

DREI ARTEN GEMEINSCHAFTLICHER RECHTSSETZUNG UND IHRE LEGITIMATION*

GERD WINTER

Inhalt

I. Fachliche Regelsetzung	47
1. Sachverstand	48
2. Bereichsspezifische Interessen	50
3. Nationale Kultur- und Interessenunterschiede	51
4. Zusammenfassung und Folgerungen	52
II. Gesetzgebung	53
III. Verfassungsrechtssetzung	65

Begeben wir uns *medias in res*, in die Praxis der Rechtssetzung der Europäischen Gemeinschaft. Wir befinden uns in Brüssel, am 18. Februar 1993, im Centre Borschette. Der am Eingang kontrollierte Menschenstrom teilt sich auf ca. 10 gleichzeitig tagende Ausschüsse und Arbeitsgruppen auf. Trügen diese Menschen Lichter, hätte ein himmlischer Beobachter festgestellt, daß nur der kleinere Teil aus den Vororten Brüssels floß, der größere sich dagegen früh morgens aus Kopenhagen, Berlin, Paris, Madrid usw. gesammelt hatte, um noch am selben Abend wieder dorthin auszuschwärmen. Dieses tägliche Pulsieren, dieses Sammeln und Verstreuen immer neuer, aber doch einer begrenzten Schicht von Fachleuten angehörender Menschen führt Wissen und politischen Willen nach Brüssel und, verändert, wieder zurück. Es ist der Integrationsprozeß "de tous les jours": 10 Ausschüsse und Arbeitsgruppen pro Tag, das macht 50 in der Woche und an die 2500 im Jahr. Hinzukommen weitere, die anderswo tagen, und unzählige ad hoc-Gruppen und kleinere Besprechungsrunden.

Heute tagt auch unsere Arbeitsgruppe¹. Sie wurde von dem "Ausschuß zur Anpassung an den technischen Fortschritt" im Rahmen der Richtlinie über gefährliche Zubereitungen² eingesetzt, um dessen Stellungnahmen zur Anpassung der Anhänge dieser Richtlinie vorzubereiten. Aus den kleineren Mitgliedstaaten ist ein, aus den größeren sind zwei Vertreter/-innen gekommen. 8-10 Dolmetscher/-innen werden *aus* allen Sprachen, aber *in* nur 3 Sprachen übersetzen. Bei den Arbeitsgruppenmitgliedern handelt es sich überwiegend um Naturwissenschaftler/-innen aus Fachverwaltungen und -ministerien, manche eher vom Gesundheitsschutz, andere eher vom Umweltschutz her kommend. Auf der Tagesord-

* Für kritische Lektüre danke ich Ulrich K. Preuß

1 Ich habe an der Sitzung als Beobachter teilnehmen dürfen.

2 Richtlinie 88/379 des Rates, Abl. 1988 L 187/14

nung steht die Konkretisierung des Merkmals "umweltgefährlich", das als Kennzeichnung beim Inverkehrbringen von Einzelstoffen und Zubereitungen (chemisch: Vermischungen) zu verwenden ist. Für Einzelstoffe ist die Konkretisierung im Rahmen und mit Hilfe des Regelungsausschusses der Richtlinie über gefährliche Stoffe³ bereits weitgehend geleistet worden, und zwar auf zwei Stufen: Das Merkmal "umweltgefährlich" ist durch 10 "Risikosätze" (R-Sätze) definiert worden, wovon 4 hier von besonderem Interesse sind, nämlich R 50 (sehr giftig für Wasserorganismen), R 51 (giftig für Wasserorganismen), R 52 (schädlich für Wasserorganismen) und R 53 (kann in Gewässern langfristig schädliche Wirkungen haben)⁴. Die R-Sätze wiederum sind durch Angaben darüber definiert worden, welche Tests durchzuführen sind und von welchen Testergebnissen an die verschiedenen R-Sätze zutreffen sollen⁵.

Die heute tagende Arbeitsgruppe soll solche Definitionen nun für Zubereitungen entwickeln. Der Sitzung liegt ein Entwurf einer Expertenrunde zugrunde, der auf einen von der Arbeitsgruppe entwickelten Fragenkatalog antwortet. Die Expertenrunde hatte aus 3 Personen bestanden: einem englischen Arbeitsgruppenmitglied, das auf dem Gebiet wissenschaftlich besonders kundig ist, einem Fachmann aus der schwedischen Chemikalieninspektion, die bereits viel Erfahrung mit der Kennzeichnung von Zubereitungen gewonnen hat, und einem Vertreter von CEFIC, dem europäischen Verband der Chemieindustrie.

Ein Thema ist, ob die Umweltgefährlichkeit einer Zubereitung in jedem Fall eigens durch Tests ermittelt werden muß, oder ob sie aus der Umweltgefährlichkeit der Einzelstoffe, die Bestandteile der Zubereitung sind, abgeleitet werden kann. Die zugrundeliegende Richtlinie 88/379 hat die Frage weitgehend offengelassen. Das englische Arbeitsgruppenmitglied trägt vor, warum sich die Expertenrunde für die zweite, die sog. konventionelle Methode, entschieden hat: Die erste, die Testmethode, sei wissenschaftlich noch kaum einlösbar, weil keine ausreichenden Tests zur Verfügung stünden. Gegen die konventionelle Methode wendet der belgische Vertreter ein, sie berücksichtige nicht die Synergismen zwischen den Einzelstoffen, die zu ganz anderen Wirkungen führen könnten als wenn man nur die Einzeleffekte zusammenrechne. Der Sitzungsleiter, ein Kommissionsvertreter, meint, man müsse einen Kompromiß zwischen Wissenschaftlichkeit und Machbarkeit schließen. Angesichts der Millionen auf dem Markt befindlichen Zubereitungen erlaube nur die konventionelle Methode ein einigermaßen zügiges Vorgehen. Die Testmethode solle deshalb nicht als primäre vorgeschrieben werden. Man könne aber zulassen, daß, wenn Testergebnisse vorlä-

3 Richtlinie 67/548 v. 27.6.1967, ABl. 1967 L 196/1, mehrfach geändert.

4 Anlage III der Richtlinie 67/548, zul. geänd. durch Richtlinie der Kommission 91/325, ABl. 1991 L 180/1, 6 ff.

5 Z.B. für R 50 = LC₅₀ (Fisch) 96 Std. <1 mg/l (d.h. von einer Population Fische, die einer Konzentration von <1 mg/l des Gefahrstoffes ausgesetzt sind, sterben innerhalb von 96 Stunden 50%).

gen, diese berücksichtigt werden könnten. Hierauf verständigt sich die Runde denn auch.

Daran schließt sich die Frage an, welche Konzentration eines in einer Zubereitung enthaltenen gefährlichen Stoffes die Zubereitung selbst gefährlich macht. Ist eine Zubereitung akut toxisch, wenn sie 10%, wenn sie 1% oder schon wenn sie 0,1% eines akut toxischen Stoffes enthält? Diskutiert wird auf der Grundlage einer Vorlage, die die Kommission von einem Gutachter hatte erstellen lassen. Die deutsche Vertreterin spricht sich für den niedrigsten Wert aus, der Gutachter und der Industrieverbandsvertreter sind für einen höheren Wert. Der englische Vertreter weist auf unerwünschte Nebenwirkungen einer strengen Regelung hin: Wenn ein akut toxischer Stoff eine Zubereitung bereits bei 0,1% Konzentration selbst akut toxisch mache, so werde Druck entstehen, bei der Einstufung der Einzelstoffe seltener auf das Merkmal "akut toxisch" zurückzugreifen. Der Gutachter macht auf das Problem des "overlabelling" aufmerksam: Je niedriger der Konzentrationsgrenzwert, desto mehr Zubereitungen müßten als umweltgefährlich deklariert werden. Damit verliere diese Kennzeichnung aber ihre Unterscheidungskraft. Dies wird von den Versammelten als legitime Erwägung angesehen. Der Kommissionsvertreter schlägt vor, einen gespaltenen Konzentrationswert für extrem und weniger toxische Stoffe einzuführen und kündigt an, auf der Grundlage der geäußerten Argumente ein neues Tableau auszuarbeiten.

Dieses wurde in einer späteren Sitzung vorgelegt. Es enthält Kompromißwerte zwischen den vertretenen Positionen. Es wurde in der Arbeitsgruppe und danach in dem offiziellen Regelungsausschuß (dort ohne weitere Aussprache) einstimmig angenommen und als Kommissionsrichtlinie zur Änderung des Anhangs der Zubereitungsrichtlinie 88/379 des Rates veröffentlicht.

I. Fachliche Regelsetzung

Die Mitgliedstaaten müssen das Ergebnis in ihr eigenes Recht übernehmen und in Verwaltungspraxis umsetzen. Wenn also ein deutscher Produzent eine Zubereitung auf den Markt bringt, wird er sie gemäß der konventionellen Methode und unter Anwendung der festgelegten Konzentrationsgrenzwerte für in den Zubereitungen enthaltene Einzelstoffe einstufen und kennzeichnen müssen. Die Käufer der Zubereitungen werden dementsprechend informiert, aber auch desinformiert, insofern ihnen nicht gesagt wird, daß Zubereitungen, die nicht als umweltgefährlich gekennzeichnet sind, unter der Prämisse anderer Grenzwerte oder nach Testergebnissen dennoch als umweltgefährlich gelten könnten.

Was aus dem komplexen Brüsseler Verfahren herauskommt, ist soziologisch gesprochen, ein Befehl mit der Chance, bei einer angebbaren Gruppe von Men-

schen Gehorsam zu finden, ein Befehl, der, vermittelt über die Mitgliedstaaten, notfalls zwangsweise durchgesetzt werden kann. Im *Weber'schen* Sinne liegt also Herrschaft vor⁶, und es stellt sich die Frage, ob und auf welche Weise sie legitimiert ist.

"Legitimus" bedeutet "einem Gesetz folgend", freier übersetzt "einem Prinzip folgend". Dieses Prinzip, nicht die Einzelentscheidung, die ihm entspricht, muß von den dieser Unterworfenen anerkannt sein, damit die Einzelentscheidung als legitim gilt. *Max Weber* nannte drei solche Prinzipien: Legalität, Tradition und Charisma⁷.

Die im vorliegenden Zusammenhang allein in Betracht kommende Legalität ist aber kaum das Prinzip, nach denen sich die Entscheidungen des Ausschusses gerichtet haben. Man kann diese zwar rechtsdogmatisch auf Rechtsakte der EG und, über den Vertrag zur Gründung der EWG, auf nationale Gesetze zurückführen, und sowohl nach nationalem wie Gemeinschaftsverfassungsrecht ist dies durch das Prinzip des Gesetzesvorbehalts sogar geboten, aber die Legitimationskette ist, auch rechtlich gesehen, so dünn wie lang. Die eher fachliche Rechtssetzung, von der ich ein Beispiel gegeben habe, wird durch das Programm der zugrundeliegenden formellen Gesetze kaum determiniert. Im Vordergrund stehen bei ihr Sachverstand (a), bereichsspezifische Interessengegensätze (b) und — als besonderes Element der supranationalen Ebene — nationale Kultur- und Interessenunterschiede (c).

1. Sachverstand

Die dargestellten Verhandlungen in der Arbeitsgruppe folgten zu einem guten Teil wissenschaftlichen Gesichtspunkten: Ob und welche Testverfahren geeignet sind, die Gefährlichkeitskategorien auszufüllen, welche Art Information bei der konventionellen Methode verlorengelht, welche Konzentrationsgrenzwerte für Stoffe in Zubereitungen die Gefährlichkeitskategorien markieren, sind weitgehend wissenschaftlich zu beantwortende Fragen. Dementsprechend ist der Ausschußentscheidung eine Arbeitsgruppe aus Vertretern der nationalen Fachverwaltungen vorgeschaltet. Die Arbeitsgruppe und/oder die Kommission können sich ihrerseits durch Experten präparieren lassen, die den Stand der Wissenschaft im Blick haben, wie im Fall das englische Arbeitsgruppenmitglied, der von der Kommission beauftragte Gutachter und der Sachverständige aus der hinsichtlich der Thematik schon weiter fortgeschrittenen schwedischen Verwaltung. Wohl gemerkt, es wird (bestenfalls) der Stand der Wissenschaft erhoben und transfe-

6 *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1956 S. 39 u. 157.

7 *AaO.* S. 159 ff.

riert, nicht etwa werden neue wissenschaftliche Erkenntnisse angestrebt oder gewonnen. Aber es ist ein transnationaler Stand, der Anschlüsse an weitergehendes Wissen auch außerhalb der EG sucht.

Was hat dies mit Legitimierung der Rechtssetzung durch den Ausschuß zu tun? In den sechziger Jahren, den Zeiten der Technokratiediskussion, hatte *Schelsky* behauptet, die moderne Technik bedürfe keiner Legitimität. Mit ihr "herrsche" man, weil sie funktioniere. Der Staatsmann sei im Grunde gar nicht "Herrschender", sondern Analytiker, Konstrukteur, Planender, Verwirklichender⁸. Die Gegenthese insistierte auf dem Herrschaftscharakter der Techno-"kratie" und stellte einen parallel zu deren Anwachsen gerade zunehmenden Legitimationsbedarf (bei zugleich schwindendem Potential selbstverständlicher Legitimation) fest⁹. Die Diskussion hat mit dem Verschwinden der Technokratie als genereller Struktur oder als Blickfang politologischer Moden ihren gesamtgesellschaftlichen Erklärungswert eingebüßt, ist aber in kleiner Münze weiter im Umlauf, und zwar in Anwendung auf einen unter anderen Politiksektoren, nämlich die technische Normung, Normkonkretisierung, Standardisierung, Regulierung oder, wie ich vorschlage: fachliche Regelsetzung.

Bei Beschränkung auf diesen engeren Rahmen fällt es leichter anzuerkennen, daß manche Regelungen in der Tat primär und am besten sachverständig zu treffen sind, wodurch sie aber ihren Herrschaftscharakter nicht verlieren (— es ist eines, eine Substanz als krebserregend zu erkennen, und ein anderes, sie als solche im Verkehr auch zu kennzeichnen oder sie gar zu verbieten —), also auf Legitimation angewiesen sind, die gerade in dem Prinzip der Fachlichkeit, der Abstützung auf Sachverstand, gefunden werden kann¹⁰.

Auf EG-Ebene gibt es einen bestimmten Ausschußtyp, der ganz diesem Muster folgt, nämlich die sog. technisch-wissenschaftlichen Ausschüsse. Nur haben diese fast durchweg nur beratenden Charakter und sind nicht — auch nicht in einem faktischen Sinn — Herrschaftsagenturen. Der hier beispielhaft eingeführte Typ des Regelungsausschusses, der mitentscheidet, ist dagegen durch seine Arbeitsgruppen fachlich geprägt. Dies ist in der Öffentlichkeit nur weitgehend unbekannt. Eine entsprechende Legitimitätsressource, nämlich das Vertrauen auf die fachliche Qualität von Entscheidungen, liegt damit brach.

8 *H. Schelsky*, Auf der Suche nach Wirklichkeit, 1965, S. 456

9 *C. Offe*, Das politische Dilemma der Technokratie, in: *ders.*, Strukturprobleme des kapitalistischen Staates, 1973, S. 110 ff.

10 Weiterführend in dieser Richtung die Interpretation des Protokolls einer Regelungsausschußsitzung durch *Th. Roethe*, Zur Funktion von EG-Ausschüssen bei der Regulierung von Gefahrstoffen, MS Bremen, 1993.

2. Bereichsspezifische Interessen

Trotzdem trüge ein Anspruch fachlicher Legitimität die entsprechende Regelung nicht insgesamt. Die Arbeitsgruppe hatte auch Wertungsprobleme identifiziert und entschieden: Bei der Wahl zwischen konventionellem und Testverfahren war (neben der wissenschaftlichen Problematik der Validität von Tests für Zubereitungen) der Gesichtspunkt des bürokratischen Aufwands zu klären, bei der Suche nach Konzentrationsgrenzwerten spielte der Aspekt des "overlabelling" eine Rolle. Dies sind Fragestellungen, die zwar zum Teil auch wiederum fachlich, nämlich sozialwissenschaftlich angegangen werden könnten, aber doch eher auf praktisches politisches Judiz oder, in Kategorien von *J. Habermas* gesprochen, auf lebensweltliche Diskurse verweisen.

Legitimität dafür ist nicht anders denkbar als dadurch, daß Träger solcher lebensweltlicher Diskurse beteiligt werden. Dazu gehören vor allem die von der Entscheidung betroffenen Interessen. In einem großen Gebilde wie der EG geht dies nur über Repräsentationsmechanismen, insbesondere über Beteiligung von Verbänden, die ihrerseits Integrationsleistungen erbringen. Denkbar sind Anhörungsverfahren, wie sie etwa bei der Entwicklung von Kriterien für das EG-Umweltzeichen vorgesehen sind¹¹. Diesem dem amerikanischen "rule-making-Verfahren" nachgebildeten Ansatz, den auch *Majone* empfiehlt¹², steht ein in den EG-Mitgliedstaaten eher gewohnter korporatistischer Ansatz gegenüber. Danach werden Gremien eingesetzt, die mehr oder (meist) weniger pluralistisch besetzt sind. Sie konstituieren eine auf Dauer ausgerichtete Partizipation, während das amerikanische Modell jeweils spontane Öffentlichkeiten herstellt. Das eine Konzept birgt die Gefahr, daß die Vertreter allmählich in eine unkritische Haltung hineinsozialisiert werden, das zweite die andere Gefahr, daß die spontan sich Äußernden allzu wenig von der Sache verstehen.

Auf EG-Ebene herrscht, soweit es die Regelungsausschüsse angeht, "closed shop": Nur Regierungsvertreter dürfen erscheinen und mitbestimmen. Aber, wie gezeigt, die Hauptarbeit geschieht in den Arbeitsgruppen, und dort besteht eine erstaunliche Offenheit. In den Arbeitsgruppen im Chemikalienbereich ist es Praxis, Vertreter der europäischen Verbände der Chemieindustrie und der Gewerkschaften, zu manchen Sitzungen auch Vertreter der Umweltverbände einzuladen. Letzteres müßte verstetigt werden, würde allerdings das Problem nicht lösen, daß die Umweltverbände mit ihrem verschwindend wenigen Personal die Chancen kaum ergreifen könnten. Zum Ausgleich ist eine teilweise öffentliche Finanzierung unumgänglich. Es war eine wichtige Errungenschaft der Demokratie,

11 S. Verordnung (EWG) Nr. 880/92, ABl. 1992 L 99/1. Dazu *G. Roller*, Der "Blaue Engel" und die "Europäische Blume", *EuZW* 1992, 499 ff.

12 *G. Majone*, The European Community: An "Independent Fourth Branch of Government"? In diesem Band.

daß auch "Her Majesty's" Opposition bezahlt wurde. Gleiches sollte sich heute für das kleinere Feld der problembezogenen Teilpolitiken durchsetzen.

In anderen Politikbereichen als der Umweltpolitik wird auf das korporatistische Modell dagegen expliziter zurückgegriffen als im Ausschußmodell. Dies gilt insbesondere für die technische Normung und Bereiche des Verbraucherschutzes, in denen konkretisierende Regelungen Normungsgremien überlassen werden¹³. Bisher wird auf die Pluralität der Interessenrepräsentanz allerdings noch nicht genügend Rücksicht genommen.

3. Nationale Kultur- und Interessenunterschiede

Selbst wenn dies gelänge, bliebe zu fragen, warum in den einen Bereichen am Ausschußmodell festgehalten, in anderen dagegen Selbstorganisation in Anspruch genommen wird. Die Antwort dürfte in der unterschiedlichen Eingriffsintensität der resultierenden Normen liegen. Einen Stoff als krebserregend einzustufen oder auch nicht und daran Regulierungen der Herstellung und Vermarktung anzuknüpfen, ist für Arbeiterinnen, Unternehmen und Konsumenten ungleich gravierender als die Formen von Elektrosteckern zu normen. Regelungs- und Verwaltungsausschüsse¹⁴ sind für stärker eingreifende Regelungen angemessener als Selbstorganisationsformen, weil sie selbst hoheitlich organisiert sind: Ein Vertreter der Kommission führt den Vorsitz, die Mitglieder der Arbeitsgruppen sind (Fach-)Beamte, die Mitglieder der Ausschüsse selbst teils Fachbeamte, teils beamtete Generalisten. In einem föderal geprägten Gemeinwesen wie der EG ist es dabei unabdingbar, daß die Mitglieder aus den Mitgliedstaaten kommen und bestimmt werden. Vorstellungen, nach denen die eher technisch orientierte Rechtssetzung gänzlich an die Kommission delegiert werden sollte¹⁵, übersehen dies. In der Bundesrepublik wirkt der Bundesrat in großem Maß an der Verordnungsgebung mit, so daß aus den Ländern vor allem die Erfahrungen mit dem Gesetzesvollzug eingebracht werden können. Dies gilt ähnlich auf EG-Ebene, wird dort aber noch verstärkt durch den Gesichtspunkt, daß die unterschiedlichen Kulturen und Interessen der Mitgliedstaaten auch über eher technische Fragen divergieren können und integriert werden müssen. In unserem Fallbeispiel kam dies darin zum Ausdruck, daß die Delegationen voneinander abweichende Vorstellungen über den Prozentsatz hatten, von dem an ein gefähr-

13 S. dazu u.a. J. Falke, Technische Normung in Europa — Zieht der Staat sich wirklich zurück? in: G. Winter (Hrsg.) Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, ZERP-DP 7/91, S. 79 ff.

14 Zu ihren Unterschieden s. Beschluß des Rates v. 13.7.1987, ABl. 1987 L 197/33. Dazu erläuternd z.B. H. Schmitt von Sydow in: v.d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWGV, 1991, Art. 155 Rz. 60 ff.

15 In diese Richtung s. den Bericht des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments über die Art der gemeinschaftlichen Rechtsakte (Berichterstatter J.-L. Boulanger), PE-Dok A 3-0085/91.

licher Einzelstoff eine Zubereitung ebenfalls zu einer gefährlichen macht. Hier spiegelte sich eine Verschiedenheit der Risikowahrnehmung und -bereitschaft.

Daß die Regelungs- und Verwaltungsausschüsse eine solche föderale Integration zu leisten vermögen oder jedenfalls gewährleisten, daß nationale Unterschiede zur Geltung kommen, ist ein drittes Prinzip, das für fachliche Regelsetzung auf EG-Ebene legitimierend wirkt.

4. Zusammenfassung und Folgerungen

Bei allgemeinerer rechtspolitischer Betrachtung zeigt sich, daß es einen Bereich eher fachlich begründbarer Entscheidungen gibt, für den eine Art "kleine Legitimität" erforderlich und hinreichend ist. Diese besteht in dem Glauben, daß, wenn fachlich beantwortbare Fragen von Sachverständigen beantwortet werden, die Antworten akzeptabel sind, auch für den Fall, daß Normalbürger/-innen von der Sache nichts verstehen. Sie besteht für fachlich nicht beantwortbare Fragen der "kleinen Politik" in dem Glauben, daß, wenn den auf dem jeweiligen Sachgebiet Betroffenen Gelegenheit zu Einwendungen und Erörterungen gegeben war, die Entscheidung akzeptabel ist, auch für den Fall, daß die Normalbürger/-innen sich nicht zu der Sache geäußert haben. Und sie besteht für national divergierende Antworten auf solche Fragen in dem Glauben, daß es erforderlich und hinreichend ist, wenn diese unterschiedlichen Antworten bei Findung der gültigen Antwort zur Geltung kommen konnten.

Da dieser Bereich fachlicher Rechtssetzung also seine eigene Legitimationsbasis hat (oder durch Reformen noch verstärkt erhalten könnte) und nicht auf ständige parlamentarische Mehrheiten angewiesen ist, könnte man ihn in gewisser Weise unabhängig nennen. Von einem "independent fourth branch of government" zu sprechen, wie *Majone*¹⁶ vorschlägt, ist allerdings in zweifacher Weise übertrieben.

Zum einen handelt es sich nur um eine Teilstruktur der EG unter mehreren anderen, welche keineswegs als unabhängig bezeichnet werden können. Die EG *insgesamt* ist also unter keinen Umständen eine vierte, unabhängige Gewalt.

Zum anderen ist auch der Bereich fachlicher Rechtssetzung, wie oben bereits angesprochen, an generelle Legitimationsstrukturen gebunden¹⁷. Auf nationaler Ebene geschieht dies durch Delegationsnormen in Parlamentsgesetzen, die die

16 In diesem Band.

17 Beide Einwände richten sich auch gegen H.P. Ipsens Unterscheidung zwischen konsensneutraler "organisierter Wissensbildung" und legitimationsbedürftiger "organisierter Willensbildung", wobei erstere für den "Zweckverband" EG charakteristisch sei. Vgl. *H.P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 1045. Kritisch auch *C. Joerges*, Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht, in diesem Band.

besonderen Muster der "kleinen Legitimität" einsetzen und anerkennen¹⁸. Auch auf EG-Ebene ist die Methode der Delegation von Entscheidungskompetenzen durch allgemeiner konzipierte Rechtsakte, vor allem eben die Betrauung von Regelungsausschüssen, bekannt, aber die Legitimität solcher Rechtsakte ist schwerer zu bestimmen als diejenige von nationalen Parlamentsgesetzen.

II. Gesetzgebung

Bevor ich diese näher untersuche, möchte ich noch einen weiteren Typus von Entscheidungen einführen, der zusammen mit der soeben erwähnten Kompetenzdelegation einen Bereich grundsätzlicherer Entscheidungen ausmacht, für den sich das Legitimationsproblem in identischer Weise stellt. Der Typus könnte als gesetzliche, auf Dauer gerichtete Ordnung eines Politikbereichs bezeichnet werden. Eine weitere Fallstudie soll ihn illustrieren.

Der Fall führt noch einmal ins Centre Borschette: Am 4. Mai 1993 tagt eine Arbeitsgruppe des Regelungsausschusses für Vermarktungsbeschränkungen von Gefahrstoffen¹⁹ im Rahmen der Richtlinie 76/769²⁰. Die Mitglieder sind überwiegend andere Personen als die der AG für Zubereitungen, zwei oder drei sind dieselben. Thema ist die Regulierung asbesthaltiger Erzeugnisse. Sechs Mal hat die AG bereits um Lösungen gerungen, ohne die beiden diametral gegensätzlichen Positionen zu überwinden. Dänemark, Holland, Italien und Deutschland sind für ein volles Asbestverbot auf EG-Ebene; teils haben sie dies selbst bereits eingeführt, teils wollen sie es tun. Die anderen Mitgliedstaaten, angeführt von Frankreich, sind für differenzierte Lösungen. Der Kommissionsvertreter, der die Sitzung leitet, präsentiert vier Gutachter, die verschiedene Aspekte eines Lösungsvorschlags unterstützen, den die Kommission vorher verschickt hatte. Der Vorschlag enthält eine Liste mit asbesthaltigen Produkten, die sofort verboten werden müssen und sieht vor, daß 3 weitere Listen erstellt werden sollen, eine für Produkte, die noch 2 Jahre, eine für solche, die noch 6 Jahre, und eine für Produkte, die auf Dauer zugelassen sind. Die Listen werden laufend ergänzt, wobei für die Entscheidungen darüber ein Regelungsausschuß eingesetzt werden soll. Für die Aufnahme in Liste 3 ist ein langer Katalog von Kriterien aufgestellt, der nicht nur auf die Schadwirkungen, sondern auch auf das Vorhandensein von Ersatzprodukten und auf einen Vergleich ihrer Leistungsfähigkeit und der Ko-

18 Darin, in dieser Einsetzung und Anerkennung, liegt eine Sicherung gegen ein Abdriften von bereichsspezifischen Legitimationen in eine bloße "Doudezperspektive", wie sie z.B. E.W. Böckenförde befürchtet (s. *ders.*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee, P. Kirchhoff (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. I 1987, S. 887 f., 908).

19 Auch an dieser Sitzung habe ich teilnehmen dürfen.

20 ABl. 1976 L 262/1. Seitdem mehrfach geändert.

sten für die Endverbraucher abstellt. Außerdem enthält der Vorschlag eine sehr weitgehende Schutzklausel für diejenigen Mitgliedstaaten, die einzelne gemeinschaftsrechtlich an sich zugelassene Produkte dennoch verbieten wollen.

Die AG-Mitglieder erkennen das Bemühen der Kommission um eine mittlere Lösung an und diskutieren zunächst einzelne Aspekte des Konzepts, z.B. ob die Listen die richtigen Produkte erfassen, wie die Schutzklausel zu verstehen ist, etc. Die Äußerungen werden dann prinzipieller. Der französische Vertreter lehnt mit der Begründung ab, man könne einen Markt nicht harmonisieren, indem man ihn abschaffe. Das Konzept bestehe im Grunde in einem "phasing out" von Asbest. Viele Asbestprodukte seien unverzichtbar, weil Ersatzprodukte, z.B. für Bremsen, den Zweck schlechter erfüllten. Häufig seien Ersatzprodukte auch nur unzureichend auf neue Schadwirkungen untersucht.

Der Sitzungsleiter weist eindringlich auf den Kompromißcharakter des Vorschlags hin, aber ohne Erfolg. Er vermutet, der französische Vertreter sei politisch gebunden, weil in Frankreich mehr ökonomische Interessen im Spiel seien. Jener antwortet, seine Position sei wissenschaftlich begründet. Dem Risiko von Asbest könne man technisch begegnen; könne bewiesen werden, daß dies nicht ausreichend möglich ist, würde er auch für Regulierung stimmen, unabhängig von den ökonomischen Folgen.

Von der anderen Seite wird der Entwurf ebenfalls abgelehnt. Der dänische Vertreter, der sich zum Sprecher dieser Seite macht, wendet ein, das Verfahren der Aufnahme in die Liste 3 sei nicht praktikabel, weil zuviele Daten vorgelegt werden müßten. Auch werde man dann Produkte wieder auf den Markt lassen müssen, die bereits verboten seien und für die es unschädliche Ersatzprodukte gebe. Die Schutzklausel helfe da nicht weiter, weil sie zu unklar formuliert sei.

Die spanische Vertreterin meint dagegen, durch die weite Schutzklausel werde der Harmonisierungseffekt einmal gefaßter Zulassungsentscheidungen praktisch aufgehoben. Man befinde sich in einer Sackgasse. Das Problem sei politischer Natur und könne nur vom Regelungsausschuß entschieden werden.

Der Sitzungsleiter stellt fest, daß der Vorschlag nicht zu einer Einigung geführt habe. Er läßt offen, ob noch ein neuer Anlauf gestartet werden soll.

Resümierend kann man sagen, daß das Thema Asbest die Leistungsgrenzen der Arbeitsgruppe überschritt. Auch der Regelungsausschuß wird sich vermutlich nicht einigen können. Vielmehr wird die Frage in den Rat weitergereicht werden, und zwar wohl in Gestalt eines Vorschlags für eine Richtlinie des Rates, an dessen Beschlußfassung dann auch das Parlament beteiligt werden wird.

Das Thema war kein technisches, sondern ein politisches insofern, als an ihm sehr unterschiedliche nationale Kulturen und Interessen manifest wurden. Kulturell zeigte sich, daß Frankreich einen Risiko-Nutzen-Vergleich des Produkts und möglicher Ersatzstoffe vertritt, während die Niederlande, Dänemark und die

Bundesrepublik einen strikten Vorsorgegrundsatz verfolgen, der (jedenfalls offiziell) nur auf die Gesundheits- und Umweltfolgen achtet und u.U. Nutzeneinbußen in Kauf nimmt. Unter dem Gesichtspunkt der ökonomischen Interessen war der Konflikt vermutlich deshalb schwer überbrückbar, weil z.B. die deutsche Industrie sich bereits auf Ersatzstoffe umgestellt hatte, während z.B. die französische Industrie, insbesondere die Bauindustrie, noch stark auf asbesthaltige Produkte setzt, wobei aber in einem Prozeß der Interessenmediation durch das "Comité d'Amiante"²¹ besondere Sicherheitsvorkehrungen entwickelt worden sind.

Es liegt auf der Hand, daß solche tiefgreifenden Unterschiede nicht durch rein wissenschaftliche Argumentation überwunden werden können. Aber auch der Rahmen dessen, was durch problembezogene Betroffenenbeteiligung zu bewältigen ist, würde gesprengt werden. Die Spur führt aus der Arena des Fachlichen, bei dem Entscheidungen wissenschaftlich und mit bereichsbezogenen Beteiligungsformen legitimierbar sind, hinaus in den Bereich der grundsätzlicheren Politik. Dabei ist festzuhalten, daß in den Modus des Typs Regelungsausschuß selbst 2 Passagen eingebaut sind, die in die politische Arena leiten. Die eine Passage ist das Weiterreichen eines in der informellen Arbeitsgruppe unlösbaren Problems an den offiziellen Regelungsausschuß, die andere besteht in einem nochmaligen Weiterreichen an den Rat, wenn auch der Regelungsausschuß gescheitert ist, was formal an dem Ausbleiben einer qualifizierten Mehrheit für eine Lösung abzulesen ist, inhaltlich aber im vorliegenden Zusammenhang vor allem dann interessiert, wenn das aufgeworfene Problem für das Ausschußverfahren "eine Nummer zu groß" ist, dieses Verfahren also nicht akzidentiell, sondern strukturell überfordert.

Im vorliegenden Fall waren die Gegensätze durch ein Höherlegen des Abstraktionsniveaus überbrückbar. Der auf Asbest bezogene konkrete Streit ermangelte der fallunabhängig generalisierten Kriterien. Der Unterschied der Kulturen der Risikowahrnehmung und -bewertung in Frankreich und Dänemark/Holland und die unterschiedlichen ökonomischen Interessenkonstellationen in Frankreich und der Bundesrepublik sind nur auf einer reflexiven Ebene entscheidbar, auf der, "Luhmannisch" gesprochen, die Unterschiede selbst unterschieden werden, d.h. entweder akzeptiert werden (was dann zu Rechtsfiguren der gegenseitigen Anerkennung nationaler Lösungen führt²²) oder abgelehnt werden (was zu einer Entscheidung zwischen einem Maßstab offener Risiko-Nutzen-Abwägung und einem strikten Vorsorgegebot zwingt).

Die Kommission hatte das Bedürfnis, auf diese höhere Ebene zu steigen, gespürt, indem sie die Vorschläge zur Asbestregelung in ein breites Konzept der

21 Dabei handelt es sich um eine freiwillige Kommission aus Vertretern von Behörden, Wissenschaft, Industrie, Gewerkschaften und Verbraucherverbänden, die seit etwa 12 Jahren zusammenkommt und Empfehlungen für Herstellung und Verwendung von Asbestprodukten erarbeitet.

22 Zu dieser Regelungsstrategie und ihren Problemen s. N. Reich, *Competition between legal orders. A New Paradigm of EC law?*, CMLRev 28 (1992), pp. 861.

Regelung von Faserprodukten insgesamt stellen wollte. Das Konzept war aber nur in Umrissen skizziert und deshalb nicht diskussionsfähig. Außerdem überschritt es die Zuständigkeit des Regelungsausschusses und seiner Arbeitsgruppen, denn dessen Aufgaben waren auf die Fortschreibung der Vermarktungsbeschränkungen im Anhang der Richtlinie 76/769 eingegrenzt, sie erstreckten sich nicht auf die Erarbeitung neuer Richtlinien.

Der Typus von Entscheidungen, um den es in dem geschilderten Fall ging, war der der rechtlichen Ordnung eines Politikbereichs, also im Grunde derjenige klassischer Gesetzgebung. Für diese stehen im Gemeinschaftsverfassungsrecht die Formen Verordnung und Richtlinie des Rates²³ zur Verfügung. Um zu klären, wie die Gesetzgebung der EG legitimiert ist, bedarf es zunächst einer Betrachtung der Verfahrensweisen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Beteiligung des Europäischen Parlaments. Das Rechtsetzungsverfahren sieht eine Beteiligung des Rates und des Parlaments in je nach Kompetenzbereich unterschiedlichsten Kombination vor. Bekanntlich gibt es dabei 4 Varianten der Mitwirkung des Europäischen Parlaments:

Die *Anhörung*: sie ist, formal gesehen, vom Rat und der Kommission ohne weiteres zu überspielen, die Kommission hat sich jedoch bereiterklärt, die Stellungnahme des Parlaments in einen revidierten Richtlinienvorschlag nach Möglichkeit zu übernehmen;

die *Zusammenarbeit*: sie führt, formal gesehen, dazu, daß der Rat die abweichende Stellungnahme des Parlaments ebenfalls überwinden kann, aber nur durch Einstimmigkeit, die auch in den Fällen gegeben sein muß, in denen die Kompetenzvorschrift an sich eine Mehrheitsentscheidung genügen läßt; weitergehend ist durch eine interinstitutionelle Vereinbarung mit dem Rat ein Konzentrierungsverfahren vorgesehen, das den Einfluß des Parlaments verstärkt²⁴;

die nur in seltenen Fällen vorgesehene *Zustimmung* des EP²⁵;

schließlich die durch den Maastricht-Vertrag eingeführte *Mitentscheidung*: sie ermöglicht dem EP letztlich ein Veto, aber kein Durchsetzungsrecht im konstruktiven Sinn in Gestalt der Überwindung einer abweichenden Ratsentscheidung, wie es in der Bundesrepublik etwa bei nicht zustimmungsbedürftigen Gesetzen vorgesehen ist.

Verbunden mit den 3 möglichen Abstimmungsmodi im Rat (Einstimmigkeit, einfache Mehrheit, qualifizierte Mehrheit) ergeben sich theoretisch 12 Kombi-

23 Nach Art. 189 Abs. 1 EGV sind auch Verordnungen und Richtlinien der Kommission möglich. Die oben erwähnte fachliche Regelsetzung wird, soweit sie an die Kommission und Regelungsausschüsse delegiert ist, in Richtlinien der Kommission gekleidet.

24 Es ist in Art. 43 der Geschäftsordnung des EP aufgenommen worden.

25 Anwendungsfälle sind der Haushaltsplan (Art. 203 Abs. 6 EGV), Assoziierung von dritten Staaten (Art. 238 EGV) und die Aufnahme neuer Mitgliedstaaten (Art. 237 EGV), nach dem EGV auch Änderungen der Satzung der Europäischen Zentralbank und des Europäischen Systems der Zentralbanken (Art. 106 Abs. 5 EGV).

nationsmöglichkeiten. Tatsächlich sind aber nur sehr viel weniger Kombinationen relevant. Sie lassen sich zu 3 Formationen unterschiedlich verdichteter Integration zusammenfügen. Diesen 3 Formationen sind bestimmte Kompetenzen zugewiesen, und zwar gemäß einer gewissen inneren Logik, die allerdings nicht jede einzelne Kompetenz erklärt. Manches ist doch eher historisch-zufällig in die eine oder andere Formation geraten.

Die erste Formation²⁶, die man Bundesstaatlichkeit erster Stufe nennen könnte, verbindet Einstimmigkeit im Rat mit bloßer Anhörung, teils auch Übergehung des Parlaments. Als Kompetenzen sind ihr Regelungen der internen Lebensbedingungen in den Mitgliedstaaten (Berufsordnung, Arbeitsordnung, Infrastrukturplanung, Kultur, Nutzung natürlicher Ressourcen) sowie Einwirkungen auf die nationalen öffentlichen Finanzen (indirekte Steuern, soziale Sicherheit, Umweltsteuern) zugewiesen. Da ihre inneren Verhältnisse tangiert sind, behalten sich die Mitgliedstaaten durch Einstimmigkeitsgebot im Rat ein Vetorecht vor.

Die zweite Formation, die Bundesstaatlichkeit zweiter Stufe heißen könnte, ist durch die Möglichkeit qualifizierter Mehrheitsentscheidung im Rat charakterisiert. Sie teilt sich in eine Variante mit größerer und eine mit geringerer parlamentarischer Mitwirkung. Die erstere, in der das Parlament "zusammenarbeitet" und nach dem EGV zukünftig teils sogar "mitentscheidet", ist zuständig für die Herstellung des Binnenmarktes für Arbeitskräfte, Waren, Dienstleistungen und Investitionen einschließlich sozialer und ökologischer Zielsetzungen, also für den rechtlichen Ausbau der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft *kat exochen*. Die andere Variante drängt das Parlament dagegen in die bloße Anhörung oder teils sogar Nichtbeteiligung. Ihre Zuständigkeiten liegen, soweit es die Rechtssetzung angeht²⁷, in einem Konglomerat, bei dem ein gemeinsamer Nenner schwer zu finden ist: Regeln über zulässige staatliche Beihilfen, über Wettbewerbsverzerrungen, über die Durchführung der gemeinsamen Agrarpolitik und über den Kapital- und Zahlungsverkehr. Es ist auch kaum verständlich, warum der parlamentarische Einfluß gerade bei diesen Kompetenzen so schwach ausgebildet ist²⁸, außer man hegt den Verdacht, daß es sich um vermachtete Felder

26 Zum folgenden s. *G. Winter*, Institutionelle Strukturen der Europäischen Union, DÖV 1993, 173 ff. Die aaO zusätzlich beschriebene Formation der intergouvernementalen Verflechtung lasse ich im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht, weil es sich — innerstaatlich gesehen — um den Bereich der Außenpolitik handelt, der traditionellerweise zum Exekutivprivileg gerechnet und nicht der legislativen Legitimation unterworfen wird.

27 Die Formation ist daneben auch zuständig für eine große Anzahl von exekutiven Akten des Rats im Bereich der Wirtschafts-, gemeinsamen (Außen-)Handel-, Finanz-, Währungs- und Geldpolitik. Da es sich nicht um Rechtssetzung handelt, bleibt der Bereich hier außer Betracht, wie überhaupt auch die administrative Tätigkeit des Rats und der Kommission. Das heißt natürlich nicht, daß sich die Legitimitätsfrage hier nicht ebenfalls stellt.

28 Für exekutive Akte des Rats im Bereich der Finanz-, Währungs- und Geldpolitik, der ebenfalls dieser Formation zugeordnet ist könnte man die relative Unabhängigkeit vom EP mit der Sicherung der Neutralität des Geldes erklären.

handelt, die nicht der Öffentlichkeit intensiver parlamentarischer Beratungen ausgesetzt werden sollen.

Besitzen die genannten 3 Formationen nun Legitimität? Gesetzgebung, um die es bei ihnen ja geht, muß zweifellos demokratisch legitimiert sein, d.h. auf gewählte Parlamente zurückgehen. Nur fragt sich, auf welchem Wege dem besser entsprochen wird: über das Europäische Parlament oder den Rat, dessen Minister ja ihren nationalen Parlamenten verantwortlich sind.

Vor einer Antwort auf diese Frage sind einige konzeptionelle Vorklärungen angebracht. Manchmal wird Legitimität mit *Akzeptanz* gleichgesetzt und gesagt, die gegenwärtige Krise der EG beruhe darauf, daß die europäischen Rechtsakte der vergangenen Jahre in den Bevölkerungen nicht angenommen würden. Dem folgend könnte man auf den Gedanken kommen, das EP oder die nationalen Parlamente (das ist dann ziemlich gleichgültig) müßten gestärkt werden, um solche Akzeptanz zu beschaffen.

Akzeptanz von einzelnen Herrschaftsäußerungen steht hier aber nicht zur Debatte. Sie könnte im übrigen viel effizienter durch eine Stärkung europäischer Medien²⁹ oder gleich "gezielte Öffentlichkeitsarbeit" erreicht werden. Legitimität heißt dagegen, die einzelnen Herrschaftsäußerungen nach einem anerkannten Prinzip auszurichten, anerkannt in dem Sinn, daß das Prinzip weder nur ein Ideal noch ausnahmslos faktisch ausnahmslos akzeptiert ist, sondern dem realen politischen Diskurs der Zivilgesellschaft als ständiger Bezugspunkt dient³⁰. Will man auf das unschöne Wort nicht verzichten, so sollte von Akzeptabilität, nicht Akzeptanz von Herrschaft gesprochen werden.

Es ist kaum zu bezweifeln, daß ein solches anerkanntes (und im übrigen ja in der EG auch allgemein anerkanntes) Prinzip in der Kontrolle der Regierung durch ein gewähltes Parlament besteht.

Begrifflich und konzeptionell klarzustellen ist weiterhin das Verhältnis von Legitimität und *Sozialintegration*. Letztere wird von der Systemintegration abgesetzt und — ähnlich wie "Legitimität" — sehr unterschiedlich definiert. Manche verstehen unter Sozialintegration die in einem weiten Sinne kulturelle Kohäsion eines sozialen Gebildes und unter Systemintegration die ökonomischen Zwänge und die staatliche Gewalt³¹. In dieser Bedeutung ist "Sozialintegration" der weitere Begriff, der Legitimation in der EG, z.B. die Direktwahl des EP mit umfaßt, neben vielem anderen, das ebenfalls europäisch integrierend wirkt.

29 Über die Schwierigkeiten der Bildung einer europäischen Öffentlichkeit s. J. Gerhards, Westeuropäische Integration und die Schwierigkeiten der Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit, ZfSoz 1993, 96 ff.

30 Dies im Anschluß an J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 349 ff.

31 S. dazu J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1981, S. 463 ff.; ders., Faktizität und Geltung, S. 435 ff.

Sozialintegration heißt bei anderen dagegen sozialstaatliche Korrektur von Marktversagen, also *Sozialregulierung* in dem in den USA gebräuchlichen Sinn³². In diesem Kontext könnte man unter Legitimation verstehen, daß bei den durch Marktversagen Bedrohten mit guter Politik (oder auch allgemein bei der Bevölkerung) Akzeptanz erzeugt wird. Herrschaft der EG wäre hiernach legitim, wenn sie die Völker materiell zufriedenstellt. In der Tat ist anzuerkennen, daß ein formaler Legitimitätsbegriff diesen inhaltlichen Gesichtspunkt effizienter Politik berücksichtigen muß. Vermutlich gibt es eine im einzelnen komplexe Kovarianz beider Elemente, des formalen und des inhaltlichen³³. Für einen normativ angeleiteten Legitimitätsbegriff muß, wie die historischen Erfahrungen vom aufgeklärten Absolutismus bis zur "benevolent dictatorship" lehren, die formale Seite im Vordergrund stehen. Dies sollte sich auch terminologisch spiegeln, indem man Legitimität und Effizienz von Herrschaft unterscheidet.

Sozialintegration wird schließlich manchmal auch als *Kooperation* verstanden und darin Herrschaftsstrukturen entgegengesetzt³⁴. Auf die EG bezogen wird damit beschreibbar, daß die Organe nicht einseitig und von oben befehlen, sondern daß die Entscheidungen in vielfältiger Abstimmung mit Organen der Mitgliedstaaten und quer zu allen offiziellen Organen in Netzwerken von nationalen und EG-Funktionären verfertigt werden. So richtig diese Beschreibung ist — auch hier empfiehlt sich, zwischen dieser Art Sozialintegration und dem Begriff Legitimität zu unterscheiden. Trotz aller Kooperation im Vorfeld der EG-Rechtsakte sind diese für die Bürgerinnen und Bürger eben doch Herrschaftsüberungen. Elitenherrschaft ist (nicht für die Eliten, wohl aber) für die Unterworfenen durchaus Herrschaft.

Ich bleibe also bei einem Verständnis von Legitimität als — im Bereich der politischen Rechtssetzung — parlamentarischer Kontrolle. Zwei Konzeptionen solcher Kontrolle stehen sich in der Geschichte des Parlamentarismus gegenüber³⁵; sie sind auch für die Suche nach einer Rolle des EP von Interesse und sollen deshalb hier eingeführt werden. Die eine, "republikanische" Variante versteht das Parlament als Verkörperung der Volkssouveränität. Es ist alleiniger Gesetzgeber und wählt die Regierung. Es liegt auf der Hand, daß diese Konzeption für das EP nicht paßt, weil es an ihrer Basis, dem (west-)europäischen Staatsbürger fehlt. In einem präföderalen System muß der Repräsentation der Mitgliedstaaten eine Hauptrolle zukommen. Zudem wäre es nicht nur angesichts der erreichten

32 So anscheinend C. Joerges, in diesem Band. Anklänge auch bei J.H.H. Weiler, Europäisches Parlament, europäische Integration, Demokratie und Legitimität, in: O. Schmuck, W. Wessels (Hrsg.), Das Europäische Parlament im dynamischen Integrationsprozeß: Auf der Suche nach einem zeitgemäßen Leitbild, 1989, S. 73 ff., mit der Unterscheidung zwischen formaler und sozialer Legitimität.

33 S. dazu Th. Mirbach, Überholte Legitimität?, 1990, S. 11, mit Hinweisen auf die entsprechende politologische Diskussion.

34 So wiederum C. Joerges, in diesem Band, und Weiler, aaO.

35 S. dazu D. Coombes, Die europäische Parlamentstradition und ihre Bedeutung für die europäische Integration, in: O. Schmuck, W. Wessels, aaO (Fn 32.), S. 95 ff.

Integrationsstufe illusorisch, sondern auch gar nicht wünschenswert, wenn gemäß diesem Modell etwa die Kommission statt von den Mitgliedstaaten vom EP gewählt werden müßte. Das EP würde dann womöglich einer typischen Perversion des Modells erliegen, nämlich zum bloßen Mehrheitsbeschaffer für die Regierung verkümmern³⁶ und den deliberativen Stil verlieren, der es in der Vergangenheit ausgezeichnet hat. Angemessener scheint deshalb die zweite, "liberale" Konzeption zu sein, die das Parlament als Antipoden der Regierung, die ihre Macht und auch einen Teil ihrer Legitimität aus anderen Quellen schöpft, etabliert. Doch wäre es vorschnell, die Entwicklung des EP mit diesem Modell vorzubelasten, nicht zuletzt weil die Prämisse, eine autonome Staatsgewalt, auf EG-Ebene weder existiert noch irgend in Sicht ist.

Das EP bedarf einer eigenen Konzeption von supranationalem Parlamentarismus. Möglicherweise kann sie in einer diskurstheoretischen Version gesucht werden³⁷, zumindest im Sinne einer Richtungsvorgabe; denn die bei *Habermas* vorausgesetzten deliberativen Diskurse finden im EP und insbesondere seinen Ausschüssen, durchaus statt, und zwar vermutlich offener und qualifizierter als in den meisten mitgliedstaatlichen Parlamenten. Aber es fehlt fast gänzlich an den ebenso vorausgesetzten gesellschaftlichen Paralleldiskursen.

Nach diesen Vorklärungen nun zurück zu der Alternative von EP und nationalen Parlamenten als Legitimitätsgrundlagen.

*Joseph Weiler*³⁸ hat gegen eine Stärkung der Rolle des EP - obwohl er dem durchaus auch seine Sympathie bekundet - grundsätzliche Bedenken geltend gemacht: Die gegenwärtige Krise der EG liege nicht in einem Fehlen spezifisch europäischer, sondern im Abkappen der nationalen Legitimierungsinstanzen. Mehrheitsentscheidungen im Rat stellten die nationalen Wähler vor die Situation, daß der mehrheitliche nationale politische Wille durch ausländische Mehrheiten überstimmt werden könne. Diese Situation werde durch ein starkes EP gerade noch zugespitzt, weil die national orientierte Willensbildung im EP eine noch geringere Rolle spiele als im Rat. Die Lösung liege deshalb in einer möglichst weitgehenden Beibehaltung des Einstimmigkeitsprinzips im Rat, sei es auch in der Gestalt des "Luxemburger Kompromisses"³⁹, der bei formal zulässiger Mehrheitsentscheidung in "soft law-Manier" zur Einstimmigkeit verpflichtet, wenn vitale Fragen einzelner Mitgliedstaaten berührt sind. Die Einstimmigkeit garantiere, daß der nationale Wählerwille, für den die im Rat vertretenen Minister verantwortlich seien, nicht verfälscht werden könne.

36 *E. Klein*, Entwicklungsperspektiven für das Europäische Parlament, EuR 1987, 97 ff., 108 f.

37 S. dazu die Entwürfe von *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 361 f. und *U.K. Preuß*, Revolution, Fortschritt und Verfassung, 1990, S. 73 ff.

38 *J.H.H. Weiler*, aaO (Fn. 32)

39 Zu diesem s. *M. Schweitzer*, in: *Grabitz*, Kommentar zum EWGV, Art. 148 Rz. 10.

Auf der Linie dieser Auffassung liegt es, den Spielraum der Minister dadurch noch zu verkleinern, daß Bundestag und Bundesrat bzw. deren Fach- und Europausschüsse zu den Gemeinschaftsrechtsakten Beschlüsse fassen, die vom jeweiligen Minister zu berücksichtigen sind⁴⁰.

Gegen *Weiler* könnte eingewendet werden, daß die Krise trotz weitgehender Geltung des Luxemburger Kompromisses⁴¹ eingetreten sei. Er könnte jedoch antworten, daß die Europaskepsis sich gerade an dem Maastricht-Vertrag, der eine Ausweitung der Mehrheitsentscheidung vorsehe, entzündet habe.

Gewichtiger ist ein anderer Einwand. *Weiler* unterstellt, daß die Interessen, von denen der politische Wille ausgeht, primär nationalstaatlich sich artikulieren und befriedigt werden. Dies ist aber zu einem guten Teil nicht mehr der Fall. Viele Interessen haben gelernt, eine Ebene höher zu wechseln, wenn sie auf der unteren nicht gehört werden. In unserem zweiten Fallbeispiel: Wäre die deutsche Asbestindustrie nicht mit dem deutschen Verbot einverstanden gewesen, so hätte sie sich vermutlich mit der französischen verbündet, um eine Harmonisierung auf flexiblerem Niveau zu erreichen. Ähnliches gilt gerade auch für die politisch schwächeren Interessen: Für Naturschutzverbände gehört es inzwischen zum festen Repertoire und ist häufig der letzte Rettungsanker, sich in der Abwehr gegen große, naturzerstörende Projekte an die EG-Kommission zu wenden und die Einhaltung des EG-Naturschutzrechts zu reklamieren. Die Gemeinschaft ist also eine Ebene, die die nationalen Interessen nicht nur einschränkt, sondern ihnen zusätzliche Handlungsmöglichkeiten eröffnet, zum einen, um den eigenen Staatsapparat zu überspielen, zum anderen, um Einwirkungen auf ausländische Interessen zu ermöglichen. Der Nationalstaat ist für viele Interessen nicht mehr die angemessene Handlungsebene, weil diese Interessen per se über die Grenze reichen⁴².

Damit dies nicht wild geschieht, bedarf es der Konzipierung eines europäischen Allgemeininteresses und der Einrichtung von Organen, die dieses formulieren — und, da dergleichen als Herrschaft wirkt, auch legitimieren. Solche Legitimation kann nicht auf die nationalen Parlamente gestützt werden, inhaltlich nicht, weil diese aus der Perspektive nationaler Themen, nicht Themen des europäischen Gemeininteresses, gewählt werden, und organisatorisch nicht, weil die parlamentarische Festlegung der Minister die notwendige Flexibilität spezifisch europäischer Verhandlungen behindert. Hält man daran fest, daß Herrschaft durch

40 Vgl. die Neufassung von Art. 23 GG.

41 *Weiler* überschätzt die reale Bedeutung des Luxemburger Kompromisses vermutlich stark. Nach Aussage des Generaldirektors der Kommission Ehlermann hat der Rat bei der Verwirklichung des Binnenmarktprogramms häufig mehrheitlich entschieden. Nicht ein einziges Mal habe sich ein Ratsmitglied auf dieses Dokument berufen, um eine Mehrheitsabstimmung zu verhindern. S. C.-D. Ehlermann, *Rechtsetzung in Brüssel — Polarität und Vernetzung*, Sitzungsbericht T zum 59. DJT, 1992, T 18 ff., T 23.

42 S. dazu grundsätzlich R. Knieper, *Nationale Souveränität*, 1991.

Wahlen legitimiert sein muß, bleibt in der Tat nur der Weg über das Europäische Parlament, bei hier einmal unterstellten institutionellen Reformen⁴³, versteht sich.

Dies gilt erst recht für den Fall einer Erweiterung der EG. Sie ist ohne eine Vertiefung, d.h. ohne eine Stärkung des repräsentativen Elementes der europäischen Organe, nicht zu organisieren⁴⁴, es sei denn, man geht auf eine bloße Konföderation zurück und riskiert damit, daß sich die per se transnationalen Interessen Wege außerhalb des Rechts suchen oder sich nicht, wie im Binnenmarktkonzept, mit sozialen und ökologischen Begrenzungen bepacken lassen.

Aber könnte nicht differenziert werden? Bietet sich nicht angesichts des oben genannten Unterschieds der Bundesstaatlichkeit erster und zweiter Stufe an, auch die Legitimationskette zu differenzieren und für die zweite Formation das EP, für die erste dagegen die nationalen Parlamente zuständig zu machen?

Ich möchte dies bezweifeln. Unterstellt man eine strikte Prüfung der Kompetenzausübung nach dem Subsidiaritätsprinzip, so ist die Wahrscheinlichkeit groß, daß die zu entscheidende Problematik eine solche des europäischen Allgemeininteresses ist und auch einer spezifisch europäischen Legitimation bedarf (was nicht heißt, daß es für manche stark auf die inneren Verhältnisse wirkende Entscheidungen bei der Einstimmigkeit im Rat bleiben kann, denn nichts spricht gegen eine geteilte, in Schwebe verharrende Souveränität⁴⁵, und nichts dementprechend gegen eine geteilte, in Schwebe verharrende Legitimität).⁴⁶

Eine weitere Fallstudie, die eine Kompetenz im Rahmen der oben als erste genannten Formation betrifft, möge die Notwendigkeit einer solchen europäischen Legitimation belegen. Sie ermöglicht zugleich, eine sich anschließende Frage zu illustrieren, nämlich diejenige, ob dem EP nicht nur die negative Rolle der Abwehr nicht legitimierbarer Herrschaft, sondern ein aktives Initiativrecht zukommen sollte. Die Fallstudie, eine Kurzfassung einer Untersuchung von *Th. Klippstein* und *O. Schmuck*⁴⁶, handelt vom Schicksal der sog. "Vredeling-Richtlinie".

Das Europäische Parlament hatte in mehreren Sitzungen in den siebziger Jahren über das Problem der Mitbestimmung in transnationalen Unternehmen debattiert und Entschließungsanträge verabschiedet. Die Kommission, die sich durch eine Mitteilung von 1974 an den Rat ebenfalls mit dem Thema befaßt hatte, nahm die Anregungen auf und legte 1979 einen von dem sozialistischen Kommissar *Henk Vredeling* ausgearbeiteten Richtlinienentwurf vor. Dieser regelte bestimmte In-

43 Angleichung des Wahlrechts, Neuverteilung der Abgeordnetenzahlen auf die Mitgliedstaaten, Klärung der "Normenhierarchie" u.a.m.

44 *K. Hänsch*, Vertiefung der Gemeinschaft und gesamteuropäische Identität, EA 1993, 389 ff.; *W. Wessels*, Erweiterung, Vertiefung, Verkleinerung, EA 1993, 308.

45 Vgl. die entsprechende Charakterisierung des "Bundes" durch *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928 S. 371, auch zitiert von *J.A. Frowein*, Verfassungsperspektiven der EG, EuR, Beiheft 1/92, 67.

46 *Ders.*, in: *E. Grablitz, O. Schmuck, S. Steppat, W. Wessels*, Direktwahl und Demokratisierung, 1988, S. 332 ff.

formationspflichten und Anhörungsrechte im Verhältnis von transnationalen Unternehmen und Arbeitnehmervertretern in abhängigen nationalen Unternehmen.

Die sich daran anschließenden Debatten im Parlament, das zu dem Vorschlag gem. Art. 235 und/oder Art. 100 EWGV anzuhören war, betrafen folgende Punkte:

- Kreis der einbezogenen Mutter- und Tochterunternehmen;
- Häufigkeit und Umfang der zu übermittelnden Informationen;
- Voraussetzungen und Zeitpunkt von Anhörungsrechten;
- Sanktionen bei Nichterfüllung der Verpflichtungen;
- Art und Weise der Legitimation der in den abhängigen Unternehmen zu wählenden Arbeitnehmervertreter.

Drei Ausschüsse des EP wurden mit dem Vorschlag befaßt. Dabei wurde darauf geachtet, Exponenten der betroffenen Hauptströmungen zu Berichterstatlern zu machen. Bestimmt wurden im Rechtsausschuß der Sozialdemokrat *H.O. Vetter* (Soz/D), damals zugleich DGB-Vorsitzender und Vizepräsident des Europäischen Gewerkschaftsbundes (EGB), im Ausschuß für Wirtschaft und Währung der Konservative *Philipp von Bismarck* (EVP/D), damals Vorsitzender des CDU-Wirtschaftsrates mit intensiven Verbindungen zur Industrie, und im federführenden Ausschuß für soziale Angelegenheiten und Beschäftigung der Liberale *Tom Spencer* (ED/GB), der den britischen Industriekreisen nahestand, von denen der entschiedenste Widerstand gegen jede gemeinschaftsrechtliche Regelung der Frage zu erwarten war.

Im folgenden verhielten sich weder alle Berichterstatter konsequent auf der Linie ihrer vermuteten Klientel, noch votierten alle Ausschüsse so, wie die Berichterstatter es vorgeschlagen hatten. Der Rechtsausschuß lehnte die über den Richtlinienvorschlag hinausgehenden Anregungen von *Vetter* ab und empfahl im Gegenteil Abstriche von dem Vorschlag. Der Wirtschaftsausschuß lehnte die Einschränkungen, die *von Bismarck* empfohlen hatte, ab und beschloß im Gegenteil eine Ausweitung der Arbeitnehmerrechte. Der Sozialausschuß veranstaltete zunächst eine internationale Anhörung, an der auch Vertreter des EGB und der Union der Industrien der EG (UNICE) teilnahmen. *Spencer* schlug keineswegs eine völlige Ablehnung einer Regelung vor, sondern lotete Kompromißlinien zwischen den Hauptfronten aus. In der Tat gelang es, in dem Ausschuß eine Mitte-Links-Koalition zustandezubringen, in der beide Seiten, die Sozialisten und die Konservativen/Liberalen, einander Zugeständnisse machten.

Im Plenum bildete sich dann eine Mitte-Rechts-Mehrheit aus EVP, ED, ELD und EDF, die von zahlreichen Änderungsanträgen vor allem die eigenen, aber auch einige von der Gegenseite verabschiedete. Die Schlußabstimmung wurde

herausgezögert, um die Kommission zu einer Zusage für die Übernahme der Positionen des EP zu drängen, was diese im Grundsatz auch tat. Bei der Abstimmung am 14.12.1982 lehnten die Sozialisten die EntschlieÙung ab. Die Mitte-Rechts-Koalition setzte sich durch.

Die Kommission übernahm die meisten Positionen der EP-EntschlieÙung in einem am 13.7.1983 vorgelegten revidierten Richtlinienentwurf. Obwohl die Änderungen zu Lasten der Arbeitnehmerseite gingen, blieb doch noch eine substantielle Verbesserung ihrer Rechte im Vergleich zum status quo übrig.

Der Sozialministerrat beriet den Richtlinienvorschlag in vier Sitzungen, von denen diejenige am 7. Juni 1984 die entscheidende war. In intensiven Vorbereitungen in einer Arbeitsgruppe des Ausschusses der Ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten war insbesondere versucht worden, Großbritannien von seiner grundsätzlich ablehnenden Haltung abzubringen. Großbritannien beharrte in der Ratssitzung aber auf seiner ablehnenden Haltung. Der britische Ansatz freiwilliger nationaler wie internationaler Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern sei vorzuziehen. Der Vorschlag gefährde die europäische Wettbewerbsfähigkeit und beeinträchtige den sozialen Frieden. Er habe extraterritoriale Auswirkungen und sei mit der Gemeinschaftsrechtssetzung im Gesellschaftsrecht nicht abgestimmt.

Später wurde eine Arbeitsgruppe des Rates eingesetzt, die einen neuen Ansatz erarbeiten sollte, der auch Großbritannien zufriedenstellen könnte. Dieser sollte die Informations- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer weitgehend der nationalen Gesetzgebung überlassen. Anregungen aus den Debatten des EP wurden dabei nicht herangezogen. Der Rat nahm das Resultat positiv auf und forderte die Kommission auf, einen entsprechenden zweiten revidierten Vorschlag vorzulegen. Dies lehnte die Kommission jedoch ab. Sie beharrte auf dem früheren Vorschlag und bestand auf einer klaren Entscheidung des Rates. Eine solche ist anscheinend bis heute nicht zustande gekommen.

Das Beispiel belegt zunächst noch einmal, daß — auch in der ersten Formation, der Bundesstaatlichkeit erster Stufe — per se transnationale Interessen existieren und auch bereits formiert sind — hier die Arbeitnehmerinteressen für und die Arbeitgeberinteressen gegen eine Mitbestimmung in transnationalen Gesellschaften, je organisiert im EGB und der UNICE —, und daß eine gemeinschaftsrechtliche Lösung des Problems über die nationalen Parlamente nicht legitimiert werden könnte, weil in der Vielzahl der parlamentarischen Voten das spezifisch Europäische — die Transnationalität der Gesellschaften — nicht aufgehoben wäre. Oder hätten die Vertreter des EGB und der UNICE, statt im Hearing des EP-Sozialausschusses ihre bereits gebündelte Sicht darzustellen, die 12 mitgliedstaatlichen Parlamente bereisen sollen?

Das Beispiel zeigt darüber hinaus, daß in manchen Angelegenheiten europäische Lösungen gar nicht initiiert würden, gäbe es mit dem EP nicht ein Forum,

auf dem erste Ideen, EntschlieÙungen und schließlich Konzepte diskutiert werden können. Das EP ist also auch eine Ressource aktiver Integrationsleistungen, die brachläge, schaltete man es ganz aus der Gesetzgebung aus oder wiese man ihm nur eine passive Rolle zu. Zwar ist es ihm trotz dieser konstitutionell passiven Rolle häufig gelungen, die Kommission zur Übernahme der eigenen Position zu bewegen — der Fall selbst ist ein Beleg dafür —, doch ist dies auf die Dauer ein Notbehelf, der zu einem verfassungsgemäÙen Recht ausgebaut werden sollte. Das heißt nicht, daß für einen Rechtsakt nicht auch weiterhin die Zustimmung der Kommission und des Rates erforderlich sein sollte. Daß der Rat im dargestellten Fall letztlich seine Zustimmung verweigert hat und die Initiative gescheitert ist, ist bedauerlich, aber verfassungsrechtlich unvermeidbar. Ein Initiativrecht des EP könnte aber immerhin erreichen, daß der Rat die Vorarbeiten des EP ernsthafter würdigt und nicht, wie im Fall geschehen, im Grunde ignoriert.

III. Verfassungsrechtssetzung

Ich habe im Vorherigen 2 Klassen von HerrschaftsausüÙerung auf Gemeinschaftsebene mit unterschiedlicher Legitimitätsbasis vorgestellt: Erstens die Klasse der eher fachlichen Regelsetzung. Sie stützt sich auf Legitimität durch Sachverstand, Einbringung nationaler Kultur- und Interessenunterschiede sowie Betroffenenbeteiligung. Insbesondere in dieser letzteren Richtung müÙte sie in Zukunft noch verbessert werden. Zweitens die Klasse der Rechtssetzung mit eher politischem Gehalt, einschließlich solcher, die zu fachlicher Regelsetzung und zu Einzelakten (die hier nicht behandelt worden sind) ermächtigt und dafür materielle und prozedurale Vorgaben setzt. Dieser Bereich klassischer Gesetzgebung stützt sich auf Legitimität durch gewählte Organe, insbesondere das Europäische Parlament, und bedarf in dieser Richtung noch der Verbesserung.

Wir haben noch eine dritte Klasse der Rechtssetzung in Betracht zu ziehen, nämlich Verfassungsgebung. Es ist logischem Verständnis an sich zuwider, daß eine politische Handlungsebene nicht von einer anderen, sondern von sich selbst konstituiert wird. Aber aus der Staatspraxis ist es altbekannt, daß Organe, die Geschöpfe einer Verfassung sind und diese anwenden sollen, die Verfassung weiterbilden. Dergleichen findet auch auf Gemeinschaftsebene statt. Zwar ist der Anteil der "logischen" Weiterentwicklung, d.h. der Produktion neuer Verfassungstexte durch andere als diejenigen, die durch die Texte beschrieben werden, im Gemeinschaftsrecht größer als auf der Ebene der Mitgliedstaaten. Dies zeigen der Fusionsvertrag von 1966, die Einheitliche Europäische Akte von 1986 und der Vertrag zur Gründung der Europäischen Union von 1992 deutlich, wobei mit zunehmender Staatlichkeit des geschaffenen Gebildes allerdings der Modus des

völkerrechtlichen Vertrages unzureichend wird und sich die Frage aufdrängt, ob es nicht um die Änderung einer Gemeinschaftsverfassung geht und ein europäischer "pouvoir constituant" befragt werden müßte, ganz abgesehen von den nationalen "pouvoirs constituants", die sich wegen der Änderung ihrer nationalen Verfassung äußern müßten⁴⁷. Obwohl Verfassungsfortschritte der Gemeinschaft also, mit dieser Qualifizierung, wiederholt der Logik der verschiedenen Ebenen folgten, sind viele, und vermutlich die wesentlichsten, doch von den Gemeinschaftsorganen selbst vollzogen oder zumindest durch informelle, im Grunde nur noch der offiziellen Bestätigung bedürftige Praxis vorexerziert worden.

Soweit es Kompetenzgewinne angeht, war die Kommission besonders aktiv. Ein Beispiel ist die Kompetenz für Umweltschutz, die mühsam auf Art. 235 EWGV gestützt und dann durch die Einheitliche Europäische Akte sanktioniert wurde.

Soweit es Mitwirkungszuwächse des Europäischen Parlaments angeht, war dieses selbst der Hauptmotor. Beispiele sind die Gemeinsame Erklärung der Kommission, des Rates und des EP über das Konzertierungsverfahren, die Feierliche Erklärung des Rates über das Recht des EP, Fragen an den Rat zu stellen, und die Feierliche Erklärung des Rates, das EP vor Ernennung des Kommissionspräsidenten zu konsultieren⁴⁸.

Soweit es schließlich das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht angeht, spielte der Europäische Gerichtshof die entscheidende Rolle. Der Gerichtshof hat den Vorrang des Gemeinschaftsrechts, die unmittelbare Wirkung vieler wichtiger Vertragsnormen und die Direktwirkung von Richtlinien beschlossen, Grundrechte herausgebildet und im übrigen die Initiativen der Kommission in Richtung auf Kompetenzgewinne und Initiativen des Parlaments in Richtung auf Mitwirkungszuwächse gestützt⁴⁹.

Wie steht es mit der Legitimität dieser gemeinschaftsgeborenen Verfassungsfortschritte? Soweit Initiativen und informelle Praxis später durch Vertragsrevisionen bestätigt wurden, führt die Legitimationskette über die Zustimmungsgesetzgebung zum gewählten Parlament. Problematisch ist allerdings, daß ein europäischer "pouvoir constituant" und die nationalen "pouvoirs constituants" nicht bzw. nicht sämtlich befaßt wurden.

Daneben bleibt aber ein bedeutender Bereich, der dergleichen Legitimation überhaupt nicht erhielt, weil er nicht in Vertragsrevisionen gegossen wurde. Betroffen sind vor allem das Verhältnis von Gemeinschafts- und nationalem Recht

47 Nur die letztere Frage ist (und kann sein) Gegenstand der vor dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfahren. Die erstere ist ebenso wichtig, hat aber nur keinen Richter.

48 S. dazu S. Steppat, Die Entwicklung des EP in seiner ersten Wahlperiode: eine Funktionsbilanz, ZfP 1988, 269 ff., 280 f.

49 S. dazu mit Nachweisen P. Pescatore, Rechtskontrolle und Rechtsentwicklung, Sitzungsbericht T zum 59. Deutschen Juristentag, 1992, T 37 ff. Nach Pescatore wurde "der 'allgemeine Teil' des Gemeinschaftsrechts ausschließlich durch den Gerichtshof geschrieben" (aaO T 42).

und die Entwicklung von Grundrechten. Hier hat der Gerichtshof das letzte Wort behalten, in einem Bereich ausgerechnet, der eine Kernfrage beantwortet, nämlich diejenige nach der Staatlichkeit der Gemeinschaft.

Wie diese Entscheidungen gefallen sind, und ob die Art und Weise Legitimität beanspruchen kann, soll wiederum mit einer kleinen Fallstudie angegangen werden.

Wir versetzen uns in das Verfahren *van Gend/Loos*⁵⁰, vielleicht in die mündliche Verhandlung v. 29.11.1962 und in den Termin v. 12.12.1962, in dem der Generalanwalt seine Schlußanträge stellte. Es geht um den niederländischen Zollsatz für Harnstoff-Formaldehyd. Er ist 1960 von vorher 3% auf 8% heraufgesetzt worden. Der Importeur, die Firma *van Gend/Loos*, wehrt sich gegen die Zollerhebung. Das angerufene Gericht legt dem EuGH die Frage vor, ob Art. 12 EWGV, nach dem "die Mitgliedstaaten (...) untereinander weder neue Einfuhr- oder Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung einführen, noch die in ihren gegenseitigen Handelsbeziehungen angewandten erhöhen" werden, unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten hat, mit der Folge, daß entgegenstehendes Recht — wie eben der erhöhte Zollsatz — nicht angewandt werden darf.

Die Firma bejaht die Frage, ebenso die Kommission. Letztere hebt in ihrem Schriftsatz und in der mündlichen Verhandlung die grundsätzliche Bedeutung der Frage hervor. Die Entscheidung habe über Art. 12 hinaus Konsequenzen für andere Vertragsbestimmungen. Aus der "rechtlichen Struktur des Vertrages und der durch ihn geschaffenen Rechtsordnung" gehe hervor, daß die Mitgliedstaaten nicht nur gegenseitige Verpflichtungen eingehen, sondern ein Gemeinschaftsrecht schaffen wollten, daß "die Wirkung des Gemeinschaftsrechts auf das interne Recht der Mitgliedstaaten nicht durch dieses interne Recht, sondern nur durch das Recht der Gemeinschaft bestimmt werden könne", und daß dieses Recht besage, daß "die nationalen Gerichte gehalten seien, die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft unmittelbar anzuwenden" und ihm "den Vorrang vor den entgegenstehenden nationalen Gesetzen zu geben"⁵¹.

Die niederländische Regierung, unterstützt von der belgischen und deutschen Regierung, hält dagegen. Ohne zu dem Gesamtcharakter des EWGV Stellung zu nehmen, meint sie, die interne Wirkung der einzelnen Vorschriften hänge jedenfalls davon ab, ob die vertragschließenden Parteien diese Wirkung gewollt haben. Dies sei nicht der Fall, denn der Wortlaut zeige, daß "der Artikel nur die Mitgliedstaaten verpflichte, die frei darüber entscheiden könnten, in welcher Weise sie diese Verpflichtung erfüllen wollten". Angesichts der Vielzahl ähnlicher Formulierungen auch in Gemeinschaftsverordnungen würde die Bejahung der Ausgangsfrage" zu einer Rechtsunsicherheit führen, die geeignet sein könnte,

50 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 — *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1.

51 AaO S. 15 f.

die künftige Bereitschaft (der Mitgliedstaaten) zur Mitarbeit in Frage zu stellen"⁵².

Generalanwalt *Roemer* votiert in die gleiche Richtung, wenn auch mit etwas gemeinschaftsfreundlicherer Begründung. Er tritt der Kommission zunächst bei, indem auch er betont, die Gemeinschaftsverträge seien gegenüber normalem Völkervertragsrecht etwas anderes und könnten nicht "nur" nach dessen Grundsätzen behandelt werden. Die Gemeinschaft habe eigene Organe mit der Befugnis, Recht zu setzen, das die Bürger unmittelbar berechtigt und verpflichtet, und die Verträge enthielten auch Bestimmungen, die eindeutig unmittelbar in das nationale Recht eingreifen, wie z.B. das Verbot bestimmter wettbewerbswidriger Vereinbarungen nach Art. 85 EWGV. Andererseits gebe es aber auch eine Vielzahl von Bestimmungen, die teils *expressis verbis*, teils durch indikative Formulierung (wie im Fall des Art. 12) die *Mitgliedstaaten* verpflichteten. Die Rechtswirkung ende in diesen Fällen bei den Mitgliedstaaten. Zu diesen Vorschriften gehöre auch Art. 12.

Der Generalanwalt erwägt dann weiter, ob sich hinsichtlich dieser eher völkerrechtlich geprägten Vorschriften der Verträge nicht aus dem Staatsrecht der Mitgliedstaaten dennoch eine interne Wirkung im Sinne eines "self-executing" ableiten lasse, die dann — so ist zu ergänzen — zu einem Gemeinschaftsrechtssatz erhoben werden könnte. Er verwirft diesen Gedanken aber, weil die Staatsrechtsordnungen zu unterschiedliche Lösungen bereithielten, insbesondere, was die Kollision zwischen innerstaatlichem Recht und intern wirkendem Vertragsrechtssatz (Vorrang, *lex posterior*-Regel etc.) angehe⁵³.

Der Gerichtshof bejaht dagegen eine unmittelbare Wirkung des Art. 12. Auch er hebt die Andersartigkeit der Gemeinschaftsverträge gegenüber völkerrechtlichen Verträgen hervor. Das Ziel des EWG-Vertrages sei "die Schaffung eines gemeinsamen Marktes, dessen Funktionieren die der Gemeinschaft angehörigen Einzelnen unmittelbar betrifft". Dies werde durch die Präambel, die sich auch an die Völker richte, durch die Einrichtung von Organen, denen Hoheitsrechte übertragen worden seien und in denen, wie dem Parlament, Staatsangehörige mitwirkten sowie durch die Möglichkeit der Anrufung des EuGH im Vorlageverfahren des Art. 177 EWGV bestätigt. "Aus alledem" sei "zu schließen", daß die Gemeinschaft eine Rechtsordnung sei, "deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind". Das Gemeinschaftsrecht solle "daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen". "Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt".

52 AaO S. 17 f.

53 AaO S. 43-49.

Lege artis hatte zweifellos der Generalanwalt und mit ihm die 3 Mitgliedstaaten recht. Art. 12 richtet sich an die Mitgliedstaaten und gehört deshalb zu den Teilen der Verträge, die in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar Rechte und Pflichten erzeugen. Mehr geht nicht.

Der Gerichtshof weist dagegen die Vorstellung eines Flickenteppichs von teils direkt, teils indirekt wirkenden Vorschriften zurück und konstruiert einen Grundsatz der Direktwirkung, der eher postuliert als methodisch überzeugend begründet wird⁵⁴.

Ist die Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der juristischen Methodenlehre auch unbefriedigend, so ist sie verfassungspolitisch doch angemessen gewesen. Der Gerichtshof hat eine neue Verfassungsnorm gesetzt, konnte dies mangels entsprechender Kompetenz aber nicht offen zugeben und war zu methodischen Unzulänglichkeiten gezwungen, um das Ganze noch als bloße Textinterpretation einkleiden zu können. Die Entscheidung war verfassungspolitisch angemessen, weil die Integration nicht vorangekommen wäre, hätte man — mit den wenigen Ausnahmen, die der Generalanwalt für unmittelbare Wirkung reserviert — jeweils auf die Anpassung des nationalen Rechts warten müssen. Die Sanktion für insoweit nachlässige Mitgliedstaaten, das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 169 EWGV war viel zu schwach, weil sanktionslos. Der EuGH ist immerhin offen genug, dies anzusprechen: Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stelle eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Art. 169 und 170 ausgeübte Kontrolle ergänze⁵⁵.

Die Entscheidung hat sich auch insofern als angemessen erwiesen, als sie weder im politischen noch im verfassungsjuristischen Raum auf größeren Widerstand stieß, dies, obwohl alle 3 im Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten gegen eine unmittelbare Wirkung Stellung genommen hatten und sogar angedeutet worden war, daß sich Konsequenzen für die Bereitschaft zur Mitarbeit ergeben könnten, wenn das Gericht sich für die Direktwirkung aussprechen würde.

Wir greifen unsere Ausgangsfrage wieder auf: Besitzt die geschilderte Art Verfassungsänderung durch den EuGH Legitimität? Jedenfalls ist es nicht eine solche, die noch in sinnvoller Weise auf Wahlen durch das Volk rückführbar wäre. Es ist auch nicht eine Legitimität des unbegrenzten vernünftigen Diskurses. Denn, obwohl das Gerichtsverfahren die Beteiligung der betroffenen Parteien ermöglicht und speziell im Verfahren vor dem EuGH für wissenschaftliche Fundierung durch die meist sehr gründlichen Schlußanträge der Generalanwälte gesorgt ist, können Verfassungsänderungen doch nicht als solche, sondern nur im Gewande der Interpretation vorhandenen Rechts, also nur verzerrt, erörtert werden. Philosophenkönige sind also nicht am Werk. Darin liegt andererseits aber

54 AaO S. 24-26.

55 AaO S. 26.

vielleicht der Vorteil der politischen Entscheidung im juristischen Gewand: Sie muß sich letztlich eben doch einkleiden lassen, und damit ist sie gezwungen, sich an das bereits Geltende anzuschließen, die Schritte also begrenzt zu halten. Auch daß über Fälle und einzelne Normen, nicht über allgemeine Fragen, entschieden wird, hier über Art. 12 und nicht auch über Art. 30, 52, 59 EWGV (über die später ähnlich entschieden wurde), begrenzt die Schritte und macht sie korrigierbar, wenn sie auf zu großen Widerstand stoßen.

Man kann dieses Austarieren auch an anderen Zügen des EuGH beobachten: Eine Konsequenz der Rechtsprechung zum Vorrang und zur unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsvertragsrechts war, daß die Frage des Verhältnisses zu den nationalen Grundrechten unvermeidbar wurde. In seinem Urteil vom 18.10.1967 stellte das Bundesverfassungsgericht die Frage, "ob und in welchem Umfang (es) im Rahmen eines zulässigerweise bei ihm anhängig gemachten Verfahrens Gemeinschaftsrecht an den Grundrechtsnormen des Grundgesetzes messen kann".⁵⁶ Der EuGH antwortete mit der Erfindung gemeinschaftlicher Grundrechte, wobei die Begründung wiederum methodisch zweifelhaft war, was der Sache aber nicht abträglich war⁵⁷. Dem BVerfG ging die Entwicklung nicht schnell genug: In "Solange I" stellte es fest, der gemeinschaftliche Grundrechtsstandard sei inadäquat.⁵⁸ Nach einer Periode kräftiger Ausbauarbeit durch den EuGH erklärte sich das BVerfG in "Solange II" für im wesentlichen befriedigt und kündigte an, entsprechende Vorlagen würden als unzulässig angesehen.⁵⁹ Umgekehrt hat der EuGH seine Rechtsprechung zur Direktwirkung von Richtlinien, die konsequenterweise für Fälle nicht nur begünstigender, sondern auch belastender Richtlinien gelten müßte, auf halbem Wege gestoppt⁶⁰. Seinen Versuch im *Costanzo*-Urteil⁶¹, in dem er die Verwaltungsbehörden zur Direktanwendung von Richtlinien ohne Rücksicht auf ihren begünstigenden oder belastenden Gehalt verpflichtete, hat er nicht weiterverfolgt, also die Botschaft in Literatur und Rechtsprechung weitgehend ignoriert und auf Beschränkung der Doktrin auf begünstigende Richtlinien gepocht⁶².

56 BVerfGE 22, 293 (298 f.). Zum Ganzen vgl. B. Beutler, in: v.d. Groeben u.a., Kommentar zum EWGV, Abschnitt Grundrechtsschutz.

57 EuGH, Urteil v. 12.11.1969 Rs. 29/69 — Stader, Slg. 1969, 419 ff. (425) und v. 17.12.1970, Rs. 11/70 — Int. Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125 ff. (1135). Das Gericht leitet seine Kompetenz zur Entwicklung von Grundrechten mit einer "petitio principii" aus seiner Zuständigkeit zur Bewahrung der "allgemeinen Rechtsgrundsätze" des Gemeinschaftsrechts ab.

58 BVerfG v. 29.5.1974, E 37, 271 ff (280 f.).

59 BVerfG v. 22.10.1986, E 73, 339 ff. (387). Im Urteil v. 12.10.1993 (Maastricht) setzt das Gericht wieder einen neuen Akzent. Es sieht sich beim Grundrechtsschutz in einem "Kooperationsverhältnis" mit dem EuGH, will sich dabei aber "auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards" beschränken (Urteilsabdruck S. 29 f.).

60 S. dazu G. Winter, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, 657 ff.

61 EuGH, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 103/88 — *Constanzo*, Slg. 1989, 1839.

62 Aus der deutschen Literatur m.w.N. H.J. Papier, Direkte Wirkung von Richtlinien der EG, DVBl. 1993, 809 ff.

Der EuGH ist bei seiner Weiterentwicklung der Gemeinschaftsverfassung weit über das hinausgegangen, was Verfassungsgerichte auf nationaler Ebene normalerweise unternehmen. Wenn diese sich in politische Fragen einmischen (müssen), so in der Regel als Bewahrer eines auf gemeinsame Werte verpflichteten Grundkonsenses der Gesellschaft, der angerufen und zugleich fortgebildet wird, um politisch schwer auszutragende Konflikte zu schlichten⁶³. Solche Entscheidungstätigkeit läßt sich umstandsloser als Textinterpretation fassen, weil die Verfassung selbst jene Funktion hat.

Verfassungsgebung im Gewande der Interpretation wird dagegen leichter in ihrem eigentlichen Charakter erkannt. Sie kann keinen Anspruch auf Legitimität erheben, weil sie den *pouvoir constituant* — als solchen oder in Gestalt eines in die Verfassung selbst eingebauten Änderungsverfahrens — nicht befragt. Sie ist deshalb darauf angewiesen, daß sie schlicht Erfolg hat, d. h. den günstigsten Zeitpunkt auf den Achsen historischer Notwendigkeit und politischer Konstellationen findet, der ihr Zustimmung beschert. Sie ist nicht akzeptabel, aber unter Umständen akzeptiert. Dieses Dilemma verursacht fruchtlose Streitigkeiten, wenn die einen auf der verfassungspolitischen Ebene reden und die anderen auf der verfassungsdogmatischen Ebene antworten, was häufig genug geschieht. Das Dilemma ist unauflösbar.

Es liegt im Wesen der Erkennbarkeit von Verfassungsgebung im Interpretationsgewand, daß sich die beteiligten Akteure entsprechend deutlich äußern, und zwar auch in Diskursen, bei denen man nicht unter sich ist. So hat das BVerfG jüngst warnend angekündigt, es werde darüber wachen, "ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen *ausbrechen*"⁶⁴. Damit wird prophylaktisch die Gefolgschaft aufgekündigt. Das ist nicht besonders weitsichtig, denn die verfassungsgebende Rolle des EuGH im interpretatorischen Gewand könnte sich in der Zukunft noch einmal wieder als notwendig erweisen, z.B. dann, wenn es um die Korrektur der Übergangsvoraussetzungen zur Wirtschafts- und Währungsunion geht. Einstweilen wird der EuGH sich aber darauf einzustellen wissen und seine Rolle eher im Funktionsbereich eines klassischen Verfassungsgerichts suchen: der Mediation zwischen den politischen Akteuren und dem Schutz von Minderheiten.

63 Vgl. K.H. Ladeur, in: F. Hase, K.H. Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System, 1980, S. 189 ff.; U.K. Preuß, Politik aus dem Geiste des Konsenses, Merkur 1987, 1 ff. Zum Ganzen A. Rinke, AK-GG, 2. Aufl. 1989 vor Art 93 Rdnr. 50 ff.

64 BVerfG v. 12.10.1993, DVBl. 1993, 1254, 1260. Hervorhebung von mir, G.W.