

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 Mehrebenenverwaltung¹

Von Gerd Winter, Bremen

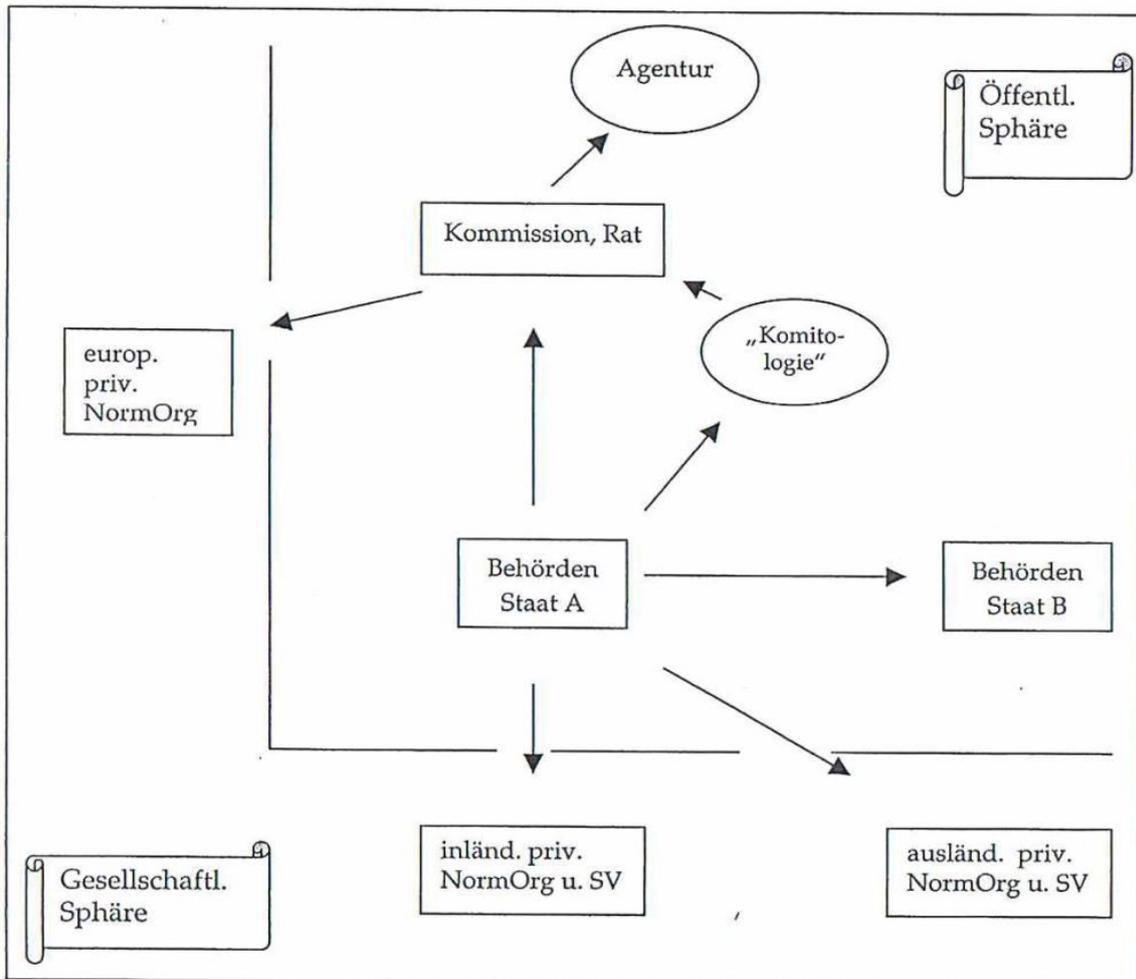
A. Phänomenologie der Mehrebenenverwaltung

Das klassische Modell der Exekutive im Zuständigkeitsbereich der EG – die europäischen Organe setzen Recht, die mitgliedstaatlichen Behörden führen es aus – ist einer differenzierteren 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 ziehen² (s. die schematische Übersicht):

- 1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verf. auf dem 14. Deutschen Verwaltungsrichtertag am 6. Mai 2004 in Bremen. Eine Vorfassung erschien 2004 in der Dokumentation zu der Tagung, hrsg. vom Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V.
- 2 Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Heidelberg, 2. Aufl. 2004, S. 384 ff.

- (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.³ Dem 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.⁴ Man spricht hier auch von transnationalem Verwaltungshandeln.⁵



Übersicht: Die Disintegration mitgliedstaatlicher Verwaltungskompetenzen

- 3 Dieser Typus war früher im gesundheits- und umweltbezogenen Produktrecht häufiger, wird dort aber mehr und mehr durch zentralisiertere Formen ersetzt. Verbreitet ist er im Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht, z.B. hinsichtlich der Genehmigung der Niederlassung einer Versicherung. Bei den Überwachungsbefugnissen ist häufig eine Zuständigkeitsteilung vorgesehen: Überwachung in örtlicher Zuständigkeit, Sanktion bei Verstößen in Zuständigkeit des Sitzstaates. S. RL 2002/83 über Lebensversicherungen, Abl. L 345, S. 1, Art. 10, 11, 39; M. Ruffert, Der transnationale Verwaltungsakt, Die Verwaltung 2001, 453 ff., 458.
- 4 Nach Aussagen eines Kommissionsbeamten zeigt die Praxis, dass das „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in 85 % der Fälle greift ... Nur in 15 % der Fälle müssen wir überhaupt noch harmonisieren, nämlich da, wo wesentliche Ziele wie Verbraucher- oder Gesundheitsschutz so unterschiedlich sind, dass die Mittel nicht gleichwertig sind“. H. Schmitt von Sydow, Governance im europäischen Mehrebenensystem, in: S. Magiera/K.-P. Sommermann, Verwaltung und Governance im Mehrebenensystem der EU, Berlin 2002, S. 171 ff., 177.
- 5 Vgl. St. Burbaum, Rechtsschutz gegen transnationales Verwaltungshandeln, Baden-Baden 2003.

(3) Gemeinschaftseigener („direkter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht: Die Verwaltungsaufgaben können dabei durch die Kommission und u.U. auch den Rat selbst oder mit Hilfe von Ausschüssen und Agenturen wahrgenommen werden.

(a) Eigenverwaltung der Kommission und des Rates, gestützt auf Primärrecht (namentlich Art. 85 und 88 EGV) oder – immer häufiger – auf Sekundärrecht im Zusammenhang mit Art. 202 3. Spiegelstrich EGV.

(b) Mitwirkung von Beratungs-, Verwaltungs- und Regelungsausschüssen an Kommissionsentscheidungen⁶: Der Sinn dieser sog. Komitologie ist es, Sachverstand und Vollzugserfahrung aus den MS auf der Kommissionsebene einzubringen und dem Rat wie auch dem Europäischen Parlament in politisch kontroversen Fällen Einwirkungsmöglichkeiten zu eröffnen.

(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 sind⁷ Agenturen mit Entscheidungsbefugnis wie das Europäische Markenamt⁸, Agenturen, die der Vorbereitung von Kommissionsentscheidungen dienen wie die Europäische Arzneimittelagentur⁹, und Agenturen, die der Sammlung, Aufbereitung und Veröffentlichung allgemeiner Informationen dienen wie die Europäische Umweltagentur.¹⁰

(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 verbreitet¹¹

(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.¹² Die Sachverständigen werden dann, da sie eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, ihrerseits behördlich anerkannt (akkre-

6 Ratsbeschluss Nr. 1999/468.

7 E. Chiti, The emergence of a community administration: the case of European agencies, CMLR 37 (2000), 309 ff.; Th. Groß, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, EuR 2005, 54 ff.

8 VO Nr. 40/93 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. L 11, S. 1.

9 VO Nr. 2309/93 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für die Beurteilung von Arzneimitteln, ABl. L 214, S. 1.

10 VO Nr. 1210/90 zur Errichtung einer Europäischen Umweltagentur und eines Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetzes, ABl. L 120, S. 1.

11 L. Krämer, EC Environmental Law, London, 5th ed. 2003, p. 237 et seq., mit Bezug auf RL 94/62 über Verpackungen und Verpackungsabfälle, ABl. L 265/10, Art. 9, 10.

12 Varianten der Konformitätsprüfung werden durch Ratsbeschluss 93/465, Abl. L 220, S. 25 typisiert.

ditiert), wie z.B. im EMAS-System.¹³ Anerkannte Sachverständige werden häufig grenzüberschreitend auch im Ausland tätig, wodurch ähnliche Probleme wie beim transnationalen Verwaltungshandeln 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: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 Stufen miteinander verbunden werden: als *Mehrebenenverwaltung* im strukturellen Sinn, als *Mehrstufenverwaltung* im prozeduralen Sinn. Der Nationalstaat „zerfasert“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.

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

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

14 Zu weiteren Formen s. A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, Baden-Baden 1998, S. 47 und 168 ff. Bereichsspezifisch vertiefend s. J. S. Vent, Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC treaty, CMLR 45 (2002) 545 ff. über Wettbewerbsverwaltung und P. Craig, The constitutionalisation of Community administration, E.L.Rev. 28 (2003), 840 et seq. über Haushaltsvollzug und die Gemeinsame Agrarpolitik.

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. Ihrem 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 Drittbetroffene der anderen Staaten nur schwer beteiligt werden können und dass die Behörden der anderen Staaten die Ausführung der ausländischen Entscheidungen nicht sinntensprechend überwachen, weil es nicht „ihre“ Entscheidungen sind.

Zur Selbstorganisation: Sie strebt eine Rückverlagerung von staatlichen Funktionen in die Gesellschaft an und nutzt das Selbstorganisationspotential der Gesellschaft aus. Dabei werden selbstorganisierte Verwaltungsleistungen nicht nur im nationalen Raum, sondern auch grenzüberschreitend erbracht. Die daraus resultierenden Vorteile sind Sachnähe und Einsparung von Verwaltungskosten. Risiken bestehen darin, dass im Bereich der privaten Normungsorganisationen Macht entsteht, die sich rechtlicher Steuerung entzieht, dass es den privaten Zertifizierern an Distanz zum Auftraggeber fehlt und dass mittelbar betroffene Dritte nicht an den privatisierten Verwaltungstätigkeiten beteiligt werden.

Die Zerfaserung und Neuverflechtung 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 Einzelermächtigung*

Nach Art. 5 EGV bedarf jedes Tätigwerden der Gemeinschaft einer besonderen Kompetenzgrundlage.¹⁶ Dies gilt für die Rechtssetzung, den Erlass von Durchführungsvorschriften und auch für Einzelfallverwaltung, sei es solche in ausführender, sei es solche in beaufsichtigender Funktion.¹⁷ Jede Ermächtigungsgrundlage muss deshalb darauf untersucht werden, ob sie die Verlagerung von Verwaltungskompetenzen auf die Gemeinschaftsebene abdeckt. Für Sekundärrecht auf der Grundlage von Art. 100a (jetzt 95) Abs. 1 EGV hat der EuGH in einem Urteil zur Produktsicherheitsrichtlinie dementsprechend differenziert festgestellt, dass „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ im Sinne dieser Bestimmung auch „Maßnahmen hinsichtlich eines bestimmten Produkts oder einer bestimmten Produktkategorie und gegebenenfalls auch Einzelmaßnahmen hinsichtlich dieser Produkte“ einschließen.¹⁸ Der Versuch der klagenden BRD, die Kompetenzgrundlage nur auf die Setzung von Rechtsvorschriften zu begrenzen, wurde zurückgewiesen. Harmonisierende Maßnahmen seien u.U. auch im Hinblick auf den Einzelvollzug notwendig.

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. *Hatje*, a.a.O., S. 107), obwohl die Vorschrift genau genommen als Verpflichtung formuliert ist, die eine entsprechende Kompetenz voraussetzt.

17 Auch Art. 211 1. Spiegelstrich EGV enthält keine Übertragung einer pauschalen Vollzugs- und Aufsichtsgewalt, vgl. *Hatje*, a.a.O., S. 101 f.

18 EuGH Rs. C-359/92 (BRD/Rat), Slg. 1994, I- 3681, Rdnr. 37. Kritisch zu dem Urteil und zu dem Parallelfall der Einräumung einer Streitentscheidungskompetenz der Kommission im Rahmen der Novel Food-Verordnung *R. Wahl/D. Groß*, Die Europäisierung des Genehmigungsrechts am Beispiel der Novel Food-Verordnung, DVBl. 1998, 2 ff., 12 f. Zur Diskussion s. auch *A. David*, Die Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht, Berlin 2003, S. 160 f.

19 Vgl. den letzten Erwägungsgrund der Verordnung (EWG) Nr. 2309/93 des Rates (ABl. L 214, S. 1): „Für die Annahme eines einheitlichen Systems auf Gemeinschaftsebene, wie in dieser Verordnung vorgesehen, enthält der Vertrag nur in Art. 235 Befugnisse“.

20 So auch das Weißbuch der Kommission „Europäisches Regieren“, Kom 2001/0428, S. 14.

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.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)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 können“²³, insbesondere weil die Maßnahmen zu heterogen wären.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 Gesetzesvollzugs ist es erst noch auszuformen.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.²⁶ Insofern gilt anderes als für die bundesstaatliche Verfassung der BRD.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-

21 G. Winter, Subsidiarität und Deregulierung im Gemeinschaftsrecht, EuR 1996, 247 ff. (265 f.).

22 EuGH Rs. C-233/94 (Deutschland/Rat), Slg. 1997, I-2405, Rn. 28. Der Fall betraf die Frage, ob die EG die Einrichtung von Einlagensicherungssystemen soll vorschreiben können.

23 EuGH Rs. C-377/98 (NL/EP und Rat), Slg. 2000, I-6229, Rn. 32.

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.

25 Vgl. H. D. Jarass, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR Bd. 121 (1996) S. 173 ff. (181 ff.); E. Schmidt-Assmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Heidelberg, 2. Aufl. 2004, S. 382.

26 H. Kortenberg, Comitologie – le retour, RTDE 1998, S. 317 ff. A.A. – mit nicht nachvollziehbaren Gründen – K. Lenaerts/A. Verhoeven, Towards a legal framework for executive rule-making in the EU? The contribution of the new comitology decision, CMLR 37 (2000), 645 ff. (655).

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. P. Lerche in: Maunz-Dürig, 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 Hochzonung 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 Verwaltungsraum stark berührt, die mitgliedstaatlichen Behörden im Gemeinschaftsverfahren zu beteiligen sind, wie es z.B. in der „Komitologie“ geschieht. Dabei könnte an 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 paralyisiert.

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

Zum Anwendungsbereich des Prinzips des institutionellen Gleichgewichts gehört auch die Balance zwischen Rat und Kommission. Die nach Art. 202 4. Spiegelstrich EGV prinzipiell zulässige Delegation von Ausführungskompetenzen wird dabei durch die sog. *Köster*-Rechtsprechung dadurch in Grenzen gehalten, dass der Rat die wesentlichen Gesichtspunkte im Rechtsakt vorentscheiden muss.³²

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 Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben (...) entgegen und gibt ihm den Vorzug“.

29 Vgl. zu diesem Tausch Kompetenz gegen Mitwirkung im deutschen Raumplanungsrecht vgl. § 7 Abs. 6, § 14 ROG und allgemeiner im unitarischen deutschen Bundesstaat *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Heidelberg, 20. Aufl. 1995, S. 99 f.

30 Zum Diskussionsstand s. *D. Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1999, S. 170 ff.; *K. Lennaerts/A. Verhoeven*, Institutional balance as a guarantee for democracy in EU governance, in: Chr. Joerges/R. Dehousse (ed.) *Good governance in Europe's integrated market*, New York 2002, 35 ff.

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

32 EuGH Rs. 25/70 (*Köster*), Slg. 1970, 1161 ff. (Rn. 6): „Daher ist nicht zu fordern, dass der Rat alle Einzelheiten der Verordnungen über die gemeinsame Agrarpolitik nach dem Verfahren des Artikels 43 regelt. Dieser Vorschrift ist vielmehr Genüge getan, wenn die wesentlichen Grundzüge der zu regelnden Materie nach diesem Verfahren festgelegt worden sind“. Vgl. dazu *Lennaerts/Verhoeven*, CMLR 2000, 661.

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 Verwaltungsorgane der Gemeinschaft, insbesondere selbstständige 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*-Rechtsprechung³³ 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.

Die Gegenansicht, die die zur Agenturbildung anstehenden Sektoren als eine eher technische Aufgabe ansieht, will die *Meroni*-Kriterien lockern. Manche Vertreter dieser Richtung gehen von einem grundsätzlich anderen Verständnis des Institutionensystems aus. Sie lehnen das Prinzip der Trennung und gegenseitigen Kontrolle der drei Gewalten, das hinter der herrschenden Meinung steht, für die EU ab und behaupten die Existenz einer Art unpolitisch-fachlicher vierten Gewalt der Erzeugung regulativen Rechts.³⁴ Man muss dieser m.E. falschen und verfassungsrechtlich problematischen Prämisse nicht folgen, um dennoch anzuerkennen, dass die schiere Masse der auf europäischer Ebene zu bewältigenden Verwaltungsaufgaben eine Lockerung der *Meroni*-Rechtsprechung unumgänglich macht. Dieser Weg kann in die von der Kommission vorgeschlagene Richtung gehen, zwischen Bereichen ohne und mit komplexer Abwägung (sog. Ein-Ziel- bzw. Mehr-Ziel-Bereichen) zu unterscheiden.³⁵

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.

33 EuGH Rs. 9/56 (*Meroni*), Slg. 1958, 11 ff. (44) und Rs. 10/56, Slg. 1958, 53 ff. (82). Das institutionelle Gleichgewicht sieht der EuGH gefährdet, weil Agenturen die Verpflichtung der Kommission auf Verwirklichung des umfassenden Zielbündels des Vertrages unterlaufen könnten.

34 Besonders engagiert G. Majone, *Delegation of regulatory powers in a mixed polity*, ELJ 8/3 (2002), 319 ff.; G. Majone, *Regulating Europe*, London 1996. Als Gegenposition, die einen politischen Charakter technischer Regulierung und dementsprechend die Notwendigkeit demokratischer Deliberation annimmt, s. die Beiträge von Chr. Joerges, J. Neyer und Th. Gehring, in: Chr. Joerges, J. Neyer (ed.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford 1999.

35 Communication of the Commission, *The operating framework for the European Regulatory Agencies*, Com (2002) 0718, Abschn. 4.2.

e) Vorbehalt öffentlicher Verwaltung

Eine gemeinschaftsrechtliche „Ordnungsidee“³⁶ der Verwaltung hat sich bisher kaum entwickelt. Der Begriff und Erstreckungsbereich des europäischen „Öffentlichen“, der hierfür konstitutiv wäre, ist im Rückzug begriffen und bedürfte doch einer neuen Fundierung gegen neoliberale Übertreibungen.³⁷ Der EGV enthält immerhin in Art. 16, 73, 86 und 87 Vorschriften, die den MS ermöglichen, für die Daseinsvorsorge und die öffentliche Wirtschaft in gewissem Umfang Sonderrecht zu schaffen, das die Wettbewerbsanforderungen relativiert. Art. 16 EGV macht dies sogar zu einer Verpflichtung der Gemeinschaft. Vorbehaltsbereiche solcher Art lassen sich im Übrigen für die Sicherheitsverwaltung ableiten (vgl. Art. 28, 45, 46 EGV). Dagegen finden sich keine expliziten Vorgaben solcher Art für die normale Ordnungs- und Leistungsverwaltung.

Denkbar wäre es, das Subsidiaritätsprinzip heranzuziehen. Subsidiarität in der gesellschaftlichen Dimension bedeutet, wie oben erläutert, „negativ“, dass Gründe für die Einräumung von Hoheitskompetenzen gegeben sein müssen. Es hat jedoch (der Bedeutung des lateinischen „subsidium“ folgend) zusätzlich die „positive“ Bedeutung, dass für diejenigen Bereiche, in denen die gesellschaftliche Selbstorganisation nicht geeignet wäre, Gemeinschaftsrecht durchzuführen, eine Verlagerung aus der hoheitlichen Verwaltung heraus unzulässig ist oder zumindest eine besondere öffentliche Gewährleistungspflicht besteht.³⁸

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.

37 Ansätze dazu bei G. Winter, Das Öffentliche und die Europäische Union, in: Ders. (Hrsg.) Das Öffentliche heute, Kolloquium zu Ehren von Alfred Rinken, Baden-Baden 2002, S. 197 ff.

38 A. Vosskuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVdStRL 62 (2003), 266 ff. (307 ff.).

vorwiegend dann, wenn andernfalls den Anbietern (über Gewährleistung und Haftung) Kosten entstünden. Sicherheitsregeln für die Verwendung der Produkte oder Dienstleistungen können deshalb mit Fug und Recht erwartet werden, weniger dagegen Normen, die externalisierbare Kosten wie Umweltverschmutzung reinternalisieren. Die Schaffung solcher Normen gänzlich privaten Strukturen zu überlassen, verstieße deshalb gegen das Prinzip der Effektivität der Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht. Die entsprechende Normung muss öffentlichen Strukturen zugeordnet oder von ihnen eng überwacht werden.³⁹ Ähnliches gilt für Konformitätsprüfungen durch private Sachverständige, damit deren Abhängigkeit von den Auftraggebern verhindert wird. Akkreditierung und Überwachung der Sachverständigen sind Mittel, die auch als verfassungsrechtlich geboten angesehen werden können.

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 Hochzoning 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

³⁹ S. als Beispiel Kommissionsentscheidung 2001/524, ABl. L190, S. 21, in der die Kommission die Anerkennung von 4 CEN Normen ablehnt, weil die zu Grunde liegenden Anforderungen der RL 94/62 nicht erreicht werden. Vgl. Krämer, a.a.O., S. 211.

in selbstdistanzierter Weise geregelt werden, weil Kollusionen zwischen MS und ihren Verwaltungssubjekten naheliegen. Beispiele sind die Wettbewerbs- und Beihilfenverwaltung, die F & E Förderung aus EG-Mitteln und die Agrarsubventionen. Das Subsidiaritätsprinzip rechtfertigt hier Zuständigkeiten der Kommission. Wegen des Verwaltungsaufwands nötigen Effektivitätsgesichtspunkte aber häufig dazu, dass nationale Behörden zuständig bleiben, die dann aber so streng überwacht werden, dass von einer Art europäischer Verwaltungshilfe gesprochen werden kann.⁴⁰ 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.⁴¹ Wie oben vorgeschlagen ist ein solcher reiner Effizienzgedanke jedoch unter dem Subsidiaritätsaspekt nicht angebracht. Es muss ein inhaltlicher Grund für die Hochzoning 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.⁴² 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-Streitschlichtungsverfahrens 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. *Vent*, Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC treaty, CMLR 40 (2002), 545 ff.

41 Eine solche Verlagerung der Zuständigkeit von der mitgliedstaatlichen auf die europäische Ebene hat die neue Lebens- und Futtermittelverordnung gebracht. S. Verordnung (EG) 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates über genetisch veränderte Lebens- und Futtermittel, ABl. L 268, S. 1, Art. 6.

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

samen konfligierenden Interessen vorzunehmen sind. Dabei sollte es bleiben. Der Aufbau einer „vierten Gewalt“ nicht-majoritärer technischer Normung würde das institutionelle Gleichgewicht der EG gefährden.

Für den Bereich komplexer Abwägungen ist dagegen gerade die Komitologiestruktur geeignet, weil sie die unterschiedlichen Kulturen der MS und je nach den dort vorfindlichen politischen Mehrheiten die unterschiedlichen politischen Strömungen widerspiegeln. Ein Beispiel ist die Beschränkung der Vermarktung von Gefahrstoffen im neuen REACH-Konzept. Bei ihr sind in besonderem Maße gesundheits- und umweltpolitische gegen ökonomische Interessen abzuwägen. Hier müssen die Fachbehörden der MS mitwirken und bei grundlegenden Meinungsverschiedenheiten müssen auch Rat und Parlament eingeschaltet werden.⁴³

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 nehme 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

An diesem Ansatz ist zunächst zu begrüßen, dass die Kommission die Notwendigkeit der Legitimation durch Verfahren (politologisch: input-Legitimation) sieht, statt einzig auf fachliche Expertise bzw. normative Deduktionen (politologisch: output-Legitimation) zu vertrauen. Kritik verdient dagegen die Zurückweisung rechtlicher Verbindlichkeit. Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob es gemeinschaftsrechtliche Minimalanforderungen an supra-, trans- und subnationale Verwaltungsstrukturen gibt.⁴⁵

43 Der Kommissionsentwurf sieht neben einem Regelungsausschuss sogar noch zwei Beratungsausschüsse vor, die Fachfragen der Risiko- und Kostenabschätzung aufbereiten. S. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), COM (2003) 0644, Art. 65, 67, 68, 130 Abs. 3.

44 Weißbuch der Kommission „Europäisches Regieren“, Kom (2001) 0428, S. 9, 13, 22.

45 Zur Frage der Einheitlichkeit solcher Prinzipien für die Eigenverwaltung der Gemeinschaft und den indirekten Vollzug vgl. St. Kadelbach, European administrative law and the law of a Europeanized administration, in: Chr. Joerges/R. Dehousse (ed.) Good governance in Europe's integrated market, New York 2002, p. 167 ff.

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 Grundsätzlich gesehen negiert das Konstrukt der exklusiv sachlich-inhaltlichen Legitimation die Empirie und legitimatorische Produktivität der Willensbildung im Exekutivbereich⁴⁸ und dies auch auf Gemeinschaftsebene. Soll Legitimation nicht reines 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 Zollbefreiungsverfahren 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

Zum gleichen Ergebnis kommt eine Betrachtung der organisatorisch-personellen Legitimation. Sie ist in der Mehrebenenverwaltung besonders lückenhaft. Im Bereich des indirekten Vollzugs von Gemeinschaftsrecht ist die nationale Verwaltung dem Gesetzgeber – dem Europäischen Parlament und dem Rat – nicht verantwortlich; verantwortlich ist sie dem nationalen Parlament, das aber nicht der maßgebliche Gesetzgeber ist und sich deshalb kaum dafür interessiert, die Einhaltung des Rechts durch parlamentarische Kontrolle zu überwachen. Im Bereich des direkten Vollzugs ist die europäische Exekutive – die Kommission – zwar dem Parlament verantwortlich, die Verwaltungspraxis wird aber sehr durch exekutive Spitzen der MS – den Rat und die Ausschüsse der „Komitologie“ – kontrolliert, die dem Europäischen Parlament nicht verantwortlich sind.

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 ergänzend aber auf unmittelbare Verknüpfungen behördlicher Verfahren mit den Bürgern, d.h. auf eine Eigenlegitimation der Verwaltung. Die von der Kommission

46 Vgl. H.-W. Böckenförde, Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion, in: Ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt 1991, S. 299 ff.

47 Hierzu und zum Ganzen s. A. Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002, S. 335 ff.

48 Fisahn, a.a.O., S. 232 ff.

49 Fisahn, a.a.O., S. 323 ff.; G. Lübke-Woff, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001) 247 ff., 279 ff.

50 EuGH Rs. C-269/90 (HZA/Techn. Universität München), Slg. 1991, I-5469, Rn. 14.

genannten Mittel – Transparenz und Beteiligung– weisen deshalb auch verfassungsrechtlich in die richtige Richtung. Sie müssen jedoch konkretisiert werden.

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 Kollision der Zertifizierten und der Zertifizierer.⁵¹

Der organisatorisch-personellen parlamentarischen Kontrolle sind die Akteure im Bereich der privatisierten Verwaltung fast gänzlich entzogen, und zwar nicht nur nach europäischem, sondern auch nach nationalem Recht. Die Kontrolle durch sachlich-inhaltliche gesetzliche Vorgaben erfolgt in der Weise, dass zur Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen oder Ermessensspielräumen private *Normung* in Bezug genommen wird. Dies kann implizit geschehen, etwa indem der Standard „Stand der Technik“ gefordert wird, oder explizit, indem auf bestimmte technische Normen verwiesen wird. Solche Inbezugnahme hat einen Doppelcharakter, nämlich einerseits Regelungsbefugnis an private Instanzen zu delegieren und diesen andererseits einen verbindlichen Rahmen vorzugeben. Viel Anweisungsgehalt haben die materiellen Vorgaben allerdings meist nicht. Es ist ja gerade ihr Sinn, dass die Parlamente sich über das technische Schutzniveau kein eigenes Urteil bilden müssen. Wer meint, dies sei unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten verfassungswidrig und fordert, die Legitimationskette sei durch statische Verweisung zu schließen, baut auf der bereits oben kritisierten Illusion auf, Parlamente könnten die komplexen und sich schnell wandelnden technischen Zusammenhänge wirklich durchschauen.

Hinsichtlich der *Einzelfallverwaltung* gibt es zwar Kontrolle in Gestalt der behördlichen Zulassung (sog. Akkreditierung) und Überwachung der als Zertifizierer tätigen 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

51 U. Nissen, Die EG – Öko – Auditverordnung, Berlin 1999, S. 480 ff.

52 So für den Widerruf der Zulassung im EMAS-System Nissen, a.a.O., S. 478.

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 Fernstraßenplanung 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 Mehrstufenverwaltung 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 bekanntmacht oder auf deren Existenz hinweist und sie bereitstellt. Oder sie kann passiv gewährt werden durch Informationszugangsrechte, die die Bürger selbst geltendmachen 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 Verwaltungsvorgängen abzugeben, sei es individuell oder durch Verbände, sei es durch kontinuierliche Vertretung in Gremien oder durch fallspezifische Äußerung. Nach dem Teilnehmerkreis ist zu unterscheiden:

- Gelegenheit zur Äußerung für diejenigen, in deren Rechte individuell und unmittelbar eingegriffen wird (Beteiligung der Adressaten)
- Gelegenheit zur Äußerung für die individuell, aber nicht unmittelbar, sondern erst über dazwischentretendes privates Verhalten belasteten Dritten wie Konkurrenten und Nachbarn (Beteiligung Drittbetroffener)
- Gelegenheit zur Äußerung für die kollektiv belastete Öffentlichkeit (Beteiligung der Öffentlichkeit)

Transparenz und Partizipation solcher Art und Tragweite sind zunächst *rechtspolitische Forderungen*. Als gemeinschaftsrechtliches *Verfassungsgebot* kann die volle Palette jedoch nicht angesehen werden. Nur bestimmte begrenzte Rechte sind verfassungsrechtlich garantiert. Besonders ausgebaut sind die Transparenzgebote. Klassischer Bestand ist das (passive) Einsichtsrecht in Dokumente, die rechtlich geschützte Interessen der Einzelnen betreffen.⁵⁴ Hinzugekommen ist das voraussetzungslose Recht der Unionsbürger auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane nach Art. 255 EGV und Art. 42 Grundrechtecharta. Hinsichtlich der Beteiligungsrechte ist das rechtliche Gehör vor solchen Entscheidungen anerkannt, die individuell und unmittelbar in Rechte Einzelner eingreifen.⁵⁶ Ob darüber hi-

54 P. Craig, The constitutionalisation of Community administration, E.L.Rev. 2003, 84 et seq.

55 Die Gemeinschaftsgerichte haben die verfassungsrechtliche Qualität dieses Rechts allerdings bisher nicht in voller Prägnanz ausgesprochen. Am nächsten kommt das EuG in Rs. T-36/91 (ICI v. Kommission), Slg. 1995, II-1847, wo es sich auf einen „allgemeinen Grundsatz der Waffengleichheit“ im Kartellbußgeldverfahren zwischen Kommission und betroffenem Unternehmen bezieht (Rn. 93, 111, 116). S. dazu Nehl, a.a.O., S. 233 ff.

56 Ständige Rechtsprechung des EuGH und des EuG. Besonders prägnant EuG Rs. T-260/94 (Air Inter/Kommission), Slg. 1997, II-997, Rn. 59 und Rs. T-42/96 (Eyckeler & Malt v. Kommission) Rn. 76, wonach das Recht auf Gehör „in allen Verfahren, die zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, ein elementarer Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (ist), der auch dann sichergestellt werden muss, wenn es an einer Regelung für das betreffende Verfahren fehlt“. S. zur Entwicklung dieser Rechtsprechung ausführlich Nehl, a.a.O., S. 274 ff. Vgl. auch Art. 41 Abs. 2 Grundrechtecharta.

naus auch ein Beteiligungsrecht Drittbetroffener 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.⁵⁷ 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*

Im nationalen Gemeinschaftsrechtvollzug gilt grundsätzlich nationales Verfahrensrecht. Dementsprechend kann erwartet werden, dass die verfassungsrechtlichen Mindeststandards eingehalten sind, also den Adressaten Akteneinsichtsrecht und rechtliches Gehör gewähren. Desgleichen werden im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufig die Konkurrenten beteiligt. Vom Verfahren ausgeschlossen bleiben meistens jedoch die eher kollektiv Betroffenen, wie die Konsumenten und die Vertreter von Gesundheits- und Umweltinteressen.

Solche erweiterten Rechte der Allgemeinheit auf Zugang zu behördlichen Informationen und Beteiligung hat das Gemeinschaftsrecht für den Bereich des Umweltrechts eingeführt. Dass dies nicht geschah, um verfassungsrechtlichen Geboten nachzukommen, sondern eher aus politischen Gründen der Mobilisierung der Bürger für den chronisch defizitären Umweltrechtvollzug⁵⁸, ändert nichts daran, dass dadurch auch Grundrechte befriedigt wurden. Manche MS besaßen solche Rechte zwar bereits, die meisten, einschließlich Deutschlands, jedoch nicht oder in bescheidenerem Ausmaß. Als Beispiele hervorzuheben sind die Transparenzvorschriften nach der Umweltinformationsrichtlinie 2003/4⁵⁹ und die Beteiligungsvorschriften nach den Richtlinien zur UVP und zum integrierten Umweltschutz i.d.F. der

57 Vgl. *Nehl*, a.a.O., S. 315 ff.

58 *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997.

59 ABl. L 41, S. 26.

Richtlinie RL 2003/35.⁶⁰ Ein Mangel bleibt allerdings insoweit bestehen, als das Recht der Zulassung gefährlicher Produkte ausgespart geblieben ist, obwohl es ähnlich gravierende Risiken betrifft wie das Recht gefährlicher Anlagen.⁶¹

b) *Indirekter Vollzug pro communitate*

Die unter a) genannten 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 belegene 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*

Mit der Verordnung Nr. 1049/2001⁶², die allen Unionsbürgern und in der Union Ansässigen ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der EU-Organe einräumt, hat die EU zur Spitzengruppe des europäischen Geleitzuges auf dem Wege zu Transparenz aufgeschlossen. Hinzuzurechnen ist die aktive Veröffentlichung von Dokumenten im Internet. Sie ist als Ermessensnorm und sehr allgemein in Art. 12 der VO Nr. 1049/2001 geregelt, sollte aber in eine differenziertere und verbindlichere Form gebracht werden. Verpflichtend ist lediglich die öffentliche Zugänglichkeit von legislativen Dokumenten.⁶³

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.

62 VO Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des EP, des Rates und der Kommission, ABl. L 145, S. 43.

63 Art. 12 Abs. 2 VO Nr. 1049/2001.

Eine ähnlich querschnittshafte Regelung fehlt dagegen zu Beteiligungsrechten und -pflichten. In dieser Beziehung gibt es nur bereichsspezifische Regelungen. Sie finden sich vor allem im *Wirtschaftsrecht*. Am fortschrittlichsten ist insoweit die VO (EG) Nr. 1/2003⁶⁴ zum Kartellrechtsverfahren. Allerdings beschränkt sich die obligatorische Beteiligung auf die Unternehmen, um deren Kartell oder Beihilfe es geht, sowie Konkurrenten, Berufsverbände und sonstige Drittbetroffene. Die nicht individuell betroffene Öffentlichkeit, also vor allem Verbraucher- und Umweltverbände können nach Ermessen beteiligt werden.⁶⁵ Darin liegt eine für das Wirtschaftsrecht typische Schlagseite zugunsten der Beteiligung von Wirtschaftsinteressen.⁶⁶

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-Organen. Erst in der Verordnung zur Umsetzung der Aarhus-Konvention wird dieser Mangel behoben werden.⁶⁷

d) *Selbstorganisation*

Informationszugang ist traditionell gegen das Amtsgeheimnis gerichtet und lebt von dem Gedanken der Öffentlichkeit als Kontrolle hoheitlicher Verwaltung. Werden Verwaltungsfunktionen privatisiert, bedeutet dies jedoch nicht, dass rein privates Handeln entsteht. Vielmehr wird weiter Verwaltung im materiellen Sinn ausgeübt. Deshalb muss sich der Informationszugang von der vertikalen in die horizontale Richtung ausdehnen und auch gegenüber privaten Verwaltungsträgern eröffnet werden.

Ein Akteneinsichtsrecht gegenüber privatisierter Verwaltung hat sich bisher nicht durchgesetzt, und zwar nicht einmal das Minimalrecht der in ihren rechtlich geschützten Interessen Betroffenen. Eine Innovation bringt hier wiederum das Umweltrecht. Nach der neuen Fassung der Umweltinformationsrichtlinie von 2003 richtet sich der Zugangsanspruch, der bisher nur gegenüber Behörden bestand, auch gegen solche private Stellen, die öffentliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.⁶⁸

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.

67 Entwurf einer Verordnung des EP und des Rates über die Anwendung der Bestimmungen des Aarhus-Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Europäischen Gemeinschaft, Kom (2003) 622.

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.

Die *Beteiligung der Adressaten* der Normung ist durch die Selbstverwaltungsstruktur der Normungsorganisationen weitgehend ermöglicht, so z.B. auf deutscher Ebene im DIN und auf europäischer Ebene im CEN.⁶⁹ Allerdings besteht ein Problem darin, dass sich kleinere Unternehmen den Aufwand der Teilnahme in den Normungsgremien kaum leisten können. Desgleichen ist die von der Normung betroffene Öffentlichkeit (Arbeitnehmer, Verbraucher, Gesundheits- und Umweltinteressen) unzureichend einbezogen. Besonders misslich ist, dass die „interessierten Kreise“ nicht unmittelbar in den europäischen Normungsgremien vertreten sind, sondern in ihrer nationalen Organisation zu einem einheitlichen Votum finden müssen, das dann als deren Votum auf europäischer Ebene eingebracht wird. Dieser dezentrale Einigungszwang führt wegen der Schwäche der Repräsentanz von Gemeinwohlinteressen in vielen MS leicht zu einer Hintansetzung von Verbraucher-, Gesundheits- und Umweltinteressen.⁷⁰ Seit Kurzem haben sich diese öffentlichen Teilinteressen aber mit Unterstützung der Kommission besser organisiert (wie etwa in Gestalt der European Environmental Citizens Organisation) und streben assoziierte Mitgliedschaft in den europäischen Normungsorganisationen an.⁷¹

Auf der Ebene der Zertifizierung durch und Akkreditierung von unabhängigen Sachverständigen fehlt es dagegen weit und breit an Partizipationsgeboten. Einfluss haben hier nur die zertifizierten Unternehmen, weil sie mit dem Zertifizierer in vertraglicher Beziehung stehen und aus dieser heraus Erfüllungs- und Mängelhaftungsansprüche gegen missbräuchliches Verhalten der Zertifizierer geltend machen können. Dritte (Konkurrenten, Verbraucher- und Umweltschützer), die eine rechtswidrige Zertifizierung verhindern wollen, haben jedoch keine Mitwirkungsrechte im Zertifizierungsverfahren. Sie können allenfalls ex post facto reagieren, wobei es meist jedoch an horizontalen Ansprüchen gegen den Zertifizierer mangeln dürfte. Sie können sich lediglich an die Aufsichtsbehörde wenden und u.U. auf behördliche Intervention klagen, soweit die mitgliedstaatlichen Prozessordnungen dies zulassen.

Insgesamt ist der ganze Bereich der privatisierten Verwaltung unter den Gesichtspunkten Transparenz und Partizipation noch unzureichend rechtlich gefasst.

e) *Mehrstufige Verwaltung*

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

69 H. Schepel, *The constitution of private governance*, Oxford 2005, S. 101 ff.

70 Falke, a.a.O. S. 204 ff.; Chr. Joerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier, *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1988, S. 337 ff., 401 ff.

71 Mitteilung der Kommission – Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der Normung, Kom(2004)0130. Für unmittelbare Repräsentanz der teilöffentlichen Interessen in den europäischen Gremien hat sich auch der Rat ausgesprochen, vgl. Beschluss des Rates vom 1.3.2002, ABl. C 66, S. 1.

Beitrag als eigene Entscheidung ausgestaltet ist, an die die letztentscheidende Behörde gebunden ist, wie z.B. bei der Ablehnung oder der Rückabwicklung einer Beihilfe nach Art. 88 Abs. 3 mit 2 EGV.⁷²

Es empfiehlt sich, Beteiligungsrechte und -pflichten auch auf unselbständige vorstufige Beiträge zu erstrecken, wenn ihnen, obwohl sie nicht verbindlich sind, doch faktisch eine prägende Wirkung zukommt. Dabei sollte der Kreis der Anzuhörenden auf die individuell Drittbetroffenen und die diffus betroffene Öffentlichkeit erstreckt werden. Beispielhaft ist insoweit wiederum der Entwurf zu der REACH-Verordnung. Sie sieht vor, dass bereits die Risikobewertung durch die neue Chemikalienagentur, nicht erst der Entscheidungsentwurf der Kommission publiziert werden muss.⁷³

72 S. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 BeihilfeverfahrensVO Nr. 659/1999). Unzureichend insoweit die mangelnde Beteiligung Drittbetroffener im Vorprüfungsverfahren nach Art. 88 Abs. 3 EGV. Vgl. EuGH Rs. C-367/95 P (Sytraval) v. 2.4.1998, Rn. 59. Krit. *Nehl* a.a.O. S. 68.

73 Art. 61 Abs. 6 des Kommissionsentwurfes.