den sog. Digital Natives, also in der Altersklasse der 18- bis 29-Jährigen, wären es sogar 65 %.³ 21 % der Nichtwähler geben an, dass sie bei der letzten Bundestagswahl gewählt hätten, wenn sie per Internet hätten elektronisch wählen können.⁴ Die Wahlbeteiligung wäre dann von 71 % auf 77 % gestiegen.

¹ Vgl. zu den Prämissen dieses Gleichheitspotenzials unten S. 29 ff.

² Kritisch dazu *Bull*, Netzpolitik: Freiheit und Rechtsschutz im Internet, 2013, S. 97 ff.

³ Forsa-Umfrage im Auftrag von Microsoft Deutschland www.microsoft.com/germany/newsroom/pressemitteilung.aspx?id=533684&pmid=106 (29.4.2013).

⁴ Umfrage des Meinungsforschungsinstituts Forsa im Auftrag des Branchenverbandes BITKOM im Jahre 2009, BITKOM-Pressemitteilung vom 9.10.2009; abrufbar unter www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Presseinfo_Online-Wahl_Bundestag_03_10_2009.pdf.

Als erstes Land in Europa hat sich Estland den Wünschen der Bevölkerung nach Online-Wahlen geöffnet: Es hat die elektronische Stimmabgabe sowohl für nationale als auch für die Europawahl zugelassen.⁵ In der deutschen Verfassungsordnung stößt der Zauber der Cyber-Democracy als Instrument *unmittelbarer* Sachentscheidung durch das Volk freilich schnell an rechtliche Grenzen. Wahlen und Abstimmungen unterliegen dem ungeschriebenen Grundsatz der Öffentlichkeit, den das BVerfG dem Art. 38 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG entnimmt:⁶ Die wesentlichen Schritte der Wahl und der Ergebnismitteilung muss der Bürger zuverlässig überprüfen können.⁷ Nur dann bildet sich das auf Nachvollziehbarkeit und die tatsächlich gegebene Möglichkeit zur Richtigkeitskontrolle gegründete Vertrauen der Wähler in den korrekten Wahlablauf und die darauf aufbauende Zusammensetzung des Parlaments bzw. des gewählten Gremiums. Die elektronische Stimmabgabe verschließt sich demgegenüber grundsätzlich einer Überprüfbarkeit. Da sie nicht in körperlich greifbarer Form erfolgt, ist ihre sachrichtige Erfassung und fehlerfreie Aggregation zu einem Gesamtergebnis nicht ex post nachvollziehbar. Das Wahlvolk kann sich nicht selbst zuverlässig von der Richtigkeit des Ergebnisses überzeugen. Der Bedeutungsgehalt der Wahl als zentraler Legitimationsakt der Demokratie ist zu groß, als dass sie ein blindes Vertrauen oder Kompromisse zulassen würde.

Das schließt elektronische Wahlen nicht generell aus, setzt ihnen aber enge Grenzen. Viele verfügbare Wahlgeräte halten diese (noch) nicht ein. Elektronische Stimmabgaben lässt unsere Rechtsordnung daher gegenwärtig nur in wenigen, eher randständigen Bereichen, etwa bei Wahlen funktioneller Selbstverwaltungskörperschaften, z. B. den Sozialwahlen, als Teil einer experimentellen Gesetzgebung in Ansätzen ausdrücklich zu.⁸

2. Online-Abstimmungen bei Bürger- und Volksentscheiden

So sind denn auch die umfangreich ausgebauten Formen unmittelbarer Sachentscheidung durch das Volk in Gestalt von Bürger- und Volksbegehren schwerfällig und zeitraubend. Ihrer Beliebtheit bei den Bürgern tut das freilich keinen Abbruch. Die Bürger nehmen das Angebot an. Die Zahl der Bürger- und Volksbegehren steigt stetig an.⁹ Ihnen ist eine wichtige Rolle als Seismograf für gesellschaftliche Stimmungslagen und Verwerfungen im Politikgeflecht zugewachsen.

⁵ 25 % der Wähler machten dort bei der letzten Parlamentswahl von der Möglichkeit elektronischer Wahl Gebrauch. Das Verfahren operiert mit einer Karte zur digitalen Unterschrift und zwei Geheimzahlen.

⁶ BVerfGE 123, 39 ff.

⁷ BVerfGE 123, 39 (65); ein zweiter Aspekt der Öffentlichkeit der Wahl liegt in der Öffentlichkeit der *Wahlhandlung*. Der Wahlraum versteht sich als ein von Inszenierungen und Einflüssen freier Raum, der durch seine mediale Nüchternheit und seine bewusste Platzierung in der Öffentlichkeit zu einer Rationalisierung der Wahlentscheidung beitragen kann. Die Öffentlichkeit der Wahlhandlung transportiert die Bedeutung des Wahlaktes symbolisch. Vgl. dazu auch *Meinel*, Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip und die Möglichkeit von Onlinewahlen, *Kritische Justiz* 2004, 413 (428 f.).

⁸ Vgl. zu den bereits in Deutschland durchgeführten Formen von Internetwahlen im Einzelnen *Richter*, Wahlen im Internet rechtmäßig gestalten, 2012, S. 64 ff.

⁹ Die Beteiligungsquoten sind dabei – je nach Gegenstand der Entscheidung – unterschiedlich hoch. Teilweise liegen sie deutlich unter den Erwartungen der Initiatoren und der politischen Entscheidungsträger. Sie spiegeln zugleich das Interesse der Gesamtbevölkerung an den Abstimmungsgegenständen. Reicht ihre Mobilisierungskraft nicht aus, um eine breite Bevölkerung zur Abstimmung zu bewegen, interpretiert der Gesetzgeber das als Zeichen für eine unzureichende Ventilwirkung der Volksinitiative bzw. Bürgerinitiative: Bei Unterschreiten kritischer Quoren kommt ein Volks- bzw. Bürgerentscheid nicht wirksam zustande. Ebenso wie bei anderen demokratischen Beteiligungsprozessen verteilt sich die Mitwirkung auch bei Online-Beteiligungsprozessen (zu den dort bestehenden Repräsentativitätshemmnissen im Einzelnen unten S. 29 ff.) nicht über alle Bevölkerungsgruppen hinweg gleichmäßig. Gruppen, die am Ergebnis der Entscheidung ein besonderes Interesse haben, nehmen an solchen Verfahren direktdemokratischer Willensbildung überproportional häufig teil. Anders als bei nichtrepräsentativen Online-Konsultationen bürgen bei Bürger- und Volksbegehren aber

Das Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie erzeugt dabei produktive Reibung.¹⁰ Bürger- und Volksentscheide verstehen sich als konkurrierende Wege politischer Streitlösung, die getroffenen politischen Willensentscheidungen eine breite gesellschaftliche Legitimation verleihen. Sie verstehen politische Legitimation nicht als Schlaglicht des Wahlaktes, sondern als permanenten Kommunikationsprozess und Rechtfertigungsauftrag. Entwicklungen, die das politische Establishment nicht ausreichend wahrnimmt, finden mit ihrer Hilfe in die politische Agenda Aufnahme. Sie öffnen dem »Druck der Straße« ein Ventil, das politische Meinungsbildungsprozesse, auch die Verdrossenheit und Empörung der Straße, in geordneter Weise in staatliche Willensbildung transformiert. Die davon ausgehende Kontroll- und Komplementärwirkung einer Kultur des Dialogs und der Überzeugungskraft des besten Arguments hat einen hohen Selbststand für die Entfaltung und Lebendigkeit der Herrschaft des Souveräns.¹¹ Ihre wichtigste Funktion besteht dabei in ihrer schlichten Existenz als Damoklesschwert des Volkes, das über der politischen Klasse schwebt.

Doch bei aller oft bemühten Aktivierungsleistung direkter Demokratie: Bislang befriedigen die Beteiligungsinstrumente die Bedürfnisse der Bürger nicht vollständig. Diese empfinden ihre Mitwirkung vielmehr als Demokratie in homöopathischen Dosen, die politische Entscheidungen bzw. das Handeln der politischen Entscheidungsträger nicht vollständig an den Willen des Demos rückbindet. In der Bevölkerung macht sich das Gefühl einer wachsenden Kluft zwischen dem Souverän und seinen Repräsentanten breit. Die Kerninstitutionen politischer Willensbildung verlieren an Vertrauen und Ansehen. Die klassischen Volksparteien scheinen in der individualisierten Gesellschaft des 21. Jahrhunderts ihre Rolle als Transmissionsriemen politischer Willensbildung nicht mehr mit der gleichen Integrationskraft für das gesamte Volk wahrnehmen zu können. Viele Bürger fühlen sich vom politischen System nicht mehr repräsentiert, sondern ausgegrenzt; sie reagieren mit einem Rückzug ins Private. Eine Entfremdung von Staat und Volk droht. 78 % der Deutschen bemängeln ausweislich einer repräsentativen Stichprobenumfrage zu geringe Möglichkeiten der Bürgerbeteiligung.¹² 46 % geben an, zu geplanten Projekten schon einmal eigene Ideen und Vorschläge gehabt zu haben, die sie gerne politisch Verantwortlichen übermitteln hätten, es aber nicht getan haben.¹³ Die Bürger hätten gerne stärker an der Entscheidung über ihre Lebenswelt Anteil.

Angesichts der Vielfalt und Breite gesetzlich vorgesehener Beteiligungsmöglichkeiten erstaunt dieser Befund. Immerhin ist Bürgerbeteiligung in unserer Rechtsordnung in allen Stufen von Planungsverfahren umfänglich ausgebaut. Sie ist regelmäßig als Bestandteil jeder Planungsentscheidung für Vorhaben vorgesehen.

Viel spricht dafür, dass die Bürger nicht abstrakt den Mangel an Möglichkeiten der Beteiligung beklagen, sondern vielmehr die Chance, sich unkompliziert Gehör zu verschaffen.

Zustimmungsquoren und die rechtlich abgesicherte Chancengleichheit der Teilhabe am Abstimmungsakt für eine hinreichende Verfestigung und Breite der demokratischen Willensäußerung. Zu den einzelnen landesspezifischen Quoren siehe *Martini*, Wenn das Volk (mit)entscheidet..., 2011, S. 26 ff.

¹⁰ Die Kontaktpunkte beginnen bereits mit der Entscheidung über die Zulässigkeit des Begehrens und seine inhaltlichen Anforderungen. Parlamente bzw. Gemeinderäte erliegen nur zu gerne der Versuchung, unbequemen Volks- bzw. Bürgerbegehren unter Hinweis auf die Unbestimmtheit der Fragestellung oder den Haushaltsvorbehalt die Legitimität abzuspüren. Reibungsflächen gehen auch von der Frage aus, ob und in welchem Umfang sich ein Begehren durch die parlamentarische Übernahme des Anliegens erledigt hat, ob von der Einreichung eines Volksbegehrens bis zur Abstimmung eine Sperrwirkung für anderslautende parlamentarische Entscheidungen eintritt und ob das Parlament ein früheres Volksgesetz wieder aufheben kann. Vgl. dazu im Einzelnen *Martini* (Fn. 9), S. 38 ff.

¹¹ Zwar lässt sich das Volk nicht permanent an die Urne rufen. Das will die direkte Demokratie aber auch nicht.

¹² *Forsa*, Open Government Monitor 2013, S. 7.

¹³ *Ibid.*

II. E-Partizipation – das Internet als Impulsgeber einer neuen Architektur partizipativer Staatlichkeit

Einer transaktionskostenarmen und ungestörten Bürgerbeteiligung kann E-Partizipation den Weg ebnen. Sie verheißt, die subjektiv wachsende Distanz zwischen Politik und Citoyen zu verkürzen, indem sie eine Brücke zwischen Staat und Gesellschaft schlägt.

Anders als beim E-Voting vollzieht sich das bei ihr nicht durch Mitentscheidung, sondern durch Mitgestaltung und Verantwortungsteilnahme.¹⁴ Der Bürger stimmt also nicht über eine konkrete Sachfrage ab. Vielmehr bindet E-Partizipation¹⁵ ihn in die Suche nach konkreten Problemlösungen ein.¹⁶

1. Strukturelles Potenzial des Internets als Instrument einer lebendigen Demokratie

Die Inbesitznahme des neuen Mediums Internet durch »user generated content« ist zur Etablierung einer Kultur der Partizipation geradezu prädestiniert. Geräteunabhängig und mit einfachen¹⁷ Mitteln machen Web 2.0-Applikationen eine bis dato nicht vorstellbare Vielfalt an Interaktionsformen der Herrschaftsteilnahme und Mitgestaltung möglich. Ohne feste institutionelle Einbindung kann der Citoyen sich in politischen Blogs artikulieren, Online-Petitionen per Mausclick unterstützen oder sich via Adhocracy¹⁸ direkt in Diskurse einbringen. Die produktive Unruhe, die diese Virtualisierung der politischen Kommunikation auslöst, kann reale oder gefühlte Schlaglöcher des repräsentativen Systems im Idealfall ein Stück weit ausbessern – entsprechend dem Grundgedanken von *Robert Orben*: »The highest measure of democracy is the highest measure of participation.« Das deckt sich mit der Befindlichkeit und den Wünschen der Bevölkerung: Zwei Drittel der Deutschen sehen im Internet ein Instrument zur Stärkung

¹⁴ Vgl. dazu auch unten Fn. 44.

¹⁵ E-Partizipation beschreibt Verfahren, die den Bürgern eine Einflussnahme auf politische oder administrative Entscheidungen auf elektronischem Wege ermöglichen. Sie tritt vor allem in fünf Erscheinungsformen auf: als *E-Information*, also Zurverfügungstellung von Informationen auf elektronischem Wege als Grundlage von Meinungsbildungsprozessen, *E-Konsultation*, d. h. elektronisch unterstützte Beteiligungsformen der Anhörung und Einbindung von Meinungen und Vorschlägen der Bürger in Meinungsbildungsprozesse, typischerweise Planungsentscheidungen, Gesetzgebungsvorhaben etc. (dazu im Einzelnen unten S. 20 ff.), *E-Diskurs*, also Eröffnung und Moderation eines öffentlichen, elektronischen Meinungsaustausches zwischen mehreren Diskussionsteilnehmern, sowie als *E-Petition*, also Eröffnung der elektronischen Möglichkeit, sich mit Bitten oder Beschwerden an die Verwaltung zu wenden. Häufig werden auch *E-Wahlen*, also die elektronische Durchführung von verbindlichen demokratischen Willensentscheidungen, unter den Begriff der E-Partizipation gebracht. Da diese Formen jedoch nicht der Mitgestaltung und Herrschaftsteilnahme, sondern der unmittelbaren Sachgestaltung durch das Volk verschrieben sind, sind sie unter dem Oberbegriff der E-Demokratie besser als unter demjenigen der E-Partizipation verortet. Hohe Schnittmengen weist die E-Partizipation mit der Beteiligung, insbesondere der Öffentlichkeitsbeteiligung, auf. Dieser ist es um Mitwirkung, nicht um Mitgestaltung (wie im Falle der Partizipation) bestellt. Partizipation lässt sich jedoch als Beteiligung im weiteren Sinne verstehen. Vgl. zu den Begriffen (z. T. mit anderer Systematisierung) auch *Janda*, Open Government – Transparenz, Partizipation und Kollaboration als Staatsleitbild, in: Schliesky/Schulz (Hrsg.), Transparenz, Partizipation, Kollaboration – Web 2.0 für die öffentliche Verwaltung, 2012, S. 11 (30); *Roggenkamp*, Web 2.0 Plattformen im kommunalen E-Government, 2010, S. 56; *Rossen-Staffeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 65.

¹⁶ Zur begrifflichen Unterscheidung zwischen »Beteiligung« und »Partizipation«: *Rossen-Staffeld* (Fn. 15), § 29 Rn. 65.

¹⁷ Sieht man einmal von bestimmten Mindeststandards bei Internetanschluss, Prozessorleistung, Kapazität von Arbeitsspeicher, Festplatte, Laufwerken, Grafikkarte ab.

¹⁸ Adhocracy ist eine Open-Source-Software, die Gruppen die Möglichkeit gibt, auf einer Plattform in einem moderationsfreien Diskurs Vorschläge kooperativ zu erarbeiten und über sie abzustimmen. Diskurse können in verbindliche Entscheidungen oder Handlungsempfehlungen münden. Durch vielfältige Einstellungsoptionen und einen offenen Quellcode können die Nutzer die Software an die Bedarfe des jeweiligen Beteiligungsszenarios anpassen. Anwendungsbeispiele finden sich u. a. auf der offenen Beteiligungsplattform www.Adhocracy.de.

der Demokratie.¹⁹ 38 % der Wähler im Alter zwischen 28 und 29 Jahren sprechen E-Partizipation das Potenzial zu, Politikverdrossenheit zu bekämpfen.²⁰

Das Internet ist das freiheitlichste Kommunikationsforum, das die Menschheit je kannte.²¹ Es senkt die Transaktionskosten für die Sammlung und Verbreitung von Nachrichten sowie soziale Interaktionsprozesse im Vergleich zu herkömmlichen Verbreitungsmethoden drastisch.²² Das erhöht die Experimentierfreude und Innovationskraft des politischen Diskurses. Alle Habermas'schen Kriterien demokratischer Öffentlichkeit scheint es als Humus eines herrschaftsfreien Diskurses geradezu in Reinform zu verwirklichen: prinzipielle Zugangsoffenheit, Ebenbürtigkeit der Beteiligten, Offenheit der Themenwahl und Unabgeschlossenheit des Teilnehmerkreises²³. Es schafft neue geografisch und zeitlich entgrenzte Räume medienbruchfreier und transparenter, synchroner wie asynchroner sozialer Kommunikation. Dadurch verändert es die Reaktionszeiten des Handelns und den Aktionsradius der Handelnden. Es verändert auch die Art und Weise, wie Gruppen zusammenfinden. Menschen können sich im Internet organisieren, ohne auf die Strukturen überkommener Organisationen zurückgreifen zu müssen.²⁴ Eine neue »Kollektivität ohne geformte Kollektive«²⁵ entsteht.

Das verschiebt die Legitimationsarchitektur politischer Herrschaft. Bislang fest gefügte Macht- und Entscheidungsstrukturen brechen auf. Öffentlichkeit vollzieht sich stärker in der sozialen Interaktion der Beteiligten als in einem Dialog zwischen Medien und Politik. Die Selektions- und Transformatorenrolle der Medien verliert an Gewicht. Es kommt dadurch zu einer Pluralisierung von Sichtweisen und einer Parzellierung der Öffentlichkeit in Teilspähren. Jenseits von Parteien, Verbänden und klassischen Medien entstehen neue Strukturen der demokratischen Teilhabe. Sie erwecken die Vision enthierarchisierter politischer Kommunikation zu neuem Leben. Die Selbstorganisation des Netzes füllt dann mit Kommunikationsnischen eine politische Komplementärfunktion und eine Integrationsfunktion politischer Kommunikation aus.

Die demokratisierende Funktion des Internets kann so als Stimulus einer bürgerschaftlichen Teilhabe an der res publica wirken. Dieser Prozess ist in vollem Gange. Seine virale Dynamik erfasst den Raum

¹⁹ Pressemitteilung des Branchenverbandes BITKOM vom 7.11.2011; abrufbar unter http://www.bitkom.org/files/documents/bitkom_presseinfo_internet_demokratie_07_11_2011.pdf (Stand 16.4.2013).

²⁰ Forsa-Umfrage im Auftrag von Microsoft Deutschland (Fn. 3).

²¹ Vgl. BT-Drucks. 17/950, S. 1.

²² Die Meinungsbildung und Interaktion innerhalb einer Gruppe ist mit Aufwand und Kosten verbunden. Um diesen Aufwand gering zu halten, sind Organisationen traditionell hierarchisch strukturiert. Hierarchische Strukturen vereinfachen die Kommunikation und senken die Transaktionskosten von Interaktionsbeziehungen. Die neuen Koordinationsformen des Internets machen demgegenüber Koordinierungen möglich, die in den traditionellen Organisationsstrukturen mit zu hohem Aufwand verbunden wären. Das macht die Innovation und Entdeckungskraft möglich, die das Internet kennzeichnet. Denn mit den Transaktionskosten sinken die Risiken von Fehlschlägen und steigt umgekehrt die Bereitschaft zu experimentellen Arbeiten, die sonst wegen hoher Investitionskosten unterbleiben. So kehrt das Internet die klassischen Filterprozesse der Medienkommunikation nahezu um: In der überkommenen Medienwelt macht die Knappheit von Sendeplätzen und Verbreitungswegen das Vorgehen erforderlich: »Erst filtern, dann veröffentlichen«. Vor der Veröffentlichung wurde sorgsam ausgewählt, welche Nachricht die Öffentlichkeit erreicht. Im Internet gehen Nachrichten demgegenüber ungefiltert online, steht doch prinzipiell unbegrenzt »Sendezeit« zur Verfügung. Erst dann entscheidet die Internetöffentlichkeit via Abrufzahl, Verlinkungen und Weiterleitungen über ihre Prominenz. Es gilt der Grundsatz: »Publish, then filter« (Shirky [Fn. 24], S. 98). Ähnliches gilt auch für die Rolle politischer Meinungsführerschaft im Internet. Während sonst der Grundsatz gilt: »Gewählt werden, dann politische Inhalte konkretisieren«, gilt in der politischen Partizipation des Internets vereinfacht ausgedrückt: »Die Politik mitdenken, dann gewählt werden«; Bruns, Produktion: Von medialer zu politischer Partizipation, in: Bieber/Eifert/Groß/Lamla (Hrsg.), Soziale Netz in der digitalen Welt, 2009, S. 65 (78 f.).

²³ Vgl. dazu Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 10. Aufl. 1979, S. 263 ff.

²⁴ Shirky, Here Comes Everybody: The Power of Organizing Without Organizations, 2008, S. 151 f.

²⁵ Hoffmann-Riem, Neue Kollektivität im World Wide Web als Herausforderung für das Recht, JZ 2012, 1081 (1082).

politischer Kommunikation. Die Funktionslogik und Strukturbedingungen öffentlicher Diskurse beginnen, sich zu verschieben und das Verhältnis zwischen Staat und Volk neu zu definieren.²⁶

2. E-Partizipation als Teil des Konzepts einer Collaborative Governance

Den innovativen Interaktionsmöglichkeiten zwischen Staat und Bürger, die das Internet bietet, wohnt insbesondere die Chance inne, das in der Zivilgesellschaft schlummernde, bisher aber nicht abgerufene Potenzial bürgerschaftlichen Engagements zu heben. Sie können den in die Privatheit zurückgezogenen, sich der Politik abwendenden modernen Citoyen wieder in die Dramaturgie des politischen Theaters einbeziehen. Neben den Darstellern, die sich bereits ehrenamtlich auf der Bühne bürgerschaftlichen Engagements tummeln, wartet – so machen Freiwilligen-Surveys deutlich²⁷ – eine mindestens genauso große Zahl von zum Engagement Bereiten am Bühnenrand.

Im Idealfall verwandelt das Internet durch die Aktivierung von Gemeinwohlbeiträgen soziales in politisches Kapital. Darauf ist der Staat auch angewiesen. Er braucht Menschen, die Verantwortung übernehmen und Demokratie auf allen Ebenen mitgestalten. In einer komplexer werdenden Welt verfügt der Staat nicht über umfassendes Herrschaftswissen, das ihn zur Regelung aller Sachfragen befähigt. Das Ideenpotenzial ist breit gestreut, teilweise sogar bei den Regelungsadressaten monopolisiert. Das Internet kann es als transaktionskostenarmes Bindeglied durch Wissenstransfer zugänglich machen, wenn es gelingt, die Bürger zur Offenbarung ihres Sachwissens und ihrer Ideen zu aktivieren.

a) Grundphilosophie des Konzepts einer Collaborative Governance

In diesem Grundansatz spiegelt sich der Charme einer Collaborative Governance im Internet. Sie beschreibt Arrangements der Interaktion privater und staatlicher Akteure mit dem Ziel gemeinsamer Problembewältigung²⁸ bei Regelsetzung und -vollzug.²⁹ Sie bringt Private und den Staat im Interesse des bonum commune zusammen – auch, aber nicht nur, um eine konsensorientierte Entscheidungsfindung politischer Gestaltungsprozesses vorzubereiten. Dabei macht sie sich die Eigenrationalität, Selbststeuerungsfähigkeit und Innovationskraft gesellschaftlicher Teilsysteme als Steuerungsressource für staatliche Aufgaben zunutze. Collaborative Governance hat als staatswissenschaftlicher Topos die Diskussion der letzten 20 Jahre in den USA stark beeinflusst. Auf diese Weise hat sie auch Eingang in das Regierungsprogramm Obamas gefunden.³⁰

²⁶ *Almaier* bemerkt dazu treffend unter dem Titel »Noch mehr Demokratie wagen«, FAZ v. 15.10.2011, S. 35: Das sei im öffentlichen Bewusstsein »bislang [...] ebenso wenig verankert wie seinerzeit die Bedeutung von Liberté und Égalité im Bewusstsein des Ancien Régime am Tag vor dem Ballhauschwur«.

²⁷ *Klages*, in: Hill (Hrsg.), Bürgerbeteiligung, 2010, S. 11 (13).

²⁸ Enger insoweit die vielfach zitierte Definition von *Ansell/Gash*, Collaborative Governance in Theory and Practice, JPart 18 (2008), 543 (543): Sie verstehen die (konsensorientierte) Entscheidungsfindung als unverzichtbares Wesensmerkmal einer Collaborative Governance. Die gemeinsame Erreichung von Zielen – das Wesensmerkmal der Collaborative Governance - setzt jedoch nicht notwendig eine Entscheidungsfindung voraus.

²⁹ Vgl. auch die offene Definition von *Emerson et al*, Journal of Public Administration Research and Access 2011, S. 2; zu einer begrifflichen Annäherung an den Topos »Collaborative Government« siehe auch die Zusammenstellung bei *C. Bauer*, »Collaborative Governance« – ein neues Konzept für die Regulierung der europäischen Strom- und Gasmärkte?, Zeitschrift für Energiewirtschaft 34 (2010), S. 237 (240 ff.).

³⁰ Dort heißt es: »Government should be collaborative. [...] Executive departments and agencies should use innovative tools, methods and systems to cooperate among themselves, across all levels of Government, and with nonprofit organizations, business, and individuals in the private sector.«, *Obama*, Transparency and Open Government, abrufbar unter: http://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment (Stand 29.4.2013).

Collaborative Governance ist es nicht um eine Entzauberung des Staates bestellt. Vielmehr verfolgt sie einen Formenwandel staatlicher Steuerung³¹ mit dem Ziel bestmöglicher staatlicher Aufgabenerledigung durch Verantwortungs-³² und Gestaltungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft. Ihr geht es – verkürzt ausgedrückt – um mehr Governance und weniger Government³³, um mehr »Steuern« und weniger »Rudern«. ³⁴ Statt durch vertikal-hierarchische Steuerungsbeziehungen gestaltet sie Recht durch horizontale Koordinationsbeziehungen.³⁵ Sie löst die einseitige staatliche Steuerung gesellschaftlicher Akteure – soweit möglich – durch komplexe Interaktionsstrukturen ab. Dadurch öffnet sie hoheitliche Entscheidungskompetenzen für gesellschaftliche Gestaltungsinteressen und die Entscheidungsteilhabe Privater.³⁶ Staat und Private füllen Entscheidungsspielräume kooperativ in einer Weise aus, die die Entscheidungsfindung und das Entscheidungsergebnis im Idealfall von allen Bürgern tragen lässt. Ziel ist ein Dialog auf Augenhöhe und dessen Mehrwert für das Gemeinwesen: Der aktivierende Staat mobilisiert das endogene Gestaltungspotenzial der Gesellschaft. Er versteht den Bürger nicht als Empfänger am Ende einer Fertigungskette, sondern fördert seine Wahrnehmung von Gestaltungsaufgaben, bezieht ihn insbesondere als Koproduzenten in die Wertschöpfungskette des Gemeinwohls ein.³⁷ In diesem Konzept ist die moderne Verwaltung nicht mehr alleiniger Gralshüter des Gemeinwohls. Sie ist vielmehr Teil eines pluralen und arbeitsteiligen Schöpfungsprozesses funktionsgerechten Zusammenwirkens.³⁸ Collaborative Governance versteht den Bürger als Partner³⁹ und den Staat als offene Plattform, die auf Teilhabebeiträge angelegt ist und Amts- und Bürgerwissen im Interesse der Gemeinwohlförderung verwebt.⁴⁰ Dem liegt ein einfacher Gedanke zugrunde, den *Thomas von Aquin* früh mit den Worten ausdrückte: »Vereinte Kraft ist zur Herbeiführung des Erfolges wirksamer als zersplitterte oder geteilte.« Collaborative Governance will das Miteinander harmonisch orchestrieren. Sie firmiert deshalb bisweilen auch unter dem Begriff »Participatory Management«. ⁴¹

Die Kollaboration soll dank ihres Einreißens von Systemgrenzen neue Ideen und Initiativen hervorbringen, die sonst unentdeckt blieben. Die kommunikative Resonanz ihres Ideenverbunds speist im Idealfall eine Vielfalt von Interessen und Vorschlägen in den Entscheidungsprozess ein. Sie verbreitert die Wissensbasis von Entscheidungen und aggregiert Informationen über die Gestaltungsinteressen und -ideen der Bevölkerung.

³¹ So zu Recht *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999, S. 13 (18 f).

³² Vgl. dazu die Beiträge in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999.

³³ *Meister*, Institutionelle Verankerung von Dialog und Mediation, in: Warner (Hrsg.), *Das Beispiel Frankfurter Flughafen – Mediation und Dialog als institutionelle Chance*, 2003, S. 241 (243).

³⁴ In diesem Sinne die Losung der Staatsmodernisierung von *Osborne*, *Reinventing Government, Public Productivity & Management Review* 16 (1993), S. 349 (352).

³⁵ *De La Rosa/Kötter*, Governance(-forschung) im Kontext der Disziplinen, in: De La Rosa/ Höppner/Kötter (Hrsg.), *Transdisziplinäre Governanceforschung*, 2008, S. 11 (12).

³⁶ *Czerwick*, Verhandlungsdemokratie – ein Politikstil zur Überwindung von Politikblockaden, *ZPol* 1999, 15 (426 ff.).

³⁷ *Von Lucke*, Bürger-Koproduktion, in: Schwabe (Hrsg.), *Bürgerservices*, 2011, S. 277 ff.; *De La Rosa/Kötter* (Fn. 35), S. 12.

³⁸ *Hill/Martini*, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 2*, 2. Aufl. 2012, § 34 Rn. 72; *Martini*, Mediation und Gemeinwohl – eine Beziehungsanalyse, in: Seok/Ziekow (Hrsg.), *Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor*, 2010, S. 81 (91).

³⁹ *Hill*, in: Schückhaus (Hrsg.) *Kommunen in der Not, Wege aus der Krise*, 1996, S. 5 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu *Hill*, *Selbstverwaltung neu denken*, NordÖR 2011, S. 469 (471 ff.); *O'Reilly*, *Government as a Platform*, in: Lathrop/Ruma (Hrsg.), *Open Government. Collaboration, Transparency and Participation in Practice*, 2010, S. 11.

⁴¹ Vgl. *Ansell/Gash* (Fn. 28), 545.

b) Gemeinwohlkonzept und staatswissenschaftliche Einordnung: Collaborative Governance als Erscheinungsform kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung

Revolutionär neu ist das Konzept kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung durch Collaborative Governance nicht. In der Offline-Welt macht der Staat es sich längst intensiv zunutze. Im juristischen Diskurs firmiert Collaborative Governance unter dem Topos »Verantwortungsteilung«⁴² und »kooperatives Verwaltungshandeln«⁴³ bzw. kooperativer Staat,⁴⁴ der sich als Gegenmodell zu einem auf lineare Kommunikation und hoheitliche Subordination angelegten Staatsmodell versteht, in dem »oben« gedacht und »unten« gemacht wird.

Sichtbaren Niederschlag findet ihr staatswissenschaftliches Konzept in Formen (hoheitlich) regulierter (gesellschaftlicher) Selbstregulierung (etwa in Gestalt von Codes of Conducts und Selbstverpflichtungen, der Stadtteolförderung durch Business Improvement Districts⁴⁵ oder dem Entsorgungssystem »Duales System Deutschland«⁴⁶ oder Umweltaudits), kooperativer Normerzeugung (etwa im Wege des Corporate Governance Kodexes,⁴⁷ ferner Normungsverträgen im Sozialrecht) sowie der Einbindung Privater im Wege der Akkreditierung und Zertifizierung,⁴⁸ Public-private-Partnerships sowie Instrumenten der Mediation.⁴⁹

Neu ist aber: In der Online-Welt erschließt sich das Konzept eine neue Dimension, die ihren Grund-

⁴² Siehe dazu die Beiträge in: Schuppert (Fn. 32).

⁴³ Vgl. dazu etwa Benz, *Kooperative Verwaltung*, 1994; Dose, *Kooperatives Recht, Die Verwaltung* 27 (1994), S. 91 ff.; Schulze-Fielitz, *Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie*, in: Dose/Voigt (Hrsg.), *Kooperatives Recht*, 1995, S. 225 ff.; J.-P. Schneider, *Kooperative Verwaltungsverfahren*, *VerwArch.* 87 (1996), S. 38 ff.

⁴⁴ In einem weiteren Sinne bezeichnet das Konzept den Steuerungsansatz einer Beteiligung privater Akteure bei der Formulierung und Implementation von Recht; vgl. Trute (Fn. 31), S. 13 (37). Der Begriff der »Verantwortung« deutet dabei zugleich an, dass die Einbeziehung zivilgesellschaftlicher Kräfte in dem Konzept auch mit der Pflichtenstellung einer Verantwortungsübernahme einhergeht. Insoweit ist der Begriff der »Verantwortungsteilung« enger als derjenige des kooperativen Staates. Als Ebenen der Verantwortungsübernahme lassen sich insbesondere unterscheiden: die *Maßstabsverantwortung*, z. B. für die Einhaltung »allgemein anerkannter Regeln der Technik«, den »Stand von Wissenschaft und Technik«, ferner die *Vorbereitungsverantwortung* für staatliche Entscheidungen, etwa durch private Sachverständige oder Standortgutachten oder im Rahmen der medienrechtlichen freiwilligen Selbstkontrolle, ferner die *Verfahrensverantwortung* für die Gesamtkoordinierung eines Verfahrens z. B. durch immissionsschutzrechtliche Projektbeauftragte und Verfahrensbevollmächtigte (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 5 der 9. BImSchV), ferner die *Implementationsverantwortung* Privater, etwa bei Forschungszusagen der DFG oder der Kunstsubventionierung durch Private, die *Kontrollverantwortung*, etwa bei der Genehmigungsfreistellung für Bauvorhaben oder der Einbeziehung Privater in den Strafvollzug sowie die *Realisierungsverantwortung*, etwa im Falle des privaten Abfallentsorgungssystems »Duales System Deutschland«. Vgl. Voßkuhle, *Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999, 47 (69 ff.).

⁴⁵ Dazu etwa Kersten, *Business Improvement Districts in der Bundesrepublik Deutschland*, UPR 2007, S. 121 ff.; M. Huber, *Business Improvement Districts*, DVBl. 2007, 466 ff.; Martini, *Der öffentliche Raum zwischen staatlicher Aufgabenwahrnehmung und privater Initiative*, DÖV 2008, S. 10 ff. m. w. N.; Moeser, *BIDs und kommunale Governance*, 2011.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa Schmidt-Preuß, *Duale Entsorgungssysteme als Spiegelbild dualer Verantwortung: Von der Verpackungsverordnung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999, S. 195 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu etwa Augsburg, *Rechtssetzung zwischen Staat und Gesellschaft*, 2003, S. 303 ff.

⁴⁸ Dazu Bieback, *Zertifizierung und Akkreditierung*, 2008; Dimitropoulos, *Zertifizierung und Akkreditierung im internationalen Verwaltungsverband*, 2012; Immer, *Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen*, 2012; Martini, *Akkreditierung im Hochschulrecht*, *WissR* 41 (2008), 232 ff.; Pünder, *Zertifizierung und Akkreditierung*, *ZHR* 170 (2006), 567 ff.

⁴⁹ Vgl. dazu etwa die Beiträge in: Haft/von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl. 2009; Seok/Ziekow (Hrsg.), *Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor*, 2010.

gedanken ausweiten und perfektionieren kann: Das Internet ist ein universell zugänglicher Ort interaktiver Wertschöpfung informeller Kollektive.⁵⁰ Es schafft neue transaktionskostenarme soziale Räume kollektiver Kreativität und Interaktion.⁵¹ Gerade das Web 2.0 ist in seiner Architektur auf Kollaboration angelegt. Es nutzt das Internet als Plattform des Austausches sowie der Kommunikation und schafft damit einen offenen, interaktiven Marktplatz der Ideen.

Anders als im Konzept der Verantwortungsteilung in der Offline-Welt ist es der Collaborative Governance im Cyberspace weniger um staatlichen Rückzug und die Entbindung von Verantwortung bestellt als um die Aktivierung von gesellschaftlichen Gestaltungspotenzialen.⁵² Der Staat schöpft bewusst Wissensressourcen und kreative Kraft gesellschaftlicher Subsysteme ab. Er nimmt Private für Gemeinwohlzwecke in Dienst. Die Verwaltungsöffentlichkeit wechselt von der Rolle des Beobachters und Kontrolleurs zur Rolle des Mitgestalters und Programmierers und erfährt dadurch einen Funktionswandel.⁵³ Die Entscheidungsfindung wird ein Stück weit vergesellschaftet und pluralisiert.⁵⁴ Eine neue Architektur der Staatlichkeit und der Teilhabe des Einzelnen an der politischen Willensbildung entsteht. Darin drückt sich auch ein gewandeltes Staatsverständnis aus: Das Kooperationsgefüge ersetzt geschlossene Silostrukturen durch netzwerkartige Strukturen.

Womöglich wird das Internet, wenn seine Nutzen stiftenden Kräfte fruchtbar gemacht werden, das Handeln der Verwaltung stärker verändern, als es die Gesamtheit sämtlicher Verwaltungsreformen der vergangenen Jahrzehnte mit sich gebracht hat⁵⁵ – vorausgesetzt, es gelingt, das Aktivierungspotenzial der Bevölkerung zu erschließen, die politische Trägheit des modernen Biedermeiers zu überwinden, die Defizite zu kompensieren, die in der anonymen Welt des Cyberspace mit dem Wegbrechen des persönlichen Kontakts als psychologischem Erfolgsfaktor des Offline-Konsenses verbunden sind, sowie dysfunktionale Zweckentfremdungen partizipatorischer Gestaltungschancen zu begrenzen.

c) Typologie und Erscheinungsformen von Interaktionsformen einer Collaborative Governance in der Online-Welt

In der privaten Welt hat das Internet eine reiche Zahl an Erfolgsgeschichten kollaborativer Wissensproduktion hervorgebracht. Der Browser *Mozilla Firefox* sowie das Online-Lexikon *Wikipedia* stehen dafür paradigmatisch. Nach ihrem Vorbild machen sich Unternehmen das Wissen ihrer Kunden zur Perfektionierung ihrer Produkte über Social Media-Kanäle bereits intensiv dienstbar.

Auch für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft kann ein Wiki-Government⁵⁶ zur Grundlage einer Dialogdividende avancieren. So entwickeln sich gegenwärtig auch im öffentlichen Sektor bislang beispiellose Formen eines Miteinanders staatlicher und privater Akteure. Ihre Spielarten lassen sich zwei Funktionen zuordnen: der Wissensgenerierung (unten aa) und der Teilhabe an der Entscheidungsfindung (unten bb). Beide sind miteinander verwandt, folgen aber unterschiedlichen Logiken.

⁵⁰ Siehe dazu *Reichwald/Piller*, Interaktive Wertschöpfung, Open Innovation, Individualisierung und neue Formen der Arbeitsteilung, 2006.

⁵¹ Vgl. dazu im Einzelnen *Martini*, Wie viel Gleichheit braucht das Internet?, Netzneutralität zwischen kommunikativer Chancengleichheit und Infrastruktureffizienz, 2011, S. 27; *Hoffmann-Riem* (Fn. 25), 1081 ff.

⁵² Vgl. auch Fn. 44.

⁵³ *Rossen-Stadtfeld* (Fn. 15), § 29 Rn. 104.

⁵⁴ Vgl. *Rossen-Stadtfeld* (Fn. 15), § 29 Rn. 58 und 66; *Pitschas*, Verantwortungskoooperation zwischen Staat und Bürgergesellschaft. Vom hierarchischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat am Beispiel des Risikoverwaltungsrechts, in: *Sommermann/Ziekow* (Hrsg.), Perspektiven der Verwaltungsforschung, 2002, S. 223 (238 f).

⁵⁵ In diesem Sinne *Altmaier* (Fn. 26), S. 35.

⁵⁶ Der Begriff geht auf *Simone Noveck* zurück (*dies.*, WIKI-Government, 2009).

aa) Wissensgenerierung und Meinungssammlung als Zielsetzung – Wiki-Government

(1) Unmittelbar, insbesondere durch Bewertungs- und Beschwerdeportale

Die Möglichkeiten kollaborativer Wissensgenerierung erschließen vor allem Bewertungs- und Beschwerdeportale. Sie zapfen das in der Bevölkerung schlummernde Wissensreservoir über Missstände und Optimierungspotenzial etwa der Stadtentwicklung an, identifizieren Präferenzen sowie Lösungsansätze Betroffener und sammeln Vorschläge zur künftigen politischen Ausgestaltung ein.

Systematisch lassen sich Beteiligungsangebote von unten (Bottom-up, Citizen to Government) sowie Beteiligungsangebote von oben (top-down; Government to Citizen) unterscheiden.⁵⁷ Idealerweise verschmilzt Collaborative Governance beide Interaktionsformen. Beteiligungsplattformen, die aus der Mitte der Gesellschaft heraus entstehen, ihr partizipatives Angebot aber sowohl Bürgern als auch kommunalen Entscheidungsträgern bereitstellen bzw. auf amtliche Informationen oder Informationssysteme zurückgreifen, sind dafür beispielgebend.

Für Furore hat insoweit das Portal »www.fixmystreet.com« in Großbritannien gesorgt. Dort können Bürger die Verwaltung via Smartphone oder Web 2.0-Anwendungen auf Graffiti, Schlaglöcher in Straßen oder defekte Laternen hinweisen. Nach diesem Vorbild sind in Deutschland inzwischen zahlreiche Planungs- und Beschwerdeportale entstanden. Sie sind als Instrumente des Anliegen- und Mängelmanagements sowie dessen Monitoring dem Ziel der Verbesserung des örtlichen Gestaltungsumfeldes verschrieben. So etwa der Märker Brandenburg.⁵⁸ Jeder darf dort infrastrukturelle Schwachstellen im Stadtbild einer Gemeinde, etwa defekte Straßenlaternen, wilde Mülldeponien oder unnötige Barrieren für ältere Menschen, kartieren und auf diese Weise die Verwaltung auf Missstände aufmerksam machen. Eine Portal-Ampel weist den aktuellen Bearbeitungsstand der Verwaltungsbemühungen an.

Nach gleichem Muster arbeiten der Mängelmelder Rheinland-Pfalz (»www.rlp-maengelmelder.de«) sowie die privaten Portale »www.frankfurt-gestalten.de«, »www.nexthamburg.de«, »Mängelmelder.de«, »www.wheelmap.de«,⁵⁹ »Leerstandsmelder.de«⁶⁰ sowie »Radmelder.de«,⁶¹ das Unortkataster⁶² und zahlreiche Städtewikis.⁶³ Sie gründen auf die Idee einer kooperativen Entwicklung und redaktionellen Erschließung gemeinsamer Inhalte, erfassen, bündeln und publizieren vorhandenes fragmentiertes Wissen. Damit heben sie verborgene Wissensschätze über Optimierungspotenziale der eigenen Lebenswelt, die in der Bevölkerung schlummern. Denn die örtliche Bevölkerung ist Experte für die Identifizierung lokaler Problemfelder.

Nicht nur für die Stadtentwicklung, sondern auch für die Qualitätssicherung solidarisch finanzierter Leistungen können Bewertungsportale das Wissen und die Wachsamkeit der Bevölkerung fruchtbar

⁵⁷ Vgl. *Eixelsberger/Stember*, eGovernment – zwischen Partizipation und Kooperation, in dies. (Hrsg.): E-Government zwischen Partizipation und Kooperation, 2012, S. 3 (7 f.).

⁵⁸ Maerker.brandenburg.de/brandenburg (26.4.2013); dazu *Everding*, Maerker – eine echte Kooperation von Bürgern und Verwaltung, in: Hill (Hrsg.), Bürgerbeteiligung, 2010, S. 205 (206).

⁵⁹ Die Seite hat den Anspruch, rollstuhlgerechte Orte auf einer Karte auffindbar zu machen.

⁶⁰ Das Portal weist leer stehende Wohnungen aus.

⁶¹ Das Portal hat den Ehrgeiz, die Radwegeplanung durch Hinweise auf Schwachstellen und Verbesserungsmöglichkeiten zu verbessern und damit Gefahrenpunkte im Verkehr zur Vermeidung von Unfällen auszuweisen.

⁶² www.unortkataster.de (28.4.2013). Betreiber ist die Arbeitsgruppe »Attraktive Stadtgestaltung« der Initiative »Leitbild Köln 2020«. Es steht aber auch paradigmatisch für das wechselhafte Schicksal zahlreicher Partizipationsportale: Nach starker Frequentierung zu Zeiten seiner Entstehung hat es heute kaum noch aktive Nutzer.

⁶³ Siehe dazu und zu weiteren Beispielen von *Lucke*, Open Government – Öffnung von Staat und Verwaltung, in: ders. (Hrsg.), Entdeckung, Erkundung und Entwicklung 2.0: Open Government, Open Government Data und Open Budget 2.0, 2012, S. 53 (72 f.); *Zacharias/Höfer/Braun*, Stadt 2.0 – Wie Städte & Kommunen die kollektive Intelligenz ihrer Bewohner nutzen, wissensmanagement 2011, 27 ff.

machen. So heben *Arztbewertungsportale* öffentlich-rechtlicher Körperschaften, etwa der »AOK-Arzt-navigator«,⁶⁴ den Erfahrungsschatz von Patienten für die Arztwahl.⁶⁵ Es soll kostenträchtige Doppelbehandlungen infolge vermeidbaren Ärzte-Hoppings verringern. Privates Wissen und öffentlich-rechtliche Zielsetzung verschränken sich im Idealfall symbiotisch mithilfe einer informellen Metaanalyse von Erfahrungen.

Dem gleichen Ziel ist das staatlich finanzierte Portal »*Lebensmittelklarheit.de*« verschrieben. Es eröffnet Verbrauchern die Möglichkeit, die Öffentlichkeit auf täuschende Produktbezeichnungen und -beschreibungen für Lebensmittel aufmerksam zu machen. Der Betreiber des Portals prüft den Hinweis und macht ihn ggf. öffentlich. Das Internet ist dann nicht nur ein Kommunikationskanal, wie etwa beim »Pfleger-TÜV« (§ 115 Abs. 1a und 1b SGB XI), der »Tankstellen-App« (§ 47k GWB) oder anderen Formen staatlichen Informationshandelns.⁶⁶ Es ist auch Kollaborationskanal. Es macht den Bürger mittelbar zum Gehilfen und Wächter sachgerechter Erfüllung staatlicher Aufgaben. Die dadurch gewonnene emergente Qualität des Wissens soll private und staatliche Entscheidungen verbessern helfen. Solche Formen einer Open-Source-Governance bauen auf der Identifikation des Einzelnen mit seinem unmittelbaren Lebensumfeld und einer osmotischen Verschränkung staatlicher und gesellschaftlicher Problemlösungskompetenzen auf.⁶⁷

Der Staat macht sich damit die »Weisheit der Vielen«⁶⁸ zunutze. Jeder, der schon einmal »Wer wird Millionär?« gesehen hat, kennt das Phänomen. Nicht der Expertenjoker, sondern der Publikumsjoker ist dort regelmäßig der wertvollste.⁶⁹ Viel früher hat *Machiavelli* diese Erkenntnis in der Sache mit den Worten ausgedrückt: »Und sollte es [s. c. das Volk] sich auch manchmal täuschen, so wird dies so selten geschehen, daß sich eine kleine Anzahl Männer (...) viel öfter täuschen wird.« So lässt sich auch das Internet durch die Einbindung des in der Bevölkerung breit gestreuten Erfahrungswissens als Joker für die staatliche Gemeinwohntwicklung einsetzen. Der Bürger wirkt dabei als kreativer Ideengeber und

⁶⁴ <https://weisse-liste.arzt.aok-arztnavi.de> (28.4.2013).

⁶⁵ Siehe dazu im Einzelnen *Martini*, Ärzte auf dem Prüfstand – Bewertungsportal als innovatives Steuerungsinstrument des Gesundheitsrechts, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Innovationen im und durch Recht, 2010, S. 153 ff.

⁶⁶ Zu diesen siehe *Martini/Kühl*, Staatliches Informationshandeln im digitalen Zeitalter, DÖV 2013, 573 (576 ff.).

⁶⁷ *Bruns* (Fn. 22), S. 65 (79).

⁶⁸ Die »Weisheit der Vielen« beschreibt ein Phänomen der Entscheidungsqualität von Gruppen: Eine heterogene Gruppe individueller Menschen kann die Gesamtheit aller möglichen Ausgänge eines Ereignisses eher repräsentieren als einzelne Experten. Gelingt es der Gruppe, das Wissen der Gruppenteilnehmer zentral zu aggregieren, wird die Entscheidung im Zweifel besser sein als die Lösungsansätze ihrer einzelnen Mitglieder. Die Gruppe ist dann intelligenter und effizienter als der Einzelne in ihren Reihen. Nicht immer trifft aber eine Gruppe bessere Entscheidungen als wenige Experten, selbst wenn die Entscheidungen aggregiert werden. Eine »Weisheit der Vielen« stellt sich vielmehr nur unter bestimmten strukturellen Voraussetzungen ein: Es muss viele unterschiedliche Meinungen in der Gruppe geben (*Meinungsvielfalt*), jedes Gruppenmitglied muss seine Meinung unabhängig von den anderen einbringen (*Unabhängigkeit*; sie verhindert systematische Fehler in der Gruppe, die die Folge eines Herdenverhaltens der Gruppenmitglieder sein können; siehe die Beispiele bei *Send*, Die Weisheit der Vielen, in Schildhauer et al. (Hrsg.): Social Media Handbuch, 118 [109 f.]) und dabei unterschiedliche Erfahrungen und Wissensquellen heranziehen (*Dezentralisierung*). Die Weisheit der Vielen setzt mithin eine weitgehende Autonomie der Beiträge voraus. Es braucht auch ein Instrumentarium, das die einzelnen Meinungen und Tätigkeiten bündelt (*Aggregation*). Erfolgreiche Anwendung kann die Weisheit der Vielen in drei Bereichen finden: bei *Koordinationsproblemen* (Menschen mit widersprüchlichen Motiven müssen eine gemeinsame Regelung zum gemeinsamen Verfahren finden), *Kooperationsproblemen* (eine Gruppe von Personen mit einem gemeinsamen Interesse muss eine optimale Organisationsform zur Erreichung des gemeinsamen Ziels finden) und *Kognitionsproblemen* (die sich durch eindeutig identifizierbare Lösungen auszeichnen). Dazu *Surowiecki*, Die Weisheit der Vielen, 2. Aufl. 2007, S. 55 f.; *Send*, a. a. O., S. 104 (106).

⁶⁹ Das gilt aber nicht unbegrenzt, sondern umso eher, je mehr es sich um in der Gruppe verstreutes Allgemeinwissen und umso weniger, je mehr es sich um spezialisiertes Expertenwissen handelt. Denn nur dort weiß die Masse etwas mit einer hohen Wahrscheinlichkeit, wo der Einzelne versagt. Wird aber das Wissen zur Ausnahme, geht es im Rauschen der Unwissenheit unter. »Schwarmintelligenz« ist insofern weniger bessere Erkenntnis als stochastische Auswertung verstreuten Wissens.

wirksamer Kontrolleur an der staatlichen Gemeinwohrentwicklung mit. Das Wirkungsfeld ist denkbar weit. Es reicht von der Qualitätssicherung und Serviceverbesserung behördlicher Leistungen über die Korruptionsprävention⁷⁰ bis zur Städteplanung. Verwaltungen werden sich das Instrument vermehrt nutzbar zu machen suchen.

Rechtlich unsensibel sind solche Wiki-Portale allerdings keineswegs – nicht nur datenschutz- und haftungs-, sondern auch grundrechtlich. Von ihnen gehen grundrechtliche Beeinträchtigungen, etwa des Persönlichkeitsrechts und ggf. der Berufsfreiheit der Bewerteten aus. Entsprechend setzt ihr Betrieb durch staatliche Stellen eine gesetzliche Grundlage voraus – ferner eine sachgerechte Abwägung des öffentlichen Informationsinteresses mit den Grundrechten Betroffener. Den Staat trifft eine besondere Ausgestaltungs- und Überwachungsverantwortung für das Portal. Dem leicht möglichen Missbrauch und der Schmähkritik muss er im Interesse der betroffenen Berufsfreiheit und Persönlichkeitsrechte begegnen und die Aktualität der Daten gewährleisten. Sachliche Richtigkeit der Ergebnisse nach den Maßstäben des Glykol-Beschlusses muss er aber nicht gewährleisten. Die Portale sind ein Vermittlungskanal aggregierter Bürgermeinungen, keine zu eigen gemachte Amtsinformation. Die Meinungen der Bürger sind auf ihren objektiven inhaltlichen Richtigkeitsgehalt auch nicht überprüfbar, allenfalls auf die Richtigkeit der Ergebnisaggregation.⁷¹

(2) Mittelbar: Big Data und Social Media Analytics – Datenanalyse und Steuern mit Zahlen

Je mehr sich der Cyberspace zum universellen Umschlagplatz sozialer Interaktion entwickelt, umso tiefere Einblicke in das Seelenleben der Bevölkerung und alltägliche Kommunikations- und Präferenzmuster eröffnet er. Noch nie zuvor in der Geschichte der Menschheit ließ sich das ganze private und kollektive Denken sowie Fühlen so umfassend analysieren und nachzeichnen. Das Web legt über öffentliche Kommunikationskanäle wie *Twitter* Präferenzen der Bevölkerung, Trends und schwelende Konfliktherde sowie Eskalationspotenziale offen. Es ist ein Stimmungsbarometer und Frühwarnsystem politischer Kommunikation, dessen vernetzter Datenschatz als digitale Echokammer der Gesellschaft wertvolle Informationen zur Generierung von Mehrwert zurückspielen kann. Durch die Auswertung dieses Fundus kann es auch den Bürger mittelbar in die staatliche Aufgabenerfüllung einbeziehen, etwa in die öffentliche Bedarfsermittlung und -planung. So ist die Sentimentanalyse unterdessen zu einem Instrument professioneller Auswertung sozialer Interaktion avanciert.

Gerade mobile Anwendungen eröffnen bislang ungeahnte Möglichkeiten kooperativen Verwaltungshandelns: Durch Auswertung von Handy-Standortdaten lassen sich in *Smart Cities* Staus und typische Unfallherde erfassen und vorhersagen, Verkehrsströme lenken, Parkplätze bewirtschaften und Nahverkehrssysteme sowie die Energieversorgungsplanung optimieren – aber auch mittelbar Präferenzartikulationen der Bevölkerung erfassen und typische Verhaltensmuster erkennen, deren Analyse Potenziale einer Gemeinwohntwicklung heben kann. Haushaltsgeräte,⁷² Fahrzeuge und Maschinen mit eignen IP-Adressen, die miteinander kommunizieren können, das sog. »Internet der Dinge«, erschließen neue Wege des Flotten- und Herstellungsmanagements, moderner Notruf- und Katastrophenvorsorgesysteme, des Energiesparens und der Versorgungsplanung als Bausteine eines Mobile Government. Viele Städte setzen das Internet bereits als Sensorium zur Optimierung der Daseinsvorsorgeleistungen ein, etwa Rio de Janeiro, New Songdo in Südkorea oder Cyberyaja in Malaysia.

Die Aggregation der durch Vernetzung entstehenden Datenmengen (sog. *Big Data*) macht eine Ver-

⁷⁰ Siehe dazu *Heine/Proske*, Eröffnung von Korruptionsmomenten durch Open Government, *Die Verwaltung* 45 (2012), S. 546 (554 ff.).

⁷¹ Siehe dazu ausführlich *Martini* (Fn. 65), 178 ff.

⁷² Vgl. *Wagner*, Datenschutz in Connected Homes, in: Peters et al. (Hrsg.), *Innovativer Datenschutz*, 2012, S. 205 ff.

knüpfung zu neuen Informationsgehalten sowie eine komfortable und schnelle Analyse von Optimierungspotenzial möglich. Designmuster für Algorithmen durchforsten das virtuelle Chaos nach Korrelationen und spüren dort verdeckte Zusammenhänge sowie Muster auf, die Rückschlüsse erlauben und Herrschaftswissen generieren, das sich der Staat nutzbar machen kann. Aus der Auswertung von Vergangenheitsdatenmyriaden lassen sich mit Hilfe moderner Rechnerkapazitäten und Analysetechnologien erstaunlich präzise Vorhersagen für künftiges Verhalten treffen. Big Data kann damit die Datengrundlage für politische Entscheidungen verbessern, Planungen unterstützen und Verwaltungsleistungen an den Ort ihres größten Bedarfs befördern, etwa auch die öffentliche Sicherheit durch Predictive Policing erhöhen, also Einsatzkräfte auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeitsanalysen an den Ort voraussichtlicher Gefahrenherde lenken.⁷³

Big Data setzt – gestützt auf eine Einwilligung oder eine gesetzliche Auswertungserlaubnis – einen Mitwirkungsbeitrag des Bürgers, nämlich seine Daten voraus. Insoweit handelt es sich auch um Collaborative Governance i. w. S.

Big Data ist mehr als das Steuern mit Zahlen. Big Data gilt als das Datengold des 21. Jahrhunderts. In der privaten Welt hat es sich zum Megatrend gemausert. Der durch sie ermöglichten punktgenauen Marktforschung, Optimierung von Prozessabläufen und bedarfsgerechten Steuerung der Produktion eilt längst der Ruf voraus, den genetischen Code einer vierten industriellen Revolution in sich zu tragen. Auch der Staat wird das Potenzial zur Verbesserung der Datengrundlage seiner politischen Entscheidungen zu nutzen versuchen.

Aber: So groß die Chancen sind, so groß ist auch das Missbrauchspotenzial. Der Datenschutz ist die Achillesferse von Big Data. Zwar ist Big Data nicht »Big Brother«. Es arbeitet mit anonymisierten oder jedenfalls pseudonymisierten Daten. Das geltende Recht lässt das, so etwa für Geolokalisationsdienste in § 98 Abs. 1 S. 1 TKG, durchaus schon in weitem Umfang zu. Anonymisierung (§ 3 Abs. 6 BDSG) löst den Personenbezug auf, an den die Schutzfunktion des Datenschutzrechts anknüpft. Aber auch anonymisierte Daten können unter Umständen durch ihre massenhafte Verknüpfung und Filterung mit Hilfe von Big Data-Technologien Rückschlüsse auf konkrete Personen zulassen, individuelle Lebensgewohnheiten offen legen und Lebensentwürfe vermessbar machen. Aus den Verbindungsdaten von zwei Wochen lassen sich bspw. Bewegungsprofile und aussagekräftige Vorhersagen über das künftige Verhalten eines Menschen herstellen – auch eine neue Überwachungsarchitektur errichten und eine Tyranis der Daten begründen. Big Data-Technologien können wie digitale Waffen eingesetzt werden, die der Gefährlichkeit konventioneller Waffen nahe kommen.

Nur wenn der Bürger Vertrauen in die ausschließlich gemeinwohlorientierte, die eigene Persönlichkeitssphäre achtende Verwendung seiner Daten hat, die ihn nicht lediglich zum Datenlieferanten eines informatorischen Panoptikums zu degenerieren droht,⁷⁴ wird auch »Public Big Data« eine Chance haben. Das setzt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Konkretisierung und Begrenzung derjenigen Zwecke voraus, die für eine Datenanalyse offen stehen.

bb) Teilhabe an der Entscheidungsfindung als Zielsetzung: Online-Konsultation als Herzstück der E-Partizipation

Die Möglichkeiten der Collaborative Governance bleiben bei dem Ziel der Wissensgenerierung nicht stehen. Ideen- und Planungsportale gehen darüber hinaus. Sie zielen auf eine Teilhabe an staatlicher Entscheidungsfindung. Ihr Paradefall ist die Online-Konsultation. Sie bildet die wohl wichtigste Spielart

⁷³ Vgl. zu Anwendungsfällen *M. U. Müller/Rosenbach/Schulz*, Die gesteuerte Zukunft, *Der Spiegel* 20/2013, S. 65 (69 f.); zur Kritik *Weichert*, *ZD* 2013, 251 (253 ff.).

⁷⁴ *Zuboff*, Seid Sand im Getriebe!, *FAZ* v. 24.6.2013, S. 27.

der E-Partizipation. Genau wie andere Formen der E-Partizipation adressiert sie (wiewohl die Konsultation im allgemeinen Sprachgebrauch die Beratung durch einen Fachmann bezeichnet) nicht nur Experten, sondern alle Interessierten. Sie versteht sich als gemeinsamer Lern- und Abstimmungsprozess. In ihr verschmelzen interaktive Web 2.0-Anwendungen zu einem strukturierten, multilateralen Angebot einer Einbindung der Öffentlichkeit in politische Entscheidungsprozesse.⁷⁵ Die Online-Konsultation stellt eine Wechselbeziehung zwischen Entscheidungsträgern und Betroffenen her, die eine frühzeitige Antizipation und Einbeziehung von Einschätzungen sowie Entscheidungsalternativen in einem laufenden Planungs- oder Entscheidungsprozess ermöglicht, Transparenz politischer Entscheidungen sowie Verständnis für politische Entscheidungsprozesse und ihre Komplexität herstellt sowie Konflikte einer sachlichen, von Akzeptanz getragenen Lösung zuführen kann. Sie versteht sich als offene Schnittstelle,⁷⁶ über die der gesellschaftliche Diskurs mit innovativen Ideen in die staatliche Willensbildung bruchfrei eingespeist werden kann.

Online-Konsultation will dabei regelmäßig⁷⁷ mehr sein als die maßstabsgetreue Übersetzung von Offline-Kommunikation in die Online-Welt. Sie will auch mehr sein als der Vollzug dessen, was Meinungsumfragen längst ermittelt haben. Sie sucht nach neuen, zeitlich und örtlich entkoppelten Formen der Interaktion zwischen Bürger und Staat.

3. Referenzprojekte auf den verschiedenen Stufen des Mehrebenensystems

In den USA nimmt die Online-Partizipation – ausgehend von einem anderen Verfassungsverständnis⁷⁸ – eine wichtige Rolle bei der Ausfüllung untergesetzlicher Normkonkretisierungsspielräume ein.⁷⁹ Das US-amerikanische Recht unterstellt den Ergebnissen elektronischer Partizipationsprozesse das Potenzial zur sachgerechten, repräsentativen Spiegelung der Bürgerinteressen. Auch diesseits des Atlantiks finden sich (wenn auch etwas mit anderem Rollenzuschnitt) Anwendungsfälle von Online-Konsultationen auf allen Stufen des Mehrebenensystems – von den Kommunen bis zur Europäischen Union.

a) Aktivierung bürgerschaftlichen Engagements in kommunalen Angelegenheiten

Das lebendigste Experimentierlaboratorium elektronischer Beteiligungsinstrumente sind die Kommunen. Getreu dem Leitgedanken »Demokratie vor der Haustür« lässt sich hier ein wahrer Boom partizipativer, internetbasierter Gestaltungsinstrumente beobachten.

⁷⁵ Vgl. dazu Roggenkamp (Fn. 15), S. 57.

⁷⁶ Vgl. zur Bedeutung offener Schnittstellen für die Entwicklung von Collaborative Governance-Leistungen von Lucke (Fn. 63), S. 65.

⁷⁷ Als Form einer Übersetzung klassischer Präsenzversammlungen in die Online-Welt haben sich sog. CityCamps etabliert. Interessierte melden sich dort auf einer Konferenzplattform zur Teilnahme an und können anschließend mit anderen Diskutanten in einen offenen Dialog treten. CityCamps verstehen sich dabei als eine besondere Form von BarCamps, die die Entwicklung einer Stadt oder Region zum Gegenstand haben.

⁷⁸ Zu den Bedenken und Schranken auf der Grundlage des deutschen Demokratieverständnisses S. 29 ff. und S. 46 ff.

⁷⁹ Vgl. etwa Farina/Miller/Newhart/Vernon, Rulemaking in 140 Characters or Less: Social Networking and Participation in Online Rulemaking, *Law & Social Networking*, 31 *Pace L. Rev.* 382 (2011); Farina/Heidt/Newhart, Rulemaking v. Democracy: Judging and Nudging Rulemaking – Participation That Counts, 2 *Mich.J. Envtl & Admin. L.* 1 (2012).

Geradezu ein Klassiker ist der Bürgerhaushalt.⁸⁰ Unter der Losung »Wir rechnen mit Ihnen«⁸¹ soll er neue Investitions- und Einsparmöglichkeiten im Dialog mit den Bürgern auf einer Internetplattform freilegen, sei es die Abschaltung von Ampelanlagen in der Nacht, sei es die Verringerung der Dienstwagenflotte oder die Implementierung kostenschonender Energieeffizienzmaßnahmen an öffentlichen Einrichtungen. Er sammelt damit Impulse und Ideen der Bürger ein und lenkt Aufmerksamkeit auf deren Innovationspotenzial. Jeder kann Vorschläge für alternative Ressourcenverwendungen unterbreiten und damit an der Haushaltsplanung teilhaben. Der Rat selektiert die Vorschläge im Anschluss und bezieht sie in seine Erwägungen ein. Die Integration in Entscheidungsprozesse stärkt die Transparenz des Prozesses der Haushaltsfindung und steigert in der Bevölkerung das Bewusstsein für Sparzwänge sowie die Kollisionslage, in der die Gemeinden bzw. ihre Ratsmitglieder als legitimierte Entscheidungsträger stecken. Sie verbessert die Identifikation mit dem örtlichen Umfeld und fördert Sparpotenziale zutage, die den Repräsentativorganen des Rates mitunter verborgen blieben. Auch wenn der Bürgerhaushalt die Bürger an der Haushaltsplanung teilhaben lässt, gesteht er ihnen aber keine Entscheidungsgewalt zu. Eine solche wäre auch mit der gesetzlich zugewiesenen Budgetverantwortung des Rates als Gravitationszentrum der gemeindlichen Willensbildung nicht vereinbar.

Hat es das Instrument des Bürgerhaushalts auch schon länger in der Offline-Welt gegeben, gehen kommunale Planungsportale, wie z. B. »meinLB.de« oder die Lärmaktionsplanung für die Stadt Essen »www.Essen-soll-leiser-werden.de« (vgl. § 47d Abs. 3 BImSchG), insoweit weiter: Sie verknüpfen die Interaktivität und Visualisierungs-Möglichkeiten moderner Web 2.0-Applikationen mit etablierten Modellen der Einbindung von Bürgern in die planerische Gestaltung ihres unmittelbaren Lebensumfeldes. Sie eröffnen damit individuelle Gestaltungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten der Bürger, deren Mobilisierungspotenzial vor allem auf die niedrigen Zugangshürden des Angebots und das Interesse des Einzelnen an der Gestaltung seines örtlichen Wirkungskreises gründet.

b) Online-Befragung des Landes Nordrhein-Westfalen zu Studienbedingungen

Auch die Länder entdecken das Internet zusehends als Sensorium der Rückkopplung für sich. Mit seiner Hilfe ist etwa das nordrhein-westfälische Wissenschaftsministerium mit den Studierenden in einen Dialog über ihre Studienbedingungen getreten.

Das Beteiligungskonzept »Besser-Studieren.NRW« war zweigleisig angelegt: Zunächst ermittelte es durch eine Blitzumfrage die Studierendenzufriedenheit. In einem Diskussionsforum konnten die Studierenden ihr Studium anschließend anhand voreingestellter, aber auch selbst aufgestellter Thesen bewerten. Ihre Bewertungen mussten sie mit einem Kommentar begründen. Die Ergebnisse der Online-Befragung sind in das Bologna-Memorandum »Erfolgreich studieren in Nordrhein-Westfalen« eingeflossen. Es sah Maßnahmen zur Sicherung der Studierbarkeit und Qualität der Lehre, zur Mobilität und Anerkennung von Studienleistungen und zum Übergang Bachelor/Master vor, die sich an die Forderungen der Studierenden in dem Online-Dialog anlehnen.

In ähnlicher Weise hat das Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur des Landes Mecklen-

⁸⁰ Vgl. etwa die Web-Sites <https://buergerhaushalt.stadt-koeln.de/2013/>; <https://www.buergerhaushalt-stuttgart.de>; ähnliche Angebote halten etwa die Städte Bonn, Erfurt, Essen, Jena, Leipzig, Münster und Potsdam vor. Vertiefend dazu *Tischler*, Rechtsfragen der Bürgerpartizipation mittels Web 2.0 Anwendungen – das Beispiel Bürgerhaushalt, in: Schliesky/Schulz (Hrsg.), *Transparenz, Partizipation, Kollaboration – Web 2.0 für die öffentliche Verwaltung*, 2012, S. 69 (75 ff.).

⁸¹ Motto des Bürgerhaushalts des Berliner Bezirks Lichtenberg; vgl. <http://www.buergerhaushalt-lichtenberg.de/verfahren-im-detail> (Stand 15.4.2013).

burg-Vorpommern im Sommer 2012 sein Theater- und Orchesterkonzept einer Online-Konsultation unterworfen.⁸² Sie steht zugleich Pate für eine wenig sachdienliche Umsetzung des Konsultationskonzepts: Die Verteilungskonflikte, die von einem Theater- und Orchesterkonzept ausgehen, bedingen Maßnahmen gegen Missbrauch und Verfälschung der Ergebnisse. Diese hat die Konsultationsplattform aber nicht vorgesehen. Selbst eine Anmeldung zum Portal war für die Teilnahme an der Befragung nicht erforderlich. Das delegitimiert auch ihre Ergebnisse.

c) Online-Konsultation auf Bundesebene im Rahmen des EnWG bzw. NABEG

Auf der Ebene des Bundes ist die E-Konsultation noch ein zartes Pflänzchen, das aber wächst. Konsultationen zur Netzpolitik sowie zum Entwurf eines Bürgerportalgesetzes zogen bereits erste Aufmerksamkeit auf sich.⁸³ Sehr jungen Datums ist die öffentliche Konsultation des Netzentwicklungsplans. Sie ist eines der wenigen Anwendungsfelder, in denen sich überkommene formelle Beteiligungsverfahren explizit und verpflichtend⁸⁴ für neue Online-Verfahren öffnen. Ihr Bestreben ist es nicht, klassische formelle Beteiligungsverfahren ersetzen. Sie will sie ergänzen.

Die Online-Konsultation »Netzentwicklungsplan.de« stellt diejenigen im Zuge der Energiewende erforderlich werdenden Planungen zur bedarfsgerechten Optimierung, Verstärkung und zum Ausbau des Übertragungsnetzes (insbesondere der Nord-Süd-Stromtrassen) öffentlich zur Diskussion, die in den nächsten zehn Jahren für einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb erforderlich sind (§ 12b Abs. 1 S. 2 EnWG). Sie lädt alle Interessierten dazu ein, zu Entwurfsdokumenten elektronisch Stellung zu nehmen und ihre Expertise sowie ihre Interessen auf diese Weise einzubringen (§ 12b Abs. 3 S. 1 und 2 EnWG).⁸⁵ Die Stellungnahmen werden ausnahmslos im Internet veröffentlicht und sind damit für jedermann transparent und nachvollziehbar. Die Übertragungsnetzbetreiber sind gesetzlich verpflichtet, sich mit den Stellungnahmen auseinanderzusetzen, namentlich in einer zusammenfassenden Erklärung dokumentieren, wie sie die Ergebnisse der Beteiligungen berücksichtigen und aus welchen Gründen sie bestimmten Planungsmöglichkeiten nach Abwägung den Vorzug gegeben haben (§ 12b Abs. 4 EnWG). Die Bürger machen jedoch von dem Angebot nur sehr spärlich Gebrauch; es sind nur sehr wenige Stellungnahmen von Privatpersonen eingegangen. Wahrscheinlich ist die Planungsstufe zu abstrakt⁸⁶ und das Thema zu sehr auf sachverständigen Rat angelegt. Daran wird beispielhaft deutlich: Je konkreter die Planungsstufe und je klarer die individuellen Betroffenheiten, umso eher verspricht eine Online-Konsultation Ertrag.

d) Online-Konsultationen der Europäischen Kommission

Auch auf europäischer Ebene hält die E-Partizipation Einzug in den politischen Willensbildungsprozess.

⁸² Vgl. dazu www.regierung-mv.de/cms2/Regierungsportal_prod/Regierungsportal/de/bm/_Aktuelles_Blickpunkte/Theater-_und_Orchesterstruktur_weiterentwickeln/index.jsp (26.5.2013).

⁸³ Vgl. dazu die Übersicht über bisher abgehaltene Konsultationen unter www.e-konsultation.de (15.6.2013).

⁸⁴ Möglichkeiten fakultativer Nutzung elektronischer Informationstechnologie eröffnet das gesetzliche Handlungsrepertoire bereits an zahlreichen Stellen, z. B. in § 4a Abs. 4 BauGB.

⁸⁵ An die Vorlage des Entwurfs der Übertragungsnetzbetreiber schließt sich eine Prüfung des Netzentwicklungsplans durch die Bundesnetzagentur an, die ebenfalls eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorsieht (§ 12c Abs. 3 S. 1 EnWG).

⁸⁶ Der Netzentwicklungsplan enthält keine geografisch exakten Trassen. Er zeigt vielmehr den Übertragungsbedarf zwischen Anfangs- und Endpunkten an und entwickelt Vorschläge, wie die Übertragungsbedarfe gedeckt werden können.

Unter der Überschrift »Ihre Stimme in Europa« nutzt die Kommission ihre Rolle als Hüterin des unionalen Initiativmonopols, um sich für die Online-Konsultation stark zu machen. Bereits im Jahr 2001 hat sie in einem Weißbuch interaktive Politikgestaltung, die eine breitere Beteiligung der Zivilgesellschaft am politischen Entscheidungsprozess sichert, als Teil ihres Verständnisses guten Regierens formuliert: »Wie gut, sachgemäß und wirksam die Politik der Union ist, hängt« nach ihrem Verständnis »davon ab, inwieweit die Akteure in die Politikgestaltung einbezogen werden.«⁸⁷ Die Teilhabe im Wege der Konsultation soll politische Öffentlichkeit herstellen, die Bürger Europas einander in einem strukturierten Dialog näher bringen und ihre Rolle im politischen Prozess stärken. Sie macht die Verwaltungs- und Politikgestaltungsabläufe für die Außenwelt sicht- und nachvollziehbar, bindet die Öffentlichkeit als Katalysator der Politikvermittlung und der Entscheidungsfindung in der Demokratie ein und kann dadurch im Idealfall das Vertrauen in die gefundene Entscheidung und die Politik der Institutionen stärken. Die Kultur des Dialogs soll frühzeitig widerstreitende Forderungen und Prioritäten offen legen und zu ihrem sachgerechten Ausgleich beitragen. Sie zielt auf eine Input-Legitimation, die Anregungen im Wege prozeduraler Rationalität in den politischen Gestaltungsprozess einspeisen und damit die Entscheidungsbasis verbreitern sowie Entscheidungsergebnisse verbessern soll. Ihren normativen Niederschlag haben diese Ansätze in Art. 11 Abs. 1-3 EUV gefunden. Sie erklären Anhörungen sowie den offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit der Zivilgesellschaft zum Handlungsprinzip der Union.

Die konkrete Umsetzung der digitalen Bürgerbeteiligung via Online-Konsultation gestaltet sich dreistufig: Ein Konsultationspapier informiert die Bürger vorab via Internet über ein konkretes Politikvorhaben. Diese bzw. eine bestimmte Gruppe ausgewählter Adressaten⁸⁸ können das Papier dann kommentieren, dazu Fragen stellen oder sich mit Alternativvorschlägen einbringen. Auf dieser Grundlage entwickelt die Kommission das Papier weiter.

Die Online-Konsultation hat sich als fester Partizipationsbaustein europäischer Politikentwicklung institutionalisiert. Angesichts des Demokratiedefizits der EU steht sie allerdings im Verdacht, lediglich ein Feigenblatt auf das schwache demokratische Fundament der Union zu legen.⁸⁹

4. Herausforderungen und Gefahren der E-Partizipation

Der Boom von Online-Konsultationen und anderen Formen einer Einbindung der Öffentlichkeit in politische Gestaltungsprozesse stößt nicht überall nur auf Wohlgefallen. Insbesondere der Verwaltung schmeckt der als Cocktail gereichte Trend aus »Transparenz, Kollaboration, Partizipation«⁹⁰ nicht uneingeschränkt.⁹¹ Die Angst vor Kontrollverlust und die Sorge vor der Erosion von Herrschaftswissen

⁸⁷ *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Europäisches Regieren – ein Weißbuch, KOM(2001) 428, S. 9 f.; im Jahr 2005 folgte der so genannte »Plan D für Demokratie, Dialog und Diskussion«, der die Möglichkeiten der Sammlung von Rückmeldungen verbessern und zielgenau zusammenführen sollte, (KOM(2005) Nr. 494 endg. Die in der Mitteilung KOM(2002) 704 grundgelegten Mindeststandards für Konsultationen sowie ein Register für Akteure der europäischen Zivilgesellschaft hat die Kommission im Jahr 2007 im Grünbuch »Europäische Transparenzinitiative« weiter konkretisiert, KOM(2007) Nr. 127.

⁸⁸ Im ersten Fall spricht man von offener, im zweiten Fall von beschränkter Konsultation.

⁸⁹ Kritisch zum demokratisierenden Gehalt unionaler Online-Konsultationen *Hüller*, Demokratisierung der EU durch Online-Konsultationen, FJNSB 2008 (21), 73 (79): »Eine signifikante Partizipative Demokratisierung findet durch Online-Konsultationen nicht statt«.

⁹⁰ Siehe dazu etwa *Die Bundesregierung*, Regierungsprogramm »Vernetzte und transparente Verwaltung«, 2012, S. 57; *Seckelmann/Bauer*: Open Government, e-Democracy und Legitimation: Zur politischen Willensbildung im Zeichen des Web 2.0, in: Hill/Schliesky, Die Vermessung des virtuellen Raumes, 2012, S. 325 (327 ff.); *Janda* (Fn. 15), S. 11 ff.

⁹¹ Vgl. zu der Einstellung der Verwaltungen gegenüber elektronischen Angeboten der Bürgerbeteiligung die empirischen Erhebungen des Branchenkompasses 2012 Public Services, 2012, S. 21 ff. Während Formen von Bürgermeldungen via

und Entscheidungsgewalt im überkommenen Arkanbereich der Verwaltung können inneren Widerstand erzeugen.⁹²

E-Partizipation verläuft quer zu den etablierten Kommunikationsstrukturen der Verwaltung. Sie setzt vertikalen Hierarchiebeziehungen einen Verwaltungsstil partnerschaftlich horizontaler Kommunikationsbeziehungen entgegen. Ein kreatives Chaos trifft auf eine formalisierte Ordnung; »trial and error« wirbelt fest gefügte, auf Abschichtung und Entscheidungsstabilität angelegte Systeme durcheinander. Der Verwaltungsbetrieb wird weniger berechenbar und rastloser. Echtzeit-Partizipation ist anfällig für situative Stimmungsschwankungen und Selbstverstärkungseffekte der Gruppeninteraktion und steht in der Gefahr, bei einer Fokussierung auf Gegenwartsströmungen die Langfristigkeit des Entscheidungshorizonts mitunter aus den Augen zu verlieren. Aber nicht nur das: E-Partizipation verlangsamt und verkompliziert auch Entscheidungsprozesse. Sie setzt Blockadeanreize und gibt Gruppenegoismen Entfaltungsraum. Nicht zu jedem Thema sind Laien zu qualifizierten Beiträgen befähigt. E-Partizipation kann den Wahlkampf zum Dauerzustand machen und damit die Effizienz- und Effektivitätsvorteile einer Arbeitsteilung sowie Professionalisierung der Entscheider, die ein repräsentatives System bei der Lösung komplexer Sachfragen in großen Flächenstaaten auszeichnen, gegen eine stete Vereinnahmung des Einzelnen für den demokratischen Kommunikationsraum eintauschen.

Mindestens genauso gefährlich ist aber Ignoranz oder Ahnungslosigkeit gegenüber den Partizipationsinteressen der Bevölkerung und den Chancen des Netzes.⁹³ Der Geist ist aus der Flasche. Er lässt sich nicht wieder einfangen.

Kann der Geist der Partizipationskultur aber auch Potenzial des Protests in Gold des Gemeinwohls verwandeln? Kann die ungebundene Entfaltung von Egoismen das Gemeinwohl fördern, ist insbesondere dann, wenn alle an sich selbst denken, am Ende wirklich auch an alle gedacht?

Das Gemeinwohl ist mehr als die Summe von Einzelinteressen. Es ist aber auf die Einspeisung von privaten Interessen jedenfalls als Wissensressource angewiesen. Unterbleibt das, verfehlt der Filterungsprozess der Abwägung das bonum commune. Denn erst in der Symbiose widerstreitender öffentlicher und privater Interessen entsteht als Produkt einer Abwägung Gemeinwohl und erst im Wettstreit der Meinungen erblüht Demokratie in voller Vitalität.

Eine solche kooperative Gemeinwohlkonkretisierung macht zusätzliche Gestaltungspotenziale dezentraler Entscheidungsfindung und der Optimierung gesellschaftlicher und staatlicher Ordnungszustände sichtbar. Die Verwaltung teilt dabei ihre Findungs- und Deutungskompetenz mit nicht-staatlichen Akteuren.⁹⁴ Staatliche und gesellschaftliche Problembewältigungskompetenz verschränken sich symbiotisch. Die Bürgermitwirkung fördert als Resonanzboden die Transparenz und Nachvollziehbarkeit politischer Entscheidungsprozesse. Sie stärkt bei dem Einzelnen das Bewusstsein, aktiv an der Gestaltung seiner Lebenswelt mitzuwirken. Die Produktion von Gemeinwohl erfolgt nicht linear im Wege obrigkeitsstaatlicher Festlegung, sondern in einem vernetzten evolutionären und iterativen Prozess horizontalen Regierens und Verwaltens. Das Gemeinwohl wird nicht vorgefunden. Es wird entwickelt. Das Web 2.0 läutet damit eine neue Ära kollektiver Interaktivität ein. Es aktiviert insbesondere auch solche (junge) Bürger für die gemeinsamen Gestaltungsaufgaben der res publica, die nie eine Informationsveranstaltung im Rathaus oder eine Bürgerversammlung aufsuchen, geschweige denn coram publico das

Maerker.de (85 %) sowie Meinungsumfragen (73 %) und Bürgerforen (65 %) in den Verwaltungen insgesamt auf überwiegende Zustimmung stoßen, unterstützen lediglich knapp 53 % der Verwaltungen Bestrebungen eines Open Government.

⁹² Zu den Erkenntnissen der insoweit bestehenden sozialpsychologischen Forschung vgl. etwa *Rossen-Stadtfeld*, »Open Government« – Transparenz und Rechenschaftslegung gegenüber der Öffentlichkeit als Impuls für staatliche Innovationen, in: Hill/Schliesky (Hrsg.) *Innovationen im und durch Recht*, 2010, 225 (229 f.).

⁹³ Ähnlich auch der Grundtenor von *Heckmann*, *Perspektiven des IT-Einsatzes in der öffentlichen Verwaltung*, Die Verwaltung 2013, S. 1 (16).

⁹⁴ *Rossen-Stadtfeld* (Fn. 15), § 29 Rn. 58.

Wort ergreifen würden.⁹⁵ Ihnen bietet das Internet eine offene Artikulationsbühne, die eine situative Teilhabe »der kurzen Wege« an der politischen Inszenierung ermöglicht.

Sie mobilisiert die Wachsamkeit und Kontrolle demokratischer Öffentlichkeit, stärkt das Vertrauen in die staatlichen Institutionen sowie den gesellschaftlichen Zusammenhalt, die Identifikation mit dem Gemeinwesen und erhöht die Akzeptanz von Entscheidungen. Damit trägt sie einer grundlegenden psychologischen Erkenntnis Rechnung: Wer an einer Entscheidung mitwirken konnte, ist eher geneigt, ihre Ergebnisse zu akzeptieren, auch wenn sie ihm widerstreben.

5. Erfolgsvoraussetzungen und Schranken der Online-Partizipation

Eine Online-Schwalbe macht noch keinen Partizipationssommer. Die Quantität von Online-Konsultationsverfahren ist nicht mit ihrer partizipatorischen Qualität identisch. Ihr Erfolg ist an Strukturvoraussetzungen (unten a – c) geknüpft.⁹⁶

a) Nutzerorientierung und Responsivität

E-Partizipation ist nur so gut wie ihr Mobilisierungspotenzial. Erst wenn die Angebote bei den Nutzern auf ein hinreichendes Maß an Nutzungsakzeptanz⁹⁷, Nutzungszufriedenheit und Nutzungsintensität stoßen, kommt den im Wege einer Kollaboration gewonnenen Ergebnissen die hinreichende Schlagkraft und der notwendige Rückhalt in der Bevölkerung zu. Nur dann wird ihnen auch eine legitimationsvermittelnde Identität zuteil und sind die dafür eingesetzten Mittel gerechtfertigt.

Das bedingt Nutzerorientierung. Die Instrumente müssen so gestaltet sein, dass sie auf die Bedürfnisse der Bevölkerung antworten, eine Wirkung der Beteiligung erkennbar werden lassen und das in ihnen steckende Potenzial demokratischer Beteiligung sachgerecht entfalten, ohne Enttäuschungspotenzial aufzubauen. Sie müssen daher deutlich machen, wie sie mit den partizipativen Beiträgen der Bürger umgehen. Es muss insbesondere klar werden, ob und wie die Beteiligungsbeiträge Berücksichtigung finden. Erforderlich ist eine respektvolle und faire Auseinandersetzung mit jedem Beitrag. Ein behördliches Mängelmelde-Portal⁹⁸ etwa, das dem Bürger keinerlei Rückmeldung zum Stand der Bearbeitung und zu den Plänen der Verwaltung zukommen lässt, erweist sich als visualisierter Ausweis staatlicher Handlungsschwäche und Torpedierung der Bürgerzufriedenheit. Ohne strukturierte Reflexion der Partizipationsbeiträge und definierte Implementationspfade bleibt E-Partizipation eine Schaufensterveranstaltung, die schnell zu einem politischen Ritual verkommt.

⁹⁵ Die Hemmung vieler Menschen, vor einem größeren Publikum zu sprechen, senkt die Beteiligungsbereitschaft gerade sachlich orientierter, zurückhaltender Bürger mit konstruktiven Ideen. Die Online-Partizipation dämpft diesen Effekt, indem sie eine Diskussionsteilhabe im Schutze der Anonymität ermöglicht.

⁹⁶ Vgl. zu ähnlichen strukturellen Anforderungen an die Standardsetzung *Hallström*, Organizing the Process of Standardization, in: Brunsson/Jacobsson, A World of Standards, 2000, S. 85 ff.

⁹⁷ Vgl. etwa die insoweit ernüchternden Ergebnisse mancher Bürgerhaushalte, <http://www.buergerhaushalt.org/de/article/gemeinden-beklagen-niedrige-beteiligung-%E2%80%93-kaarst-taunusstein-und-s%C3%BCdlohn> (21.5.2013).

⁹⁸ Vgl. dazu oben S. 15.

Das impliziert klare Spielregeln zu Ablauf, Gegenstand, Zeithorizont, örtlicher Teilnahmeberechtigung und Ergebnisrelevanz.⁹⁹ Eine übersichtliche thematische Strukturierung, eine sich an den Bedürfnissen der Nutzer orientierende usability des Angebots¹⁰⁰ und die Transparenz der Kommunikationspolitik gehören zu den Schlüsselfaktoren erfolgreicher Bürgerpartizipation. Das macht E-Partizipation anspruchsvoll, insbesondere personal- und ressourcenintensiv.

b) Relevanz und Repräsentativität digitaler Teilhabe

Partizipation drängt nach Einspeisung in den politischen Willensbildungsprozess. Das setzt eine ergebnisoffene Durchführung der Beteiligung, insbesondere bestehende Gestaltungsspielräume, voraus. Die Würfel der Entscheidung dürfen nicht bereits gefallen sein, bevor der Partizipationsprozess startet.

Wer damit ernst macht, muss auch unliebsame Überraschungen einkalkulieren. Diese Erfahrung hat etwa *Obama* im Präsidentschaftswahlkampf sammeln müssen. Seine »Open-for-Questions-Campaign« wollte von den Wählern Rezepte und Wünsche für die zukünftige Politik abfragen. An die erste Stelle schaffte es nicht etwa die Senkung der Arbeitslosigkeit oder der Abbau des Haushaltsdefizits, sondern mit klarem Abstand der Vorschlag, Marihuana in den USA zu legalisieren. Dafür wollte *Obama* nun gerade nicht stehen. Spott und Hohn ergossen sich über seine Kampagne.¹⁰¹

Erfolgreiche E-Partizipation muss alle Beteiligten mit ihrem Wissen und ihrer Erfahrung in ihrer jeweiligen Rolle einbeziehen. Sollen die Partizipationsergebnisse als Wille des Volkes eingespeist werden,¹⁰² müssen sie aber repräsentativ sein. Sonst wächst einzelnen Beiträgen ein unangemessenes Gewicht zu. Minderheiten können die Mehrheit vor den Karren ihrer eigenen Interessen spannen. Das einträchtigt dann auch die Akzeptanz der Ergebnisse.

Die Gleichheit der Zugangschancen entpuppt sich als elementare Erfolgsbedingung für E-Partizipation. Hier liegt ihr konzeptionelles Dilemma. Denn die Teilhabechancen sind ungleich verteilt. Internetgestützte Bürgerbeteiligung kann gegenwärtig nicht alle Zielgruppen in ausgewogener Weise erreichen. Es tun sich digitale Gräben auf – und zwar aus technischen (unten aa), demografischen (unten bb) und gesellschaftlichen (unten cc) Gründen.

⁹⁹ Vgl. Mitteilung der Kommission, Hin zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs, KOM(2002) 704 endg., S. 18 ff.

¹⁰⁰ Umfassend zu den damit verbundenen rechtlichen Herausforderungen *Martini/Fritzsche*, Zwischen Öffentlichkeitsauftrag und Gesetzesbindung: Zum Dilemma deutscher Behörden bei der Einbindung privater Social-Media-Werkzeuge und Geodatendienste in ihre Internetangebote, *VerwArch.* 104 (2013), 449 (450 ff.).

¹⁰¹ Vgl. dazu *Send* (Fn. 68), S. 118 (115 f.); *Edelmann et al.*, Collaboration for Open Innovation Processes in Public Administrations, in: Charalabidis/Koussouris (Hrsg.), *Empowering Open and Collaborative Governance*, 2012, S. 21 (29). Ähnliche Ergebnisse förderte auch die Initiative einiger Theater- und Opernhäuser zutage, ihren Spielplan bzw. einzelne Stücke daraus via Online-Voting zu bestimmen. Die Ergebnispräsentation übertitelte das Thalia Theater selbst mit der Schlagzeile: »Kunst und Demokratie passen einfach nicht zusammen«, http://www.thalia-theater.de/h/spielplanwahl-2012_2013_52_de.php (21.5.2013). Prägnant das Echo im Deutschland-Radio Kultur: »Es war eine schmerzliche Lektion für die Freunde der angewandten Spielplandemokratie am Thalia-Theater, denn das Voting spülte nicht Schiller, Goethe, Shakespeare auf die vorderen Ränge, sondern eine Heavy-metal-a-capella-Show namens „Peers Heimkehr“, und - ... „Die Erbsenfrau“, ein grandios zugedrohtes Schauspiel über Elvira, die in ihrem Labor den perfekten Mann aus Erbsen züchten möchte. Die Aktivität einer Facebook-Gruppe hat dann auf den letzten Metern ein Stück von Friedrich Dürrenmatt auf Rang 1 katapultiert: "Die Ehe des Herrn Mississippi", eine symbolbefrachtete Komödie aus dem Jahr 1952«, vgl. <http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/fazit/2073392/> (21.5.2013).

¹⁰² Eine solche Anforderung überfordert jedoch das Konzept der E-Partizipation. Denn sie soll Wahlen nicht ersetzen; sie soll auch nicht den Willen des Volkes als solchen ermitteln. Vielmehr soll sie Probleme und Lösungsvorschläge eruieren, die in den politischen Willensbildungsprozess eingespeist werden. Auch hierfür ist eine Repräsentativität sinnvoll, da sich nur so die ganze Bandbreite von Ideen und Konzepten der Bürgerschaft abbilden lässt, aber nicht essenziell. Ausführlicher dazu im folgenden Text.

aa) Technischer Graben

Die Bevölkerung trennt ein technischer Graben: Nicht überall in Deutschland ist das Internet mit einer Bandbreite verfügbar, die komplexere Web 2.0-Technologien für alle zugänglich macht. Hochleistungsfähige Breitbandanschlüsse (sog. Highspeed-Internetzugang über 50 Mbit/s) für kurze Ladezeiten auch von Podcasts, Videoblogs und anderen audiovisuellen Materialien stehen gerade einmal etwas mehr als der Hälfte der Haushalte zur Verfügung.¹⁰³ Ländliche Regionen, insbesondere in Ostdeutschland, sind von einem leistungsfähigen Internetanschluss sogar vielfach vollständig abgeschnitten. Betroffen sind davon immerhin rund 30 % der Bevölkerung.¹⁰⁴ Der technische Zugang zum Internet begrenzt die Chance zur Teilhabe am digitalen Fortschritt und an politischer Online-Partizipation.

bb) Demografischer Graben

Noch tiefer als der technische ist der demografische Graben. Er verläuft zwischen internetaffinen Online-Nutzern und den älteren Generationen. Internetaffine sind jung, vermögend, im Zweifel männlich und im Westen Deutschlands zu Hause. Ältere, Ärmere, Frauen und Ostdeutsche hinken in der Internetnutzung demgegenüber hinterher.¹⁰⁵ Jede zweite Frau in Deutschland über 50 Jahre nutzt das Internet nicht bzw. nahezu nicht.¹⁰⁶ 23,5 % der Deutschen sind überzeugte »Offliner«.¹⁰⁷

Die Topografie des digitalen Grabens verschiebt sich zwar. Aber seine Einebnung vollzieht sich langsam. Konventionelle Informations- und Kommunikationskanäle dürfen solange jedenfalls nicht abgeklemmt werden. E-Partizipation kann diese nur als Teil eines Mehrkanalangebots ergänzen, nicht aber ersetzen. Sie erreicht obendrein nicht alle Wirkungsdimensionen, die eine persönliche Begegnung mit ihren vielfältigen Facetten des Dialogs von Angesicht zu Angesicht und der Begegnung vor Ort möglich macht. Entscheidend ist ein angemessener Kommunikationsmix eines »Blended Government«¹⁰⁸, der als zweistufiger, mit einer Online-Beteiligung startender und in eine Offline-Diskussion mündender Prozess seine Synergien in der Regel am besten entfaltet.

cc) Intellektueller Graben

Der tiefste und nachhaltigste digitale Graben ist ein intellektueller Graben. Er verläuft zwischen bildungsnahen und bildungsfernen Gesellschaftsschichten. Die digitale Nutzung korreliert signifikant mit dem Grad formaler Bildung.¹⁰⁹ Das Internet ist das Sprachrohr der Intellektuellen. Die Bildungselite versteht es, das Netz für ihre Zwecke als Kommunikationsmedium einzusetzen.¹¹⁰

¹⁰³ *Initiative D21*, D21-Digital-Index, 2013, 2013, S. 26.

¹⁰⁴ Für ländliche Regionen, insbesondere im Osten Deutschlands, liegt die Verfügbarkeit der Breitbandklasse ≥ 6 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) bei knapp über 70 %, vgl. *TÜV Rheinland*, Bericht zum Breitbandatlas Ende 2012 im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi), 2012, S. 11 ff.

¹⁰⁵ Siehe dazu *Initiative D21* (Fn. 103), S. 22 ff.

¹⁰⁶ Pressemitteilung der Initiative D21 vom 22.4.2013.

¹⁰⁷ *Initiative D21* (Fn. 103), S. 28, 70 f.

¹⁰⁸ Treffend *Heckmann* (Fn. 93), 19.

¹⁰⁹ *Initiative D21* (Fn. 103), S. 23.

¹¹⁰ *Kubicek et al.*, Medienmix in der lokalen Demokratie. Die Integration von Online-Elementen in Verfahren der Bürgerbeteiligung, Teil I, Oktober 2007, S. 43 ff. Abrufbar unter http://www.ifib.de/publikationsdateien/Medienmix_Endbericht_Teil_I_kap1-4_fin.pdf (20.9.2012).

Bürgerbeteiligung ist bereits in der Offline-Welt sozial selektiv. Sie überrepräsentiert Engagierte, gut Situierte mit dickem Zeitpolster. Online-Partizipation verstärkt diese Tendenz. Insbesondere ist die kommunikative Gleichberechtigung, die das Internet in seiner demokratisierenden Funktion vordergründig ermöglicht,¹¹¹ von einer Vielzahl an ungleich verteiltem kulturellem Kapital abhängig: von dem Wissen, wie man Informationen beschafft, aus- und bewertet, von dem Geschick im Umgang mit Interaktionsformen und -regeln und der Fähigkeit, sie zur Verbreitung der eigenen Meinung einzusetzen. Die Verheißung der Zugangsgleichheit des Internets ist deshalb allenfalls formal vorhanden.

Unter diesen Vorzeichen droht elektronische Bürgerbeteiligung zu einer Oligarchie von »expert citizen« zu degenerieren. Eine meinungsstarke und gut organisierte Avantgarde kann diese dann für ihre Zwecke instrumentalisieren.¹¹² Der empirische Befund scheint dies zu untermauern: Nur eine kleine Minderheit von Nutzern gestaltet das Online-Partizipationsangebot.¹¹³ Die ganz überwiegende Nutzerzahl agiert nicht. Sie rezipiert. Zu der Gruppe der digital Engagierten zählen gegenwärtig lediglich 15 % der deutschen Bevölkerung, während die digitalen Beobachter und die digital Unbeteiligten die deutliche Mehrheit repräsentieren.¹¹⁴

Wer als Netznutzer unerfahren ist und sich auf der Webseite einer Online-Konsultation nicht gleich zurechtfindet, der wird seine Aktivität dort trotz anfänglichen Elans im Zweifel alsbald einstellen. Im schlimmsten Fall stärkt Online-Partizipation dann nicht die Bürgerteilhabe, sondern verlagert das bestehende Engagement nur als Nullsummenspiel auf ein neues, manche Gruppen systematisch exkludierendes Medium.

Aus diesen Risiken erwächst das Gebot, E-Partizipation möglichst niederschwellig und barrierearm zu gestalten.¹¹⁵ Sie muss besonderen Anforderungen an die Benutzerfreundlichkeit entsprechen. Den Staat trifft eine Verantwortung für die Sicherung chancengleicher Kommunikationsteilhabe.¹¹⁶ Doch auch sie kann an einem nichts ändern: Online-Partizipation gewährleistet keine umfassende Interessenwahrnehmung und -verarbeitung. Ihre Ergebnisse sind nicht repräsentativ. Eine Durchsetzungssymmetrie der Artikulationsmöglichkeiten lässt sich im Internet nicht erzwingen.

c) Rechts-, insbesondere datenschutzkonformer Betrieb

Neben den digitalen Gräben tun sich auch datenschutzrechtliche Repräsentativitätshemmnisse auf. Die Bürgerportale arbeiten mit Pseudonymen. Das verlangt ihnen auch § 13 Abs. 6 TMG ab. Die Pseudo-

¹¹¹ Vgl. oben S. 2.

¹¹² Auf europäischer Ebene verstärkt sich dieses Negativpotenzial angesichts der unterschiedlichen Internetverfügbarkeit in ärmeren und reicheren EU-Staaten und der primär englischsprachigen Durchführung der EU-Online-Konsultationen, die Sprachbarrieren für bildungsschwächere Bürger errichtet.

¹¹³ Vgl. auch *Neubauer et al*, ICT as the Facilitator of Postmodern and Empowered Forms of Citizenship: Myth and Reality?, in: Charalabidis/Koussouris (Hrsg.), Empowering Open and Collaborative Governance, 2012, S. 223 (236 f.).

¹¹⁴ *IPIMA*, eGovernment Monitor 2012, S. 14; vgl. auch *Janda* (Fn. 15), S. 37; *Schenk/Jers/Gözl*, Die Nutzung des Web 2.0 in Deutschland, 2013, S. 207 f.

¹¹⁵ Zur barrierefreien Gestaltung der Internetauftritte und Internetangebote der Träger öffentlicher Gewalt § 11 Abs. 1 Behindertengleichstellungsgesetz i. V. m. § 3, Anl. 1, Anl. 2 Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung sowie die entsprechenden Vorschriften der Länder.

¹¹⁶ *Rossen-Stadtfeld* (Fn. 15), § 29 Rn. 32. Er spricht auch von einem »Gebot allseitig gesicherter Zugangs- und (kommunikativer) Beteiligungsmöglichkeiten«; *Pitschas*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 219 (239) hat treffend den Begriff »Kommunikationsverantwortung« in die Diskussion eingeführt.

nymisierung erschwert Portalbetreibern die übermäßige Sammlung personenbezogener Daten. Sie öffnet aber Mehrfach-Registrierungen und manipulierenden Zugriffen, insbesondere einem Astroturfing,¹¹⁷ Tür und Tor. Diese verfälschen gerade bei emotional aufgeladenen Themen das Meinungsbild. Auch eine Authentifizierung durch E-Mail-Aktivierung kann das nicht ausschließen. Denn sie hindert die Nutzer nicht daran, sich mit unterschiedlichen E-Mail-Adressen mehrfach anzumelden.¹¹⁸

aa) Datenschutz

Eine Rückverfolgbarkeit der Konsultationsbeiträge durch eine Identitätsprüfung bei Registrierung wäre zwar wünschenswert und rechtlich möglich. Denkbar sind insbesondere ein Post-ident-Verfahren, der Identitätsbestätigungsdienst nach § 6 De-Mail-Gesetz oder die Identifizierung via eID-Funktion des Personalausweises (§ 18 PAuswG).¹¹⁹ Von ihnen gehen aber eine Zugangshürde und ein Einschüchterungseffekt aus, der die Partizipationsbereitschaft schnell erstickt. Die Sorge vor Zweckentfremdung von Daten und dem gläsernen Bürger kann die Nutzungsbereitschaft der Bürger untergraben.¹²⁰

(1) Cookies

Als Ausweg aus dem Dilemma zwischen Anonymitäts- und Identifizierungsrisiken setzen die Portalbetreiber vielfach Cookies ein. Cookies sind kleine, auf dem Nutzerrechner gespeicherte Programmcodes, die Informationen über die Person und das Verhalten des Nutzers preisgeben. Sie erlauben insbesondere die Wiedererkennung von IP-Adressen und Browsern, mit denen sich der Nutzer im Cyberspace bewegt. Das macht sie sensibel. Cookies bereiten namentlich eine Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten unmittelbar vor. In Verbindung mit der Angabe des Namens oder eines anderen Identifizierungsmerkmals, z. B. einer E-Mail-Adresse, lassen sie einen Rückschluss auf die Person des Nutzers zu.

(a) Anforderungen des deutschen TMG

Eine Einwilligung verlangt *das deutsche Recht* dem Betreiber für das Setzen von Cookies als solches bislang nicht ab. Vielmehr lässt es – in Abweichung von dem Grundsatz des § 12 Abs. 1 S. 1 TMG – für Cookies eine Unterrichtung des Nutzers zu Beginn des Nutzungsvorgangs (§ 13 Abs. 1 S. 2, § 15 Abs. 3 S. 2 TMG) sowie eine Widerspruchsmöglichkeit¹²¹ (§ 15 Abs. 3 S. 1 TMG) ausreichen. Der Portalbetreiber darf dann mit ihrer Hilfe für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien pseudonymisierte Nutzerprofile erstellen, die ihm Auskunft über das

¹¹⁷ Astroturfing (Astroturf® ist ein amerikanischer Markenname für Kunstrasen) bezeichnet politische Marketingstrategien, die den Eindruck einer spontanen, unbeeinflussten öffentlichen Meinungsbildung aus der Mitte der Gesellschaft (Graswurzelbewegung) heraus erwecken, tatsächlich aber zentral durch organisierte Lobbyinggruppen gesteuert sind.

¹¹⁸ In diesem Sinne auch *Roggenkamp* (Fn. 15), S. 232.

¹¹⁹ Eine Authentifizierung im E-Mail-Verfahren ist zwar schonender, schließt aber Mehrfach-Registrierungen nicht aus.

¹²⁰ Dementsprechend ist auch der BGH in seinem »Spickmich«-Urteil (BGH, NJW 2009, 2888 [2892]) davon ausgegangen, dass bei Bewertungsportalen das Interesse des Bewerteten an der Individualisierung des Bewertenden hinter dem Schutz der Freiheit eines breiten Kommunikationsprozesses zurücktritt, wenn andernfalls aus Furcht vor negativen Konsequenzen Selbstzensur zu befürchten ist. Eine solche Befürchtung ist gerade bei Online-Diskussionen der öffentlichen Hand naheliegend, wo doch die Sorge, zum gläsernen Bürger zu mutieren, in der Gesellschaft nach wie vor fest verankert ist.

¹²¹ Diese richtet sich gegen die pseudonymisierte Erstellung von Nutzungsprofilen, die das Gesetz für Cookies grundsätzlich gestattet.

Nutzungsverhalten vermitteln.

Will der Betreiber einen persistenten Cookie im Verlaufe der Dienstenutzung mit dem Namen oder einem anderen personenbezogenen Identifizierungsmerkmal verknüpfen, ist er dafür zusätzlich an die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 S. 1 TMG gebunden: Er darf die Daten einzelnen Personen als personenbezogene Daten nur zuordnen, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen oder um sie abzurechnen. Letzteres scheidet bei Online-Partizipationsangeboten aus, Ersteres nicht. Die Erhebung personenbezogener Nutzungsdaten¹²² kann für die Inanspruchnahme von online bereitgestellten Partizipationsangeboten erforderlich sein.¹²³ Öffentlich-rechtliche Partizipationsangebote sollen einen transparenten, unverfälschten und nach Möglichkeit repräsentativen Austausch zwischen Verwaltung und Bürger herstellen. Um dies zu ermöglichen, ist die Re-Identifizierung der Nutzer mithilfe eines Cookies von dem Erlaubnistatbestand des § 15 Abs. 1 TMG gedeckt.

Anderes gilt hingegen für die Analyse des Abstimmungsverhaltens, die ein Cookie ermöglicht. Diese ist für die bedarfsgerechte Gestaltung des Dienstes selbst weder erforderlich noch zweckdienlich. Will das Bürgerportal diese Daten gleichwohl erheben, ist das nur zulässig, wenn die Daten nicht mit der Person des Nutzers verbunden werden und keinen Rückschluss auf sie zulassen. Eine Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 S. 2 TMG und ein Widerspruchsrecht des Nutzers genügen dann insoweit nicht. Es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Einwilligung des Nutzers.

(β) Anforderungen der E-Privacy-Richtlinie und ihre unmittelbare Wirkung im deutschen Recht für behördliche Portalbetreiber

Das *Unionsrecht* geht unterdessen über das telemedienrechtliche Pflichtengefüge des deutschen Rechts hinaus. Es verlangt – über die Unterrichtungspflicht des § 13 Abs. 1 S. 2 TMG und die Widerspruchsmöglichkeit des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG hinaus – allgemein (insbesondere unabhängig von der Personenbeziehbarkeit der Daten) auch für das Setzen von Cookies grundsätzlich eine Einwilligung des Nutzers. So sieht es Art. 2 Nr. 5 der E-Privacy-Richtlinie vor.¹²⁴ Jede nicht zwingend notwendige Speicherung von Daten auf dem Endgerät des Nutzers bzw. deren Nutzung ist danach an eine Einwilligung geknüpft. Die allgemeine Zustimmung durch entsprechende Browsereinstellungen genügt dafür nicht. Erwägungsgrund Nr. 66¹²⁵ der Richtlinie 2009/136/EG scheint diese Möglichkeit zwar vorsichtig anzudeuten. Auch er setzt aber eine den Erfordernissen einer Einwilligung (im Sinne der Europäischen Datenschutzrichtlinie) entsprechende Willensbekundung voraus, die »für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt« (Art. 2 lit. h. der Richtlinie 95/46/EG). Die E-Privacy-Richtlinie (insbesondere der Erwägungsgrund Nr. 66) will nicht von den Anforderungen an eine Einwilligung dispensieren, sondern stellt diese Möglichkeit einer Einwilligung durch Browsereinstellungen unter den Vorbehalt einer wirksamen, auf den Einzelfall bezogenen Einwilligungserklärung. Die in Deutschland gängigen Web-Browser ermöglichen eine solche gegenwärtig nicht in einer technisch den Maßstäben an eine Einwilligung genügenden Weise. Wer eine Web-Seite aufruft, ist sich insbesondere weder der Tatsache bewusst noch

¹²² Nutzungsdaten sind insbesondere Merkmale zur Identifikation des Nutzers (§ 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TMG). Nur auf solche bezieht sich § 15 Abs. 1 TMG unmittelbar, nicht auf Inhalts- oder Bestandsdaten. Vgl. auch Fn. 142.

¹²³ Vgl. *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 5a.

¹²⁴ Richtlinie 2009/136/EG, ABl. EG Nr. L 337/30 v. 18.12.2009, S. 11 ff. Sie ändert Art. 5 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2002/58/EG). Vgl. dazu auch *Martini/Fritzsche* (Fn. 100), 449 (466).

¹²⁵ »Wenn es technisch durchführbar und wirksam ist, kann die Einwilligung des Nutzers zur Verarbeitung im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG über die Handhabung der entsprechenden Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung ausgedrückt werden.«

selbstredend damit einverstanden, dass der Betreiber der aufgerufenen Webseite seine Aktivitäten auslesen kann.

Deutschland hat die E-Privacy-Richtlinie bislang nicht umgesetzt, obwohl die Umsetzungsfrist bereits zum 25.5.2011 ausgelaufen ist. Gesetzesentwürfe, die eine wörtliche Übernahme der Richtlinie vorsehen¹²⁶, haben die parlamentarischen Hürden nicht genommen.

Richtlinien entfalten zwar keine horizontale Drittwirkung zwischen Privaten.¹²⁷ Sie begründen für diese keine Pflichten, sondern Rechte. Sie binden aber den Staat – und damit behördliche¹²⁸ Portalbetreiber – bei ihrem Handeln umfassend, soweit die von ihnen ausgehenden Verpflichtungen unbedingt und hinreichend genau sind.

Auf Art. 2 Nr. 5 der E-Privacy-Richtlinie bzw. den entsprechend geänderten Art. 5 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation trifft das zu. Die Vorschrift räumt keinen Ermessensspielraum ein. Gerichte können sie unmittelbar anwenden und der Einzelne aus ihr unmittelbar für sich Rechte herleiten. Die Bundesrepublik Deutschland darf und soll aus der Nichtumsetzung der Richtlinie für sich keine Vorteile herleiten können. Diese entfaltet für das Handeln behördlicher Betreiber von Online-Partizipationsportalen daher unmittelbar verpflichtende Wirkung. Bevor sie einen Cookie setzen, müssen sie schon heute grundsätzlich eine Einwilligung der Betreiber einholen.¹²⁹

Die Verpflichtung der Richtlinie gilt aber nicht ausnahmslos für alle Typen von Cookies. Sie nimmt solche Fälle aus, in denen deren »alleiniger Zweck die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz oder dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann« (Art. 5 Abs. 3 S. 2 Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation). Die zweite Alternative¹³⁰ kann im Falle von Cookies einschlägig sein, die ein Online-Partizipationsportal setzt. Denn die Funktionalität dieser Portale setzt grundsätzlich die Authentifizierung voraus, damit sie die ihnen eigene Funktion erfüllen, ein Stimmungsbild der relevanten Bevölkerungsgruppen zu erhalten.¹³¹ Reine Authentifizierungs-Cookies sind daher ohne Einwilligung jedenfalls solange zulässig, wie sie als Sessions-Cookie ausgestaltet sind.¹³² Sind sie demgegenüber als persistente Cookies angelegt, die eine automatische Reidentifizierung über die jeweilige Sitzung hinaus ermöglichen, ist das mit der Richtlinie nur dann vereinbar, wenn die automatische Wiedererkennung für den Nutzer (z. B. durch den deutlich wahrnehmbar gestalteten Hinweis »eingeloggt bleiben«) erkennbar ist. Das einwilligungslose Setzen des Cookies ist dann aber auch nur für den Zweck der Authentifizierung gestattet. Andere Analysen, etwa ein Trekking oder das Auslesen des Abstimmungsverhaltens sowie eine Nutzung für Werbezwecke, sind dann nicht erlaubt. Für solche Zwecke nutzen nicht wenige Portalbetreiber aber die gesetzten Cookies ohne vorherige Einwilligung unter Verstoß gegen die Richtlinie.

Von der Erteilung einer Einwilligung zur Datenanalyse darf der Betreiber den Zugang zu dem Dienst

¹²⁶ Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Änderung des Telemediengesetzes, BT-Drucks. 17/6765, S. 6, 9 f., 14 f.

¹²⁷ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – C-201/02 –, NVwZ 2004, 593 (596, Rn. 55 ff.) – Wells.

¹²⁸ Zur unmittelbaren Bindung der Portale kommunaler Gebietskörperschaften an unionsrechtliche Richtlinien vgl. etwa Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 73.

¹²⁹ In diesem Sinne auch Moos, Unmittelbare Anwendbarkeit der Cookie-Richtlinie – Mythos oder Wirklichkeit? K&R 2012, 635 (638).

¹³⁰ Darunter fallen etwa Cookies, die für die Teilnahme an Online-Banking erforderlich sind. Würde der Anbieter hier keine Cookies verwenden, müsste der Nutzer für jede Datenanfrage eine neue Authentifizierung durchführen, um sicherzugehen, dass die Anfrage des Nutzers auch legitimiert ist.

¹³¹ Vgl. dazu auch oben S. 34.

¹³² In diesem Sinne auch Art. 29 Data Protection Working Party, Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption, 00879/12/EN v. 7.6.2012.

dabei nicht abhängig machen. Denn Bürgerportale sind öffentliche Einrichtungen.¹³³ Die Bürger haben im Rahmen der Zweckbestimmung des Portals einen Anspruch auf Zugang zu ihrer Nutzung. Die Nutzungsbestimmungen dürfen diesen Zugangsanspruch nicht untergraben. Insoweit greift ähnlich wie bei § 28 Abs. 3b BDSG ein Koppelungsverbot. Entsprechend darf der Betreiber die Nutzung des Dienstes auch nicht an die Weitergabe seiner Daten an Dritte oder die Zustellung von Werbung knüpfen.¹³⁴

(2) Social-Plug-ins

Viele Partizipationsportale erheben Informationen über das Nutzerverhalten nicht direkt, sondern mittelbar durch den Einsatz sog. Social-Plug-ins.¹³⁵ Der verbreitetste ist der »Gefällt mir«-Button des sozialen Netzwerks *Facebook*. Sobald ein Nutzer ihn anklickt, wertet *Facebook* die Nutzungsdaten für das Partizipationsportal über das dadurch gesetzte Cookie aus.¹³⁶ Das Unternehmen erstellt dann Nutzerprofile auf pseudonymisierter Basis – auch von Nicht-Facebookmitgliedern.

Dies ist zwar nach § 15 Abs. 3 TMG bei entsprechendem Hinweis grundsätzlich zulässig. Allerdings darf der Nutzer dann aber zum einen widersprechen. Zum anderen ist er über sein Widerspruchsrecht aufzuklären (§ 15 Abs. 3 S. 1 Hs. 2, S. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 TMG). Beidem widersetzt sich *Facebook*.

¹³³ In diesem Sinne auch *Frevert/Wagner*, Rechtliche Rahmenbedingungen behördlicher Internetauftritte, NVwZ 2011, 76 (79); *Frey*, Kommunale öffentliche Einrichtungen im Internet, DÖV 2005, 411 ff.

¹³⁴ Zur Löschungs- und Sperrungspflicht des Betreibers siehe *Niemann/Scholz*, Privacy by Design und Privacy by Default – Wege zu einem funktionierenden Datenschutz in soziale Netzwerken, in: Peters (Hrsg.), Innovativer Datenschutz, 2012, S. 109 (132 ff.).

¹³⁵ Anschauungsmaterial für die Einbindungspraxis bieten etwa die Beispiele der Dialogplattform »besser-studieren.nrw.de« (vgl. S. 23) und des Unortkatasters für Köln (vgl. S. 15). Auf der Website »besser-studieren.nrw.de« sind Social-Plug-ins von *Twitter*, *Facebook* und *Google+* sowie das Facebook-Authentifizierungstool »*Facebook Connect*« integriert. Das Unortkataster nutzt Kartenmaterial von *Google* (Google Maps).

¹³⁶ Die Betreiber gehen mit der Einbindung von Partnerseiten möglicherweise eine vergaberechtlich relevante entgeltliche Leistungsbeziehung ein (§ 99 GWB bzw. § 1 VOL/A), die vergabe- und wettbewerbsrechtliche Folgen auslöst. Es fließt zwar keine Geldleistung, bezahlt wird aber auch hier – insbesondere mit der Währung des Informationszeitalters: den Daten der Nutzer. Über diese Daten darf das Portal nicht selbst verfügen. Die dafür erforderlichen Einwilligungen können nur die Nutzer selbst erteilen. Die Verwaltung vermittelt dem externen Dienstleister immerhin aber den Zugang zu diesen Daten, indem sie ihr eigenes Angebot mit dem Drittangebot verquickt. Davon gehen mittelbar eine Empfehlungswirkung für weitere Nutzungen in der Zukunft und der Nimbus der Seriosität des Angebots aus. Indem der externe Dienstleister die Verwaltung unentgeltlich mit seinen Services unterstützt und sich davon eine Werbewirkung erhofft, nimmt sie ein Verwaltungssponsoring vor. Das Vergaberecht erfasst aber nicht jeder Form des wirtschaftlichen Leistungsaustausches und der Wirtschaftsbeziehung zwischen öffentlichen Auftraggebern und Privaten; ihm geht es primär um den Wettbewerb beim Zugang zu öffentlichen Haushaltsmitteln. Dienstleistungskonzessionen (Art. 1 Abs. 4 VKR [Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 134 S. 114, ber. ABl. Nr. L 351 S. 44]) erfasst das Vergaberecht daher gerade nicht; für sie gilt weder das unionsrechtliche noch das nationale Vergaberecht (insbesondere die korrespondierende Ausschreibungspflicht). Die Einbindung privater Datendienste in behördliche Hompages erfüllt zwar nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession. Denn die Behörde kann und will dem privaten Dritten kein ausschließliches Nutzungsrecht zur Datennutzung verleihen. Beide Fälle sind aber wertungsmäßig vergleichbar. Im Hinblick auf die bestehende Regelungslücke ist daher eine analoge Anwendung der für Dienstleistungskonzessionen geltenden Vorschriften gerechtfertigt. Es besteht daher wie bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen grundsätzlich keine Ausschreibungspflicht; es sind aber die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot zu beachten und eine hinreichende öffentliche Transparenz zu wahren. Die Auswahl der Anbieter muss insbesondere sachgerechten Auswahlkriterien folgen. Dazu gehört insbesondere die Datensparsamkeit des eingebundenen Angebots. Ähnliche Anforderungen ergeben sich aus der Grundrechtsbindung der Verwaltung. Wird ein *Facebook*-Plug-in eingebunden, bedarf es für einen Ausschluss anderer datensparsamerer Plug-ins besonderer Gründe. Auch aus dem Wettbewerbsrecht ergeben sich ähnliche Schranken. Dazu im Einzelnen *Martini/Fritzsche* (Fn. 100), 449 (473 ff.).

Zudem fehlt es an einem Erlaubnistatbestand für die vorangehende Erhebung der nicht-pseudonymisierten Nutzungsdaten (§ 15 Abs. 1 TMG)¹³⁷: Anders als der Einsatz von Cookies durch Partizipationsangebote der Verwaltung ist das Ablegen von Cookies durch *Facebook* keine zur Inanspruchnahme des Partizipationsangebots erforderliche Datenerhebung.

Das Unternehmen verstößt – die Anwendbarkeit deutschen Rechts vorausgesetzt¹³⁸ – schließlich auch gegen das Trennungsgebot des § 15 Abs. 3 S. 3 TMG. Denn es greift zur Auswertung auf Klarnamenprofilen der Facebook-Nutzeraccounts zurück. Es führt diese mit Informationen über das Partizipationsangebot zusammen.¹³⁹

Bindet der behördliche Portalbetreiber den »Gefällt-mir«-Button ein, verstößt er damit möglicherweise selbst als mitverantwortliche Stelle¹⁴⁰ gegen das TMG.¹⁴¹ Zwar sind die öffentlichen Stellen nicht für jedes Verhalten Dritter, sondern nur so weit verantwortlich, wie sie personenbezogene Daten für sich selbst erheben, verarbeiten, nutzen oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lassen (§ 12 Abs. 3 TMG i. V. m. § 3 Abs. 7 BDSG).¹⁴² Im Rahmen ihrer Verantwortung müssen öffentliche Stellen deutsches Datenschutzrecht aber auch dann beachten, wenn seine Anwendbarkeit auf die privaten Anbieter durch das sog. Sitzprinzip als innergemeinschaftliche Kollisionsregel ausgeschlossen ist.¹⁴³ Der Verantwortungsbegriff des § 3 Abs. 7 BDSG ist im Lichte des Art. 2 lit. d der EG-Datenschutzrichtlinie zu lesen. Verantwortlich ist danach jede Stelle, »die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke

¹³⁷ Vgl. zu der Frage, ob es für den Personenbezug von Daten auf die Identifikationsmöglichkeiten ausschließlich der verantwortlichen Stelle ankommt (*subjektive Bestimmbarkeit*) oder auch die Kenntnisse und Ermittlungsmöglichkeiten Dritter einzubeziehen (*objektive Bestimmbarkeit*) sind: Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136 v. 20.6.2007, S. 17 f.; *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. 2010, § 3 Rn. 10; *Heckmann*, in: *jurisPK-Internetrecht*, 3. Aufl. 2011, Kap. 9, Rn. 128. Die besseren Gründe sprechen für den Rekurs auf die subjektive Bestimmbarkeit. Das Datenschutzrecht hebt nämlich auf die diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten ab, die vernünftigerweise dem datenschutzrechtlich Verantwortlichen bzw. derjenigen Personen zur Verfügung stehen, deren er sich zur Erfüllung seiner Ziele bedient.

¹³⁸ Zu dieser Frage etwa OVG Schleswig, Beschl. v. 22.4.2013 – 4 MB 11/13 –, BeckRS 2013, 49919; *Jotzo*, Gilt deutsches Datenschutzrecht auch für Google, Facebook & Co bei grenzüberschreitendem Datenverkehr?, MMR 2009, 232 ff.; *Ernst*, Social Plugins: Der „Like-Button“ als datenschutzrechtliches Problem, NJOZ 2010, 1917 [1918]; zum räumlichen Anwendungsberich der unionsrechtlichen Datenschutzrichtlinie auf Internetdienstleister siehe die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen v. 25.6.2013 in der Rs. C-131/12, Rn. 51 ff.; abrufbar unter curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CC0131&lang1=de&type=NOT&ancre=.

¹³⁹ Vgl. *Karg/Thomsen*, Tracking und Analyse durch Facebook, DuD 2012, 729 (736).

¹⁴⁰ Zu dieser Rechtsfigur, die dem deutschen Datenschutzrecht dem Wortlaut nach fremd, aber aus den europäischen Richtlinienvorgaben herzuleiten und somit Bestandteil des deutschen Datenschutzrechts ist, vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen »für die Verarbeitung Verantwortlicher« und »Auftragsverarbeiter«, vom 16.2.2010, WP 169, S. 27 ff.; Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen v. 25.6.2013 in der Rs. C-131/12 (Fn. 138), Rn. 76 ff..

¹⁴¹ A. A. etwa *Alich/Voigt*, Mitteilbare Browser – Datenschutzrechtliche Bewertung des Trackings mittels Browser-Fingerprints, CR 2012, 344 (347); *dies.*, Facebook-Like-Button und Co. – Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber, NJW 2011, 3541 (3543); *Hoffmann/Schulz/Brackmann*, Web 2.0 in der öffentlichen Verwaltung: Twitter, Facebook und Blogs aus rechtlicher Perspektive, in: *Schliesky/Schulz* (Hrsg.), *Transparenz, Partizipation, Kollaboration – Web 2.0 für die öffentliche Verwaltung*, 2012, S. 163 (181 ff.); *Niemann/Scholz* (Fn. 134), S. 109 (128 f.).

¹⁴² Für das Verhältnis zwischen TMG und BDSG gilt allgemein: Das TMG regelt die Interaktion zwischen dem Anbieter und dem Nutzer, das BDSG demgegenüber den Inhalt der Kommunikation in den Fällen, in denen ein Teledienst lediglich das Übertragungsmedium für andere Leistungen ist (vgl. dazu etwa *Ernst* [Fn. 139], 1918 m. w. N.). Ob auf die Inhaltsdaten, die nicht für die Vertragsabwicklung zwischen Anbieter und Nutzer erforderlich sind, wie z. B. Wohnort, Alter oder Geschlecht, das TMG oder das BDSG Anwendung findet, trifft auf unterschiedliche Antworten. Für die (analoge) Anwendung des TMG etwa *Bauer*, Personalisierte Werbung auf Social Community-Websites, MMR 2008, 435 (436); für die Anwendung des BDSG demgegenüber bspw. *Karg/Fahl*, Rechtsgrundlagen für den Datenschutz in sozialen Netzwerken, K&R 2011, 453 (456).

¹⁴³ Zu diesen und weiteren Konstellationen und Begründungen einer datenschutzrechtlichen Mitverantwortung öffentlicher Stellen für die Datenerhebung durch integrierte Social Media-Tools *Martini/Fritzsche* (Fn. 100), 449 (460 ff.).

und Mittel der Verarbeitung¹⁴⁴ von personenbezogenen Daten entscheidet«. Maßgeblich ist der tatsächliche oder rechtliche Einfluss, den eine Person – ggf. im Verbund mit einer anderen – darauf hat, wie personenbezogene Daten verarbeitet werden. Verantwortlich ist also, wer die faktische Kontrolle über den Verarbeitungsprozess ausübt.¹⁴⁵ Gestalten die behördlichen Betreiber von Online-Partizipationsangeboten die Einbindung von Social-Plug-ins in ihre Angebote so, dass sie schon vor Anklicken des jeweiligen Tools Nutzerdaten an die privaten Anbieter übermitteln (aktive Social-Plug-ins), liegt die Entscheidungsgewalt über die Datenerhebung wesentlich bei der zuständigen Behörde. Das begründet ihre Mitverantwortung im unionsrechtlichen Sinne. Denn die Zuweisung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit ist maßgeblich von dem Telos getragen, den Nutzern in dem komplexen und mehrpoligen Zuordnungsgefüge ohne aufwändige Nachforschungen die Möglichkeit zu eröffnen, ihre datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte auf Auskunft, Berichtigung, Löschung etc. sachgerecht geltend zu machen. So deutet es etwa auch § 11 Abs. 1 S. 2 BDSG durch seinen Verweis auf die §§ 6, 7 und 8 BDSG mittelbar an. Die Einbeziehung der Behörde in die datenschutzrechtliche Verantwortung sichert die Nutzer gegen eine Aushöhlung ihrer datenschutzrechtlichen Rechte durch undurchsichtige Dreiecksverarbeitungsstrukturen ab.

Die Behörden entscheiden auch dann als (Mit-)verantwortliche über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung mit, wenn sie die durch Social-Plug-ins von *Facebook & Co.* erhobenen bzw. verarbeiteten Daten z. B. in Form von Reichweitenanalysen und sonstigen Statistiken zur Verfolgung eigener Zwecke nutzen. Sie sind bei einer solchen Instrumentalisierung in dieser mehrpoligen Dreieckskonstellation – ähnlich wie im Falle einer Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 Abs. 1 S. 1 BDSG¹⁴⁶, aber eben in Koverantwortung – in ihrer datenschutzrechtlichen Pflichtenstellung gegenüber dem Betroffenen grundsätzlich nicht anders zu behandeln, als wenn sie die Daten selbst erheben würden. Anderenfalls würden sich ihnen datenschutzrechtliche Umgehungswege erschließen, sich ihrer Verantwortung für die Einwirkung auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht Betroffener durch die Einschaltung Dritter zu entziehen. Zwecks Auwertung des Nutzerverhaltens und in Gestalt aktiver Social-Plug-ins dürfen behördliche Portalbetreiber Social Plug-ins daher nicht in ihre Online-Partizipationsangebote integrieren. Tun sie das trotzdem, verletzen sie ihre datenschutzrechtlichen Pflichten.

bb) Urheberrechte der Nutzer

Online-Portale leben von den Beiträgen der Nutzer. Umso mehr müssen sie nicht nur deren Datenschutz-, sondern auch deren etwaige Urheberrechte achten. Dabei gerät der Gedanke einer Collaborative Governance mit dem Leitbild des überkommenen Urheberrechts in Konflikt. Dieses gründet auf den Gedanken einer individuellen Schöpfung als Ausdruck der Urheberpersönlichkeit. Collaborative Governance ist demgegenüber wesensmäßig auf eine arbeitsteilige Weiterentwicklung von Vorhandenem angelegt. Kollaborative Produktion von Wissen und Ideen baut namentlich auf Vorleistungen auf, die nicht immer personengenau zurechenbar sind.¹⁴⁷ Monopolistische Nutzungsrechte laufen diesem Ansatz zuwider. Open-Source-Produkte bilden das auch urheberrechtlich ab: Sie schließen den Vorbehalt proprietärer

¹⁴⁴ Den Begriff der Verarbeitung versteht das unionsrechtliche Datenschutzrecht weiter als das deutsche Datenschutzrecht in § 3 Abs. 4 BDSG. Es konzipiert diesen als Oberbegriff für jede Art der Verwendung, insbesondere auch das Erheben (Art. 2 lit. b. der Richtlinie 95/46/EG).

¹⁴⁵ Vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe (Fn. 140), S. 11; *Karg/Thomsen* (Fn. 139), 732 f.

¹⁴⁶ Regelmäßig handelt es sich bei der Einbindung von Social-Plug-ins freilich nicht um eine Auftragsdatenverarbeitung. Eine solche setzt voraus, dass der Auftragnehmer weisungsgebunden ist, d. h. die Verarbeitung oder Nutzung streng nach den Weisungen des Auftraggebers vornimmt (vgl. etwa *Schaffland/Wiltfang*, BDSG, 2011, § 11 Rn. 7). Die privaten Anbieter verarbeiten die Daten aber nach eigener Regie und für eigene Zwecke.

¹⁴⁷ *Hoffmann-Riem* (Fn. 25), 1081 (1084).

Nutzungsrechte aus und machen die Möglichkeit der Weiterverarbeitung zur Bedingung der Nutzung (Copyleft-Klausel).¹⁴⁸

Nicht immer löst das Friktionen aus: Ein kurzes Posting im Online-Dialog mit rein tatsächlichem Beschreibungsgehalt weist im Regelfall keine hinreichende Schöpfungshöhe auf, die über das Alltägliche und Durchschnittliche hinausragt und daher Urheberrechtsschutz genießt.¹⁴⁹ Ist das Partizipationsangebot aber – wie etwa »maengelmelder.de« – auf den Upload von geschützten Werken wie Fotos o. ä. angelegt, sieht das anders aus.

Die Nutzungsbedingungen sollten daher Regelungen zur Übertragung der Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten Inhalten der Nutzer auf den Diensteanbieter vorsehen.¹⁵⁰ Daneben gilt es, den verschiedenen Ausprägungen des Urheberpersönlichkeitsrechts mediengerecht Rechnung zu tragen. Der Urheber hat gem. § 13 UrhG einen Anspruch darauf, im Zusammenhang mit seinem Werk genannt zu werden.¹⁵¹ Dieses Namensnennungsrecht gilt auch für »user generated content«; bislang ist es nicht durch eine anderweitige Branchenübung bzw. Verkehrssitte verdrängt.¹⁵² Substanzielle Änderungen eines Werkes sind nur bei entsprechender Vereinbarung mit dem Urheber zulässig oder wenn dieser nach Treu und Glauben seine Einwilligung nicht versagen kann.¹⁵³ Dies wird insbesondere bei schriftlichen Auswertungen und Veröffentlichungen der Ergebnisse einer Online-Beteiligung durch die Verwaltung relevant. Es empfiehlt sich deshalb, in die Nutzungsbedingungen bzw. die dort verortete Lizenzvereinbarung auch eine Klausel über den Verzicht auf das Namensnennungsrecht und das Widerspruchsrecht bei Werkveränderungen aufzunehmen.¹⁵⁴

cc) Haftung

Bürgerportale machen den Citoyen zum Darsteller auf der Bühne der öffentlichen Agora. Sie machen ihn damit auch zum Angriffsziel öffentlicher Kritik. Fragt die Verwaltung bei ihren Bürgern Missstände und Zukunftsvisionen ab, sind hitzige Debatten und Kontroversen programmiert. Unter dem Schutz der Anonymität und im Eifer des Gefechts öffentlicher Diskussionen sinkt im Internet die Hemmschwelle für offensive Angriffe. Beleidigende Anfeindungen lassen dann häufig nicht lange auf sich warten. Sie sind eine typische Begleiterscheinung von Meinungsäußerungsportalen. Der Betreiber muss dem entgegenwirken. Denn mit dem Betrieb verbinden sich telemedienrechtliche Verkehrssicherungspflichten.¹⁵⁵ Viele Gemeinden, die derartige Portale unterhalten, sind sich dessen kaum bewusst.

Für *eigene* Informationen¹⁵⁶ haften sie nach § 7 Abs. 1 TMG voll – auch amtshaftungsrechtlich. Für

¹⁴⁸ Jaeger/Metzger, Open Source Software, 3. Aufl. 2011, S. 24 ff.

¹⁴⁹ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, ZUM 2012, 49 (50).

¹⁵⁰ Für Fotos von Personen ist regelmäßig eine Einwilligung erforderlich (§§ 22, 23 KunstUrhG).

¹⁵¹ Dazu etwa OLG Düsseldorf, ZUM-RD 2006, 507.

¹⁵² Vgl. Reinemann/Remmert, Urheberrechte an User-generated Content, ZUM 2012, 216 (221).

¹⁵³ Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, 4. Aufl. 2013, § 39 Rn. 4 ff.

¹⁵⁴ Zu den vertraglichen Verzichtsmöglichkeiten und diesbezüglichen AGB-rechtlichen Restriktionen vgl. Decker, in: Horeen/Sieber (Hrsg.), Multimedia-Recht, 33. EL 2012, Teil 7.2 Rn. 109 ff.

¹⁵⁵ Dazu etwa Ernst, Die Rechtsprechung zur Störerhaftung im Internet, in: Brandi-Dohm/Lejeune (Hrsg.), Recht 2.0 - Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt, 2008, S. 97 (108 ff.); Frey (Fn. 133), 419 f.

¹⁵⁶ Als eigene Informationen im Sinne des § 7 Abs. 1 TMG gelten dabei auch fremde Inhalte, die sich die öffentliche Stelle so zu eigen macht, dass sie als nach außen originär von ihr stammend erscheinen. Entscheidend ist dafür, ob der verständige Nutzer nach dem Gesamtgepräge des Auftritts den Eindruck gewinnt, dass der Anbieter für die dort eingestellten Informationen die Verantwortung tragen will, weil er sich mit ihr identifiziert; BGH, MMR 2010, 556 ff – marionskochbuch.de; Roggenkamp (Fn. 15), S. 255; Frevert/Wagner (Fn. 133), 77. Unter Hinweis auf das Presserecht: Hoffmann, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, vor § 7 TMG Rn. 15 ff.

fremde Informationen von Nutzern – also dem Regelfall bei »user generated content« – haften sie eingeschränkt: § 10 TMG privilegiert den Betreiber. Er haftet nur bei positiver Kenntnis von einer rechtswidrigen Handlung oder Kenntnis von Umständen, aus denen eine rechtswidrige Handlung offensichtlich wird¹⁵⁷. Das Kennenmüssen genügt nicht.

Die Privilegierung des § 10 TMG erstreckt sich aber nur auf zivilrechtliche *Schadensersatzansprüche* und die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Gegen *Unterlassungsansprüche*, etwa aus § 1004 Abs. 1 BGB, also die telemedienrechtliche Störerhaftung,¹⁵⁸ schützt sie nicht.¹⁵⁹ Das ergibt sich aus § 7 Abs. 2 S. 2 TMG.¹⁶⁰

Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB ist, wer willentlich und adäquat-kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt, auch wenn ihn selbst kein Verschulden trifft.¹⁶¹ Eine Gemeinde, die einen Online-Dialog eröffnet, gibt Nutzern die Möglichkeit, Beiträge zu platzieren, zu verbreiten und von jedem Ort aus abzurufen. Sie vertreibt die Inhalte des Angebots und kann damit zum Störer werden. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche richten sich dann auch unmittelbar gegen sie. Voraussetzung ist die rechtswidrige Beeinträchtigung fremder absoluter Rechte. Denkbar sind nicht nur persönlichkeits-, sondern auch urheberrechtsverletzende Beiträge, seien es fremde Texte, seien es Bilder oder Videos, die sich das Portal zu eigen macht.¹⁶²

Die Entscheidung über eine etwaige Löschung inkriminierender Beiträge ist jedoch sensibel. Für Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Portalbetreiber gilt das in ganz besonderer Weise. Denn sie sind grundrechtsgebunden und daher verpflichtet, den Schutz der Meinungsfreiheit der Nutzer zu gewährleisten. Löschen dürfen sie Einträge nicht schon dann, wenn Äußerungen provozieren oder bei einzelnen Mitgliedern auf Missfallen stoßen.¹⁶³ Vielmehr haben sie eine Abwägung des Persönlichkeitsrechts mit kollidierenden Grundrechten, insbesondere der Meinungsfreiheit, vorzunehmen, die einen schonenden Grundrechtsausgleich herbeiführt.¹⁶⁴

Bei nachhaltigen und wiederholten Verstößen eines Nutzers steht dem Betreiber – wie bei anderen

¹⁵⁷ Zu der Frage, ob auch die Rechtswidrigkeit der Information oder Handlung Gegenstand der Kenntnisse sein muss: *Hoffmann*, Zivilrechtliche Haftung im Internet, MMR 2002, 284 (288); *Sieber/Höflinge*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Kap. 18, Rn. 84 ff. Der Wortlaut des § 10 TMG stellt auf die »Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information« ab. Es genügt danach die Kenntnis von der als rechtswidrig einzustufenden Handlung als solcher. Die Kenntnis der Rechtswidrigkeit selbst ist danach nicht erforderlich. A. A. *Kartal-Aydemir/Krieg*, Haftung von Anbietern kollaborativer Internetplattformen – Störerhaftung für User Generated Content?, MMR 2012, 647 (648).

¹⁵⁸ Vgl. BGH, MMR 2012, 178 (179) – Stiftparfüm als Fortführung von BGHZ 158, 236 – Internet-Versteigerung I; BGHZ 172, 119 – Internet-Versteigerung II und BGHZ 173, 188 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

¹⁵⁹ BGH, MMR 2004, 668 (670) – Rolex; *Kartal-Aydemir/Krieg* (Fn. 157), 647 (649 mit Fn. 24).

¹⁶⁰ Ebenfalls aus Erwägungsgrund Nr. 46, Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2000/31/EG zum elektronischen Geschäftsverkehr, ABl. EG Nr. 1178 vom 17.7.2000.

¹⁶¹ BGH, MMR 2012, 178 (179) – Stiftparfüm; *Kartal-Aydemir/Krieg* (Fn. 157), 647 (649).

¹⁶² Vgl. dazu BGH, MMR 2010, 556 – marions-kochbuch.de.

¹⁶³ Viele kommerzielle Betreiber halten sich in ihren Nutzungsbestimmungen demgegenüber ausdrücklich das Recht vor, Beiträge bei Zweifeln an ihrer Rechtmäßigkeit ohne weitere Prüfung zu entfernen. Grundsätzlich ist das im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig. Vgl. in diesem Sinne *Kartal-Aydemir/Krieg* (Fn. 157), 647 (650).

¹⁶⁴ Siehe zu den Prüfungspflichten und verfahrensrechtlichen Pflichten, die den Betreiber einer Plattform im Hinblick auf persönlichkeitsverletzende Inhalte treffen: BGHZ 191, 219 ff. – Blog-Eintrag. In der älteren Rechtsprechung erforderte eine Verantwortlichkeit des Betreibers eine klare Rechtsverletzung. Nunmehr sieht der BGH auch bei nicht eindeutiger Rechtsverletzung verfahrensrechtliche Pflichten des Betreibers erwachsen: Der Betreiber hat dem Betroffenen die Beanstandung zur Stellungnahme weiterzuleiten. Hegt der Provider nach der Stellungnahme berechnete Zweifel an der behaupteten Rechtsverletzung, darf der beanstandete Beitrag nicht gelöscht werden. Vielmehr muss er den Betroffenen erneut zur Stellungnahme auffordern und ihm weitere Nachweise abverlangen. Gelingt es dem Einwender nicht, substantiierte Nachweise zu erbringen oder reagiert er auf die Aufforderung nicht, ist keine weitere Prüfung des Betreibers erforderlich. Legt er demgegenüber Belege vor, aus denen sich eine Rechtsverletzung ergibt, ist der beanstandete Eintrag zu löschen (BGHZ 191, 219 ff.).

öffentlichen Sachen auch¹⁶⁵ – als *Ultima Ratio* ergänzend ein *digitales Hausrecht* zu: Er kann Nutzer aus dem Portal ausschließen. Von ihm darf er dann Gebrauch machen, wenn das Verhalten eines Nutzers die Zweckbestimmung des Portals nachhaltig beeinträchtigt.

Einer anlassunabhängigen, proaktiven Überwachungspflicht hat der Gesetzgeber die Plattformbetreiber aber grundsätzlich nicht unterworfen. Sie müssen die fremden Inhalte nicht überwachen oder von sich aus nach Umständen forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen (§ 7 Abs. 2 S. 1 TMG). Eine solche Pflicht hält der Gesetzgeber für unzumutbar. Denn sie würde eine Überprüfung tausender Beiträge nach sich ziehen und damit das Geschäftsmodell der Plattformbetreiber infrage stellen.¹⁶⁶

Erhöhte Prüfungspflichten treffen die Betreiber demgegenüber grundsätzlich dann, wenn sie auf einen klaren Rechtsverstoß hingewiesen wurden. Dann müssen sie diesen konkreten Verstoß abstellen und eine Wiederholung verhindern. Hier gilt der Grundsatz: »Notice and take down« (§ 10 S. 1 Nr. 2 TMG). Das Maß der dann pro futuro bestehenden Pflichten bestimmt sich danach, inwieweit es dem Betreiber technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist, weitere Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden.¹⁶⁷

Für öffentlich-rechtliche Betreiber ist eine diese stärker in die Pflicht nehmende Bindung gerechtfertigt und angezeigt. Der Gesetzgeber differenziert insoweit jedoch nicht. § 1 Abs. 1 S. 2 TMG stellt vielmehr ausdrücklich klar, dass das TMG auch für öffentliche Stellen unverändert gilt (vgl. auch § 60 Abs. 2 RStV).

Ihre besondere Stellung ist aber bei der Bestimmung der Zumutbarkeit von Sorgfaltspflichten zu berücksichtigen. Diese sind erhöht.¹⁶⁸ *De lege ferenda* ist als Ausfluss der grundrechtlichen Schutzpflichtenengrenzverantwortung des Staates auch eine Pflicht öffentlich-rechtlicher Betreiber zur proaktiven Überwachung persönlichkeitsverletzender Beiträge ihrer Foren sachgerecht.

Den öffentlich-rechtlich verfassten Betreiber eines Online-Portals trifft neben seiner besonderen Verantwortung für den telemedien- sowie datenschutzkonformen auch eine besondere Verantwortung für den partizipationsfördernden Betrieb. Es genügt nicht einfach, eine Online-Plattform zu etablieren. Erforderlich ist eine intensive Begleitung und Steuerung. Denn nur so lässt sich das Potenzial der Bürgermitwirkung entfalten.

Auf eine begleitende Moderation (nicht zu verwechseln mit präventiver redaktioneller »Zensur«) sollten Bürgerportale dabei keinesfalls verzichten. Sie kann entscheidenden Einfluss auf die Überwindung von Beteiligungshürden nehmen. Als kommunikative Mittler zwischen Dienstanbieter und -nutzern, als »Benimm-dich-Führer«¹⁶⁹ und Community-Betreuer sollten Community- bzw. Social Media-Manager auch bei Partizipationsangeboten der Verwaltung daher als institutionelle Neutralitätssicherung zentraler Baustein eines Community Engineerings sein – auch wenn sich damit das Risiko verbindet, dass sich die Verwaltung dadurch Inhalte zu eigen zu macht¹⁷⁰ bzw. Kenntnis im Sinne des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG erlangt und sich damit einer vollen Haftung aussetzt. Moderatoren verleihen der anonymen technischen Plattform ein Gesicht, tragen zur atmosphärischen Disziplinierung, Rationalisierung und Ausgewogenheit der Argumentation bei und können aufkommenden Missverständnissen und Missbräuchen, aber auch Zeit und Ressourcen bindenden Wiederholungsschleifen sowie der Gefahr eines die Interessenver-

¹⁶⁵ Frey (Fn. 133), 411 ff.

¹⁶⁶ Vgl. dazu BGH, MMR 2004, 668 (671) – Rolex; OLG Düsseldorf, MMR 2006, 618 f.; OLG Hamburg, MMR 2009, 479 f.

¹⁶⁷ Vgl. dazu OLG Düsseldorf, MMR 2008, 675 f.; LG Karlsruhe, MMR 2008, 190 f.

¹⁶⁸ Zur Differenzierung hinsichtlich des Maßes der Prüfungspflichten bei unterschiedlichen Anbietertypen, insbesondere Behörden, auch BGH, MMR 2007, 507 (511) – Internetversteigerung II; Frevert/Wagner (Fn. 133), 78; Hoffmann/Schulz/Brackmann (Fn. 141), S. 206.

¹⁶⁹ So die Bezeichnung von Trotier, Hart und herzlich, DIE ZEIT vom 1.3.2012, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2012/10/Netz-Manager> (Stand 16.4.2013).

¹⁷⁰ Vgl. dazu auch Fn. 156.

arbeitung erschwerenden information overload des elektronischen Diskurses schnell und wirksam begegnen. Indem sie den Dialog strukturieren, sichern sie insbesondere die Qualität und sachliche Fokussierung des Entscheidungsprozesses auf den Konsultationsgegenstand, legen die Grundlage für einen konstruktiven Wissensaustausch sowie die Richtigkeit und Verständlichkeit entscheidungsrelevanter Informationen und öffnen damit den notwendigen Raum für die Entfaltung von Kreativität.

III. Verfassungsrechtliche Implikationen und Perspektiven

Collaborative Governance versteht sich als staatswissenschaftliches Konzept. Die Verfassung lässt ihm im Allgemeinen und der E-Partizipation im Besonderen Entfaltungsraum. Sie setzt ihr mit dem Demokratieprinzip aber umgekehrt auch Grenzen. Demokratie lebt vom Gedanken der Gleichheit. Sie ist von der Vorstellung getragen, dass jeder Teilhabebeitrag zur staatlichen Willensbildung mit gleichem Gewicht einhergeht. Das gewährleistet E-Partizipation ihrer Natur nach nicht. Sie bildet nicht den Willen des Volkes, sondern mehr oder minder zufällige Strömungen in der Gesellschaft ab. Sie verschärft damit die soziale Selektivität demokratischer Teilhabe.¹⁷¹ Sie begünstigt namentlich die Teilhabebeiträge derjenigen, die über ein hohes Maß an intellektueller und organisatorischer Kompetenz verfügen, statt ein repräsentatives Querschnittsabbild der Meinungen erzeugen zu können. Das hindert die politischen Handlungsträger nicht daran, ihre Ergebnisse als Spiegelbild des Volkswillens darzustellen – solange sie der eigenen politischen Agenda in die Hände spielen. Eine E-Partizipation, die auf ein repräsentatives Abbild von Meinungen abzielt, bleibt ein Trugbild. So sehr sie nach Einspeisung in den Entscheidungsprozess drängt: Die dafür erforderliche legitimationsstiftende Repräsentativität können nur die überkommene Abstimmung und die Wahl herstellen. Darin liegt das Dilemma der E-Partizipation.

Denkbar ist es aber, dass die Verfassung die unmittelbare Sachentscheidung des Volkes durch E-Voting¹⁷² stärkt – zum einen durch Ausformung plebiszitärer Elemente, zum anderen durch stärkere Öffnung für Internetwahlen. Das Prinzip der Öffentlichkeit der Wahl ist zwar als Konkretisierung des Demokratieprinzips nach Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfest.¹⁷³ Die Allgemeinheit der Wahl, insbesondere das Ziel, Abstimmungen zu ermöglichen, rechtfertigt aber durchaus Einschränkungen der Öffentlichkeit der Wahl. Das Prinzip der Öffentlichkeit der Wahl ist in der internen Konkurrenz mit anderen Wahlrechtsgrundsätzen beschränkbar, um diesen Geltung zu verschaffen. Für ein E-Voting ist daher bei Parlamentswahlen und erst recht bei anderen Wahlvorgängen Raum, sofern die Integrität der Ergebnisermittlung gesichert ist.

IV. Fazit

Die schöne neue Online-Welt scheint auf den ersten Blick die alte Idee einer virtuellen Agora nach griechischem Vorbild Realität werden zu lassen. Online-Plattformen sind ein strategisches Instrument des Dialogs mit dem Bürger, ein Rückkanal und ein Frühwarnsystem zugleich. Bislang sind die Praxiserfahrungen allerdings eher ernüchternd. Zu wenig verbindlich, transparent und nachvollziehbar gestaltet sich vielfach sowohl der Partizipationsprozess als solcher wie auch und insbesondere der Umgang mit den eingegangenen Beteiligungsbeiträgen, Initiativen, Kommentaren und Präferenzäußerungen der

¹⁷¹ Sarcinelli, E-Partizipation in der Web 2.0-Demokratie: Wege und Hindernisse demokratischer Teilhabe – ein Essay, 435 (445).

¹⁷² Dazu im Einzelnen oben I., S. 3 ff.

¹⁷³ Entsprechend formuliert das BVerfG: Den Wahlrechtsgrundsätzen »kommt gleichermaßen die Funktion zu, bei politischen Wahlen und Abstimmungen im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG das demokratische Prinzip wirksam zur Geltung zu bringen«; BVerfGE 99, 1 (13).

Bürger. Häufig sind die Entscheidungsprozesse der Verwaltung und die Beteiligungsprozesse der Bürger nicht simultan koordiniert, sondern unverbunden aneinandergereiht. Auch das trägt dazu bei, dass die Bürger die mit viel Liebe erarbeiteten behördlichen Partizipationsangebote bislang nicht in dem erwünschten Umfang annehmen. Das Verhältnis zwischen dem hohen technischen und personellen Aufwand und den Beteiligungsquoten erweist sich gegenwärtig noch als suboptimal. Das Szenario: »Stell Dir vor, es ist E-Democracy und keiner geht hin«, beschreibt die Realität elektronischer Beteiligungsformen besser als fantasiereiche Projektionen.

Es gilt, die Gestaltungspotenziale bürgerschaftlichen Engagements durch Anreizstrukturen zu entfalten. Denn ohne »crowd« gibt es auch kein »crowdsourcing«. ¹⁷⁴ Der Wunsch nach Gestaltung der eigenen Umwelt und das Ringen um Anerkennung und Bestätigung können wirksame Triebfedern der Mitwirkung sein. Sie bilden die Währung, in der das Internet als Ideenlabor Beteiligung und Engagement vergütet. Ihre Rendite lässt sich durch Implementierung von Reputationsmechanismen und Monitoringmaßnahmen aktivieren. Die kollaborative Kontrolle der Community filtert so das Meinungsgewicht der Beiträge. Die Mitglieder »ranken« und kommentieren dann – ähnlich wie bei den Bewertungen von *Amazon* oder *eBay* – Beiträge, markieren einige als hilfreich, irrelevant oder wenig sachdienlich. Die interne Gewichtung durch »crowdsourcing« steigert die inhaltliche Qualität der Partizipationsplattform. Solche spielerischen Elemente setzen wertvolle Anreize, welche die Qualität und Quantität der Bürgermitwirkung beflügeln. Möglich wird dadurch eine *common based peer production*, ¹⁷⁵ für die der Grundsatz gilt: »The crowd is its own best filter.« ¹⁷⁶

Bisher präsentiert sich E-Partizipation insoweit insgesamt noch als Rohdiamant der E-Kollaboration. So sorgfältig er auch geschliffen wird, den Glanz fairer, gleichmäßiger Interessenberücksichtigung wird er nicht erreichen. Partizipatorische Governance kann die durch die Wahl vermittelte Legitimation und Letztverantwortung ergänzen, nicht aber ersetzen. ¹⁷⁷ Das Demokratieprinzip sichert nämlich die Letztverantwortung legitimer Organe gegen eine Mediatisierung und eine Diffusion der Verantwortungszurechnung durch nicht repräsentative Gruppen ab. Mehr Partizipation wagen, heißt insofern noch nicht: mehr Demokratie gewinnen. ¹⁷⁸

Zwar bleibt die kollaborative Einbeziehung des Bürgers ohne eine Berücksichtigung ihrer Ergebnisse ein Torso. Das impliziert aber kein verbindliches, als Wille des Volkes einzubringendes Entscheidungsgewicht. Mitwirkungsrechte sind keine *Mitentscheidungsrechte*. Sie dürfen sich auch nicht ohne innere Legitimation zu Mitentscheidungsrechten verdichten und den Rang eines Entscheidungspräjudizes einnehmen. E-Partizipation bereitet Entscheidungen vor, trifft diese aber nicht. Sie ist nicht auf eine unmittelbare Ausübung staatlicher Entscheidungsgewalt gerichtet.

Ihre Strahlkraft liegt aber auch nicht in der Abbildung des Volkswillens. Ihr Wert besteht vor allem in der problem- und lösungsorientierten Ideenentwicklung und der Hebung verborgener Wissensressourcen. Dafür ist sie auch nicht auf eine spezifische demokratische Legitimation angewiesen.

¹⁷⁴ Treffend *Unterberg*, Crowdsourcing (Jeff Howe), in: Michelis/Schildhauer (Hrsg.), *Social Media Handbuch*, 2. Aufl. 2012, S. 134 (146); *Hüller* (Fn. 89), S. 80. Dazu im Einzelnen oben S. 17 f.

¹⁷⁵ *Bruns* (Fn. 22), S. 65 (67, 70).

¹⁷⁶ *Howe*, Crowdsourcing, 2008, S. 222. Vgl. auch *Don Tapscott/Anthony D. Williams*, *Wikinomics*, Die Revolution im Netz, 2007.

¹⁷⁷ Vgl. zur Legitimationsverantwortung des Staates als institutionelle Sicherung der Gemeinwohlfähigkeit von Verantwortungsteilung *Trute* (Fn. 31), S. 32 ff.

¹⁷⁸ Es sei denn, in der gesellschaftlichen Resonanz, die die Partizipation im Herrschaftssystem als Rückbindung der Entscheidungsträger an den Willen der (allerdings nicht repräsentativ abgebildeten) Bürger hervorbringt, will man den entscheidenden Demokratiegewinn ausmachen, der die Repräsentationsdefizite ausgleicht.

Mit dieser Entdeckungsfunktion kann sie nachhaltig zur kooperativen Gemeinwohlkonkretisierung beitragen. Denn sie aktiviert aufgrund ihrer niedrigen Transaktionskosten,¹⁷⁹ der Identifikation des Einzelnen mit seinem Gemeinwesen und ihrer Möglichkeiten flexiblen, projektbezogenen Engagements die Bürger zu Gemeinwohlbeiträgen, die sonst unterbleiben würden. Mit der Größe der politischen Einheit und der Komplexität der Themen nehmen ihr Ertrag und ihre Sinnhaftigkeit allerdings tendenziell ab. Die Bereitschaft zur Beteiligung ist umso höher, je unmittelbarer die Adressaten von der anstehenden Entscheidung in ihrem unmittelbaren Lebensumfeld betroffen sind.

Um ihre Ziele, insbesondere die erhoffte aktivierende Wirkung entfalten zu können, ist E-Partizipation auf materielle, institutionelle und prozedurale Sicherungen angewiesen. Die Eintrittshürden der Angebote müssen niederschwellig, die Ansprache und inhaltliche Ausgestaltung zielgruppengerecht, der Gegenstand klar fokussiert und das Beteiligungsverfahren transparent sowie klar strukturiert sein. Zu achten ist auf eine einfache, verständliche Sprache und eine intuitive Bedienbarkeit der Beteiligungswerkzeuge sowie einen gelungenen Medienmix mit klassischen Instrumenten der Offline-Welt, der die Adressaten – entsprechend ihren Mediennutzungsgewohnheiten – dort abholt, wo sie sich aufhalten. Eine zentrale Erfolgsvoraussetzung ist die Responsivität ihrer Ergebnisse: Nur wenn die Bürger das Gefühl haben, dass ihre Anregungen und Einwände ernst genommen werden und in den politischen Prozess (ohne Anspruch auf ein bestimmtes Entscheidungsgewicht) einfließen, regt das bürgerliche Verantwortungsbereitschaft an.

Wenn beides gelingt, kann E-Partizipation gleichsam im Vorbeigehen eines ihrer wichtigsten Ziele erreichen: den Abbau von Verdrossenheit mit dem politischen Betrieb und die Schaffung von Akzeptanz für politische Willensentscheidungen. Warum das so ist, hat *Konfuzius* treffend auf den Punkt gebracht: »Erkläre mir und ich werde vergessen. Zeige mir und ich werde mich erinnern. Beteilige mich und ich werde verstehen.«

¹⁷⁹ Ihnen stehen allerdings nicht unbeträchtliche Moderations- und Organisationskosten gegenüber, die substanzielle Personalressourcen der Verwaltung binden.