

TranState Working Papers

SUBSIDIARITÄT UND
LEGITIMATION IN DER
EUROPÄISCHEN
MEHREBENENVERWALTUNG

Gerd Winter

No. 6

Universität Bremen • University of Bremen
Hochschule Bremen • University of Applied Sciences
Internationale Universität Bremen (IUB) • International University Bremen (IUB)

Staatlichkeit im Wandel • Transformations of the State
Sonderforschungsbereich 597 • Collaborative Research Center 597

Gerd Winter

***Subsidiarität und Legitimation in der Europäischen
Mehrebenenverwaltung***

TranState Working Papers

No. 6

Sfb597 „Staatlichkeit im Wandel“ – „Transformations of the State“

Bremen, 2004

[ISSN 1861-1176]

Gerd Winter:

Subsidiarität und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung

(TranState Working Papers, 6)

Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2004

ISSN 1861-1176

Universität Bremen

Sonderforschungsbereich 597 / Collaborative Research Center 597

Staatlichkeit im Wandel / Transformations of the State

Postfach 33 04 40

D - 28334 Bremen

Tel.:+ 49 421 218-8720

Fax:+ 49 421 218-8721

Homepage: <http://www.staatlichkeit.uni-bremen.de>

Subsidiarität und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung

ZUSAMMENFASSUNG

Die vielfältigen Formen der europäischen Mehrebenenverwaltung zeigen eine zunehmende „Zerfaserung“ des Staates durch Funktionsverlagerungen auf die europäische Ebene, auf transnational wirkende andere Mitgliedstaaten und auf die Ebene gesellschaftlicher Selbstorganisation. Zugleich sind neue „Verflechtungen“ in Gestalt mehrstufiger Verwaltungsverfahren zu beobachten. Die eher ad hoc gefundenen Lösungen bedürfen gemeinschaftsverfassungsrechtlicher Strukturierung. Das gilt zum einen für die Frage, welche Verwaltungsaufgabe welcher Ebene zukommt, zum anderen für die organisatorische Ausgestaltung der Ebenen und ihrer Kombination in mehrstufigen Verfahren. Der Beitrag entwickelt verfassungsrechtliche Maßstäbe der Zuteilung und Legitimation der dispersen Verwaltungsbefugnisse und wendet sie auf die vorfindlichen Gestaltungen an.

INHALT

A. PHÄNOMENOLOGIE DER MEHREBENENVERWALTUNG	1
I. Staatlicher („indirekter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro statu	2
II. Staatlicher („indirekter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro communitate.....	2
III. Gemeinschaftseigener („direkter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht	4
1. Eigenverwaltung der Kommission und des Rates	4
2. Agenturen.....	4
3. Verwaltungs- und Regelungsausschüsse.....	5
IV. Selbstorganisierter Vollzug von Gemeinschaftsrecht.....	5
1. Technische Normung	6
2. Zertifizierung der Einhaltung von Standards durch anerkannte Sachverständige.	6
3. Einschaltung privater Berater.....	6
V. Mischformen durch Verfahrensstufung.....	7
1. Stufung der nationalen und europäischen Verwaltung.....	7
2. Stufung privater und hoheitlicher Verwaltung.....	7
B. BEWERTUNG.....	8
I. Zuordnung von Aufgaben und Organisationsformen.....	9
1. Maßstäbe	9
a) Begrenzte Einzelermächtigung.....	9
b) Subsidiarität	10
c) Institutionelles Gleichgewicht.....	12
d) Gegenstromprinzip.....	13
e) Vorbehaltsbereiche öffentlicher Verwaltung.....	14
2. Anwendung	14
a) Selbstorganisation: Koordinierung von Individualinteressen.....	14
b) Indirekter Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro statu: Sicherung öffentlicher Interessen mit überwiegend nationaler Belegenheit.....	15
c) Indirekter Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro communitate: Sicherung öffentlicher Interessen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, aber lokalem Bezug, der besondere Sachnähe vermittelt.....	15
d) Direkter Vollzug von Gemeinschaftsrecht: Sicherung öffentlicher Interessen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, ohne lokalen Bezug oder in der Absicht der Überwindung starker nationaler Bezüge	15
II. Demokratische Legitimation von Herrschaft	16
1. Maßstab.....	16
a) Ein Rechtsproblem?	16
b) Veränderung der Legitimationsressourcen.....	17
c) Fragmentarisierung der Herrschaftsakte: Auseinandertreten von Herrschaft und Verantwortung in mehrstufigen Verfahren.....	19
d) Veränderung des Herrschaftscharakters: von öffentlicher zu privater Verwaltung.....	20
e) Zusammenfassung und Kriterienbildung.....	21
2. Anwendung	24
a) Nationaler Vollzug pro statu	24
b) Nationaler Vollzug pro communitate	25
c) Gemeinschaftseigener Vollzug durch Gemeinschaftsorgane	25
d) Selbstorganisation	26
e) Mehrstufige Verwaltung	28

Subsidiarität und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung¹

A. PHÄNOMENOLOGIE DER MEHREBENENVERWALTUNG

Ein Beispiel – die Marktzulassung einer gentechnisch veränderten Tomate – möge den Entwicklungstrend der europäischen Mehrebenenverwaltung beleuchten. Nach der bis vor kurzem geltenden Rechtslage war folgendes Verfahren zu durchlaufen:

- Antrag im Sitzstaat des Herstellers
- Risikobewertung durch die zuständige Behörde des Sitzstaates mit der Möglichkeit der Zurückweisung des Antrags
- bei positiver Risikobewertung Abstimmungsverfahren zwischen den EG-Mitgliedstaaten
- bei Meinungsdivergenzen u.U. Anforderung weiterer Unterlagen durch die Behörde des Sitzstaates
- bei andauernden Meinungsdivergenzen Entscheidung durch die Kommission im Regelungsausschussverfahren
- bei positiver Entscheidung Zulassungsentscheidung durch die Behörde des Sitzstaates

Nach der neuen Rechtslage werden wesentliche Kompetenzen ganz auf die europäische Ebene verlagert:

- Antrag an den Sitzstaat des Herstellers
- Weiterleitung an die Europäische Lebensmittelagentur
- Risikobewertung durch die Europäische Lebensmittelebehörde oder u.U. Zuweisung des Dossiers an eine nationale Behörde für eine Risikobewertung
- Abstimmungsverfahren in der EG
- Entscheidung durch die Kommission im Regelungsausschussverfahren

Das Beispiel zeigt eine Verlagerung von staatlichen Funktionen auf die Gemeinschaftsebene. Daneben stehen Verlagerungen auf einzelne Staaten, die für alle anderen tätig werden, und Verlagerungen auf die gesellschaftliche Ebene. Die entstehende Formenvielfalt wirft das Problem auf, ob die jeweils zuständige Ebene wirklich die von der Sache her geeignete und auch im Hinblick auf ihre Folgen legitimierte ist. Folgende Hauptformen der Mehrebenenverwaltung sind dabei in Betracht zu ziehen (s. die Übersicht S. 3).

¹ Der Beitrag ist die ausgearbeitete Fassung eines Vortrags des Verf. auf dem Verwaltungsgerichtstag am 6. Mai 2004 in Bremen.

I. Staatlicher („indirekter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro statu

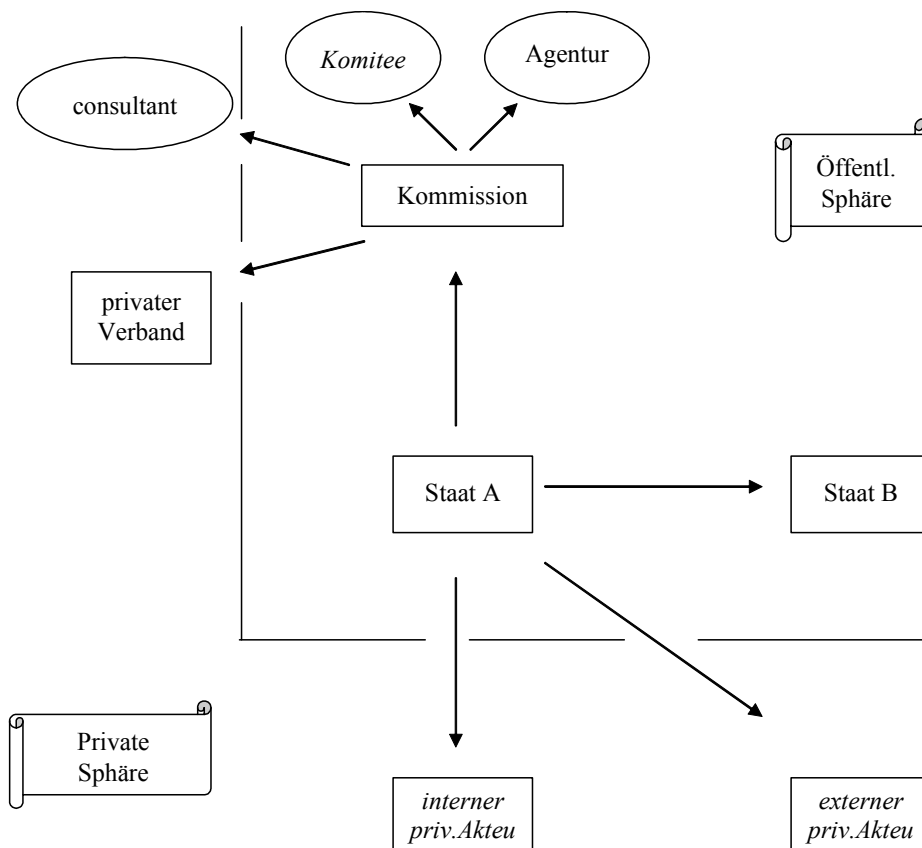
Von indirektem Vollzug wird gesprochen, wenn Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten für ihren jeweiligen Hoheitsbereich ausgeführt wird. Indirekter Vollzug ist noch zu unterscheiden in unmittelbaren Vollzug, d.h. die Ausführung von unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht wie im Falle von Verordnungen, und mittelbaren Vollzug, d.h. die Ausführung von nationalem Recht, welches Gemeinschaftsrecht transponiert.

Im Bereich des indirekten Vollzugs richten sich das Verwaltungsverfahren und der Rechtsschutz nach nationalem Recht, wobei aber spezielle und gewisse allgemeine gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten sind.

II. Staatlicher („indirekter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro communitate

Gemeinschaftsrecht kann auch in der Weise indirekt vollzogen werden, dass ein Mitgliedstaat mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten handelt. Dieser Typus war früher im gesundheits- und umweltbezogenen Produktrecht häufiger, wird dort aber mehr und

Abbildung 1: Die Desintegration staatlicher Verwaltungskompetenzen



mehr durch zentralisiertere Formen ersetzt.² Zu finden ist er z.B. in der gegenseitigen Anerkennung der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln und von Bioziden.³ Das oben erwähnte Beispiel zu neuartigen Lebensmitteln ist dagegen ein Beleg für den neueren Trend, ein anderes ist das zu erwartende sog. REACH-System für Chemikalien, das von der transnationalen zur supranationalen Registrierung von Stoffen übergehen wird. Verbreitet ist der indirekte Vollzug *pro communitate* noch im Dienstleistungs- und Niederlassungsbereich, z.B. hinsichtlich der Genehmigung der Niederlassung einer Versicherung oder Bank. Hinsichtlich der Überwachungsbefugnisse ist häufig eine Zuständigkeitsteilung vorgesehen: Überwachung in örtlicher Zuständigkeit, Sanktion bei Verstößen in Zuständigkeit des Sitzstaates.

Anwendbar ist, vorbehaltlich gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, das Verfahrensrecht des Mitgliedstaates, der das Verfahren durchführt. Ausländische Betroffene müssen sich bei ihm äußern und vor seinen Gerichten klagen.⁴

Dem Modell des Vollzugs *pro communitate* liegt das Herkunftslandprinzip zu Grunde. Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- dem primärrechtlichen Herkunftslandprinzip: Die Zulassung eines Produkts oder einer Dienstleistung durch einen Mitgliedstaat muss kraft Primärrechts (nämlich Art. 28 bzw. 49 EGV) auch in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden. Gründe öffentlichen Interesses können abweichende (d.h. strengere) Regelungen rechtfertigen. 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“.⁵
- dem sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzip: Die Pflicht zur Anerkennung der Entscheidung des ersten Mitgliedstaates durch den zweiten Mitgliedstaat ergibt sich aus Sekundärrecht. Der Spielraum des zweiten Mitgliedstaates ist auf sekundärrechtlich eingeräumte Schutzklauseln sowie auf primärrechtliche Befugnisse weiterzugehen beschränkt (z.B. Art. 95 IV bis VI EGV). Die Aus-

² Ruffert, M., Der transnationale Verwaltungsakt, in: Die Verwaltung 2001, 453 ff., 458.

³ Art. 8 Abs. 1 RL 91/414/EWG des Rates über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, ABl. L 230/1991, S. 51. S. auch Art. 4 RL 98/8/EG des EP und des Rates über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten, ABl. L 123/1998, S. 1.

⁴ Zum Rechtsschutz s. umfassend St. Burbaum, Rechtsschutz gegen transnationales Verwaltungshandeln, Baden-Baden (Nomos) 2003.

⁵ Schmitt von Sydow, Governance im europäischen Mehrebenensystem, in: S. Magiera, K.-P. Sommermann, Verwaltung und Governance im Mehrebenensystem der EU, Berlin (Duncker & Humblot) 2002, S. 171 ff., 177.

gestaltung der gegenseitigen Anerkennung variiert. In manchen Fällen muss die Entscheidung eines Mitgliedstaates von dem anderen Mitgliedstaat durch eigene Entscheidung anerkannt werden, wobei aber die Sachverhaltsermittlung des primär entscheidenden Staates Tatbestandswirkung für den anderen hat.⁶

III. Gemeinschaftseigener („direkter“) Vollzug von Gemeinschaftsrecht

Direkter Vollzug bedeutet, dass das Gemeinschaftsrecht durch Gemeinschaftsorgane durchgeführt wird. Die Verwaltung kann dabei durch die Kommission selbst, durch Agenturen oder durch Ausschüsse wahrgenommen werden.

1. Eigenverwaltung der Kommission und des Rates

Kompetenzen zur Eigenverwaltung der Kommission können auf Primärrecht gestützt sein, wie insbesondere die Wettbewerbs- und die Beihilfeaufsicht nach Art. 85 und 88 EGV. Ungleich häufiger sind jedoch Verwaltungsaufgaben, die der Kommission auf der Grundlage des Art. 202 3. Spiegelstrich EGV durch Sekundärrecht übertragen werden.

Verfahrensvorschriften ergeben sich aus dem speziellen Recht. Neben den spezifischen Normen gibt es richterrechtlich entwickelte allgemeine Verfahrensnormen (zB Anhörungsrecht, Begründungspflicht) sowie Ansätze zur Kodifizierung in Gestalt der Verordnung zum Informationszugang. Hierauf ist zurückzukommen.

2. Agenturen

Agenturen sind aus den Generaldirektionen ausgegliederte Einrichtungen, die gleichwohl der Aufsicht des zuständigen Kommissars unterliegen können. Zu unterscheiden sind⁷

- Agenturen mit Entscheidungsbefugnis, z.B. das Europäische Markenamt⁸
- Agenturen, die der Vorbereitung von Kommissionsentscheidungen dienen: z.B. die Europäische Arzneimittelagentur⁹
- Agenturen, die der Sammlung, Aufbereitung und Veröffentlichung von Informationen dienen: zB das Europäische Umweltamt mit dem Europäischen Informations- und Observationsnetzwerk, an dem nationale Behörden teilnehmen¹⁰

Das Verwaltungsverfahrensrecht ergibt sich aus den jeweiligen speziellen Rechtsakten. Anwendbar ist aber auch das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht. Z.B. gelten Do-

⁶ So für die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln Art. 10 Abs. 1 RL 91/414.

⁷ Chiti, E., The emergence of a community administration: the case of European agencies, CMLR 37 (2000) 309 ff.

⁸ VO (EG) Nr. 40/94

⁹ VO (EG) Nr. 2309/93

¹⁰ VO (EWG) Nr. 1210/90

kumente von Agenturen als solche der Kommission und unterliegen dementsprechend dem Recht auf Informationszugang (EuG T-188/97).

Hoch kontrovers ist, ob in weiteren Bereichen Agenturen mit Entscheidungsbefugnissen eingerichtet werden sollen, wie z.B. im Kartellrecht, und im Arzneimittelrecht. Befürworter unabhängiger Regulierungsagenturen¹¹ stehen Verteidigern des Komitologiesystems¹² gegenüber. Letztlich geht es um den Streit, ob eine Standardisierung einen eher technisch-wissenschaftlichen Charakter hat, der am besten bei unabhängigen Experten aufgehoben ist, oder ob sie politisch gefärbt ist und dementsprechend demokratischer Deliberation ausgesetzt werden muss.

3. *Verwaltungs- und Regelungsausschüsse*

Soweit Sekundärrecht die Kommission zu Verwaltungshandeln ermächtigt (also entgegen dem Prinzip der mitgliedstaatlichen Ausführung nicht die Mitgliedstaaten zuständig sind), wirken die Mitgliedstaaten sehr häufig über sog. Verwaltungs- oder Regelungsausschüsse mit. Der Sinn dieses sog. Komitologiesystems ist es, die mitgliedstaatliche Vollzugserfahrung in die Kommissionsentscheidungen einzuspeisen. Zugleich sorgt es dafür, politisch kontroverse Fälle zu erkennen – dadurch nämlich, dass im Ausschuss keine qualifizierte Mehrheit für den Kommissionsvorschlag zustande kommt – und dem Rat zu überweisen. Je nach Politikbereich – und seit einigen Jahren als Normalfall – kann der Kommission allerdings die Letztentscheidung zukommen, wenn sich der Rat binnen einer bestimmten Frist nicht gegen den Vorschlag ausgesprochen hat.¹³

Das Ausschusswesen wird von der Kommission traditionell skeptisch gesehen, weil es Verfahren verlängere und verhindere, dass ihr selbst die notwendigen Verwaltungsressourcen gewährt werden.¹⁴

IV. Selbstorganisierter Vollzug von Gemeinschaftsrecht

Neben dem behördlichen Vollzug des Gemeinschaftsrechts ist der Vollzug durch Formen der gesellschaftlichen Selbstorganisation in Betracht zu ziehen. Besonders ausgeprägt ist diese Funktionsverlagerung im Bereich der technischen Normung. Sie betrifft sowohl die Regelsetzung wie die der Entscheidung in Einzelfällen.

¹¹ Besonders engagiert G. Majone, Delegation of regulatory powers in a mixed polity, ELJ 8/ 3 (2002) 319 ff.

¹² 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 (Hart Publishing) 1999.

¹³ Art. 5 des Ratsbeschlusses Nr. 1999/468.

¹⁴ Weißbuch der Kommission „Europäische Governance“, Kom 2001/0428, ABl. C 287/2001

1. Technische Normung

Die selbstorganisierte technische Normung erhielt vor allem durch die sog. „Neue Konzeption zur technischen Harmonisierung und Normung“ Eingang in das System der europäischen Mehrebenenverwaltung: Statt technische Normen durch Gemeinschaftsrechtsakte selbst zu setzen, wird nur das Schutzniveau rechtlich umschrieben und die Konkretisierung Normungsorganisationen überlassen. Normungsorganisationen bestehen in großer Vielfalt auf nationaler Ebene (in der BRD vor allem in Gestalt des Deutschen Instituts für Normung – DIN) und in konzentrierter Form auf europäischer Ebene in Gestalt des Europäischen Komitees für Normung (CEN), des Europäischen Komitees für elektrotechnische Normung (CENELEC) und des Europäischen Instituts für Telekommunikationsstandards (ETSI).

2. Zertifizierung der Einhaltung von Standards durch anerkannte Sachverständige

Die Konformität einzelner Produkte oder Dienstleistungen mit technischen Regeln – seien sie selbstorganisierten oder hoheitlichen Ursprungs – wird häufig statt durch Behörden durch private Sachverständige geprüft und zertifiziert. Die Sachverständigen werden dann, da sie eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, ihrerseits behördlich anerkannt (akkreditiert), wie z.B. im EMAS-System.¹⁵ Anerkannte Sachverständige werden häufig grenzüberschreitend auch im Ausland tätig. Dadurch entstehen ähnliche Probleme wie beim transnationalen Verwaltungshandeln.

3. Einschaltung privater Berater

Angesichts ihrer zunehmenden Aufgaben und ihres nicht in gleichem Schritt mitwachsenden Personals bedient sich die Europäische Kommission bei der Erledigung von Verwaltungsaufgaben in großem Umfang privater Sachverständiger. Zum Beispiel werden die Vorschläge zum Risikomanagement für als gefährlich bewerteter Chemikalien von privaten consultants ausgearbeitet und weitgehend übernommen. Als die Kompetenz zur Einführung von Vermarktungsbeschränkungen noch uneingeschränkt bei den Mitgliedstaaten lag, war die Ausarbeitung des Risikomanagement ureigene Aufgabe des zuständigen Ministeriums selbst. Obwohl die Kommission selbstverständlich nicht an die Ausarbeitung der consultants gebunden ist, kommt diesen doch ein erheblicher Einfluss zu.

¹⁵ Art. 4 VO (EG) Nr. 761/2001 des EP und des Rates über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS).

V. Mischformen durch Verfahrensstufung

In der Rechtspraxis treten häufig Mischformen der dargestellten Vollzugsformen auf. Die Ebenen Selbstorganisation – Staat – EG werden in gestuften Verfahren hintereinander geschaltet. Die möglichen Varianten sind sehr vielfältig, aber es haben sich einige Haupttypen herausgebildet.¹⁶

1. Stufung der nationalen und europäischen Verwaltung

Anzutreffen ist zunächst die Vorschaltung europäischer Akte vor eine nationale Entscheidung. Dabei kann der nationalen Behörde die Verfahrensherrschaft zukommen, wie bei der Bewilligung von Beihilfen (die nationale Behörde hat vor Bewilligung die Entscheidung der Kommission einzuholen), bei der Zulassung neuartiger Lebensmittel nach der Novel Food Verordnung (die transnational wirkende nationale Zulassung ergeht nach Entscheidung der Kommission), und beim Erlass einer Zollschuld (der nationale Erlass bedarf der vorherigen Zustimmung der Kommission¹⁷). Auf der anderen Seite kann der europäischen Behörde die Verfahrensherrschaft zukommen wie bei der Rückabwicklung von Beihilfen (die nationale Behörde setzt die Entscheidung der Kommission um¹⁸) oder bei der Entscheidung über die Verteilung des Luftverkehrs auf die nationalen Flughäfen (die Kommission überprüft die Entscheidungen der Mitgliedstaaten und kann anordnen, dass eine Entscheidung aufgehoben werden muss. Dem muss die nationale Behörde nachkommen¹⁹).

Im umgekehrten Fall werden nationale Akte einer Kommissionsentscheidung vorschaltet, wie bei der Einstufung und Kennzeichnung von Gefahrstoffen nach der noch geltenden Regelung (die Kommission entscheidet über die Einstufung und Kennzeichnung nach einem Vorschlag der nationalen Bewertungsbehörde).

2. Stufung privater und hoheitlicher Verwaltung

Auch hier gibt es die Vorschaltung privater Akte vor nationale und europäische Entscheidungen, wie bei der Einstufung und Kennzeichnung von Gefahrstoffen nach zukünftiger Regelung (die Kommission entscheidet auf der Grundlage eines nationalen Vorschlags, der seinerseits auf einer privat zertifizierten Risikoabschätzung durch den Hersteller oder Importeur beruht), oder bei rechtlich geregelten Sicherheitsstandards, die auf selbstorganisierte Normen verweisen. Andererseits gibt es die Vorschaltung ho-

¹⁶ Zu weiteren Formen solcher „Mischverwaltung“ s. A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, Baden-Baden (Nomos) 1998, S. 47 und 168 ff.

¹⁷ Art. 220, 239 Zollkodex mit Art. 868 ff. ZKDVO

¹⁸ Art. 88 II EGV

¹⁹ Art. 8 VO 2402/92

heitlicher Akte vor private Entscheidungen, wie z.B. bei der Konformitätsbescheinigung durch unabhängige Sachverständige, die staatlich akkreditiert und überwacht werden.

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“²⁰ 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

Eine Bewertung der vorgestellten Strukturen müsste mit einer Analyse der Entwicklungsgeschichte der Zerfaserung und Verflechtungen und einer Bewertung ihrer Vorteile und Risiken beginnen. An einer umfassenden Analyse und Bewertung der europäischen Mehrebenenverwaltung fehlt es allerdings weitgehend. Hier sind nur geraffte Thesen möglich.

Zur Trans- und Supranationalisierung: Deren Ursache ist die Überwindung des Protektionismus der nationalen Volkswirtschaften durch Herstellung eines Binnenmarktes. Dieser erfordert eine Harmonisierung des rechtlichen Rahmens wirtschaftlicher Aktivitäten, die in transnationale und supranationale Formen gegossen wird. Die daraus resultierenden Vorteile der Friedenssicherung und Wohlstandsmehrung sind jedoch mit Risiken verbunden:

- dass die nationalen Verwaltungen im indirekten Vollzug das Gemeinschaftsrecht nicht ausreichend beachten,
- dass in der transnationalen Verwaltung nicht ausreichend auf die Verhältnisse in den anderen Staaten Rücksicht genommen wird, und
- dass in der supranationalen Verwaltung die Sachnähe fehlt und nationale Unterschiede unnötig nivelliert werden.

Zur Selbstorganisation: Deren Ursache ist die Überwindung staatlicher Bevormundung. 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 der Sachnähe und der Einsparung bürokratischer Kosten sind ebenfalls mit Risiken verbunden:

²⁰ So die erkenntnisleitende Metapher für den DFG-Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen, zu dem auch dieser Artikel beitragen möchte.

- 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 muss zunächst als ein Ergebnis politischer Prozesse gesehen werden, die gleichwohl nicht in postmoderner Beliebigkeit „emergierten“, sondern – wie dargestellt – durchaus gewisse Strukturen ausgebildet haben. Im Folgenden soll gefragt werden, inwieweit die Dynamik der Entwicklung immer weiterer Zerfaserungen und Verflechtungen 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 und des institutionellen Gleichgewichts. Des Weiteren sind wenig verrechtlichte Leitgedanken wie das Gegenstromprinzip und die Umschreibung von Vorbehaltsbereichen für öffentliche Verwaltung in Betracht zu ziehen.

a) Begrenzte Einzelermächtigung

Nach Art. 5 EGV bedarf jedes Tätigwerden der Gemeinschaft einer besonderen Kompetenzgrundlage.²¹ Dies gilt sowohl für die Rechtssetzung wie für den Erlass von Durchführungsvorschriften wie auch für Einzelfallverwaltung, sei es präventive Verwaltung oder Aufsichtsverwaltung.²² 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 seinem 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

²¹ Die grundsätzliche „Vollzugsautonomie“ der Mitgliedstaaten 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.

²² Auch Art. 211 1. Spiegelstrich EGV enthält keine Übertragung einer pauschalen Vollzugs- und Aufsichtsgewalt, vgl. Hatje, a.a.O. S. 101 f.

auch Einzelmaßnahmen hinsichtlich dieser Produkte“ einschließen.²³ 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.²⁴

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. Dies geschieht in Anknüpfung an die ursprüngliche Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre, die sich primär auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft bezieht (obwohl dabei als Auffangbecken für gesellschaftliche Aktivitäten nicht so sehr an die laizistische Zivilgesellschaft gedacht war, sondern an den Schoß der Katholischen Kirche). Daraus ergeben sich 3 Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips²⁵:

- Begründung für Tätigwerden von Hoheitsträgern überhaupt
- Begründung für Gemeinschaftskompetenz
- Verhältnismäßigkeit der Austarierung der Instrumente

Die zweite und dritte Voraussetzung ist in Art. 5 EGV ausgedrückt, die erste dagegen nicht. Sie wäre für den innerstaatlichen Bereich auch nicht akzeptabel. Wessen sich der Staat annimmt, muss dem politischen Prozess überlassen bleiben, ausgenommen Aktivitäten, die in Grundrechte eingreifen. Für die EG ist das erste Kriterium dagegen durchaus angemessen, weil sie keine Kompetenz-Kompetenz besitzt.

²³ EuGH Rs C-359/92 (BRD ./ Rat), Slg. 1994 I- 3681, Rdnr. 37. Kritisch zu dem Urteil und zu dem Parallellfall 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 (Duncker & Humblot) 2003, S. 160 f.

²⁴ 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“.

²⁵ So das Weißbuch der Kommission „Europäische Governance“, Kom 2001/0428, ABl. C 287/2001, S. 1 ff.

Der EuGH hat in seinen wenigen Aussagen zum Subsidiaritätsbegriff bisher nur zu den Kriterien 2 und 3 Stellung genommen. Dabei hat er zur formalen Seite gefordert, dass die Erwägungsgründe der Rechtsakte zur Subsidiaritätsfrage Stellung nehmen müssen (ohne dass das Subsidiaritätsprinzip allerdings ausdrücklich erwähnt werden muss)²⁶, und er hat es inhaltlich ausreichen lassen, dass das Ziel (das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts) „durch Maßnahmen allein auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht (hätte) erreicht werden können“.²⁷

Bisher ist das Subsidiaritätsprinzip in der Praxis der Gemeinschaftsorgane und der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte nur auf Fragen der Rechtssetzung angewendet worden. Für die Organisation des Gesetzesvollzugs ist es erst noch zu entdecken.²⁸ 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.²⁹ Insofern gilt anderes als für die bundesstaatliche Verfassung der BRD: Art. 72 Abs. 2 GG stellt materielle Anforderungen an das Tätigwerden der Bundesebene ausdrücklich nur für die Gesetzgebung auf; desgleichen verlangt auch Art. 86 und 87 GG für die Begründung bundeseigener Verwaltung nicht den Nachweis eines qualifizierten Bedarfs.³⁰

Das Kriterium, das der EuGH für die Gesetzgebungskompetenz ausreichen lässt, nämlich mögliche Divergenzen der Regelung zwischen den Mitgliedstaaten, kann allerdings nicht unesehen auf die Organisationsfrage übertragen werden, weil mitgliedstaatliche Verwaltungen immer divergieren. Der Bezug zum Ziel, dass nämlich dessen Erreichung wegen der Unterschiedlichkeit gefährdet sein muss, ist deshalb besonders ernst zu nehmen. Auch müssen Möglichkeiten der Koordinierung der Mitgliedstaaten auf horizontaler Ebene und Harmonisierungsmöglichkeiten der Kommission durch Verfah-

²⁶ EuGH Rs. C-233/94 (Deutschland v. Rat), EuZW 1997, 436 ff., Rn. 28. Der Fall betraf die Frage, ob die EG die Einrichtung von Einlagensicherungssystemen soll vorschreiben können.

²⁷ EuGH Rs. C-377/98 (NL v. EP und Rat), EuZW 2001, 691 ff., Rn. 32.

²⁸ Für Unanwendbarkeit auf institutionelle Fragen spricht sich – jedoch ohne Begründung – D. Fischer-Appelt, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, Berlin (Duncker & Humblot) 1999, S. 170 ff. (162) aus.

²⁹ 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).

³⁰ BVerfGE 14, 127 ff., 212 f. zu Art. 87 III GG: „Aus dem Begriff der Bundesbehörde ergibt sich nicht, dass sie nur dann errichtet werden darf, wenn die vom Grundgesetz unterstellte reibungslose und vollständige Ausführung der Bundesgesetze durch die Landesverwaltung nicht erreicht werden kann und damit ein Bedarf nach bundeseigener Verwaltung feststeht.“ Ebenso Lerche in Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, Art. 87 Rdnr. 179. Ob diese Sentenz angesichts der Inflation von Bundesoberbehörden heute noch angemessen ist, sei dahingestellt.

rensbeteiligung und Überwachung eingerechnet werden, bevor eine Vollzugskompetenz auf die europäische Ebene verlagert wird.

Zusätzlich kann man in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie³¹ vertreten, dass reine Effizienzgewinne nicht bereits hinreichende Gründe für eine Hochzoning sind. Wenn Art. 5 EGV verlangt, dass die Aufgabe „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden“ kann, ist dementsprechend ein qualitativer Vorteil gemeint; ein reiner verwaltungsökonomischer Vorteil reicht nicht aus.

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.³² 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.³³

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.³⁴

Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts kann schließlich auch für die Frage herangezogen werden, ob die Kommission das zentrale Exekutivorgan bleiben muss, oder ob weitere Verwaltungsorgane der Gemeinschaft, insbesondere verselbständigten

³¹ 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“.

³² Zum Diskussionsstand s. Fischer-Appelt, a.a.O. S. 170 ff.; K. Lenaerts, 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 (Oxford UP) 2002, 35 et seq.

³³ EuGH Rs. 138/79 (*Roquette Frères*) Slg. 1980, 3333.

³⁴ 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 Lenaerts/Verhoeven CMLR 2000, 661.

Agenturen, gebildet werden können. Je stärker sich dieser 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*³⁵ 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 Ermessensverwaltung in den zur Agenturbildung anstehenden Verwaltungssektoren als eine eher unpolitische 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-fachlichen vierten Gewalt der Erzeugung regulativen Rechts.³⁶ 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 eine von der Kommission vorgeschlagene Richtung gehen, die zwischen Bereichen ohne und mit komplexer Abwägung (sog. Ein-Ziel- bzw. Mehr-Ziel-Bereichen) unterscheiden will.³⁷ Dazu sogleich unten zu 2. Genauerer.

d) Gegenstromprinzip

Wenn die Zuweisung einer Verwaltungskompetenz an die Gemeinschaftsebene nach den Subsidiaritätskriterien gerechtfertigt ist und die organisatorische Strukturierung auf dieser Ebene auch dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts entspricht, bleibt die Frage zu klären, inwieweit die Mitgliedstaaten an den Verwaltungstätigkeiten zu beteiligen sind. Organisatorisch kann dies über Regelungsausschüsse im Rahmen der bereits erwähnten Komitologie und – soweit Agenturen geschaffen werden – über Ausschüsse der Agenturen erfolgen, wie z.B. in Gestalt des sog. Ausschusses der Mitgliedstaaten im geplanten REACH-System. Die Frage ist, ob dies in die Beliebigkeit der europäischen Gesetzgebung gestellt ist, oder ob eine verfassungsrechtliche Verpflichtung besteht, bei

³⁵ 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.

³⁶ G. Majone, *Regulating Europe*, London (Routledge) 1996.

³⁷ Weißbuch der Kommission „Europäische Governance“, Kom 2001/0428, ABl. C 287/2001

starker Berührung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsraums (also z.B. nicht bei Außenwirtschaftlicher Verwaltung) die Mitgliedstaaten zu beteiligen. Dabei könnte an eine Art Gegenstromprinzip gedacht werden, derart, dass die Hochstufung einer Verwaltungskompetenz kompensatorisch nach einer Beteiligung der unteren Verwaltungseinheiten verlangt. Doch kann dies kaum als ein Verfassungsprinzip verstanden werden.

e) Vorbehaltsbereiche öffentlicher Verwaltung

Ob es Bereiche gibt, die der öffentlichen Verwaltung vorbehalten sind, wird gemeinschaftsrechtlich nur für die Erbringung von Wirtschaftsleistungen, d.h. im Rahmen der Art. 16 und 86 EGV erörtert, dies jedoch mit Bezug auf wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, nicht hinsichtlich der eigentlichen Verwaltungsfunktionen. Hierzu bedürfte es einer Analyse der Entwicklung des „Öffentlichen“ auf europäischer Ebene, die hier nicht geleistet werden kann.³⁸

2. Anwendung

Aus den Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und des institutionellen Gleichgewichts lässt sich nicht ableiten, welche Zuordnung von Aufgaben und Institutionen positiv geboten ist. Vielmehr stellen sie nur einen Rahmen zur Verfügung, innerhalb dessen es Gestaltungsspielräume gibt. Deshalb empfiehlt es sich, die faktisch vorfindliche Zuordnung auszuwerten. Sie ist nur scheinbar zufällig gewachsen. Tatsächlich sind gewisse Muster erkennbar, die als Erfahrung der Praxis meist so viele Gründe für sich haben, dass sie auch den verfassungsrechtlichen Maßstäben standhalten.

a) Selbstorganisation: Koordinierung von Individualinteressen

Die Formen der Selbstorganisation werden in der Regel benutzt, wo es um die Koordinierung von privaten Individualinteressen geht, insbesondere darum, Produkte und Dienstleistungen verkehrsfähig und kombinationsfähig zu machen, wie etwa die Normung von Elektroanschlüssen als Voraussetzung der Verkehrsfähigkeit von Elektrogeräten. Auch Interessen der Konsumenten werden in dieser Struktur berücksichtigt, allerdings primär nur insoweit, wie sie auf den Absatz der Produkte durchschlagen. Angemessene Produktsicherheitsregeln können wohl erwartet werden, weniger dagegen externalisierbare Kosten wie Umweltverschmutzung.

³⁸ Ansätze dazu bei G. Winter, Das Öffentliche und die Europäische Union, in: Ders. (Hrsg.) Das Öffentliche heute, Kolloquium zu Ehren von Alfred Rinke, Baden-Baden (Nomos) 2002, S. 197 ff.

b) Indirekter Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro statu: Sicherung öffentlicher Interessen mit überwiegend nationaler Belegenheit

Der Typus „staatlicher Vollzug von Gemeinschaftsrecht mit Wirkung für den innerstaatlichen Bereich“ wird für die Verwaltung solcher Probleme gewählt, die das innerstaatliche öffentliche Interesse berühren und über den staatlichen Bereich hinaus nur wenige Auswirkungen haben. Das ist der Fall etwa für das Recht gefährlicher Anlagen, die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, die Ausweisung von Naturschutzgebieten, usw.

c) Indirekter Vollzug von Gemeinschaftsrecht pro communitate: Sicherung öffentlicher Interessen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, aber lokalem Bezug, der besondere Sachnähe vermittelt

Der Typus „staatlicher Vollzug von Gemeinschaftsrecht mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten“ wird für Probleme eingesetzt, die auch die öffentlichen Interessen anderer Staaten betreffen, gleichwohl aber einen besonderen Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweisen. Beispiele sind die Versicherungs- und Bankenaufsicht, die am Sitzstaat anknüpft, und die Anmeldung von Chemikalien, für die der Herstellerstaat zuständig ist. Die Kontrolle ist komplex und auf laufende und intensive Recherchen und Nachfragen angewiesen. Dafür ist die örtliche Nähe und eine erhebliche Verwaltungskapazität förderlich. Insoweit erlaubt und gebietet das Subsidiaritätsprinzip, dass die Kompetenz national verbleibt. Ist allerdings nicht gesichert, dass der zuständige Mitgliedstaat die erforderliche Kapazität und Distanz aufweist, muss eine Hochzoning auf die europäische Ebene zulässig sein.

d) Direkter Vollzug von Gemeinschaftsrecht: Sicherung öffentlicher Interessen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, ohne lokalen Bezug oder in der Absicht der Überwindung starker nationaler Bezüge

Der Typus direkter Vollzug von Gemeinschaftsrecht ist ursprünglich in denjenigen Problembereichen anzutreffen, die öffentliche Interessen der gesamten Gemeinschaft berühren und die zwar einen nationalen Bezug aufweisen, aber von dem entsprechenden Staat nicht in selbstdistanzierter Weise geregelt werden. Das trifft insbesondere auf die Wettbewerbs- und Beihilfenaufsicht zu, Bereichen also, in denen nicht selten eine Kollusion des Mitgliedstaates mit seinen Unternehmen anzutreffen ist.

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 billiger und schneller erledigen als dies in einem Abstimmungsverfahren zwischen den nationalen Behörden möglich wäre. Wie oben vorgeschlagen, ist ein solcher reiner Effizienzgedanke nicht vertretbar. Es muss ein inhaltlicher Grund für die Hoch-

zung gegeben sein, etwa der Nachweis, dass die Qualität der Risikobewertung im dezentralen Typus niedriger ist als im zentralisierten.

Desgleichen ist nicht vertretbar, eine Kompetenz nur deshalb auf die europäische Ebene zu heben, weil die Mitgliedstaaten in einer bestimmten Frage uneins sind. Solche Gründe scheinen unausgesprochen dafür maßgeblich gewesen zu sein, dass, wie eingangs geschildert, die Zuständigkeit für die Zulassung von gentechnisch veränderten Lebens- und Futtermitteln sowie von gentechnisch verändertem Saatgut von der nationalen auf die supranationale Ebene verlagert worden ist. Die Mitgliedstaaten haben jahrelang unterschiedliche Auffassungen zu „Genfood“ gehabt. Teilweise kam im Regelungsausschuss keine qualifizierte Mehrheit für die Zulassungsentscheidung zustande, teils weigerten sich Mitgliedstaaten trotz positiver Kommissionsentscheidung, die finale Zulassung auszusprechen. Dies führte zu einem faktischen Moratorium der Zulassung. Solche ja nicht willkürlichen, sondern auf nationale Risikobewertungen gestützten Bedenken durch Strukturänderung 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 wie oben gezeigt 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 bedeutsamen konfligierenden Interessen vorzunehmen sind. Dabei sollte es bleiben.

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

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 die Steigerung von Transparenz, Partizipation und Verantwortlichkeit (accountability). Die Kommission empfiehlt, entsprechende Regelungen in einem code of conduct niederzulegen. Eine verbindliche allgemeine Verfahrensordnung lehnt sie ab, um Rigidität und Verzögerungseffekte zu vermeiden.

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. Gewisse grundsätzliche Legitimationsanforderungen ergeben sich aus der Gemeinschaftsverfassung und sind schon deshalb zu beachten. Darüber hinaus empfiehlt es sich aus Gründen der Rechtssicherheit, die konkretere Ausgestaltung in einer Rahmenordnung festzulegen. Ein code of conduct kann nur einen ersten Schritt zu diesem Ziel darstellen.

Im Folgenden gilt es deshalb, gewisse gemeinschaftsrechtliche Minimalanforderungen zu identifizieren, die für alle Formen der Ausführung von Gemeinschaftsrecht gelten sollten.³⁹ Sie leiten sich ab aus positivem Verfassungsrecht und der Rechtsprechung, aber auch aus eher rechtspolitischen Überlegungen.

b) Veränderung der Legitimationsressourcen

Fraglich ist allerdings, welches die Legitimationsbasis sein soll, insbesondere ob die parlamentarische Legitimation der Verwaltung noch zureichend ist. Die Frage stellt sich unter den beiden Gesichtspunkten der sachlich-inhaltlichen und der organisatorisch-personellen Legitimation.⁴⁰

Unter dem Gesichtspunkt der sachlich-inhaltlichen Legitimation ist es ein Gemeinplatz, dass die materiellen rechtlichen Vorgaben häufig vage und wenig steuerungsmächtig sind.⁴¹ Dies gilt in besonderem Maße auch für Gemeinschaftsrechtsakte, die Exekutivfunktionen delegieren. Z.B. gibt es für Vermarktungsbeschränkungen der Kommission hinsichtlich der in der Richtlinie 76/769 aufgeführten Gefahrstoffe über-

³⁹ 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 (Oxford UP) 2002, p. 167 et seq.

⁴⁰ Vgl. H.-W. Böckenförde, *Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion*, in: Ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt (Suhrkamp) 1991, S. 299 ff.

⁴¹ Hierzu und zum Ganzen s. A. Fisahn, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, Tübingen (Mohr) 2002, S. 335 ff.

haupt keine materielle Vorgabe.⁴² Zwar ließen sich in den meisten Fällen irgendwelche Kriterien finden, aber in den komplexeren Regelungsbereichen ist ihre Steuerungskraft und damit der parlamentarische Einfluss gering. Des Weiteren negiert das Konstrukt der exklusiv sachlich-inhaltlichen Legitimation die Empirie und legitimatorische Produktivität der pluralen Willensbildung im Exekutivbereich⁴³, und zwar ebenfalls auf Gemeinschaftsebene. Soll Legitimation nicht reines Konstrukt, sondern realitätsgesättigt sein, so muss die parlamentarische deshalb um eine prozedurale Legitimation im Verwaltungsverfahren ergänzt werden.⁴⁴ 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.“⁴⁵

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 deshalb kaum interessiert ist, die Einhaltung des Rechts durch parlamentarische Kontrolle zu überwachen. Im Bereich des direkten Vollzugs wird die Europäische Kommission eher durch exekutive Spitzen der Mitgliedstaaten – den Rat und die Ausschüsse der „Komitologie“ - kontrolliert, die aber nicht dem Gesetzgeber – dem Europäischen Parlament – verantwortlich sind. Dieses kann die europäische Exekutive zwar kontrollieren, kann aber die Vielfalt der Verwaltungszweige mit ihren spezifischen fachlichen und politischen Kontroversen nicht überblicken. Auch diesbezüglich würde ein bloßes Konstrukt der Empirie der pluralen Willensbildung nicht gerecht.

Insgesamt zeigt sich, dass die Legitimationsstränge zu den Parlamenten in der Mehrebenenverwaltung geschwächt sind und Abhilfe in dieser Richtung auch kaum in Sicht ist. Der Blick richtet sich deshalb auf andere Wege, nämlich auf unmittelbare Verknüpfungen behördlicher Verfahren mit den Bürgern, also eine Art Eigenlegitimation der Verwaltung. Die von der Kommission genannten Mittel-Transparenz, Beteiligung und

⁴² Art. 2a der Richtlinie regelt nur ein Verfahren, nämlich die Zuständigkeit der Kommission im Regelungsausschussverfahren.

⁴³ Fisahn, a.a.O. S. 232 ff.

⁴⁴ Fisahn, a.a.O. S. 323 ff.

⁴⁵ EuGH Rs. C-269/90 (HZA ./ Techn. Universität München, Slg. 1991, I-5469 (Rn. 14).

Verantwortlichkeit – weisen deshalb auch verfassungsrechtlich in die richtige Richtung. Sie müssen jedoch konkretisiert werden.

c) Fragmentarisierung der Herrschaftsakte: Auseinandertreten von Herrschaft und Verantwortung in mehrstufigen Verfahren

Während man mit Transparenz und Beteiligung relativ klare Vorstellungen verbinden kann, stellt die Verantwortlichkeit vor größere Probleme. 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.⁴⁶

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 müs-

⁴⁶ Ein Beispiel dafür ist die Vorverlagerung des Rechtsschutzes von der Baugenehmigungsstufe auf die des Bebauungsplans (§ 47 VwGO). Weitere Schritte in diese Richtung erfolgen allerdings nur zögerlich, weil der Rechtsschutz sich als überflüssig herausstellen kann, wenn es gar nicht zu einer entsprechenden Endentscheidung kommt. Zum Beispiel der landesplanerische Feststellung im vorstufigen Raumordnungsverfahren vgl. R. Wahl, Das Raumordnungsverfahren am Scheideweg, in: Bürger – Richter – Staat, FS für Horst Sendler, München (C. H. Beck) 1991, S. 199 ff., 223. Zur Festlegung von Landnutzungszielen in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen M. Kment Unmittelbarer Rechtsschutz Privater gegen Ziele der Raumordnung und Flächennutzungspläne im Rahmen des § 35 III BauGB, NVwZ 2003, 1047 ff.

sen und uU auch Rechtsschutz eröffnet werden sollte. Dadurch würden die beitragenden Instanzen für die Bürger identifizierbar und teilweise auch verantwortlich.

d) Veränderung des Herrschaftscharakters: von öffentlicher zu privater Verwaltung

Obwohl Selbstorganisation auf Herrschaftsabbau zielt, kann sie dennoch Herrschaftselemente enthalten. 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 zB 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.⁴⁷

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 unexplizit geschehen, etwa indem der Standard „Stand der Technik“ gefordert wird, oder explizit, indem auf bestimmte technische Normen verwiesen wird, sei es „statisch“ durch Inbezugnahme konkret benannter Normen, sei es „dynamisch“ durch Verweis auf die jeweils geltenden technischen Normen einer bestimmten Normungsorganisation. Solche Verweisungen haben einen Doppelcharakter, nämlich einerseits Regelungsbefugnis an private Instanzen zu delegieren, andererseits aber diesen auch 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.

Ist Legitimation durch parlamentarische Gesetzgebung somit nicht effektiv zu haben, könnte sie stattdessen durch behördliche Überwachung zu erreichen sein. Doch fehlt diese bei den selbstorganisierten Normungsgremien, weil die Normen ja keine Verbindlichkeit besitzen und insofern eine Rechtsaufsicht unangebracht erscheint.

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

⁴⁷ U. Nissen, Die EG – Öko – Auditverordnung, Berlin (Duncker & Humblot) 1999, S. 480 ff.

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.⁴⁸

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.

e) Zusammenfassung und Kriterienbildung

Transparenz und Partizipation erweist sich somit für die europäische Mehrebenenverwaltung als eine begründbare rechtspolitische Forderung. Sie sind Mittel der Legitimation von Herrschaft

- weil die öffentliche Verwaltung der parlamentarischen Kontrolle entgleitet,
- weil in mehrstufigen Verfahren die letztentscheidende Instanz nicht die Verantwortung für das gesamte Verfahren übernehmen kann,
- weil die privatisierte Verwaltung weder der parlamentarischen noch der behördlichen Kontrolle in ausreichendem Maß unterstellt werden kann.

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 Informationszugangsrechte, die die Bürgerinnen selbst geltend machen müssen. Wichtig ist dabei der Unterschied zwischen dem Informationszugangsrecht der individuell und direkt Betroffenen und einem voraussetzungslosen Jede-Person-Recht.

In jedem Fall bleibt selbstverständlich ein Bereich notwendiger Geheimhaltung vorbehalten, dessen Details hier aber nicht interessieren.

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)

⁴⁸ So für den Widerruf der Zulassung im EMAS-System Nissen, a.a.O. S. 478.

- 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 jedoch die volle Palette 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.⁴⁹ Hinzugekommen ist das voraussetzungslose Recht der Unionsbürger auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane nach Art. 255 EGV. Hinsichtlich der Beteiligungsrechte ist anerkannt das rechtliche Gehör vor Entscheidungen, die individuell und unmittelbar in Rechte Einzelner eingreifen.⁵⁰ Ob darüber hinaus auch ein Beteiligungsrecht Drittbetroffener oder gar der diffus betroffenen Öffentlichkeit gemeinschaftsverfassungsrechtlich geboten ist, könnte erst nach genaueren rechtsvergleichenden Recherchen beantwortet werden. Dabei wäre vor allem zu klären, ob Beteiligung in Verwaltungsverfahren zum Demokratieprinzip gerechnet wird oder – wie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – als vorgezogener Rechtsschutz anzusehen sind. Im letzteren Fall wäre jedenfalls die Beteiligung Drittbelasteter abgesichert, nicht aber die allgemeine Öffentlichkeitsbeteiligung.

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 sind das allgemeine Informationszugangsrecht und das Beteiligungsrecht der Adressaten als verfassungsrechtlich geboten anzusehen, insoweit solche vorstufigen Beiträge betroffen sind, die für die letztentscheiden-

⁴⁹ Die Gemeinschaftsgerichte haben die verfassungsrechtliche Qualität dieses Rechts allerdings bisher nicht in voller Prägnanz ausgesprochen. Am nächsten kommt das EuG in s. 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.

⁵⁰ Ständige Rechtsprechung des EuGH und des EuG. Besonders prägnant EuG Rs.T-260/94 (Air Inter v. 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.

de Behörde bindend sind.⁵¹ In den anderen Fällen kann der Informations- und Beteiligungsbedarf noch bei der letztentscheidenden Instanz befriedigt werden, obwohl es rechtspolitisch wünschenswert wäre, wenn die Belange möglichst frühzeitig im Verfahrensverlauf eingebracht werden können.

Für die Ernsthaftigkeit und Effektivität der genannten Legitimationsanforderungen ist es von erheblicher Bedeutung, ob Verletzungen der Transparenz- und Partizipationsvorschriften zur Aufhebung der fraglichen Entscheidung führen, und ob eine unterbliebene Beteiligung mit Heilungswirkung nachgeholt werden kann. Der EuGH hat sich zu der ersten Frage in dem Sinne geäußert, dass ein Verfahrensfehler dann unbeachtlich ist, wenn die anzuwendende materielle Vorschrift kein Ermessen eröffnete und dieselbe Entscheidung erneut erlassen werden müsste.⁵² Damit werden ähnliche Maßstäbe angelegt wie nach § 46 VwVfG. Allerdings sieht es so aus, als wollte der EuGH eher formal nach gebundener bzw. Ermessensverwaltung unterscheiden. Er wäre damit im Sinne der älteren Version und Interpretation des § 46 VwVfG einzuordnen, während die neuere Version und Rechtsprechung auf den konkreten Fall abstellt und ein Durchschlagen des Verfahrensfehlers einerseits bei gebundener Verwaltung möglich sein lässt (z.B. wenn der Sachverhalt noch nicht vollständig ermittelt war), andererseits aber bei Ermessensverwaltung auch einmal verneint (z.B. wenn die korrekte Durchführung des Verfahrens nichts am Ergebnis geändert hätte).⁵³

⁵¹ Vgl. Nehl, a.a.O. S. 315 ff.

⁵² EuGH Rs. 117/81 (Geist v. Kommission), Slg. 1983, 1191 (Rn. 7).

⁵³ S. dazu ausführlich N. Fengler, Die Anhörung im europäischen Gemeinschaftsrecht und deutschen Verwaltungsrecht, Frankfurt (Lang) 2003, S. 95 ff.). S.auch K. K. Ladeur/ R. Prella, Judicial control of administrative procedural mistakes in Germany: a comparative European view of environmental risk assessments, in: K. H. Ladeur (ed.) The Europeanisation of administrative law, Aldershot (Ashgate) 2002, S. 93 ff., die (für die UVP) statt auf die Auswirkungen des Fehlers auf die Entscheidung auf die Relevanz des Fehlers abstellen wollen. Es ist jedoch schwer vorstellbar, wie die Relevanz des Fehlers ohne Bezug auf das Ergebnis beurteilt werden soll. Der Hauptgesichtspunkt bei der Beurteilung des Durchschlagens eines Fehlers ist die Prozessökonomie, und diese nötigt zu einer Betrachtung der Überflüssigkeit nochmaliger Entscheidung. Ladeurs Annahme, der Ergebnistest gehe von der Annahme aus, Entscheidungen seien immer richtig oder falsch, ist nicht stimmig: das Ergebnis soll gerade unterscheiden helfen, welche Entscheidung noch offen und welche schon geschlossen ist. Allerdings ist Ladeurs Kritik an der Rechtsprechung des BVerwG insofern Recht zu geben, als diese ihr eigenes an sich verfahrensfreundliches Kriterium der „konkreten Möglichkeit anderweitiger Entscheidung“ sehr verfahrensunfreundlich praktiziert. S. dazu G. Winter, Probleme der atomrechtlichen Anlagenzulassung aus verfassungsrechtlicher Sicht. Zugleich Anm. zu BVerwG 7 B 114.92, ZUR 1994, 20 ff.

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) Nationaler 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 Umweltrechtvollzug⁵⁴, ändert nichts daran, dass dadurch auch Grundrechte befriedigt wurden. Manche Mitgliedstaaten besaßen solche Rechte zwar bereits, die meisten, einschließlich Deutschlands, jedoch nicht oder in bescheidenerem Ausmaß. Als Beispiele hervorzuheben sind die Transparenzvorschriften nach der Umweltinformationsrichtlinie 2003/4 und die Beteiligungsvorschriften nach den Richtlinien zur UVP und zum integrierten Umweltschutz i.d.F. der Richtlinie RL 2003/35. Ein Mangel bleibt allerdings insoweit bestehen, als das Recht der Zulassung gefährlicher Produkte ausgespart geblieben ist, obwohl es ähnlich gravierende Risikoprozesse betrifft.⁵⁵ Erst ein neuerer Entwurf der Kommission, der zugleich die sog. Aarhus-Konvention für die Mitgliedstaaten vorwegnimmt, bezieht den Sektor ein.

In anderen Politikbereichen gibt es dagegen keine spezifische gemeinschaftsrechtliche Einwirkung in dieser Richtung.

⁵⁴ J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin (Duncker & Humblot 1997).

⁵⁵ Art. 9 RL 91/414/EWG des Rates über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, ABl. L 230/1991, S. 51. S. auch Art. 3 RL 98/8/EG des EP und des Rates über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten, ABl. L 123/1998, 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.

b) Nationaler 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 Mitgliedstaaten ansässigen Bürgerinnen 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 Mitgliedstaat 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 anwende.

Rechtspolitisch wünschenswert ist allerdings, dass der *pro communitate* zuständige Mitgliedstaat verpflichtet wird, aktiv auf die Information und Beteiligung der im Ausland ansässigen individuell oder kollektiv Betroffenen hinwirkt. 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. 1049/2001 des EP und des Rates⁵⁶, 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 zur Transparenz aufgeschlossen. Hinzuzurechnen ist die aktive Veröffentlichung von Dokumenten im Internet. Sie ist als Ermessensnorm und sehr allgemein in Art. 12 der VO Nr. 1049/2001⁵⁷ geregelt, sollte aber in eine differenziertere und verbindlichere Form gebracht werden. Verpflichtend ist lediglich die öffentliche Zugänglichkeit von legislativen Dokumenten.⁵⁸

Eine ähnlich querschnittshafte Regelung fehlt dagegen zu Beteiligungsrechten und –pflichten. In dieser Beziehung gibt es nur bereichsspezifische Regelungen.

⁵⁶ VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des EP, des Rates und der Kommission, ABl. L 145/2001, S. 43 ff.

⁵⁷ Art. 12 Abs. 1 VO Nr. 1049/2001 lautet: „Die Organe machen, soweit möglich, die Dokumente direkt in elektronischer Form oder über ein Register gemäß den Bestimmungen des betreffenden Organs öffentlich zugänglich.“

⁵⁸ Art. 12 Abs. 2 VO Nr. 1049/2001.

Sie finden sich vor allem im *Wirtschaftsrecht*. Hervorzuheben sind die VO Nr. 17 zum Kartellrechtsverfahren und die VO (EG) Nr. 659/1999⁵⁹ zum Beihilfeverfahren. Allerdings beschränkt sich die Beteiligung auf die Unternehmen, um deren Kartell oder Beihilfe es geht, sowie Konkurrenten und Berufsverbände, während die Vertreter öffentlicher Interessen wie Verbraucher- und Umweltverbände ausgeschlossen bleiben. Dies ist eine für das Wirtschaftsrecht typische Schlagseite zugunsten der Wirtschaftsinteressen.⁶⁰

Im *Umweltrecht* fehlt es dagegen überhaupt an Partizipationsregeln. Die einschlägigen Rechtsakte schalten als Kontrolleure der Kommission meist das Komitologiesystem ein, setzen also auf Legitimation der Kommission durch Repräsentanten der Mitgliedsstaaten. Erst in neueren Rechtsakten wird ein Brückenschlag unmittelbar zu den Einzelnen angestrebt. Dies gilt besonders für den insoweit mustergültigen Entwurf der REACH-Verordnung. Für die zentralen Entscheidungen der Kommission – die Aufnahme von Chemikalien in die Liste besonders gefährlicher und deshalb zulassungsbedürftiger Stoffe und die Vermarktungsbeschränkung von Stoffen – schreibt sie vor, dass der jeweilige Entscheidungsentwurf im Internet zugänglich zu machen ist und den „interessierten Parteien“ Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist.⁶¹ Wer das ist, wird nicht definiert, doch dürfte jeder gemeint sein, der für sich ein (ökonomisches oder ökologisches) Risiko befürchtet. Dies kommt einer allgemeinen Öffentlichkeitsbeteiligung gleich.

d) Selbstorganisation

Der *Zugang zu Informationen*, die sich in der Hand *privatisierter Verwaltung* befinden, ist rechtlich in einem sehr unbefriedigenden Zustand, sowohl hinsichtlich der nationalen wie der Gemeinschaftsbehörden. 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, und es wird wie bereits erwähnt Herrschaft 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

⁵⁹ ABl. L 83/1999, S. 1.

⁶⁰ Demgegenüber ist es im Umweltrecht selbstverständlich, dass, soweit die Verfahren Drittbetroffenen und der Öffentlichkeit geöffnet wird, auch die Wirtschaftsinteressen beteiligt werden.

⁶¹ Vorschlag der Kommission vom 28.10.2003, ABl. ; s. Art. 55 Abs. 3 für die Aufnahme in die Liste (Annex VIII) und Art. 66 für Vermarktungsbeschränkungen.

Interessen Betroffenen. Eine Innovation bildet 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.⁶² Das nationale Recht muss hieran noch angepasst werden.

Für die *Partizipationsproblematik* ist zwischen selbstorganisierter technischer Normung und privatisierter Einzelfallverwaltung (in Gestalt insbesondere von Konformitätsbescheinigungen 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 in der DIN und auf europäischer Ebene im CEN.⁶³ Allerdings besteht ein Problem darin, dass sich kleinere Unternehmen den Aufwand der Teilnahme in den Normungsgremien kaum leisten können. Desgleichen sind die von der Normung betroffene Öffentlichkeit (Arbeitnehmer, Verbraucher, Gesundheits- und Umweltinteressen) unzureichend involviert. 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 Mitgliedstaaten leicht zu einer Hintansetzung von Verbraucher-, Gesundheits- und Umweltinteressen.⁶⁴ 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.⁶⁵

Auf der Ebene der Zertifizierung durch und Akkreditierung von unabhängigen Sachverständigen fehlt es dagegen weit und breit an Partizipationsforderungen. Lediglich an

⁶² 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 41/2003, S. 26, wonach der Behördenbegriff auf private Personen mit öffentlichen Verwaltungsausgaben erstreckt wird.

⁶³ J. Falke, Der rechtliche Status technischer Normen in der Bundesrepublik Deutschland, unveröff. Bremer Habilitationsschrift 1999, S. 133 ff.

⁶⁴ 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 (Nomos) 1988, S. 337 ff., 401 ff.

⁶⁵ Mitteilung der Kommission – Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der Normung, Kom(2004)0130; auf 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.

die Mitwirkung der zertifizierten Unternehmen wird gedacht. Sie stehen mit dem Zertifizierer in vertraglicher Beziehung und können aus dieser heraus Erfüllungs- und Mängelhaftungsansprüche gegen missbräuchliches Verhalten der Zertifizierer geltendmachen. Dritte (Konkurrenten, Verbraucher- und Umweltschützer), die eine rechtswidrige Zertifizierung verhindern wollen, haben jedoch keine Mitwirkungsrechte im Zertifizierungsverfahren. Sie können lediglich ex post facto reagieren. Hierzu fehlt es aber wiederum an horizontalen Ansprüchen gegen den Zertifizierer. Sie können sich lediglich an die Aufsichtsbehörde wenden und u.U. auf behördliche Intervention klagen, soweit die mitgliedstaatlichen Prozessordnungen dies zulässt.

Insgesamt ist der ganze Bereich der privatisierten Verwaltung unter den Gesichtspunkten Transparenz und Partizipation noch unzureichend rechtlich gefasst. Dass ein solcher rechtlicher Rahmen erforderlich ist, hat zu Recht auch die Kommission festgestellt.⁶⁶

e) Mehrstufige Verwaltung

Wie oben ausgeführt, sollte denen, in deren Rechte eingegriffen wird, ein Anhörungsrecht zumindest gegen solche vorstufigen Entscheidungen gegeben werden, die für die Endentscheidung verbindlich sind. Bisher nehmen gemeinschaftsrechtliche Verfahrensvorschriften vorstufige Beiträge anderer Behörden in der Tat nur in solchen Fällen in den Blick, in denen der vorstufige Beitrag als eigene Entscheidung ausgestaltet ist, an die die letztentscheidende Behörde gebunden ist, wie z.B. bei der Genehmigung oder der Rückabwicklung einer Beihilfe nach Art. 88 Abs. 3 und 2 EGV.⁶⁷ Auch insoweit fehlt es aber an einem konsistenten Muster. So ist z.B. für die Entscheidung der Kommission über die Zuteilung von Mitteln aus den Strukturfonds keine Beteiligung der Betroffenen oder gar der allgemeinen Öffentlichkeit vorgesehen. Immerhin kann aber von dem passiven Recht auf Zugang zu Kommissionsdokumenten nach der VO Nr. 1049/2001 Gebrauch gemacht werden.

Darüber hinaus empfiehlt es 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.⁶⁸

⁶⁶ Kommissionsmitteilung und Weißbuch zu „Ko-Regulierung“

⁶⁷ S. Art. 6 BeihilferechtsVO (VO Nr. 659/1999).

⁶⁸ Art. 61 Abs. 6 des Kommissionsentwurfes.

Unter Rechtsschutzaspekten stellt sich bei mehrstufigen Verfahren das besondere Problem, wie Verfahrensfehler zu rügen sind. Eine Möglichkeit besteht darin, sämtliche Verfahrensfehler der Letztentscheidung zuzurechnen und diese für rechtswidrig zu erklären, wenn auf Vorstufen Verfahrensvorschriften verletzt worden sind. Obwohl es für diese Lösung Rechtsprechung des EuGH gibt⁶⁹, ist die Lösung in denjenigen Fällen wenig befriedigend, in denen die letztentscheidende Behörde an das Votum der vorstufigen Behörde gebunden war. In diesen Fällen ist eine direkte Klage gegen die vorstufige Entscheidung vorzuziehen. Ihre Zulässigkeit hängt von der europäischen bzw. nationalen Definition der Klagebefugnis ab, d.h. im Fall einer Vorentscheidung durch die Kommission davon, ob eine individuelle und unmittelbare Belastung vorliegt, und im Fall der Vorentscheidung zB durch eine nationale Behörde von den Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO. Die letzteren müssen allerdings nach der Borelli-Rechtsprechung des EuGH erweitert werden, wenn die nationale Vorentscheidung der Kommission nicht zugerechnet und ein Verfahrensfehler der nationalen Behörde nicht mit der Klage gegen die Kommissionsentscheidung gerügt werden kann.⁷⁰

Für den Kläger am günstigsten wäre eine Verzahnung der Rechtswege durch Aussetzung und Vorlage an das jeweils für die vorstufige Entscheidung zuständige andere Gericht. Im top-down-Fall (gemeinschaftsrechtliche Vorentscheidung – nationaler VA) steht die Möglichkeit der Vorlage zum EuGH zur Verfügung, wie z.B. bei der Rückabwicklung von Beihilfen. Allerdings ist diese Möglichkeit seit der Deggendorf-Rechtsprechung des EuGH beschränkt. Die Vorlage ist hiernach unzulässig, wenn die Kommissionsentscheidung bestandskräftig ist, also in der Regel nach 2 Monaten. Dies gilt allerdings nur gegen diejenigen Kläger, die gegen die Entscheidung der Kommission klagebefugt sind und für die die 2-Monatsfrist abgelaufen ist.⁷¹

Im bottom-up-Fall (nationale Vorentscheidung – Entscheidung der Kommission) bleibt nur, den Kläger auf den nationalen Rechtsschutz hinzuweisen. Eine Aussetzung und Vorlage der europäischen Gerichte an das nationale Gericht existiert hier nicht.⁷²

⁶⁹ Nehl. a.a.O. S.

⁷⁰ EuGH Rs. C-97/91 (Oleificio Borelli)

⁷¹ EuGH Rs. C-188/92 (Deggendorf) Rn. 17: 17 It follows from the same requirements of legal certainty that it is not possible for a recipient of aid, forming the subject-matter of a Commission decision adopted on the basis of Article 93 of the Treaty, who could have challenged that decision and who allowed the mandatory time-limit laid down in this regard by the third paragraph of Article 173 of the Treaty to expire, to call in question the lawfulness of that decision before the national courts in an action brought against the measures taken by the national authorities for implementing that decision

⁷² EuGH Rs. C-97/91 (Oleificio Borelli) Rn.: 12 u. 13: „In those circumstances, any irregularity that might affect the opinion cannot affect the validity of the decision by which the Commission refused the aid applied for. Ac-

Das europäische Gericht könnte aber dem Kläger eine Frist für die Klage vor dem nationalen Gericht setzen und ggf. das Verfahren bis zur Gerichtsentscheidung aussetzen.

Hinsichtlich unabgeschlossener vorstufiger Äußerungen muss das Gericht, das gegen die Endentscheidung angerufen worden ist, die Befugnis zur Inzidentprüfung haben. Dies wird als Zurechnungsmodell bezeichnet.⁷³ Ein Beispiel: Hat die nationale Behörde, die im Vorfeld der Einstufung eines Gefahrstoffs die Risikobewertung vornimmt, den Betroffenen nicht ausreichend angehört, so ist dieser Mangel vom EuG im Verfahren gegen die Einstufungsentscheidung als Verfahrensfehler zu werten. Ein anderes Beispiel: Erweist sich die Stellungnahme der Kommission gemäß Art. 6 Abs. 4 UA 2 der FFH-RL als verfahrensfehlerhaft, so ist dieser Fehler der nationalen Planfeststellungsbehörde zuzurechnen; der Planfeststellungsbeschluss ist seinerseits verfahrensfehlerhaft.

BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG

Gerd Winter, Dr. jur., Lic.rer.soc., Professor für Öffentliches Recht und Rechtssoziologie ist Leiter der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht. Er lehrt Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht am Fachbereich und ist als Rechtsberater in verschiedenen osteuropäischen Staaten tätig. Von Herbst 1998 bis Sommer 1999 war er als Gastwissenschaftler in der Forschungsgruppe "Rationales Umweltrecht - rationale Umweltpolitik" am Zentrum für Interdisziplinäre Forschung (ZiF) Bielefeld tätig. Von 1992 - 1997 war er Mitglied der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch. Von 1999 bis 2003 war er Mitglied der "Risikokommission" des BMU und des BMG. Seit Januar 2003 ist er Projektleiter am Sonderforschungsbereich "Staatlichkeit im Wandel" an der Universität Bremen im Teilprojekt A3 "'Transnational Governance' und internationales Recht". Zudem ist er Mitglied des "Nationalen Komitees Global Change Forschung" der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Telefon: +49 421 218-2840

Fax: +49 421 218-7490

E-Mail: gwinter@uni-bremen.de

Postadresse: Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen, Postfach 330440, D- 28334 Bremen

cordingly, it is for the national courts, where appropriate after obtaining a preliminary ruling from the Court, to rule on the lawfulness of the national measure at issue on the same terms on which they review any definitive measure adopted by the same national authority which is capable of adversely affecting third parties and, consequently, to regard an action brought for that purpose as admissible even if the domestic rules of procedure do not provide for this in such a case“.

⁷³ Nehl, a.a.O. S. 413 ff.