

DAS ÖFFENTLICHE UND DIE EUROPÄISCHE UNION

Gerd Winter

- I. Das Öffentliche - ein überholter Begriff?
- II. Öffentliche Wirtschaft und service public
- III. Das öffentliche Interesse
- IV. Die Parlamente als verfasste Öffentlichkeit
- V. Das Öffentliche in der Verwaltung
- VI. Schlussbemerkung

I. Das Öffentliche - ein überholter Begriff?

Man mag bezweifeln, dass der Begriff des Öffentlichen für eine Analyse der Europäischen Union, dieses "unidentified political object" (Delors), viel hergibt. Denn das Öffentliche hat seit je die Verhältnisse im Staat charakterisiert. Dabei ist seine inhaltliche Dimension - das öffentliche Interesse oder Gemeinwohl - mit (aufgeklärt) absolutistischen Formationen des Staates vereinbar (in Deutschland hat sie sich gerade mit dieser Formation entwickelt), während seine organisatorischen Dimensionen - der öffentliche Diskurs, die intermediären Assoziationen, die Öffentlichkeit der Verwaltung, die öffentliche Wirtschaft (und ebenso auch ein offenes Verständnis des öffentlichen Interesses) - die Transformation zum demokratischen Staat kennzeichnen.¹ Dieser Kontext ist in den Staaten Westeuropas heute nicht mehr gegeben. Im Gegenteil ist der moderne "öffentliche" Staat dabei sich zu zerfasern. Aber gerade dies legt es nahe, die alte Frage in umgekehrter Richtung neu zu stellen, dahin nämlich, welches Schicksal das Öffentliche erleidet, wenn der als öffentlicher konstituierte Staat in vieler Beziehung in der größeren Gemeinschaft aufgeht. Insbesondere fragt es sich, inwieweit das entstehende neue Gebilde Züge des Öffentlichen annimmt; denn es weist genügend Merkmale auf - die Dominanz des "privaten" Marktes, die Herausbildung von Machtzentren, die scheinbare Technizität vieler Entscheidungen - die Anlass zu kritischer Untersuchung aus der Perspektive des Öffentlichen geben.

¹ R. Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: derselbe, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 462 ff.; A. Rinke in diesem Band.

Allerdings ist die Begrifflichkeit des Öffentlichen in der gegenwärtigen sozial- und rechtswissenschaftlichen Debatte über die EU nicht besonders präsent. Sie mutet etwas altbacken an. Jedoch, auch die en vogue befindlichen begrifflichen Sonden zur Kennzeichnung der EU sind nicht sämtlich neueren Datums. Ob die EU eine Verfassung hat (haben soll) oder nicht, ob sie eher einem Staat oder einem Staatenbund ähnelt, ob sie ein Zweckverband oder ein Herrschaftsverband ist, woher sie Legitimität bezieht, in welchem Verhältnis die supranationalen und intergouvernementalen Formen stehen, ob sie eine Union der Wirtschaft oder der Bürger und der Umverteilung ist -, diese heute intensiv erörterten Fragen benutzen im Grunde recht alte Kategorien. Zwar sind auch neue hinzugekommen, wie die der Netzwerke, der Informalität, der Aushandlungsforen, der Infrationalität, aber nichts spricht dagegen, diese als Herausforderung für das "Öffentliche" zu betrachten, ganz ebenso, wie sie auch Herausforderung für die Begriffe Verfassung, Staat, Herrschaft, Legitimation, Sozialstaat, Monismus/Dualismus von Staats- und Völkerrecht sind.

Meine These ist, dass die EU ein gewaltiges Werk der Zerstörung des Öffentlichen auf der einzelstaatlichen Ebene darstellt, dass das Öffentliche jedoch auf neuen Ebenen mit neuem Inhalt wiederentsteht, wenn auch ohne klare Konzeption und mit undeutlichen Konturen. Diese schöpferische Zerstörung lässt sich in vierfacher Hinsicht beobachten, und zwar insofern als:

- (1) die öffentliche Wirtschaft dem Markt überantwortet wird,
- (2) das öffentliche Interesse unter den Primat des Binnenmarktes gerät,
- (3) die in den Parlamenten institutionalisierte Öffentlichkeit der dominanten Exekutive hinterherläuft,
- (4) in der europäischen Exekutive andererseits aber neue Formen der Öffentlichkeit entstehen.

II. Öffentliche Wirtschaft und service public

Der EGV unterstellt die öffentlichen Unternehmen, dh die Unternehmen unter beherrschendem Einfluss der öffentlichen Hand, den Wettbewerbsregeln des Vertrages, insbesondere den Regeln über wettbewerbswidrige Absprachen (Art. 81), über die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82) und über staatliche Beihilfen (Art. 87). Dies gilt sowohl für die Tätigkeit der Unternehmen selbst wie auch für Maßnahmen der Mitgliedstaaten gegenüber den Unternehmen.² Hinzu kommt, dass der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten

² Letzteres wird durch Art. 86 Abs. 1 vorgeschrieben. Ob ersteres, also die Gleichstellung

ten in einer Art Landnahme (zT partiell) auch auf den öffentlichen Sektor (z.B. auf Rundfunkdienstleistungen, Abfallverbringung, Sport, Militär) erstreckt wird, sodass mitgliedstaatliche Maßnahmen in Beziehung auf sie den grundfreiheitsbezogenen Regulierungsbeschränkungen unterliegen.

Dies bedeutet zunächst, dass die Selbstverständlichkeit der staatlichen Gewährung von Vorrechten und Risikoabnahmen, die mit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand in manchen Mitgliedstaaten verbunden war, hinfällig geworden ist. Vorrechte und Risikoabnahmen einzuräumen ist nun im Einzelnen rechtfertigungsbedürftig. Als Gründe zählen nach Art. 86 Abs. 2 nur noch besondere Aufgaben allgemeinen Interesses, dh des service public³ insbesondere in Gestalt der Grundversorgung mit Energie, Verkehrsleistungen, Rundfunk, etc. Andere historisch gewachsene Gründe der Sozialisierung im weitesten Sinn, insbesondere die Vergemeinschaftung der Gewinnmöglichkeiten eines Industriezweiges, die Verhinderung von privater Machtbildung und die Verwirklichung von Wirtschaftsdemokratie sind damit verdrängt.

Aber auch der service public gerät unter Druck. Per Rückausnahme des Art. 86 Abs. 3 EGV wird auch er den Wettbewerbsregeln ausgesetzt, soweit die Aufgabe dadurch nicht verhindert oder gefährdet wird; erschwert werden darf sie also durchaus. Hinzu kommt die Unterwerfung unter die Regime der Grundfreiheiten, die Rechtfertigungszwänge begründen, auch soweit es nicht um die Einräumung von Vorrechten und Risikoabnahmen geht.

Auch stehen Kompetenzgrundlagen für aktive gemeinschaftsrechtliche Politiken der Vermarktlichung zur Verfügung. So kommt es zum Umbau der öffentlichen Energiewirtschaft, des Verkehrswesens, der Telekommunikationsdienste, des Rundfunks, meist in der Weise, dass zwischen Netz und Diensten getrennt wird und für die Dienste Wettbewerb gilt, während für das Netz Ausschließlichkeitsrechte anerkannt werden, die aber strenger Regulierung unterliegen. Es werden zwar Vorbehalte für einen Kern von Grundversorgung, für die Abwehr des Rosinenpickens und andere öffentliche Belange konzidiert, aber die konkurrierenden Angebote höhlen die Möglichkeiten des verbleibenden öffentlichen Bereichs aus, z.B. indem der Rundfunk seine Programme dem Niveau der Privaten annähert⁴, oder indem die im öffentlichen Sektor höheren Preise mittelbar doch unter Konkurrenzdruck geraten, so dass das Aufkommen für eine flächende-

von öffentlichen mit privaten Unternehmen ebenfalls aus dieser Bestimmung folgt oder (wie es historisch vermutlich unzutreffend ist) stillschweigende Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ist (so V. Emmerich in M. Dausen (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht, Abschn. H.II Rz. 96), ist hier nicht von Bedeutung.

³ Von Burchard in J. Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EGV, Art. 86 Rz. 55.

⁴ S. dazu den Beitrag von Stock in diesem Band.

ckende Versorgung letztlich doch nicht mehr ausreicht. Zwar gibt es Rettungsoperationen gegen solche Privatisierung auf breiter Front, wie insbesondere den durch die Maastricht-Verträge neugeschaffenen Art. 7d (jetzt Art. 16), aber schon die gewundene und höchst zurückhaltende Formulierung macht deutlich, dass der traditionelle öffentliche Sektor zerstört worden ist.

Und doch setzt diese weitgehend dem Gemeinschaftsrecht geschuldete Zerstörung neue Formen frei, die in die nunmehr prinzipiell privatisierte Wirtschaft öffentliche Elemente einstreuen und sich in Zukunft vielleicht zu einem europäischen Konzept neuer öffentlicher Wirtschaft zusammenfügen. Einerseits wird der Staat von wirtschaftenden Tätigkeiten abgeschnitten und auf regulierende und überwachende Funktionen reduziert, andererseits pluralisieren sich die constituencies der Wirtschaftsunternehmen: die Einflussmöglichkeiten kritischen Konsums auf das Waren- und Dienstleistungsangebot nehmen zu, wie z.B. im Bereich der Durchleitungspflichten für Strom aus regenerativen Quellen; die regionale Nachfrage, die vorher im bundesweit schematisierten Angebot unterging, kann sich auf spezifischere Weise Geltung verschaffen, wie etwa im Bereich des regionalisierten Schienenverkehrs; das Potential der unternehmensinternen Organisation bei der eigenverantwortlichen Beachtung öffentlicher Interessen wird aktiviert, wie etwa in Gestalt des Umweltaudit; die Mediations- und Kompromissleistung der Sozialpartner wird rezipiert, wie in der Überführung von Vereinbarungen zwischen ihnen in Gemeinschaftsrechtsakte.⁵ Insgesamt scheint sich eine Art Pluralisierung der Unternehmen herauszubilden, in der die Konsumenten, die lokalen und regionalen Gebietskörperschaften, die innere Disparität des Management, die Arbeitnehmerschaft und bestimmte Interessenverbände mitwirken. "Hinter dem Rücken" könnte sich etwas herausbilden, das unter dem signum der Sozialisierung, wohl mit zuviel Ungeduld und Modellierlust, in den ersten Nachkriegsjahren und dann wieder in den siebziger Jahren angedacht worden ist.⁶

III. Das öffentliche Interesse

Das öffentliche Interesse ist im modernen Staat zwischen den individuellen Interessen der Einzelnen und dem staatlichen Eigeninteresse angesiedelt. Es wird in den Demokratien nicht als präexistent und dementsprechend nur aufzufindendes gedacht, sondern als Produkt konstitutionell verankerter Verfahren der Gesetzgebung und Verwaltung, und zwar auch, soweit es in materiellen Programmsätzen angesprochen wird, denn diese (wie z.B. das Sozialstaatsprinzip,

5 Art. 139 Abs. 2

6 Dazu G. Winter (Hrsg.), Sozialisierung von Unternehmen. Bedingungen und Begründungen, 1976.

das Gleichheitsprinzip, der Schutz der Umwelt) sind durchweg konkretisierungsbedürftig und somit verfahrensabhängig.

Bei aller Offenheit seines Inhalts steht die Kategorie des öffentlichen Interesses als eines Leitbegriffs für die Politik im Staat aber auf sicherem Fundament.⁷ Das öffentliche Interesse geht dem Individualinteresse vor, muss sich allerdings hinsichtlich seiner Instrumentierung (aber auch nur hinsichtlich dessen) dem Verhältnismäßigkeitsstest stellen.

Dieses sichere Fundament wird nun durch Gemeinschaftsrecht zerstört. Die Prozesse, die dazu führen, sind vielfältiger Art. Drei möchte ich unterscheiden.

Erstens entwickelt sich ein Bedeutungswandel im Gegenbegriff zum "öffentlichen Interesse", der auch die Bedeutung des Hauptbegriffs affiziert. Im traditionellen staatlichen Kontext ist der Gegenbegriff des öffentlichen Interesses der des Individualinteresses. Dieses zu schützen, kann zwar wiederum im öffentlichen Interesse liegen, doch wird dieser Gedanke rechtlich nur insoweit relevant, als das Individualinteresse selbst grundrechtlich unterfangen wird. Und selbst als grundrechtlich geschütztes bleibt es Individualinteresse. Dies gilt zumal auch für die Wirtschaftsfreiheiten. Es bedarf jeweils zusätzlicher Argumente, um aus einem Individualinteresse ein Gemeininteresse zu machen, das z.B. eine Enteignung rechtfertigt. Weitergehende Konzeptionen, die die Grundrechte als inpersonale Organisationselemente des Subsystems Wirtschaft verstehen und so vom Individuum lösen wollten⁸, haben sich nicht durchgesetzt oder sind nur als latente Funktionen bemerkbar.⁹

Auf Gemeinschaftsebene ist die Situation ähnlich, soweit es um die gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Grundrechte geht. Aber hinsichtlich der Herstellung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs wird das Individualinteresse zum Gemeinschaftsinteresse ausgebaut. Die Grundfreiheiten sind nicht nur Schutzpositionen der individuellen Marktteilnehmer, sondern zugleich und sogar primär Vehikel des Gemeinschaftsziels, den Binnenmarkt herzustellen.

7 S. dazu den Beitrag von Häberle in diesem Band.

8 Insbesondere N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 130: "Der Schutz des geldwerten Eigentums dient primär dem Wirtschaftssystem und erst sekundär individuellen Persönlichkeitsinteressen, die sich in Durchbrechung der Moral des Wirtschaftssystems zur Geltung bringen, gerade dadurch aber den Konsum in einer für das Wirtschaftssystem unentbehrlichen Intensität stimulieren." Ebenso K. H. Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, Tübingen 2000, S. 189ff.

9 Man könnte die Institutsgarantie des Eigentums in diesen Kontext stellen, doch ist sie weitgehend inhaltsleer und im Übrigen doch eher auf Personen (nämlich die Ausstattung mit einer persönlichen materiellen Lebensbasis) als auf Systeme bezogen.

Das hat der EuGH in aller Deutlichkeit in der van Gend-Entscheidung¹⁰ ausgesprochen, in der er die Konzipierung der Grundfreiheiten (im Fall: des zollfreien Warenverkehrs) als unmittelbar anwendbarer subjektiver Rechte der Marktteilnehmer vor allem damit begründete, dass die damit zu erwartenden Individualklagen ein geeignetes Mittel (effet utile) zur Durchsetzung des Binnenmarkts seien. Mit der individuellen Geltendmachung von Grundfreiheiten ist seitdem immer die Frage verbunden, ob sich das öffentliche Interesse, das die Beschränkungsmaßnahme trägt, vor dem öffentlichen Interesse der Herstellung des Binnenmarkts rechtfertigen lässt. Referenzpunkt ist dabei nicht der einzelne Importeur oder ausländische Hersteller, sondern die ganze Volkswirtschaft der anderen Mitgliedstaaten. Es stehen sich also nicht öffentliches Interesse und Individualinteresse gegenüber, sondern ein öffentliches Interesse dem anderen.¹¹ In dieser Gleichrangigkeit geht der traditionelle Primat des öffentlichen Interesses verloren.

Zugleich wird – zweitens – der Markt, der im traditionellen Konzept nur Mittel zum Zweck des Gemeinwohls war, zum Selbstzweck erhoben. Dies war noch nicht so, solange die Herstellung des Binnenmarkts lediglich darauf gerichtet war, Ungleichbehandlungen ausländischer gegenüber inländischen Waren und Dienstleistungen zu beseitigen. In dieser Phase diente die Durchsetzung des Marktes noch einem materiellen Ziel, nämlich der Herstellung von Gleichheit der Chancen. Erst mit der Ausrichtung der Grundfreiheiten auch gegen nicht-diskriminierende, somit also gegen jedwede marktbeschränkende Maßnahmen¹² wird der Markt zum Selbstzweck erhoben. Alles, was ihn beeinträchtigt, ist nun rechtfertigungsbedürftig. Er selbst muss sich nicht an höheren Zwecken messen lassen.¹³ Dadurch wird zugleich das oben konstatierte Balanceverhältnis sogar zu Gunsten des Binnenmarktes umgewichtet. Es heißt nun: Soviel Markt wie möglich, soviel (sonstiges) öffentliches Interesse wie nötig.

Ein dritter Aspekt liegt darin, dass die Unterschiedlichkeit nationaler öffentlicher

10 EuGH v. 5. 2. 1963, Rs 26/62 (Van Gend), Slg. 1963, S. 7 ff., 26.

11 Dies klingt bei Häberle, in diesem Band an, wird aber nicht als Neuerung angesehen.

12 Diese Ausrichtung wird der Cassis de Dijon Entscheidung (EuGH v. 20. 2. 1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 144 ff., Rdnr. 8) zugeschrieben, hat sich aber schon früher angebahnt. Da die Rechtsprechung ihn immer sogleich unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigungsgründe behandelt hat, wurde der erste Schritt, die Ausweitung des gemeinschaftsrechtlichen Kontrollregimes selbst, kaum je explizit formuliert und begründet.

13 Nach dem Scheitern des Sozialismus werden solche Fragen heute in der Wissenschaft kaum noch aufgeworfen. Trotzdem drängen sie sich aus der Realität auf und suchen nach Antworten auch außerhalb sozialistischer Kontexte. Ein jüngeres Beispiel ist die in Südafrika virulente Frage, ob es gerechtfertigt ist, für Aidsmedikamente den ganz normalen, jedoch für die Patienten unerschwinglichen Marktpreis zu fordern.

Interessen unter Nivellierungsdruck gerät. Das ist in einem Binnenmarkt selbstverständlich, soweit der einzelne Staat wirtschaftsprotektionistische Ziele zu seinem öffentlichen Interesse erhebt. Aber es werden damit auch Belange mitgerissen, die zwar in wirtschaftlichen Zusammenhängen stehen mögen, aber doch einen Eigenwert haben. Deutlich wird dies z.B. an den unterschiedlichen Geschmackskulturen im Lebensmittelverkehr. Es wird nun unzulässig und schließlich sogar undenkbar, dass zum Schutz eines regionalen Qualitätsprodukts, z.B. einer besonderen französischen Käsesorte, gegen auswärtige Konkurrenz ein Importverbot für ähnliche billigere, aber weniger schmackhafte Produkte verhängt wird. Nur Gründe des Gesundheitsschutzes zählen, und die Gesundheit ist – marginale Unterschiedlichkeiten der Risikoeinschätzung nicht gerechnet – ein überall gleicher Maßstab. So kommt es zu der viel belächelten Situation, dass die deutsche Regierung das "Reinheitsgebot" für Bier mit Gesundheitsgründen zu rechtfertigen versuchte, obwohl es doch um eine geschmacklich-kulturelle Tradition ging.¹⁴

Wird so der Primat der einzelstaatlichen öffentlichen Interessen im Binnenmarkt in vielfältiger Weise gebrochen, fragt es sich, ob auf neuer Ebene ein Konzept des (außermarktlichen) Gemeinschaftsinteresses entsteht. Hier ist zunächst festzustellen, dass die Rechtsprechung die gemeinschaftsrechtlichen materiellen Vorgaben durch die Anerkennung von mitgliedstaatlichen Beurteilungsspielräumen wieder relativiert. Das öffentliche Gemeinschaftsinteresse ist im Bereich der "Negativintegration" also über prozedurale Wege – eben die Anerkennung von Ermessensräumen – für mitgliedstaatliche Besonderheiten geöffnet. Weiterhin ergibt sich bei inhaltlicher Betrachtung, dass die Transzendierung der nationalen Bezugsrahmen, obgleich zu einer gewissen Nivellierung kultureller Unterschiede führend, doch aber nicht eine völlige Verengung der Bandbreite gemeinschaftlich anerkannter öffentlicher Interessen heraufbeschworen hat. Man kann das am Beispiel des Umweltschutzes demonstrieren: Obwohl in Art. 30 nicht als Rechtfertigungsgrund genannt, hat der EuGH ihn im Rahmen seiner ergänzenden Kategorie der "zwingenden Gründe des Gemeinschaftsrechts" anerkannt, so dass Umweltschutzgründe marktbeschränkende staatliche Maßnahmen zu rechtfertigen vermögen. In einem jüngeren Urteil hat er den Umweltschutz sogar als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des Art. 30 EGV anerkannt, mit der Folge, dass Umweltschutz nicht mehr allein nichtdiskriminierende, sondern auch diskriminierende Marktbeschränkungen rechtfertigen kann.¹⁵ Weiterhin ist in der Diskussion, ob die Mitgliedstaaten sich auch öffentliche Interessen anderer

14 EuGH, Urt. v. 12. 3. 1987, Rs. 178/84, Slg. 1987, S. 1227 ff. (Reinheitsgebot für Bier).

15 Zum Stand der Diskussion und gewissen Schritten des EuGH s. J. Jans, European environmental law, Groningen 2000, S. 248 ff. Vgl. auch die Schlussanträge des GA Jacobs im Verfahren zum Stromeinspeisegesetz, C-379/98, und das Urteil des EuGH in derselben Sache vom 13. 3. 2001.

Staaten zu eigen machen können, selbst wenn diese sie als weniger gewichtig betrachten, wie z.B. bei Exportverboten für Abfälle, deren Verwertung im Ausland weniger hochwertig ist als im eigenen Staat.¹⁶

Die Definition des Gemeinschaftsinteresses verlagert sich von der Struktur "Mitgliedstaat regelt, EuGH kontrolliert" auf die Ebene der Gemeinschaftsinstitutionen, wenn das Gemeinschaftsinteresse über Sekundärrecht verwirklicht wird. Für diese "Positivintegration" enthalten die Verträge eine Fülle von materiellen Zielen und Grundsätzen, die gemeinhin nicht nur als bloße Programmsätze, sondern als rechtsverbindlich gelten. Das Beispiel der Umweltpolitik demonstriert dies erneut: Für sie enthält Art. 174 EGV ausführliche Ziele und Grundsätze, die kraft Art. 6 EGV sogar bei allen anderen Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen "einbezogen" werden müssen. In den Verträgen formuliert und judikativ konkretisiert wird also ein Strauß von öffentlichen Gemeinschaftsinteressen, der nicht weniger reichhaltig sein muss als die Sträube, die vorher von den Mitgliedstaaten gebunden wurden. Spezifisch gemeinschaftsbezogene öffentliche Interessen, die im mitgliedstaatlichen Bezugsrahmen nicht in den Blick geraten, kommen hinzu, wie z.B. das Gemeinschaftsinteresse an der Erhaltung eines grenzüberschreitenden Netzes von wertvollen Naturräumen (Natura 2000).¹⁷

Auch hier ist zudem das prozedurale Element stark ausgeprägt: Die Rechtsverbindlichkeit der Ziele und Grundsätze bewährt sich eher, soweit sich Kompetenzen auf sie stützen lassen (wie z.B. auf Art. 175, der auf Art. 174 verweist), während hinsichtlich der Ableitung wirklicher Handlungsverpflichtungen eher Zurückhaltung zu erwarten ist, und zwar zumindest in der Weise, dass den EG-Organen wie etwa im Urteil zur Verkehrspolitik¹⁸ ein weites Ermessen eingeräumt wird.¹⁹

IV. Die Parlamente als verfasste Öffentlichkeit

In den Verfassungen der Mitgliedstaaten ist die Öffentlichkeit als durch Parlamente repräsentiertes Wahlvolk institutionalisiert, daneben meist in Gestalt intermediärer Instanzen wie der Parteien und der Medien sowie als Träger von

16 J. Jans, *European environmental law*, Groningen 2000, S. 263 ff.

17 RL 92/43 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume ..., Abl. 1992, L 206 S. 7. Im 4. Erwägungsgrund heißt es: "Die bedrohten Lebensräume und Arten sind Teil des Naturerbes der Gemeinschaft, und die Bedrohung, der sie ausgesetzt sind, ist oft grenzüberschreitend; daher sind zu ihrer Erhaltung Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene erforderlich."

18 EuGH, Urt. v. 22. 5. 1985, Rs 13/85, Slg. 1985, S. 1513 ff. (Rdnr. 49).

19 Vgl. hierzu G. Winter, *Constitutionalising environmental protection in the EU*, erscheint in: *Yearbook of European Environmental Law*, Vol. 2/2001.

politischen Grundrechten. Ich konzentriere mich im Folgenden auf die Rolle der Parlamente.

Die nationalen Parlamente haben viele Kompetenzen an die EG-Legislativ abgeben. Zwar finden sich vielfältige Instrumente des Rückhaltens im konkreten Fall, so die Unterscheidung zwischen ausschließlichen und konkurrierenden Kompetenzen, die qualifizierenden Voraussetzungen der verschiedenen Kompetenzvorschriften, das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Richtlinie als Umsetzungsspielräume eröffnender Rechtsakttyp, aber an der Sogwirkung der europäischen Ebene ändert das wenig. Natürlich können die Parlamente auch über die solchermaßen europäisierten Themen und Lösungen debattieren, aber mangels Regelungskompetenz fehlt es an Entscheidungsdruck. Die Mitwirkung im Vorfeld europäischer Gesetzgebung erfolgt spät und ohne bindende Wirkung. So erschöpft sich die Beratung der europäischen Themen meist in Erörterungen über die Vereinbarkeit von Entwürfen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Seltener wird gefragt, ob man über sie hinausgehen darf und sollte, und ganz selten, welche neuen Ansätze und Initiativen auf der europäischen Ebene eingebracht werden könnten.

Auf der EG-Ebene wurden die übertragenen Gesetzgebungskompetenzen zunächst vom Rat und damit von einer exekutiv geprägten Institution wahrgenommen, deren Legitimation sich nur mittelbar über die Ratsmitglieder und die Ministerverantwortlichkeit zu den nationalen Parlamenten vermittelte. Mit dem Europäischen Parlament ist dem Verlust nationaler Parlamentskompetenzen jedoch ein Zugewinn an verfasster Öffentlichkeit gegenübergetreten. Die Position des EP hat sich zwar im Laufe der Zeit sukzessive verstärkt, aber für ein ausgereiftes Modell eines europäischen Parlamentarismus fehlt es noch an vielem. Die Hauptmängel sind bekannt: Ungleichheit des Wahlrechts wegen unterschiedlicher Verhältniszahlen Abgeordnete/Wahlberechtigte, geringe Wahlbeteiligung wegen der großen Zahl von Wahlberechtigten pro Abgeordneter und der Distanz zwischen Wahlbürgern und europäischen Parteien, fehlendes Initiativrecht des Parlaments, Fehlen durchgängiger Mitentscheidungsrechte, beschränkter Einfluss auf die Auswahl und Absetzung der Kommission, etc.

Der Zug zur weiteren Vervollkommnung des parlamentarischen Modells, der jahrelang von Diskursen über das "europäische Demokratiedefizit" angetrieben worden war, ist in den letzten Jahren mehr und mehr ins Stocken geraten, weil die Voraussetzungen der Möglichkeit eines Parlamentarismus auf europäischer Ebene grundsätzlich in Zweifel gestellt wurden.

Eine Auffassung, die durch einen Teil des zweiten Senats des BVerfG in dem merkwürdig gespalten argumentierenden Maastrichturteil gestützt wurde, hält einen vollgültigen europäischen Parlamentarismus für unmöglich, weil er auf

eine gewisse Homogenität und kulturelle Identität des Volkes angewiesen sei, die in Europa nicht existiere.²⁰ Für eine europäische Demokratie fehle der europäische Demos.²¹ Die Folgerungen hieraus verzweigen sich, stimmen aber in einer grundsätzlichen Skepsis gegenüber einem Ausbau der parlamentarischen Strukturen überein: Eine konservative Position leitet daraus strenge Anforderungen an die Subsidiaritätsprüfung ab, vermag damit gegen das anscheinend eherne Gesetz der Zentralisierung allerdings wenig auszurichten. Die andere Position nimmt das Defizit der input-Legitimität der europäischen Ebene als unvermeidbar hin und erhofft mehr von der "out-put"-Legitimität, die aus hoher Leistungsqualität der Institutionen resultiere. Für diese komme es vor allem auf die Bildung und Kooperation europäischer Facheliten an. Erreichbar sei auf diese Weise allerdings nur die effiziente Organisation wirtschaftlicher Prosperität, nicht aber substantielle Umverteilung.²²

Eine zweite Auffassung hat mehr Vertrauen in die identitätsstiftende Kraft einmal institutionalisierter Öffentlichkeit.

"Die demokratische Ordnung ist nicht von Haus aus auf eine mentale Verwurzelung in der "Nation" als einer Schicksalsgemeinschaft angewiesen. Es ist eine Stärke des demokratischen Verfassungsstaats, Lücken der sozialen Integration durch die politische Partizipation seiner Bürger schließen zu können."²³

Sie hält zwar an der Notwendigkeit einer kulturellen neben der politischen Integration (oder, m.a.W., einer sozialen neben der systemischen Integration) fest, kann aber genügend historische Beispiele (wie das Deutsche Reich) vorweisen, die zeigen, dass die erste nicht immer Voraussetzung, sondern manchmal Folge der zweiten ist.

Eine dritte Auffassung verlässt den ausgetretenen Pfad der parlamentarischen Legitimation und setzt bei den Praktiken an, die sich im europäischen Kontext selbst herausgebildet haben. Sie verweist auf die Fülle von informalen Netzwer-

20 BVerfGE 89, 155, 184; E.-W. Böckenförde, Staat, Nation, Europa, Frankfurt/M (Suhrkamp) 1999, 68 ff., 93.

21 Joseph Weiler, der in seinen Reaktionen auf das Urteil jedoch zwischen den Florentiner Diskurstheoretikern und nationalstaatlichen Positionen schwankt, vgl. derselbe, *The constitution of Europe*, Cambridge 1999, S. 344 ff.

22 F. W. Scharpf 1998: "It is in such elite-led, but nevertheless public discourses that policy choices must be explained and justified in ways that can be challenged by counter-elites, and in terms that can also be understood and judged by (interested) non-elites as well."

23 J. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt (Suhrkamp) 1998, 117. Ähnlich U.K. Preuß in diesem Band; A. Fisahn, *Demokratie in Europa - ein Volk oder das Volk?* In: A. Bovenschulte u.a. (Hrsg.) *Demokratie und Selbstverwaltung in Europa*, Baden-Baden (Nomos) 2001, 131 ff., 142 f.

ken, die sich quer zu den formalen Trennungslinien zwischen den Entscheidungsebenen, Institutionen, Politikbereichen und Einzelstaaten herausgebildet haben, und die je nach (postmoderner oder kommunikationstheoretischer) Einschätzung als Mechanismen der Kompatibilisierung von Divergenzen²⁴ oder Orte der direkten Deliberation aller Betroffenen²⁵ angesprochen werden. Im Vokabular des Öffentlichen könnte man von einer nicht institutionalisierten europäischen Öffentlichkeit sprechen.

Das "entweder-oder" der ersten und zweiten Position scheint mir unangemessen, weil die Entwicklung der EU (wie auch anderer Foederationen) eher spiralförmig verlaufen ist und damit beiden Seiten Recht gibt: Die außerinstitutionelle Bereitschaft zum Frieden und zu wirtschaftlicher Integration hat Institutionen hervorgebracht, die ihrerseits die Bereitschaft zu sozialer Integration und eine gewisse europäische Homogenität gefördert haben, welche wiederum den weiteren Ausbau der Institutionen getragen hat. Allerdings ist anzunehmen, dass dieser Prozess an Grenzen stößt. Die Konfrontation der beiden Positionen ist daher so zu lesen, dass die einen die Grenze für erreicht und die andere für nicht erreicht erklären. Aber auch bei prognostischer Betrachtung ist zu differenzieren. Während die Spirale im Übrigen wohl noch weitergehen kann, erscheint es als plausibel, dass die Basis der Gemeinsamkeit für Umverteilungen in ganz großem Stil nicht ausreichen würde.²⁶ Zwar haben, soweit Transfers zwischen europäischen Regionen stattfanden wie über den Regional- und den Kohäsionsfonds die "Nettozahler" darauf rechnen können, dass ihnen aus der Prosperität früher armer Regionen neue Absatzmärkte entstehen. Aber ein echter interregionaler Finanzausgleich würde zu ungleich stärkeren Belastungen und ungewisseren Kompensationen führen. Soweit es Modelle der Umverteilung zwischen Reich und Arm angeht, dürften die gesellschaftspolitischen Grundvorstellungen in den Mitgliedstaaten noch auf lange Zeit zu stark divergieren, als dass eine Harmonisierung der nationalen Systeme sozialer Sicherung oder gar ein europaweites zentralisiertes Umverteilungssystem erreichbar wäre.

Neben der Sozialpolitik ist die Vergrößerung der Union zu berücksichtigen. Auch sie könnte bei ungebremster Erweiterung die Union an eine Grenze bringen, die aber eher mit Problemen der Organisierbarkeit großer Bevölkerungszahlen und geographischer Räume zusammenhängt. Im Hinblick auf das

24 K.-H. Ladeur, *Postmoderne Rechtslehre*, Berlin 1992, S. 150: "Dieser Wandel impliziert, dass mehr und mehr die universelle öffentliche Vernunft und ihre Institutionen in ein "Multiversum" pluraler, heterogener, nur locker verbundener, auf Selbständerung angelegter Optionsräume transformiert werden."

25 O. Gerstenberg, Ch. Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy. An Institutional Ideal for Europe?* Unveröff. MS, Bremen 2001.

26 Die Größendimension vernachlässigt Fisahn, a.a.O. S.140.

Homogenitätspostulat erscheint das Problem erneut weniger gravierend, weil es in Gestalt des Kandidatenstatus und der dem Beitritt nachfolgenden Übergangszeiten eine Art vorgezogener und nachholender Spirale gibt, in der sich institutionelle Anassungs- und soziokulturelle Sozialisationschritte gegenseitig verstärken können.

Nähern sich damit die o.g. erste und zweite Position bei historischer Betrachtung an und erscheint somit europäischer Parlamentarismus als soziokulturell möglich, so ist im Hinblick auf die dritte Position zunächst anzuerkennen, dass es sehr viel mehr Wege der Europäisierung von Öffentlichkeit und der daraus folgenden ("input"-) Legitimation gibt als nur den Weg über das Europäische Parlament. Dennoch ist gerade wegen der Vielfalt, Unberechenbarkeit und Informalität der Sphäre nicht-institutionalisierter Öffentlichkeit eine universale Grundstruktur von Verfahren und Werten erforderlich, auf die sich alle beziehen können und aus denen Rechtsverbindlichkeit hervorgehen kann. Für die europäische Gesetzgebung ist in dieser Hinsicht kaum etwas anderes denkbar, als dass die informalen deliberativen Diskurse und Kompatibilisierungen zu ihrem Schluss in ein formalisiertes Legislativverfahren überführt werden, damit Kompromisse auf Dauer gestellt werden und infolgedessen die Randbedingungen für zukünftige Aushandlungen für eine gewisse Zeit festliegen. Denn nicht alles kann ständig offen gehalten werden. In einem solchen Verfahren, aus dem rechtsverbindliche Entscheidungen hervorgehen, muss klar sein, wer wie entscheidet, und dafür ist eine normative Theorie demokratischer Legitimation erforderlich.

Diese besteht aber im heutigen Europa im Allgemeinen in der Rückführbarkeit von Gesetzgebung auf Wahlakte der Bevölkerung.²⁷ Dementsprechend bedarf der europäische Parlamentarismus als zweite Legitimationskette der weiteren Vervollkommnung. Dabei sind Fortentwicklungen denkbar und bereits unterwegs, die sich insbesondere der neuen Medien bedienen, damit die Kluft zwischen dem Parlament und den Bürgern kleiner wird. Nicht zufällig gehört das Europäische Parlament zu den Institutionen, deren website den Zugang zu Dokumenten und aktuellen Vorgängen besonders mustergültig organisieren. Z.B. ist für jeden Rechtsakt nicht nur das Ergebnis, sondern auch der Entstehungsprozess umfassend dokumentiert.²⁸

27 Th. von der Vring, On legitimation of the European Union - national parliaments and the European Parliament, in: G. Winter (Hrsg.) Sources and categories of European Union law, Baden-Baden 1996, 385 ff.

28 Der entsprechende, als Lexcalibur bezeichnete Vorschlag von J. Weiler, op. cit. S. 351, findet sich also bereits verwirklicht.

V. Das Öffentliche in der Verwaltung

Im funktionentrennenden Staat ist bei allen Überlappungen ungefähr klar, was Verwaltung bedeutet, weil sie sich in Polarität zu Politik und Gesetzgebung setzen lässt. In der EU ist die Funktionentrennung dagegen weniger ausgeprägt. Deshalb ist die Frage, ob es einen besonderen Bereich der Verwaltung gibt, schwerer zu beantworten. In der Tat hat sich auch auf EG-Ebene eine Funktionentrennung herausgebildet, und zwar aus verfassungsrechtlichen Bruchstücken wie dem Gesetzgebungsverfahren (Art. 251 u. 252), der Delegation von Durchführungsvorschriften (Art. 202 3. Beistrich, Art. 211 1. Beistrich), der Möglichkeit von Kommissionsrechtsakten (Art. 211 3. Beistrich, Art. 249 Abs. 1) und der Zuweisung der Rechtsdurchführung an die Kommission (Art. 211 1. Beistrich), vor allem aber in der Realität der Entscheidungspraxis der EU-Organe. Sicherlich ist es schwer, genau zu bestimmen, was in der Struktur "Rat und Parlament oder Rat allein" und was in der Struktur "Kommission allein" entschieden wird, aber der Tendenz nach sind es doch Grundsatzfragen auf der einen und technische oder Detailfragen auf der anderen Seite, wobei unter dem Blickwinkel der Fehlallokation von Kompetenzen eher zuviel Technisches dem Rat und Parlament vorbehalten bleibt, als dass zuviel Grundsätzliches auf die Kommission geschoben würde. Immerhin hat die Kommission aber Kompetenzen hinsichtlich der Verfertigung sowohl von Normen wie auch von Einzelakten. Wenn im Folgenden von der EU-Verwaltung die Rede ist, sollen dementsprechend funktional eher technische Normen und Einzelakte und strukturell Emanationen der Kommission gemeint sein.

Fragt man nun unter dem Gesichtspunkt des Öffentlichen nach der Einwirkung der EU auf die nationale Verwaltung, fällt eine Schwierigkeit ins Auge, dass nämlich nicht so einfach von einer öffentlichen Prägung der nationalen Verwaltungen (die zerstört werden könnte) zu sprechen ist. Denn das Öffentliche ist als Eigensinn der Verwaltung nicht nur im autoritären, sondern auch im demokratischen Staat wenig ausgeprägt. Im materiellen Sinn des öffentlichen Interesses wird es primär durch die Legislative festgelegt. Der Verwaltung obliegt dann nur der Vollzug im Einzelfall, der zudem durch die Ministerverantwortlichkeit parlamentarisch rückgebunden ist. Im organisatorischen Sinn der Öffentlichkeit der Verwaltung wird das Öffentliche durch das Amtsgeheimnis behindert; Akteneinsichtsrechte und Anhörungsrechte sind auf den Kreis der rechtlich geschützten Interessen Betroffener beschränkt.

Doch hat sich seit Ende der sechziger Jahre, nicht zuletzt im Gefolge der Studentenbewegung, ein Wandel vollzogen. Das amerikanische Modell der öffentlichen Verwaltungsverfahren mit freedom of information und notice and comment procedure fand mehr und mehr Nachfolger auch in Europa. Hinzu kommt, dass die legislative Programmierung der Verwaltung abnimmt (oder nur als ge-

ringer wahrgenommen wird), wodurch sich administrative Spielräume zur Eigendefinition des öffentlichen Interesses ergeben. Die Verwaltung wird dadurch auf ein neben Gesetz und Ministerverantwortlichkeit eigenes demokratisches Bein gestellt (wobei es umstritten bleibt, ob die verfassungsrechtliche Basis, wie die herrschende Meinung in Deutschland annimmt, in den Grundrechten²⁹, oder, wie es andere Rechtsordnungen unbefangener sehen, im Demokratieprinzip sie- delt).

Anders als im Bereich der nationalen Legislative gibt es im Bereich der Verwaltung den starken Sog europäischen Kompetenzzugs nicht. Es gilt der Grundsatz der nationalen Ausführung des Gemeinschaftsrechts. Nach ihm besitzen die Mitgliedstaaten die Kompetenz zur administrativen Ausführung des Gemeinschaftsrechts, es sei denn, Verwaltungskompetenzen sind ausdrücklich der EG-Ebene übertragen worden. Die EU zeigt sich, selbst soweit den Mitgliedstaaten die Verwaltungskompetenz verbleibt, freilich nicht unberührt, sondern setzt Vorgaben, solche, die die Effektivität der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts sichern sollen³⁰, aber bemerkenswerterweise auch solche in Richtung Öffentlichkeit. Besonders weit auf diesem Wege fortgeschritten ist das europäische Umweltrecht. Es hat die insoweit noch verschlosseneren Mitgliedstaaten zur Einführung eines Jede-Person-Rechts auf Informationszugang und zu Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung veranlasst. Damit hat die EU die europaweite Strömung zugunsten einer Öffnung der Verwaltung aufgegriffen und verstärkt. Dass dabei auch Gesichtspunkte der Effektivierung der Rechtsumsetzung mitgespielt haben³¹, ändert nichts daran, dass das Konzept selbst eines der Stärkung der bürgerschaftlichen Mitwirkungsrechte ist.³²

Trotz des Grundsatzes, dass die mitgliedstaatliche Verwaltung das Gemeinschaftsrecht ausführt (als mittelbare EG-Verwaltung oder besser als nationaler Vollzug von EG-Recht bezeichnet), wurden einige Aufgaben doch in die Hand der Gemeinschaftsinstanzen gelegt, sodass sich die Frage nach dem öffentlichen Charakter der Verwaltung auch insoweit stellen lässt. In sehr begrenztem Umfang gibt es echte administrative Eigenkompetenzen der Kommission (als unmittelbare EG-Verwaltung oder besser EG-Eigenverwaltung bezeichnet). Zwischen der Eigenverwaltung und dem nationalen Vollzug von EG-Recht steht ein mehr und mehr sich ausdehnender Bereich höchst formenreicher Koopera-

29 BVerfGE 53, 30 ff., 72 ff. (Mülheim-Kärlich). S. zum Problem ausführlich A. Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung. Bremen, Habilitationsschrift, 2000.

30 Ein Beispiel ist die Rechtsprechung zur Rücknahme von gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen.

31 Dazu s. J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts - europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin 1997.

32 L. Krämer, "The citizen and the environment", keynote address (1999) 3 Resource Management Journal p. 1 et seq.

tion zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission, den man als Mischverwaltung bezeichnen kann.³³

Zur Eigenverwaltung gehört vor allem die Wettbewerbsaufsicht nach Art. 85, daneben auch die Vergabe von Mitteln aus manchen Förderungsprogrammen. Unter dem Aspekt des Öffentlichen sorgt die Kartellverordnung³⁴ für ein Verfahren, das nicht nur die Anhörung der beteiligten Unternehmen und Unternehmensverbände vorsieht, sondern auch Dritte einschließlich z.B. Verbraucherrepräsentanten einbezieht, sofern sie ein "ausreichendes Interesse glaubhaft machen".³⁵ Hier ist also das klassische Modell des rechtlichen Gehörs in Verbindung mit dem partizipatorischen Modell der Anhörung betroffener Dritter verwirklicht.

Im Bereich der Mischverwaltung kann man u. a. folgende Konfigurationen unterscheiden:

- (1) Letztentscheidung der Mitgliedstaaten, nach Zuleitung der Unterlagen über die Kommission an die anderen Mitgliedstaaten und Beschluss der Kommission im Streitfall (Bsp. Genehmigung des Inverkehrbringens von "neuartigen Lebensmitteln" nach der Novel Food Verordnung).
- (2) Letztentscheidung durch Rat und Parlament nach Sachverhaltsermittlung durch nationale Behörden, mit Beschlussfassung durch die Kommission über den abschließenden Bericht, ggf. auch über Nachforderung von Daten (Bsp. Risikobewertung von Altstoffen nach Art. 10 der AltstoffVO³⁶); Variante: Letztentscheidung durch die Kommission (Bsp. Beschlussfassung über Aufnahme eines Gebietes in Natura 2000 nach Art. 4 der Habitatrichtlinie).

In beiden Varianten ist von Bedeutung, dass die Letztentscheidungen erhebliche Auswirkungen auf die anderen Mitgliedstaaten haben: Die Genehmigung des Inverkehrbringens eines Lebensmittels oder die Klassifizierung einer Chemikalie als krebserregend wirken auf den gesamten Binnenmarkt. Deshalb wird die Entscheidung weder einem Mitgliedstaat allein noch der Kommission allein noch beiden zusammen überlassen. Vielmehr werden die anderen Mitgliedstaaten einbezogen, und zwar nicht nur über Einwendungsrechte, sondern durch Betei-

33 Die Unterschiedlichkeit dieser beiden Varianten geht in dem gängigen Begriffspaar "unmittelbare und mittelbare Gemeinschaftsverwaltung" unter: Während die Eigenverwaltung in der Tat ein reiner Fall von unmittelbarer Gemeinschaftsverwaltung ist, steht die Mischverwaltung dazwischen; sie ist zugleich unmittelbar und mittelbar.

34 VO Nr. 17 des Rates, abgedr. in Sartorius II (Nr. 165).

35 Art. 19 Abs. 2 der VO Nr. 17.

36 VO (EWG) Nr. 793/93 des Rates zur Bewertung und Kontrolle der Umweltrisiken chemischer Altstoffe, Abl. 1993 L 84 S. 1.

ligung an den (im Verfahren oder zum Abschluss der Verfahren zu treffenden) Entscheidungen der Kommission. Die institutionelle Form, in der dies geschieht, sind Ausschüsse aus Vertretern der Mitgliedstaaten.

Viele der genannten Entscheidungen erfordern sowohl naturwissenschaftlich-technische wie auch politisch-wertende Vorklärungen. Dementsprechend gibt es einerseits den Typus des wissenschaftlich-technischen Ausschusses, der meist nur beratende Aufgaben hat, und andererseits die Typen des Managementausschusses und des Regelungsausschusses, deren Aufgaben mitentscheidenden Charakter haben, wobei die beiden Typen sich dadurch unterscheiden, dass die Kommission es im ersten Typ leichter hat als im zweiten, ihren Vorschlag durchzusetzen, wenn der Ausschuss für den Vorschlag nicht die erforderliche Mehrheit zustandegebracht hat und auch der Rat, dem die Angelegenheit dann vorgelegt wird, nicht zum Schluss gekommen ist.³⁷ Managementausschüsse werden überwiegend für Routineentscheidungen, insbesondere im Agrarbereich, eingesetzt, während das Betätigungsfeld der Regelungsausschüsse sich meist auf den Bereich des Gesundheits- und Umweltschutzes erstreckt. Für die Regelungsausschüsse ist es charakteristisch, dass ihre Beschlüsse durch informelle Arbeitsgruppen vorbereitet werden. In diesen wirken meist Vertreter der Fachbehörden und in unregelmäßiger Weise auch Vertreter von Interessenverbänden mit, während die eigentlichen Beschlüsse durch Vertreter der nationalen Ministerien gefasst werden.³⁸

Fragt man nun wiederum nach einer Charakterisierung dieser Art ausschussgestützter Mischverwaltung unter dem Gesichtspunkt des Öffentlichen, so trifft es sich glücklich, dass die Eigenart des Ausschusswesens, das auch in die Unsicherheit verratender Weise Komitologie genannt wird, kürzlich durch das "Komitologieprojekt" des Zentrums für Europäische Rechtspolitik näher untersucht worden ist.³⁹ Die Ergebnisse des Projekts können wie folgt zusammengefasst werden:

37 Zu den Einzelheiten der Verfahren s. Beschluss des Rates v. 28. 6. 1999, Abl. L 184/ 1999 S. 23 ff.

38 In kleineren Mitgliedstaaten ohne ausdifferenzierte Fachbehörden besteht Personenidentität zwischen den ministeriellen und fachlichen Vertretern.

39 C. Joerges/J. Falke (Hrsg.), *Das Ausschusswesen der Europäischen Union*, Baden-Baden 2000; S. Schlacke, *Risikoentscheidungen im europäischen Lebensmittelrecht*, Baden-Baden 1998; C. Joerges/E. Vos (ed.), *EU Committees: social regulation, law and politics*, Oxford 1999. Ergebnisse im Zusammenhang mit anderen Projekten des ZERP insbes. bei Th. Roethe, *Management von Gefahrstoffrisiken in Regelungsausschüssen der EG*, in G. Winter (Hrsg.), *Risikoanalyse und Risikoabwehr im Chemikalienrecht*, Düsseldorf 1995, S. 115 ff.; G. Winter, *Drei Arten gemeinschaftlicher Rechtssetzung und ihre Legitimation*, in G. Brüggemeier (Hrsg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994.

Im Ausschusswesen wird die Verfolgung von Interessenpositionen "deliberativ" überwunden. Statt eines Kräfteparallelogramms der einzelnen Standpunkte entwickelt sich in sachhaltiger fachlicher, kultureller und sozialer Argumentation ein genuin europäisches Gemeininteresse. Daran sind nicht nur Staatsrepräsentanten, sondern auch die Öffentlichkeit in Gestalt von nationalen Fachleuten und Vertretern von Interessenverbänden beteiligt.

Dieser "deliberative Supranationalismus" (statt "Supranationalismus" wird auch "Infranationalismus" vorgeschlagen) setzt also auf die rationalitätsstiftende Kraft der Erörterung und Abwägung. Damit unterscheidet er sich

- von Interessen- und Machttheorien, die die Komitologieentscheidungen auf sich durchsetzende vorherrschende Interessen zurückführen,
- von funktionalistischen Theorien, die den Einfluss von objektiven gesellschaftlichen Trends (wie z.B. der Entwicklung des Binnenmarktes) hervorheben,
- von Bürokratie- und Elitentheorien, die das Wirken von Fachleuten betonen, und
- von systemtheoretischen und Postmodernismus-Theorien, die die Möglichkeit wirklicher Deliberation verneinend, sich mit äußerlicher Vernetzung und Kompatibilisierung der von den anstehenden Problemen irritierten Systeme zufriedengeben.

Indem die These des deliberativen Infranationalismus entgegen diesen Varianten struktureller Schließungen einen Raum konstruktiven Abwägens, die Möglichkeit des "zwanglosen Zwangs des Arguments" entdeckt, rückt sie in die Nähe der älteren Theorie des Öffentlichen.

Eine Vorstellung - zu schön, um wahr zu sein? Zweifel stellen sich ein, wenn man sich nur zwei Skandale der letzten Jahre vor Augen führt. Zum Einen ist der BSE-Skandal zu nennen. Sein Ursprung liegt just in der Komitologie. Der Verdacht, dass BSE auf den Menschen übertragbar ist, wurde jahrelang in einer Arbeitsgruppe des Veterinärausschusses zurückgehalten, in der britische Wissenschaftler, die von Agrarinteressen beeinflusst waren, die Mehrheit stellten. In Großbritannien hatte es aber die meisten BSE-Fälle und die ersten Verdachtsfälle menschlicher Erkrankungen gegeben. Gerade die Informalität der Zusammensetzung und der Deliberationen hatte dies möglich gemacht. Der zweite, weniger bekannte Skandal ist die (in den USA "toxic ignorance" genannte) Tatsache, dass über viele Tausend problematische Gefahrstoffe trotz nunmehr zwanzigjähriger Aufarbeitung durch viele EG-Ausschüsse weder Entscheidungen hinsichtlich Vermarktungsbeschränkungen noch überhaupt Grunddaten hinsichtlich Ge-

sundheits- und Umweltgefährlichkeit vorliegen.

Die beiden Skandale zeigen, dass die Rationalität der Ausschüsse in blanke Irrationalität umschlägt, wenn sie – wie es auch die Theorie der Deliberation zu tun in Versuchung ist – nicht genau auf den Platz in der Gesamtstruktur gesetzt wird, auf dem sie ihre Qualitäten entfalten kann. Deliberation setzt auf konsensuale Klärung und ist deshalb entscheidungsunfreudig.

Im BSE-Fall führte dies dazu, dass die britischen Wissenschaftler immer neue Bedenken vorbringen konnten, bis die Realität die medizinischen Zusammenhänge offenbar machte, zu einem Zeitpunkt, als die Seuche sich in kaum noch bekämpfbarem Umfang ausgebreitet hatte. Die Logik des Deliberierens suchte wissenschaftliche Klarheit, wo Entscheidung trotz Unklarheit notwendig gewesen wäre.

Im Fall der "toxic ignorance" hatte die Gründlichkeit, mit der für jeden einzelnen Stoff umfängliche Dossiers erstellt und lange Maßnahmedebatten geführt wurden, zur Folge, dass in zwanzig Jahren nur ca. 20 Stoffe abgearbeitet wurden. Der schöne Erfolg der Konsensualität in der Mikropolitik um das einzelne Molekül lenkte von der Umwelt ab, in der die Seuche sich ausbreitete bzw. die Vielzahl der Stoffe weiter vermarktet wurde. Deliberation ist also nicht per se rational, wenn sie in Entscheidungskontext gerät, wird sie zum Palaver. Andererseits erweist sich auch die Interessentheorie nicht als erklärungsträchtig. Zwar schlagen in beiden Fällen die wirtschaftlichen Interessen der Agrar- bzw. Chemieindustrie durch, aber erstens geschah dies nur in einer kurzfristigen Perspektive, und zweitens war es keine intendierte Politik, sondern Ergebnis einer strukturell falschen Platzierung des möglichen Polylogs.

Ein solches Gefühl für Platzierung oder besser Funktionenteilung ist in der Theorie des Öffentlichen präserter, weil sie die nicht-deliberativen Elemente einerseits der breiten Öffentlichkeit (mit ihren "unsachlichen" Meinungsäußerungen, Demonstrationen, Boykotts etc.), andererseits des Wahlakts (als monologischer Bekundung) und der parlamentarischen Debatte (mit ihrem appellativen Charakter) aufgreift und akzeptiert. So wäre zurückzuweisen, was die Theorie der Deliberation unterstellt, dass nämlich Deliberation über 4000 hoch problematische Altstoffe oder über komplexe Zusammenhänge von BSE spontan und selbstregulativ "emergiert". Vielmehr muss sie angestoßen und platziert werden. Der Anstoß aber kommt aus der spontanen, ganz undeliberativ-irrationalen Öffentlichkeit, oder aus der verfassten Öffentlichkeit des gesetzgeberischen Prozesses.

Beides ist auf europäischer Ebene unentwickelt, wie oben geschildert wurde, aber Ansätze sind vorhanden und ausbaubedürftig.

Erst in diesem Kontext der Notwendigkeit von Konflikt und Funktionentrennung können die Einzelheiten der Verbesserung des Komitologiesystems, wie sie reichhaltig vorgeschlagen und teils realisiert worden sind, auf ihre Aussichten geprüft werden. Dabei gerät es leicht zur Illusion, wenn die Remedur in einer noch besseren Gewährleistung ubiquitärer Deliberation gesucht wird, statt in einer besseren Verortung des für Deliberation Geeigneten in Abgrenzung von dem, was der bürokratischen oder der politischen Sphäre überlassen bleiben sollte.

Neben den sicherlich beherzigenswerten Vorschlägen zur Verbesserung des deliberativen Raumes (Sicherung der Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder, Trennung von Risikobewertung und Risikomanagement, Veröffentlichung der Ausschussprotokolle und Expertisen im Internet) sind deshalb Reformen zur Verbesserung der Funktionentrennung und zur richtigen Einordnung jenes deliberativen Raumes erforderlich. Dazu gehört eine Klärung der Situationen, in denen ein Fall in die politische Arena (den Rat und das Parlament) zurückgespielt wird, und andererseits eine Verstärkung der Möglichkeiten der bürokratischen Strukturen, Entscheidungen (wie im BSE Beispiel) zügig und (wie im Chemikalienbeispiel) in großer Menge zu treffen. Öffentlichkeit der Verwaltung bedeutet deshalb ebenso wie auf staatlicher Ebene nicht nur unmittelbare Öffentlichkeit der einzelnen Entscheidung, sondern auch mittelbare Öffentlichkeit durch rechtliche Programmierung der im Übrigen bürokratischen Entscheidung.

VI. Schlussbemerkung

Insgesamt hat sich gezeigt, dass die Europäische Union zugleich mit der mitgliedstaatlichen Souveränität auch die Elemente des Öffentlichen, die diese Staaten als demokratische auszeichnen, stark relativiert. Das gilt für den Bereich der öffentlichen Wirtschaft, das nationale öffentliche Interesse als Gegenspieler des Individualinteresses, die parlamentarisch verfasste Öffentlichkeit, während im Bereich der Verwaltung dagegen nationale Arkankonzepte durch europäische Ingerenz eher aufgeschlossen worden sind. Im Gegenzug zu der Zerstörung des nationalen Öffentlichen sind jedoch neue Konzepte entstanden, deren Konturen freilich noch nicht klar geschnitten sind: Im Bereich der Organisation der Wirtschaft eine Öffnung der privatisierten Wirtschaft für öffentliche Interessen, im Bereich der Dimensionierung der öffentlichen Interessen ein weites Verständnis des gemeinschaftsrechtlich akzeptierten öffentlichen Interesses, im Bereich der verfassten politischen Öffentlichkeit die doppelte Legitimation über das Europäische Parlament und im Bereich der Verwaltung die Eröffnung von Räumen für vernünftige Deliberation, aber auch die Inverhältnissetzung dieser Räume mit Zuständigkeiten für bürokratische Entscheidungen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die hermeneutische Kraft des Begriffes des Öffentlichen auch im Hinblick auf das Verständnis des komplexen Gebildes Europäische Union bewährt.