EUROPARECHT

In Verbindung mit der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht

herausgegeben von

Claus-Dieter Ehlermann, Ulrich Everling, Hans-J. Glaesner, Meinhard Hilf,
Hans Peter Ipsen †, Joseph H. Kaiser †, Peter-Christian Müller-Graff;
Gert Nicolaysen, Hans-Jürgen Rabe, Jürgen Schwarze

Schriftleiter:
Armin Hatje, Ingo Brinker

40. Jahrgang 2005 Heft 3, Mai – Juni

Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung 1

Von Gerd Winter, Bremen

A. Phänomenologie der Mehrebenenverwaltung

Das klassische Modell der Exekutive im Zuständigkeitsbereich der EG – die europäischen Organe setzen Recht, die mitgliedstaatlichen Behörden führen es aus – ist einer differenzierten Mehrebenenstruktur gewichen. Immer mehr staatliche Verwaltungsfunktionen sind auf europäische Behörden verlagert worden, andere werden stellvertretend für alle anderen durch einen Mitgliedstaat (MS) wahrgenommen und wieder andere werden der gesellschaftlichen Selbstorganisation überantwortet. Die Formenvielfalt wirft die Frage auf, ob es übergreifende rechtspolitische und verfassungsrechtliche Maßstäbe gibt, die die Zuteilung und prozedurale Auskleidung der Kompetenzen anleiten. Für die legislativen wie auch für die judikativen Kompetenzen ist die Frage ausgiebig diskutiert worden, weniger dagegen für die administrativen Kompetenzen.

Neben der mitgliedstaatlichen Verwaltung sind folgende Hauptformen in Betracht zu ziehen 2 (s. die schematische Übersicht):

(1) Staatlicher („indirekter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro statu: Gemeinschaftsrecht wird durch die MS für ihren jeweiligen Hoheitsbereich ausgeführt.
(2) Staatlicher („indirekter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro communitate: Ein MS, der Gemeinschaftsrecht „indirekt“ vollzieht, handelt dabei mit Wirkung für alle MS. Der Modell liegt das Herkunftslandprinzip zu Grunde, sei dieses primärrechtlich (d.h. z.B. auf Art. 28 oder Art. 49 EGV) gestützt, sei es sekundärrechtlich ausgeformt. Man spricht hier auch von transnationalem Verwaltungshandel.

Übersicht: Die Disintegration mitgliedstaatlicher Verwaltungskompetenzen


(c) Agenturen: Sie sind verselbständigte Behörden, die aus den Generaldirektionen ausgegliederte Aufgaben erledigen und neben einem Exekutivorgan meist einen Verwaltungsrat besitzen, in dem neben Kommissionsvertretern auch die MS vertreten sind. Zu unterscheiden sind Agenturen mit Entscheidungsbefugnis wie das Europäische Markenamt, Agenturen, die der Vorbereitung von Kommissionsentscheidungen dienen wie die Europäische Arzneimittelagentur, und Agenturen, die der Sammlung, Aufbereitung und Veröffentlichung allgemeiner Informationen dienen wie die Europäische Umweltagentur.

(4) Selbstorganisierter Vollzug von Gemeinschaftsrecht: Er ist im Bereich der technischen Normung besonders ausgeprägt und betrifft sowohl die Regelsetzung wie die Entscheidung in Einzelfällen:

(a) Selbstorganisierte technische Normung: Nach der sog. „neuen Konzeption zur technischen Harmonisierung und Normung“ werden technische Normen nicht mehr durch Gemeinschaftsrechtsakte fixiert, sondern nur im Schutzniveau rechtlich umschrieben und durch Normungsorganisationen konkretisiert. Der Typus ist im Bereich der Produktsicherheit, weniger dagegen im Umweltrecht verbreitet.

(b) Konformitätsprüfung durch anerkannte Sachverständige: Die Konformität einzelner Produkte oder Dienstleistungen mit technischen Regeln – seien sie selbstorganisierten oder hoheitlichen Ursprungs – wird statt durch Behörden durch private Sachverständige geprüft und zertifiziert. Die Sachverständigen werden dann, da sie eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, ihrerseits behördlich anerkannt (akkre-
ditiert), wie z.B. im EMAS-System.\textsuperscript{13} Anerkannte Sachverständige werden häufig grenzüberschreitend auch im Ausland tätig, wodurch ähnliche Probleme wie beim transnationalen Verwaltungshandel entstehen.

Die Ebenen Selbstorganisation – Staat – EG werden häufig in gestuften Verfahren hintereinandergeschaltet. Man spricht dann von Mischverwaltung. Die möglichen Varianten sind sehr vielfältig, aber es haben sich einige Haupttypen herausgebildet:\textsuperscript{14}

(1) Stufung der nationalen und europäischen Verwaltung: Anzutreffen ist die Vorschaltung europäischer Akte vor eine nationale Entscheidung, wie auch der umgekehrte Fall der Vorschaltung nationaler Akte vor die Kommissionsentscheidung. Bedeutsam ist dabei, wie die Verfahrensherrschaft verteilt ist: Wer die letzte Entscheidung trifft, kann auf bloß informatorische Beiträge des anderen verwiesen sein; es kann sein, dass der andere gehört werden oder sogar sein Einvernehmen erteilen muss; und es kann sein, dass er inhaltlich die Vorentscheidung nur noch nachvollziehen muss.

(2) Stufung privater und hoheitlicher Verwaltung: Am häufigsten ist die Vorschaltung privater Akte vor nationale und europäische Entscheidungen, wie z.B. bei Verweis von Genehmigungsvoraussetzungen auf technische Normung.

Insgesamt ist also von einer Verwaltung auf mehreren Ebenen zu sprechen, die im zeitlichen Verfahrensverlauf in mehreren Stufungen miteinander verbunden werden: als \textit{Mehrebenenverwaltung} im strukturellen Sinn, als \textit{Mehrstufenverwaltung} im prozeduralen Sinn. Der Nationalstaat „zerfasert“\textsuperscript{15} durch Funktionsverlagerungen „nach oben“ (auf die supranationale Ebene), „zur Seite“ (auf transnational agierende Staaten) und „nach unten“ (auf gesellschaftliche Träger), bleibt in den neuen Verflechtungen der Mehrstufenverwaltung aber präsent und gewinnt dabei sogar an Einfluss auf andere.

\section*{B. Bewertung}

Ursachen, Vorteile und Risiken der Mehrebenenverwaltung sind bisher wenig erforscht worden. Hier können dazu nur wenige grobe Einschätzungen gegeben werden.

Zur Supranationalisierung: deren Ursache ist die Unterschiedlichkeit der nationalen Verwaltungen, die zu der sehr fortgeschrittenen Harmonisierung der rechtlichen

\textsuperscript{13} Art. 4 VO Nr. 761/2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebprüfung (EMAS), ABl. L 114, S. 1.


\textsuperscript{15} So die erkenntnisleitende Metapher für den DFG-Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen, auf dem auch dieser Artikel fußt.
Bedingungen in Spannung steht. Qualität, Geschwindigkeit und Überwachung von Entscheidungen können in den MS divergieren, was gesamtwirtschaftlich wie auch betriebswirtschaftlich zu unnötigen Kosten führt. Eine Hochzoning der Aufgaben ist andererseits mit Risiken verbunden, insbesondere, dass der supranationalen Verwaltung die Sachnähe fehlt, Partizipation erschwert ist und nationale Unterschiede unnötig nivelliert werden.

Zur Transnationalisierung: Sie ist ein Ausweg aus dem Dilemma, dass einerseits europäische Verwaltungsressourcen fehlen, andererseits eine Vollzugskompetenz aller einzelner MS zu vielgestaltig wäre. Ihnen Vorteil, dass sie relativ bürgernah operiert, stehen Risiken gegenüber, namentlich, dass die transnational zuständigen Behörden die Verhältnisse in den anderen Staaten nicht kennen und nur unvollkommen einbeziehen, dass Dritt betroffene der anderen Staaten nur schwer beteiligt werden können und dass die Behörden der anderen Staaten die Ausführung der ausländischen Entscheidungen nicht sinnentsprechend überwachen, weil es nicht „ihre“ Entscheidungen sind.


Die Zurverfassung und Neuverfechung hoheitlicher Verwaltung muss zunächst als ein Ergebnis politischer Prozesse gesehen werden. Im Folgenden soll gefragt werden, inwieweit die Dynamik der weiteren Entwicklung angesichts der damit verbundenen Risiken verfassungsrechtlichen Bindungen unterworfen ist. Dabei geht es vor allem um Maßstäbe der Kompetenzzuweisung und der demokratischen Legitimation.

I. Zuordnung von Aufgaben und Organisationsformen

1. Maßstäbe

Gemeinschaftsverfassungsrechtliche Maßstäbe für die Zuordnung von Aufgaben und Organisationsformen ergeben sich aus den Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität, des institutionellen Gleichgewichts, der Effektivität und des Vorbehalts öffentlicher Verwaltung.
a) Begrenzte Einzelmachtigung


Noch offen ist die Lösung allerdings in den Fällen, in denen die Kommission nicht mehr wie nach der Produktsicherheitsrichtlinie nationale Einzelentscheidungen harmonisiert, sondern selbst mit Direktwirkung durchentscheidet. Einen solchen Fall enthält die Arzneimittelverordnung. Die durch sie begründete Entscheidungskompetenz wurde vorsichtigerweise nicht auf Art. 100a (jetzt 95), sondern auf Art. 235 (jetzt 308) EGV gestützt.19

b) Subsidiarität

Das Subsidiaritätsprinzip wird zunehmend nicht nur als Prinzip der Zuordnung von Aufgaben zu den Ebenen hoheitlicher Verwaltung verstanden, sondern zugleich und grundsätzlicher als ein solches des Verhältnisses zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und hoheitlicher Aufgabenübernahme. Daraus ergeben sich drei Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips20, nämlich (1) die Erforderlichkeit des

---

16 Die grundsätzliche „Vollzugsautonomie“ der MS wird häufig auch aus Art. 10 EGV (früher Art. 5 EWGV) abgeleitet (vgl. Hafje, a.a.O., S. 107), obwohl die Vorschrift genau genommen als Verpflichtung formuliert ist, die eine entsprechende Kompetenz voraussetzt.
Tätigwerdens von Hoheitsträgern überhaupt (gesellschaftliche Dimension), (2) die Erforderlichkeit des Tätigwerdens durch die Gemeinschaft und (3) die Verhältnismäßigkeit der Instrumente im Einzelnen (föderale Dimension).

Die engere Fassung, die (2) und (3) umfasst, ist in Art. 5 Abs. 2 und 3 EGV ausgedrückt, die weitere, die (3) einschließt, dagegen nicht, jedenfalls nicht explizit. Subsidiarität in der gesellschaftlichen Dimension wäre für den innerstaatlichen Bereich als verfassungsrechtliches Prinzip nicht akzeptabel, denn wessen sich der Staat annimmt, muss dem politischen Prozess überlassen bleiben, ausgenommen Aktivitäten, die in Grundrechte eingreifen. Auf die EG passt sie dagegen besser, weil die EG anders als ein Staat keine Kompetenz-Kompetenz besitzt. In der Praxis der Begründung zu Gesetzgebungsvorschlägen wird das erste Kriterium denn auch häufig angesprochen. Allerdings ist es eher als ein politisches denn als ein primärrechtlich verbindliches Prinzip anzusehen.\textsuperscript{21}

Der EuGH hat in seinen wenigen Aussagen zum Subsidiaritätsbegriff im engeren Sinn zur formalen Seite gefordert, dass die Erwägungsgründe der Rechtsakte zur Subsidiaritätsfrage Stellung nehmen müssen (ohne dass das Subsidiaritätsprinzip allerdings ausdrücklich erwähnt werden muss)\textsuperscript{22}, und er hat es inhaltlich ausreichen lassen, dass das Ziel (das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts) „durch Maßnahmen allein auf der Ebene der MS nicht (hätte) erreicht werden könne“\textsuperscript{23}, insbesondere weil die Maßnahmen zu heterogen wären.\textsuperscript{24}

Bisher ist das Subsidiaritätsprinzip in der Praxis der Gemeinschaftsorgane und der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte überwiegend auf Fragen der Rechtssetzung angewendet worden. Für die Organisierung des Gesetzvollzugs ist es erst noch auszufordern.\textsuperscript{25} Nach dem Wortlaut des Art. 5 EGV bezieht sich die Bestimmung auf jedes „Tätigwerden“ der Gemeinschaftsorgane, also nicht nur auf die Setzung, sondern auch auf den Vollzug von Gemeinschaftsrecht.\textsuperscript{26} Insofern gilt anderes als für die bundesstaatliche Verfassung der BRD.\textsuperscript{27}

Bei Anwendung der beiden Subsidiaritätstests (mangelnde Zielerreichung durch die MS und „Mehrwert“ der gemeinschaftlichen Zuständigkeit) kommt in Betracht, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zur kommunalen Selbstverwal-

\textsuperscript{21} \textit{G. Winter}, Subsidiarität und Deregulierung im Gemeinschaftsrecht, EuR 1996, 247 ff. (265 ff.).
\textsuperscript{22} EuGH Rs. C-233/94 (Deutschland/Rat), Slg. 1997, I-2405, Rn. 28. Der Fall traf die Frage, ob die EG die Einrichtung von Einlagensicherungssystemen soll vorschreiben können.
\textsuperscript{23} EuGH Rs. C-377/98 (NL/EP und Rat), Slg. 2000, I-6229, Rn. 32.
\textsuperscript{24} EuGH Rs. C-491/01 (TabakRL), Slg. 2002, I-5369, Rn. 182; EuGH Rs. C-103/01 (Kommission/BRD), Slg. 2003, I-5369, Rn. 47.
\textsuperscript{27} Art. 72 Abs. 2 GG stellt materielle Anforderungen an das Tätigwerden der Bundesebene ausdrücklich nur für die Gesetzgebung auf. Dagegen verlangen Art. 86 und 87 GG für die Begründung bundeseigener Verwaltung nicht den Nachweis eines qualifizierten Bedarfs (BVerfGE 14, 197 ff., 212 f. zu Art. 87 III GG; vgl. \textit{F. Lerche} in: Maunz-Dürrig, Kommentar zum GG, Art. 87 Rdnr. 179). Ob dies angesichts der Inflation von Bundesoberbehörden heute noch angemessen ist, muss bezweifelt werden.
tungsgarantie²⁸ reine Effizienzgewinne noch nicht als hinreichende Gründe für eine Hochzonen anzusehen. Wenn Art. 5 Abs. 2 EGV verlangt, dass die Ziele „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“, ist dementsprechend ein qualitativer Vorteil gemeint; ein bloss verwaltungsökonomischer Vorteil reicht nicht aus.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EGV hat in Anwendung auf die administrative Kompetenzverteilung noch kaum Konturen. Als eine Facette ließe sich denken, dass, wenn eine gemeinschaftliche Verwaltungskompetenz den Mitgliedstaatlichen Verwaltungsräumen stark berührt, die Mitgliedstaatlichen Behörden im Gemeinschaftsverfahren zu beteiligen sind, wie es z.B. in der „Komitologie“ geschieht. Dabei könnte eine Art Gegenstromprinzip gedacht werden, derart, dass die Hochstufung einer Verwaltungskompetenz kompensatorisch nach einer Beteiligung der unteren Verwaltungseinheiten verlangt²⁹, jedenfalls, soweit dies nicht die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgabe paralysiert.

c) Institutionelles Gleichgewicht

Für die Aufteilung von Aufgaben auf der europäischen Ebene ist das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts heranzuziehen. Dass dem Prinzip verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, kann angesichts der ständigen Rechtsprechung des EuGH kaum noch bestritten werden.³⁰ Es ist bisher zum einen für die Rolle des Europäischen Parlaments im Institutionengefüge maßgeblich geworden, insbesondere für die Bedeutung der Mitwirkungsrechte des Parlaments im Gesetzgebungsverfahren. So hat der EuGH in Roquettes Frères geurteilt, dass die Missachtung des Anhörungsrechts zur Nichtigkeit des Rechtsakts führe.³¹


²⁸ BVerfGE 79, 127 ff. (Rastede); vgl. die Aussage auf S. 153: „Eine zentralistisch organisierte Verwaltung könnte allerdings in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger arbeiten; die Verfassung setzt diesen ökonomischen Erwägungen jedoch den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerchaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben (...) entgegen und gibt ihm den Vorzug“.


³¹ EuGH Rs. 138/79 (Roquete Frères), Slg. 1980, 3333.

Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts kann des Weiteren auch für die Frage herangezogen werden, ob die Kommission das zentrale Exekutivorgan bleiben muss oder ob weitere Verwaltungsgänge der Gemeinschaft, insbesondere selbständige Agenturen, gebildet werden dürfen. Je stärker sich der Trend zur Ausdifferenzierung der Kommissionsverwaltung durchsetzt, desto gewichtiger wird die Bedeutung der europäischen Exekutive im Verhältnis zur Legislative. Die traditionelle Linie, die von der sog. Meroni-Rechtsprechung ausgeht, zieht diesem Trend Grenzen, weil sie Agenturen nur zulässt, wenn sie lediglich informatorische oder entscheidungsvorbereitende Funktionen haben oder – bei delegierter Entscheidungskompetenz – rechtlich streng gebunden sind. Die Hauptverantwortung soll also bei der Kommission verbleiben, was zugleich die Möglichkeit der Übernahme immer weiterer Aufgaben beschränkt.


d) Effektivität des Gemeinschaftsrechtsvollzugs

Das Prinzip des effet utile wird gewöhnlich nur auf die Interpretation des Gemeinschaftsrechts bezogen. Es sollte jedoch auch auf den Verwaltungsvollzug erstreckt werden. Aus ihm könnten Aussagen sowohl zur Verteilung der Aufgaben innerhalb der öffentlichen Sphäre wie auch zur Verteilung zwischen gesellschaftlicher und öffentlicher Sphäre abgeleitet werden.


e) Vorbehalt öffentlicher Verwaltung


2. Anwendung

Wendet man nun die genannten Prinzipien an, so ist in Rechnung zu stellen, dass die vorfindliche Zuordnung von Verwaltungskompetenzen nur scheinbar zufällig gewachsen ist. Tatsächlich sind gewisse Muster erkennbar, die als Erfahrung der Praxis meist so viele Gründe für sich haben, dass sie auch den verfassungsrechtlichen Maßstäben standhalten. Insgesamt eröffnen dabei gestufte Verfahren Flexibilisierungsmöglichkeiten, die verhindern, dass die einer Ebene zugewiesene Kompetenz solipsistisch ausgeübt wird.

a) Selbstorganisation

Selbstorganisierte technische Normung ist geeignet, private Individualinteressen zu koordinieren, insbesondere Produkte und Dienstleistungen verkehrs- und kombinationsfähig zu machen, wie zum Beispiel die Normung von Elektrogeräten. Auch Interessen der Konsumenten werden in dieser Struktur berücksichtigt, allerdings

36 Schmidt-Aßmann, a.a.O. passim.
38 A. Vosskuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVdSvRL 62 (2003), 266 ff. (307 ff.).

b) Indirekter Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro statu

Dieser Typus wird für die Verwaltung solcher Probleme gewählt, die das innerstaatliche öffentliche Interesse berühren und nur wenig Auswirkungen über den staatlichen Bereich hinaus haben. Das ist zum Beispiel der Fall für den Arbeitsschutz, berufliche Qualifikationsprüfungen, den anlagenbezogenen Immissionsschutz und die Freisetzung (im Unterschied zum Inverkehrbringen) von gentechnisch veränderten Organismen. Der Typus wird gegen unbegründete Supranationalisierung durch das Subsidiaritätsprinzip und gegen blinde Privatisierung durch das Effektivitätsprinzip geschützt.

c) Indirekter Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro communitate

Dieser Typus wird für Probleme eingesetzt, die die öffentlichen Interessen aller MS betreffen, gleichwohl aber einen besonderen Bezug zu einem MS aufweisen. Ein Beispiel ist die Versicherungs- und Bankenaufsicht, die am Sitzstaat anknüpft. Für die Kontrolle ist die örtliche Nähe und eine professionelle Ausstattung der Aufsichtsbehörde förderlich. Insoweit legen das Subsidiaritätsprinzip und das Effektivitätsprinzip nahe, dass die Kompetenz national verbleibt und transnational wirkt. Ist allerdings nicht gesichert, dass der zuständige MS die erforderliche Kapazität und Distanz aufweist, muss eine Hochzonzierung auf die europäische Ebene zulässig sein.

d) Direkter Vollzug von Gemeinschaftsrecht

Der Typus direkter Vollzug von Gemeinschaftsrecht ist in denjenigen Feldern anzutreffen und angebracht, die öffentliche Interessen der gesamten Gemeinschaft berühren und zwar nationale Bezüge aufweisen, aber von den einzelnen Staaten nicht


Zahlreich sind die Verwaltungsbereiche, in denen aus der Verlagerung auf die europäische Ebene Effizienzgewinne erzielt werden können. Zum Beispiel kann die Europäische Lebensmittelbehörde die Risikobewertung für gentechnisch veränderte Lebensmittel vermutlich billiger und schneller erledigen als dies in einem Abstimmungsverfahren zwischen den nationalen Behörden möglich wäre.

Wie oben vorgeschlagen ist ein solcher reiner Effizienzgedanke jedoch unter dem Subsidiaritätsaspekt nicht angebracht. Es muss ein inhaltlicher Grund für die Hochzunung gegeben sein, etwa der Nachweis, dass die Qualität der Risikobewertung im dezentralen Typus niedriger ist als im zentralisierten.

Desgleichen ist es unangemessen, eine Kompetenz nur deshalb auf die europäische Ebene zu heben, weil die nationalen Behörden in einer bestimmten Frage uneins sind. Solche Gründe sind – nur Insidern erkennbar – dafür maßgeblich gewesen, dass die Zuständigkeit für die Zulassung von gentechnisch veränderten Lebens- und Futtermitteln von der nationalen auf die supranationale Ebene verlagert worden ist. Die MS haben hierüber jahrelang unterschiedliche Auffassungen gehabt. Teilweise kam im Regelungsausschuss keine qualifizierte Mehrheit für die Zulassungsentscheidung zustande, teils weigerten sich MS trotz positiver Kommissionsentscheidung, die finale Zulassung auszusprechen. Dies führte zu einem faktischen Moratorium der Zulassung, das durch die Beantragung eines WTO-Streitigkeitsverfahrens durch die USA und andere Staaten unter Druck geriet. Die ja nicht willkürlichen, sondern auf unterschiedliche nationale Risikobewertungen gestützten Bedenken durch Zuständigkeitsänderung auszuhebeln statt den Diskurs weiterzuführen, ist unter Subsidiaritätsaspekten nicht tolerabel.

Bei der weiteren Aufteilung der Kompetenzen auf die Kommission, auf die Komitologiestrukturen oder auf Agenturen werden Agenturen bisher vorwiegend nur für Informationsfunktionen und, soweit Entscheidungen anstehen, nur zur Entscheidungsvorbereitung (insbesondere für die Koordinierung von Risikobewertungen) eingesetzt. Eigene Entscheidungskompetenzen sind Agenturen bisher lediglich in solchen Fällen übertragen worden, in denen die Masse der Tatbestände die Kommissionsdienste überlastet hätte und in denen keine Abwägungen zwischen bedeut-

40 Ein Beispiel ist die Neuregelung des Kartellverfahrens, s. Vént, Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC treaty, CMLR 40 (2002), 545 ff.


42 Art. 7 der VO 1829/2003 über genetisch veränderte Lebens- und Futtermittel, ABl. L 268, S. 1, Art. 5 – 7.

II. Demokratische Legitimation von Herrschaft

1. Maßstab
   
a) Ein Rechtsproblem?

Die Europäische Kommission spricht im Weißbuch über Governance von einem Paradox: die Dienstleistungsansprüche der Bürger an die Verwaltung stiegen stetig an, zugleich nehe aber das Vertrauen in die Fähigkeiten der Verwaltung ab. Das Paradox lasse sich nur durch Schaffung von Vertrauen lösen. Ein Mittel dafür sei u. a. die Steigerung von Transparenz und Partizipation. Entsprechende Regelungen seien in einem code of conduct niederzulegen.\[^{44}\]


b) Veränderung der Legitimationsquellen

Fraglich ist allerdings, welches die Legitimationsquelle sein soll, insbesondere ob die parlamentarische Verantwortlichkeit im Bereich des indirekten und direkten Gemeinschaftsrechtsvollzugs zureichend ist. Die Frage stellt sich unter zwei Gesichtspunkten, der sachlich-inhaltlichen und der organisatorisch-personellen Legitimation.\(^{46}\)

Hinsichtlich der sachlich-inhaltlichen Legitimation ist es ein Gemeinplatz, dass die materiellen rechtlichen Vorgaben häufig vage und wenig steuerungsmächtig sind.\(^{47}\) Grundsätzlicher gesehen negiert das Konstrukt der exklusiv sachlich-inhaltlichen Legitimation die Empirie und legitimatorische Produktivität der Willensbildung im Exekutivbereich\(^{48}\) und dies auch auf Gemeinschaftsebene. Soll Legitimation nicht rein Konstrukt, sondern realitätsgesättigt sein, so muss die parlamentarische deshalb um eine prozedurale Legitimation im Verwaltungsverfahren ergänzt werden.\(^{49}\) Auch der EuGH sieht diese Zusammenhänge, wenn er im Urteil Technische Universität München zum Zollbefeifungsverfahren ausführt:

„Soweit jedoch die Organe der Gemeinschaft über einen Beurteilungsspielraum verfügen, kommt eine umso größere Bedeutung der Beachtung der Garantien zu, die die Gemeinschaftsrechtsordnung in Verwaltungsverfahren gewährt.“\(^{50}\)


Insgesamt zeigt sich, dass die Legitimationsstränge zu den Parlamenten in der Mehrebenenverwaltung geschwächt sind. Dies müsste geändert werden – etwa durch eine Stärkung des EP im Komitologieverfahren –, der Blick richtet sich er- gänzend aber auf unmittelbare Verknüpfungen behördlicher Verfahren mit den Bürgern, d.h. auf eine Eigenlegitimation der Verwaltung. Die von der Kommission


\(^{48}\) Fisahn, a.a.O., S. 232 ff.


c) Veränderung des Herrschaftscharakters: von öffentlicher zu privater Verwaltung

Obwohl Selbstorganisation auf Herrschaftsabbau zielt, kann sie dennoch Herrschaftselemente enthalten und ist insoweit auch legitimationsbedürftig. Dies gilt besonders im Verhältnis zu den schwächeren Mitgliedern der Organisation sowie im Verhältnis zu Nichtmitgliedern und u.U. auch der Öffentlichkeit insgesamt. Zu denken ist z.B. an kartellartige Wirkungen von Normung für kleinere Unternehmen, die sich die Teilnahme am Normungsprozess nicht leisten können, und an gesetzwidrige Zertifizierung zu Lasten Dritter und öffentlicher Güter durch Kollusion der Zertifizierten und der Zertifizierer.51


Hinsichtlich der Einzelfallverwaltung gibt es zwar Kontrolle in Gestalt der behördlichen Zulassung (sog. Akkreditierung) und Überwachung der als Zertifizierer tägigen unabhängigen Sachverständigen, aber soweit diese, wie es die Regel ist, grenzüberschreitend tätig werden, ist die Kontrolle insofern behindert, als die Feststellung von Verstößen im Tätigkeitsstaat des Sachverständigen den zuständigen Staat nicht dazu berechtigt, die Zulassung zu widerrufen, wenn diese durch den Sitzstaat des Sachverständigen erteilt worden war.52

---

Insgesamt ist festzustellen, dass Herrschaft auch aus den privaten Strukturen der Selbstorganisation hervorgeht, dass diese aber durch die klassischen Mittel der parlamentarischen und behördlichen Kontrolle nicht hinreichend legitimiert werden kann. Als Ausweg bieten sich auch hier die Vorverlagerung und Vergesellschaftung der Legitimation an, nämlich durch Transparenz und Partizipation der Zivilgesellschaft.

d) Fragmentarisierung der Herrschaftsakte in mehrstufigen Verfahren

Legitimation von Herrschaft impliziert normalerweise, dass die handelnde Behörde und/oder ihre Trägerin verantwortlich ist: Sie leitet das Verfahren, sie prüft das Vorliegen der Entscheidungsvoraussetzungen und sie ist Beklagte oder Beklagtenvertreterin, wenn Betroffene primären oder sekundären Rechtsschutz suchen. Ausgangspunkt ist die klassische Vorstellung der Einheit der Verwaltung: Im Innenbereich mag es Schritte der Entscheidungsvorbereitung geben, nach außen tritt dem Bürger nur die entscheidende Behörde gegenüber.

Bereits im innerstaatlichen Bereich ist dies eine weitgehend überwundene Annahme, weil in komplexen Entscheidungsfeldern Vorstufen zu durchlaufen sind, die die letztentscheidende Behörde nicht kontrollieren kann. Ein Beispiel ist die Straßenplanung mit der Stufung Bundesverkehrswegeplan – Fernstraßenausbaugesetz – Linienbestimmung – Raumordnungsverfahren – und schließlich Planfeststellung als außenwirkende Entscheidung der Planfeststellungsbehörde, die aber weder auf die Vorstufen Einfluss nehmen noch ihnen ihre Gefolgschaft verweigern kann, wenn sie sie als rechtswidrig ansieht. In Reaktion darauf sind die vorstufig entscheidenden Behörden teilweise selbst verantwortlich gemacht worden, insofern für ihre Stufe Beteiligungsverfahren eingeführt und teilweise auch Rechtsschutz ermöglicht wird.53

Zu den bereits vorhandenen Stufungen kommen nun, wie oben bereits geschildert, europäische Stufen hinzu. Umgekehrt werden Gemeinschaftsentscheidungen von nationalen Vorstufen abhängig gemacht.

Es liegt nahe, ähnlich wie hinsichtlich der nationalen mehrstufigen Verwaltung auch für die europäische Mehrstuifenverwaltung zu fordern, dass Transparenz- und Beteiligungsanforderungen sich über die letzte Stufe hinaus auf die Vorstufen erstrecken müssen und u.U. auch Rechtsschutz eröffnet werden sollte.54 Dadurch würden die beitragenden Instanzen für die Bürger identifizierbar und teilweise auch verantwortlich.

---

53 Z.B. § 3 Baugesetzbuch, § 7 Abs. 6 Raumordnungsgesetz.
e) Zusammenfassung und Kriterienbildung

Transparenz und Partizipation erweist sich somit für die europäische Mehrebenenverwaltung als eine begründbare rechtspolitische Forderung. Was aber soll Transparenz und Partizipation bedeuten?

Transparenz bedeutet Zugänglichkeit von bei einem Verwaltungsträger vorhandenen Informationen. Sie kann aktiv eröffnet werden, indem der Verwaltungsträger Informationen bekannt macht oder auf deren Existenz hinweist und sie bereitstellt. Oder sie kann passiv gewährt werden durch Informationszugangsfrechte, die die Bürger selbst geltend machen müssen. Wichtig ist dabei der Unterschied zwischen dem Informationszugangsrecht der individuell und direkt Betroffenen und einem voraussetzungslosen Jede-Person-Recht.

Partizipation bedeutet die Möglichkeit der Einzelnen, Stellungnahmen zu Verwaltungs vorgängen abzugeben, sei es individuell oder durch Verbände, sei es durch kontinuierliche Vertretung in Gremien oder durch fällsspezifische Äußerung. Nach dem Teilnehmerkreis ist zu unterscheiden:

- Gelegenheit zur Äußerung für diejenigen, in deren Rechte individuell und unmittelbar einge griffen wird (Beteiligung der Adressaten)
- Gelegenheit zur Äußerung für die individuell, aber nicht unmittelbar, sondern erst über dazwischetretendes privates Verhalten belasteten Dritten wie Konkurrenten und Nachbarn (Beteiligung Dritt betroffener)
- Gelegenheit zur Äußerung für die kollektiv belasteten Öffentlichkeit (Beteiligung der Öffentlichkeit)


---

54 P. Craig, The constitutionalisation of Community administration, E.L.Rev. 2003, 84 et seq.
naus auch ein Beteiligungsrecht Dritt betroffener oder gar der diffus betroffenen Öffentlichkeit gemeinschaftsverfassungsrechtlich geboten ist, könnte erst nach genauerem Studium der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ (Art. 6 Abs. 2 EUV) beantwortet werden. Im Bereich der privatisierten Verwaltung fehlt es ganz an verbindlichen verfassungsrechtlichen Garantien von Transparenz und Partizipation. Man ist hier auf Entwicklungen auf der einfachgesetzlichen Ebene verwiesen. Im Hinblick auf mehrstufige Verfahren sollte das allgemeine Informationszugangsrecht und das Beteiligungsrecht der Adressaten zumindest insoweit als verfassungsrechtlich geboten angesehen werden, als es um solche vorstufigen Beiträge geht, die für die letztentscheidende Behörde bindend sind.57

2. Anwendung

Wendet man dieses verfassungsrechtliche und rechtspolitische Kriteriengerüst auf die verschiedenen Typen der Mehrebenenverwaltung an, so ergibt sich, dass je nach Politikbereich manches bereits verwirklicht ist, dass es aber jenseits der Minimalgarantien an einer Verrechtlichung allgemeiner Prinzipien fehlt. Transparenz und Partizipation werden inkremental, nicht in einem systematischen Entwurf eingeführt.

a) Indirekter Vollzug pro statu


b) Indirekter Vollzug pro communitate

Die unter a) genannnten Regeln gelten auch für den indirekten Vollzug pro communitate. Die Besonderheit, dass die behördlichen Handlungen in der gesamten Gemeinschaft gelten, macht jedoch zusätzliche Regeln erforderlich. Transparenz und Partizipation muss sich auch auf die in anderen MS ansässigen Bürger erstrecken. Für ausländische Staatsangehörige in der EU ist dies durch Art. 12 EGV gesichert. Für Auslandsbewohner wirkt das Nichtdiskriminierungsgebot in dieselbe Richtung. Wenn also ein MS ein allgemeines Recht auf Zugang zu Verwaltungsinformationen eingeführt hat, kann er sich z.B. nicht auf das Gegenseitigkeitsprinzip berufen und argumentieren, er erleide Wettbewerbsnachteile, wenn er sein fortschrittlicheres Recht auch auf ausländische Staatsangehörige bzw. auf jenseits der Grenze begegnende Sachverhalte anwende.

Rechtspolitisch wünschenswert ist allerdings, dass der pro communitate zuständige MS verpflichtet wird, aktiv auf die Information und Beteiligung der im Ausland Ansässigen individuell oder kollektiv Betroffenen hinzuwirken. Denn was insoweit jenseits der Grenzen passiert, wird normalerweise weniger öffentlich bekannt. Solche explizit transnationalen Informations- und Beteiligungspflichten gibt es bisher nur im Umweltrecht, und zwar nach der UVP-Richtlinie hinsichtlich ortsgebundener Vorhaben. Wiederum hinkt das Produktzulassungsrecht hinterher, obwohl der grenzüberschreitende Bezug beim Handel mit Produkten viel deutlicher ist.

c) Gemeinschaftseigener Vollzug durch Gemeinschaftsorgane


60 ABl. 176, S. 15.
61 Art. 9 RL 91/414 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, ABl. L 230, S. 51. S. auch Art. 3 RL 98/8 über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten, ABl. L 123, S. 1. Für die Aufhebung oder Änderung einer Zulassung ist nach Art. 7 Abs. 3 eine Anhörung des Zulassungsinhabers vorgesehen, was aber nach allen nationalen Rechtsordnungen selbstverständlicher Standard sein dürfte.
63 Art. 12 Abs. 2 VO Nr. 1049/2001.

Im Umweltrecht gab es lange Zeit nur Regelungen, die in den MS für Beteiligung sorgten, nicht dagegen Regeln über die Beteiligung an Verwaltungsverfahren der EG-Organe. Erst in der Verordnung zur Umsetzung der Århus-Konvention wird dieser Mangel behoben werden.

d) Selbstorganisation


Für die Partizipationsproblematik ist zwischen selbstorganisierter technischer Normung und privatisierter Einzelfallverwaltung (in Gestalt insbesondere von Konfor-

64 VO Nr. 1/2003 über den Vollzug der Wettbewerbsregeln nach Art. 81 und 82 EGV, ABl. L 1, S. 1.
65 Art. 27 Abs. 3 S. 1 VO 1/03.
66 Demgegenüber ist es im Umweltrecht selbstverständlich, dass, soweit die Verfahren Drittbetroffenen und der Öffentlichkeit geöffnet wird, auch die Wirtschaftsinteressen beteiligt werden.
68 S. Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 b) mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/43 über den öffentlichen Zugang zu Umweltinformationen, ABl. L 41, S. 26, wonach der Behördenbegriff auf private Personen mit öffentlichen Verwaltungsaufgaben erstreckt wird.
mitätsbescheinigungen hinsichtlich der Qualität von Produkten, Dienstleistungen und anderen Handlungen) zu unterscheiden.


e) Mehrstufige Verwaltung

Bisher nehmen gemeinschaftsrechtliche Beteiligungsvorschriften vorstufige Beiträge anderer Behörden nur in solchen Fällen in den Blick, in denen der vorstufige

Beitrag als eigene Entscheidung ausgestaltet ist, an die die letztentscheidende Be-
hörde gebunden ist, wie z.B. bei der Ablehnung oder der Rückabwicklung einer
Beihilfe nach Art. 88 Abs. 3 mit 2 EGV.\textsuperscript{72}
Es empfiehlt sich, Beteiligungsrechte und -pflichten auch auf unselbständige vor-
stufige Beiträge zu erstrecken, wenn ihnen, obwohl sie nicht verbindlich sind, doch
faktisch eine prägende Wirkung zukommt. Dabei sollte der Kreis der Anzuhören-
den auf die individuell Dritt betroffenen und die diffus betroffene Öffentlichkeit
erstreckt werden. Beispielsweise ist insoweit wiederum der Entwurf zu der REACH-
Verordnung. Sie sieht vor, dass bereits die Risikobewertung durch die neue Chemi-
kalienagentur, nicht erst der Entscheidungsentwurf der Kommission publiziert wer-
den muss.\textsuperscript{73}

\textsuperscript{72} S. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 BeihilfeverfahrensVO Nr. 659/1999). Unzureichend insoweit die mangelnde Beteiligung
Dritt betroffener im Vorprüfungsverfahren nach Art. 88 Abs. 3 EGV. Vgl. EuGH Rs. C-367/95 P (Sytraval)
\textsuperscript{73} Art. 61 Abs. 6 des Kommissionsentwurfs.