

Legitimationsfragen der Verwaltung unter dem Einfluß des Europarechts

Reiner Schmidt

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Schmidt, Reiner. 1998. "Legitimationsfragen der Verwaltung unter dem Einfluß des Europarechts." In *Entwicklungstendenzen des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Städtebaurechts: Referate und Diskussionsbeiträge des X. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 8.-12. September 1997 in Posen*, edited by Hartmut Bauer, Reinhard Hendler, Peter Michael Huber, Bozena Popowska, and Teresa Rabska, 13–34. Stuttgart: Boorberg.



Erster Abschnitt

Legitimationsfragen der Verwaltung unter dem Einfluß des Europarechts

REINER SCHMIDT

Legitimationsfragen der Verwaltung unter dem Einfluß des Europarechts*

A. Einleitung

Die Bedeutung des Europarechts für das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, in unserem Falle des deutschen Verwaltungsrechts, bedarf keiner näheren Erläuterung¹. Schwieriger ist die mit dem Thema vorgegebene Verknüpfung mit der Legitimationsfrage. Diese allein ist im Hinblick auf die Veränderungen des Verwaltungsrechts im innerstaatlichen Bereich der Bundesrepublik Deutschland durch Europarecht im folgenden Gegenstand der Betrachtung. Es geht also um deutsches Verwaltungsrecht; das Handeln der europäischen Verwaltungsstellen wird nicht berücksichtigt. Auch soll das Thema nicht unter staatsphilosophischer oder soziologisch-deskriptiver Perspektive behandelt werden². Im folgenden wird Legitimation als Rechtsbegriff des deutschen Verfassungsrechts verstanden und als konkrete rechtsnormative Aussage zur Rechtfertigung politischer Herrschaft erörtert.

* Herrn Assessor Martin Schröder danke ich für einfallsreiche und sorgfältige Mitarbeit, Herrn Dr. Wolfgang Kahl für fundierte Beratung.

1 RENGELING, VVDStRL 53 (1994), 202 (220 f., 237) These 11 d; SCHMIDT-ASSMANN, DVBl. 1993, 924 (930) spricht im Zusammenhang mit den Entwicklungen des europäischen Gemeinschaftsrechts von einem „Prozeß mit einer gewaltigen, für manchen geradezu unheimlichen Eigendynamik“.

2 Zur Begriffsgeschichte vgl. WÜRTEMBERGER, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 3, 1982, 677 ff. Nach WÜRTEMBERGER, a.a.O., 678, geht es „bei der Frage nach der legitimen Herrschaft seit mehr als einem Jahrtausend um das, was den Staat im Innersten zusammenhält“.

B. Der Prüfungsmaßstab: Die demokratische Legitimation der Verwaltung nach dem Grundgesetz

I. Verfassungsrechtlicher Ansatz: Art. 20 II GG

Der verfassungstextliche Angelpunkt aller rechtsnormativen Überlegungen zur Legitimation der Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 20 II 2 GG³:

¹ Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. ² Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

In Art. 20 II 1 bekennt sich das Grundgesetz zum Prinzip der *Volkssouveränität*. Diese Norm bestimmt das Volk zum alleinigen Inhaber der verfassungsgebenden Gewalt (*pouvoir constituant*)⁴. Nach Art. 20 II 2 GG übt das Volk die von ihm ausgehende Staatsgewalt auch selbst aus; das Volk ist nicht nur Ursprung und letzter Träger der Staatsgewalt, es bleibt vielmehr als Zentralinstanz der Verfassungsordnung dauernd präsent⁵. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE⁶ hat diesen Regelungsgehalt auf eine kurze Formel gebracht: „Das Volk herrscht nicht nur, es regiert auch.“

Art. 20 II 2 GG nennt mit Wahlen (Personalentscheidungen über die Besetzung der „besonderen Organe“) und Abstimmungen (zu Sachfragen) Formen unmittelbarer Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk scheinbar gleichberechtigt neben der Ausübung der Staatsgewalt durch die besonderen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Eine nähere Analyse des Grundgesetzes zeigt jedoch, daß unmittelbare Äußerungen des Volkswillens die Ausnahme sind⁷. Für die Abstimmungen geht die h.M. von einem *numerus clausus* der im Grundgesetz aufgeführten Fälle

3 SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (337); KLEIN, in: Schnur (Hrsg.), Festschrift für Forsthoff zum 70. Geburtstag, 1972, 165 (167): „...“, denn die Weise ihrer (sc. der politischen Herrschaft) Legitimation bildet den Gegenstand dieser Norm (sc. des Art. 20 II GG).“; OEBBECKE, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 78 m.w.N.; SCHNAPP, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., 1992, Art. 20 Rn. 30.

4 HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 33; BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 5, 8; PIEROTH, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1997, Art. 20 Rn. 4.

5 SACHS, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 20 Rn. 18; BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 8.

6 BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 8.

7 KLEIN, in: Schnur (Hrsg.), Festschrift für Forsthoff zum 70. Geburtstag, 1972, 165 (167).

aus⁸. Art. 20 II 2 GG legt die Staatsordnung der Bundesrepublik auf eine *mittelbare* Demokratie fest, in der das Volk die Staatsgewalt im Normalfall durch vermittelnde Staatsorgane ausübt.

Die regelmäßige Ausübung der Staatsgewalt durch die besonderen, vom Volk und untereinander gesonderten Organe wird der grundgesetzlichen Forderung nach aktueller Regentschaft des Volkes nur gerecht, wenn eine hinreichend enge, qualifizierte Verknüpfung mit dem durch die Wahlen bekundeten Volkswillen besteht⁹.

Damit ist zugleich festgestellt, daß die von Art. 20 II GG verfassungsrechtlich zwingend vorgeschriebene Legitimation als demokratische Legitimation zu qualifizieren ist, die ausschließlich vom Volk, nicht von einer Instanz außerhalb des Volkes ausgehen kann¹⁰.

Der fundamentalen Bedeutung des demokratischen Prinzips muß die Weite des Geltungsbereichs entsprechen; im Interesse effektiver und umfassender Rückbindung des staatlichen Handelns an den Willen des Volkes ist der Begriff der Staatsgewalt extensiv auszulegen. Dies legt auch der Wortlaut des Art. 20 II GG nahe, wonach alle Staatsgewalt vom Volk ausgehen soll¹¹. Dies gilt für alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter. Entscheidungen steuern die staatliche Herrschaft und müssen sich daher vom Volk herleiten. Betroffen sind gleichermaßen Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, wie solche, die durch einen anderen Verwaltungsträger umgesetzt werden müssen¹².

-
- 8 SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (353 f.) m.w.N.; HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 44 m.w.N.; SCHNAPP, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 20 Rn. 31. A.A. offenbar PIEROTH, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1997, Art. 20 Rn. 5. Im Bereich des Bundes sind Abstimmungen nur hinsichtlich territorialer Fragen gem. Art. 29, 118, 118a GG vorgesehen. Der Vollständigkeit halber sei auf Art. 28 I 4 GG hingewiesen, wonach in Gemeinden an die Stelle einer gewählten Körperschaft die Gemeindeversammlung treten kann.
- 9 BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 11; HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 46; SACHS, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 20 Rn. 23. Vgl. auch die prägnante Formulierung bei ACHTERBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, § 5 Rn. 33: „Repräsentation erfordert Legitimation ...“
- 10 SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (336); BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 3.
- 11 SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (338); OEBBECKE, Weisungs- und unterrichtungs-freie Räume in der Verwaltung, 1986, 79. Zur Kritik an der Formulierung des Art. 20 II 1 GG vgl. ACHTERBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, § 5 Rn. 32.
- 12 So das Bundesverfassungsgericht zu den Bezirksvertretungen in Nordrhein-Westfalen, BVerfGE 47, 253 (273); vgl. auch 77, 1 (40); 83, 60 (73 f.) mit wiederholtem Hinweis auf BVerfGE 47, 253 (273).

II. Legitimationsquelle: das Volk

Das Volk des Art. 20 II GG ist das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland, das von den deutschen Staatsangehörigen und den ihnen nach Art. 116 I GG gleichgestellten Personen gebildet wird. Die Zugehörigkeit zum Staatsvolk wird damit grundsätzlich durch die Staatsangehörigkeit vermittelt¹³.

Als Spender demokratischer Legitimation ist aber nicht nur die Gesamtheit der Deutschen im Sinne von Art. 116 I GG in der Verfassung vorgesehen. Nach Art. 28 I 2 GG muß das Volk in den Ländern, Kreisen und Gemeinden eine Vertretung haben, die, wie der Deutsche Bundestag (Art. 38 I 1 GG), aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. In dieser Bestimmung werden nicht nur die Landes-, sondern auch die Kreis- und Gemeindevölker als Quellen demokratischer Legitimation anerkannt¹⁴. Grund hierfür ist die strukturelle Gemeinsamkeit von Gemeinden, Kreisen und staatlichem Verband. Die genannten Kommunen sind wie Bund und Länder - für ihren Hoheitsbereich allzuständige Gebietskörperschaften. Außerdem bestimmt sich die personelle Zugehörigkeit zu Kreisen und Gemeinden nicht nach gruppenspezifischen Kriterien, wie besonderen Eigenschaften (Beruf, Funktionen und Interessen), sondern allein nach der Wohnsitznahme im Hoheitsbereich der Gebietskörperschaft; die personale Grundlage ist damit von einer offenen und in diesem Sinne unbestimmten Allgemeinheit geprägt¹⁵.

Das Bundesverfassungsgericht sah in der Entscheidung vom 31.10.1990¹⁶ (Kommunalwahlrecht für Ausländer in Schleswig-Holstein) eine wesentliche Funktion des Art. 28 I 2 GG darin, auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlagen zu gewährleisten, so daß das Volk i.S. von Art. 28 I 2 GG ebenfalls nur aus dem im Gebiet der Kommune ansässigen Deutschen besteht. Das in Art. 20 II GG und Art. 28 I 1 GG für die staatliche Ebene verankerte demokratische

13 BVerfGE 83, 37 (50); vgl. auch 83, 60 (71); BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 26; SCHMIDT-ASSMANN, AöR 116 (1991), 329 (351); SCHNAPP, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 20 Rn. 31; PIEROTH, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1997, Art. 20 Rn. 4. Ausführlich dazu JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 207 ff.

14 Für die kommunale Selbstverwaltung ist das ganz h.M.: vgl. BVerfGE 47, 253 (272 f.); 83, 37 (55); BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 31; SCHMIDT-ASSMANN, AöR 116 (1991), 329 (349 f.); A. A. KLEIN, in: R. Schnur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, 1972, 165 (177, 184 f.).

15 So das BVerfGE 83, 37 (54 f.) im Anschluß an BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 31; vgl. auch JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 210 ff.

16 BVerfGE 37, 53 (55).

Prinzip erfahre durch Art. 28 I 2 GG seine Ausgestaltung für Gemeinden und Kreise.

Das Recht der Europäischen Gemeinschaften mit der Einführung des Kommunalwahlrechts für Unionsbürger (Art. 8b EGV) hat im Recht der Bundesrepublik Deutschland handfeste Spuren hinterlassen, die sich nicht ohne weiteres mit dem dargestellten Legitimationsverständnis in Einklang bringen lassen. Art. 28 I 3 GG wirkt derzeit noch wie ein Fremdkörper im Verfassungssystem der Bundesrepublik.

III. Formen demokratischer Verwaltungslegitimation

Die Ausübung der Staatsgewalt muß sich stets in *angebbarer Weise* auf den Volkswillen zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortlich werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert der Grundsatz der Volkssouveränität, daß das Volk einen *effektiven* Einfluß auf die Ausübung der Staatsgewalt durch die Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung hat. Dabei gibt es verschiedene Wege, den notwendigen Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft herzustellen. Rechtsprechung und Literatur haben dementsprechend verschiedene Formen demokratischer Legitimation entwickelt: die funktionelle und institutionelle, die sachlich-inhaltliche (materielle), sowie die personell-organisatorische demokratische Legitimation. Für die Beurteilung, ob dabei ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die verschiedenen Formen dieser Legitimation staatlichen Handelns Bedeutung, nicht jede für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken; entscheidend ist ein bestimmtes *Legitimationsniveau*, so daß die einzelnen Formen einander in gewissen Grenzen ersetzen können¹⁷.

1. Funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation

Die Exekutive ist schon deshalb demokratisch legitimiert, weil sie vom Verfassungsgesetz selbst als Funktion und Institution konstituiert wird (Art. 20 II,

17 BVerfGE 83, 60 (Ls. 2, 71 f.; 89, 155 (182) im Anschluß an BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 11, 14; ebenso SACHS, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 20 Rn. 23; SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (355); ausführlich JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 265 ff. Zweifel am dogmatischen Wert der genannten Legitimationsformen äußert DREIER, Jura 1997, 249 (256 f.) m.w.N.; er billigt ihnen aber jedenfalls heuristische Bedeutung zu.

III GG)¹⁸. Die Legitimation durch den Verfassungsgeber läßt es beispielsweise nicht zu, unter Berufung auf das Demokratieprinzip die vollziehende Gewalt einem umfassenden Parlaments- oder Gesetzesvorbehalt zu unterwerfen oder ihr die ausschließliche Befugnis zu größeren Entscheidungen zu verweigern¹⁹.

Die Besonderheit dieser Art von Legitimation liegt darin, daß sie vom *pouvoir constituant* herrührt, während die personelle und die materielle demokratische Legitimation auf einen *pouvoir constitué* zurückgehen²⁰. Aus diesem Grund kann die verfassungsunmittelbare funktionelle und institutionelle Grundlegitimation der Verwaltung nicht die konkrete Entscheidungslegitimation der jeweiligen Organwalter und ihres Handelns im zugewiesenen Funktionsbereich ersetzen. Diese wird allein durch die personelle und die materielle Legitimation vermittelt. Mängel in der vom *pouvoir constitué* stammenden Legitimation kann der *pouvoir constituant* nicht kompensieren²¹.

2. Personell-organisatorische und sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation

Wie dargelegt ist jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter als Ausübung von Staatsgewalt legitimationsbedürftig. Die von den Amtswaltern der vollziehenden Gewalt zu fallenden Entscheidungen können dabei in zwei Faktoren aufgespalten werden: entscheidungsrelevant sind zum einen die in den zu beachtenden Normen niedergelegten sachlich-

18 So die herrschende Meinung vgl. BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88); 83, 60 (72); BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn.15; SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (363 ff.); SACHS, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 20 Rn. 23. Bei HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 46 ff. dagegen findet die institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation keine Erwähnung; er schildert unter der Überschrift „Das Legitimationsproblem“ allein die materielle und (insbesondere) die personelle demokratische Legitimation. Noch enger OEBBECKE, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 76 f., der unter Rückgriff auf den lateinischen Ursprung des Wortes unter dem Stichwort demokratische Legitimation allein die personelle oder organisatorische Legitimation behandelt. Mit beachtlichen Gründen argumentiert JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 276 ff. (279) gegen die Vorstellung einer institutionellen und funktionellen demokratischen Legitimation: Durch Art. 20 II 2 GG werde allein die Funktionengliederung festgeschrieben und dieser Demokratie-Tauglichkeit attestiert. Demokratische Legitimationswirkung jedoch habe die Funktionengliederung als solche damit nicht gewonnen.

19 So BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I 1987, § 22 Rn. 15.

20 JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 277.

21 Vgl. BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 15; JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 277.; ebenso wohl SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (364). A.A. OSSENBÜHL, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 198, der die Legitimationsformen in ein gegenseitiges Ausgleichsverhältnis setzt.

inhaltlichen Vorabfestlegungen, die als Entscheidungsprogramm unterschiedlicher Dichte das Entscheidungsverhalten mehr oder weniger präzise steuern. Der andere determinierende Faktor besteht aus den persönlichen Erkenntnis- und Wertungsleistungen des Entscheidenden. Der erste Entscheidungsbeitrag ist sachlich-inhaltlicher (materieller), der zweite personeller Natur²². Nach herrschender Meinung sind beide Legitimationsformen nebeneinander erforderlich²³.

a) Sachlich-inhaltliche (materielle) demokratische Legitimation

Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation bedeutet die inhaltliche Bindung der Staatsgewalt an die vom Volk selbst oder durch seine Repräsentanten getroffenen Willensentscheidungen²⁴. Von den Sonderfällen der Art. 29, 118, 118a GG abgesehen, kennt das Grundgesetz keine unmittelbar vom Volk im Weg der Abstimmung hervorgebrachten Entscheidungen in der Sache. An seine Stelle tritt als Mittler materieller Legitimation das Parlament. Die Rückbindung der vollziehenden Gewalt an den Willen des Volkes bzw. des Parlaments wird auf zwei Wegen sichergestellt: einmal - allgemein - durch das von der Verfassung stillschweigend vorausgesetzte Recht des Parlaments, jede beliebige Frage gesetzlich zu regeln (potentielle Allzuständigkeit des Parlaments) und die Bindung der Exekutive an die so beschlossenen Gesetze (Art. 20 III GG: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes). Zum anderen - bezogen auf den besonderen Fall - durch Weisungs- und Aufsichtsrechte der parlamentarisch verantwortlichen ministeriellen Spitze, sowie durch die parlamentarischen Kontroll- und Korrekturrechte²⁵. Im Mittelpunkt der staatlichen Legitimationszusammenhänge steht das Parlament²⁶. Seine zentrale Rolle ist durch den Umstand gerechtfertigt, daß es im Gegensatz zu den anderen Staatsorganen unmittelbar aus einer Volkswahl hervorgeht²⁷; dieser Legi-

22 JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 266.

23 HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 47; BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 23.

24 BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 21; SCHMIDT-ASSMANN, AöR 116 (1991), 329 (357); HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 48.

25 BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn. 21; HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 84; JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 270 ff.; ebenso SCHMIDT-ASSMANN, AöR 116 (1991), 329 (357 f.), der zutreffend darauf hinweist, daß die Gesetzesbindung der Exekutive sowohl für das rechtsstaatliche wie für das demokratische Verwaltungsrecht von zentraler Bedeutung ist.

26 DREIER, Jura 1997, 249 (253).

27 Dies ist jedoch nicht der einzige Grund für die vor den anderen Gewalten verfassungsrechtlich herausgehobene Stellung des parlamentarischen Gesetzgebers. HOFMANN, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, 79, nennt als weitere Gründe die prinzipielle demokratische Offenheit des Gesetzgebungsverfahrens, das größere Maß an Durchsichtigkeit und die Gleichbehandlung verbürgende höhere Abstraktheit des (allgemeinen) Gesetzes sowie die legislative Reproduktion der Rechtseinheit der Verfassungsgemeinschaft.

timationsvorsprung des Parlaments ist es, dem das Parlamentsgesetz die vorrangige Legitimität und zugleich die materiell-legitimierende Kraft verdankt. Die Gewalten der grundgesetzlichen Staatsordnung stehen damit nicht gleichberechtigt nebeneinander; es existiert vielmehr ein eindeutiges Rangverhältnis zwischen ihnen²⁸. Diese Legitimationshierarchie verdient besondere Beachtung im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Prüfungs- und Nichtanwendungspflicht der nationalen Verwaltungen gegenüber nationalem Recht jeglicher Rangstufe.

Von zentraler Bedeutung ist die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht; erst die Dogmen des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes verhelfen dem Parlamentsgesetz zu seiner Wirkung. Auch hier führt das Recht der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Verwerfungspflicht nationaler Behörden hinsichtlich gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Normen zu Erosionserscheinungen, die noch näher zu behandeln sein werden.

b) Personell-organisatorische demokratische Legitimation

Das Legitimationsgebot des Art. 20 II GG verlangt neben der materiellen Komponente auch eine Rückführung des personengebundenen Entscheidungsanteils an das Volk, die nur über die Person des Amtswalters hergestellt werden kann. Auch insoweit darf die Herleitung der Staatsgewalt vom Volk nicht nur theoretisch-konstruktiv, sie muß vielmehr tatsächlich nachweisbar sein. Nach dem Prinzip der individuellen Berufung der Amtswalter²⁹ ist für die personelle Legitimation erforderlich, daß die staatlichen Amtswalter individuell ausgewählt werden und ihre Berufung entweder unmittelbar vom Volk erhalten oder doch zumindest in einer ununterbrochenen Legitimationskette auf einen Auftrag des Volkes zurückführen können³⁰. Dabei muß sich die Berufung nicht nur individuell auf die Person des Amtsträgers, son-

28 Daran ändert insbesondere auch die für alle drei Gewalten gleichmäßig gegebene funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation und die daraus gefolgte Eigenständigkeit der Exekutive nichts, vgl. SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (364), der an anderer Stelle (a.a.O., 352 f.) allerdings den Legitimationsvorsprung der Volksvertretung allein als heuristischen Begriff bzw. als Interpretationstopos verstanden wissen will. Für die Präponderanz des Parlaments vgl. auch HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 76 f.; HOFMANN, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, 79; SCHULZE-FIELTIZ, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 207; DREIER, Jura 1997, 249 (256).

29 HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 53.

30 Vgl. HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1978, Art. 20 II Rn. 52 f., der dort die folgende exemplarische Legitimationskette mitteilt: Der Bundestag beruft in individueller Personalentscheidung zunächst den Bundeskanzler (Art. 63 GG), der seinerseits die einzelnen Minister individuell beruft (Art. 64 I GG), und diese ihrerseits berufen entweder selbst oder durch weitere, ebenfalls individuell berufene Funktionsträger die einzelnen Bundesbeamten; ebenso BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); BÖCKENFÖRDE, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 1987, § 22 Rn.16; SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (360 ff.); JESTAEDT, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 267 ff.

dem auch auf das ihm zugewiesene Amt, den konkreten Funktionsbereich innerhalb der Verwaltungsorganisation beziehen.

C. Legitimationsprobleme: Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht

Die entwickelten Prüfungsmaßstäbe sollen im folgenden anhand einzelner, in der Praxis bedeutsam gewordener Fragen erprobt werden, nämlich an der Beihilfe-Rechtsprechung, an den transnationalen Verwaltungsakten und am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts bzw. der Verwerfungspflicht.

I. Beihilfe-Rechtsprechung

Für den mittelbaren wie für den unmittelbaren mitgliederschaftlichen Vollzug von Gemeinschaftsrecht gilt allein nationales Verwaltungsrecht, soweit das Gemeinschaftsrecht, einschließlich der allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze, hierfür keine gemeinsamen Vorschriften enthält. Doch darf die Anwendung des mitgliederschaftlichen Rechts nicht die Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen, insbesondere dessen Verwirklichung nicht praktisch unmöglich machen³¹. Diesen Grundsätzen entsprechend findet auch die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen in der Bundesrepublik Deutschland nach Maßgabe des deutschen Verwaltungsverfahrenrechts statt, solange dessen Anwendung eine gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich macht³². Die Bundesrepublik Deutschland kann sich daher, wenn sie durch eine bestandskräftige Entscheidung der Kommission zur Rückforderung gemeinschaftswidriger Subventionen verpflichtet worden ist, von dieser Verpflichtung nur durch *absolute Unmöglichkeit* der Rückforderung befreien³³.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist zwar der Grundsatz des Vertrauensschutzes auch Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft, doch

-
- 31 EuGH - Deutsche Milchkontor (Bundesrepublik Deutschland - Slg. 1983, 2633 (2665)). Vgl. zur sog. „Soweit-Formel“ des EuGH sowie zum „Beeinträchtigungsverbot“ SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (306) mit zahlreichen Nachweisen (FN 72) sowie STREINZ, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 182 Rn. 23 m.w.N.
- 32 EuGH - Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Bundesrepublik Deutschland (BUG-Alutechnik) - Slg. 1990, I-3437 (3456)).
- 33 Vgl. SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (309) m.w.N.

kann die Bundesrepublik Deutschland nicht unter Berufung auf das geschützte Vertrauen des Begünstigten Maßnahmen zur Durchführung einer Entscheidung verweigern, mit der die Kommission die Rückforderung der Beihilfe angeordnet hat; eine absolute Unmöglichkeit im Sinne des EuGH ergibt sich daraus nicht, denn nach ständiger Rechtsprechung kann sich ein Mitgliedstaat nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen, um sich der Durchführung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen zu entziehen³⁴. Dabei sei es nach Auffassung des Gerichts nicht auszuschließen, daß der Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe sich ausnahmsweise auf Umstände berufen könne, aufgrund deren sein Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe geschützt ist, so daß er sie nicht zurückzuerstatten brauche. In einem solchen Fall sei es jedoch Sache des *nationalen* Gerichts, so es damit befaßt werde, alle Umstände zu würdigen und dem Gerichtshof gegebenenfalls Auslegungsfragen vorzulegen³⁵.

Mit anderen Worten: die Exekutive soll in diesen Fällen ein um die Berücksichtigung des Vertrauensschutzes reduziertes Normprogramm ausführen und zunächst einmal verpflichtet sein, „sehenden Auges Unrecht zu tun“³⁶. Die Gesamtheit der einschlägigen Bestimmungen in der durch das EG-Recht gebotenen Auslegung hat damit verschiedenen Inhalt, je nach dem, ob sie als Handlungsnorm zur Steuerung der Verwaltung oder als Kontrollnorm in der Hand des Richters zur Überprüfung administrativen Handelns auftritt. Der EuGH statuiert zweierlei Recht für beide Gewalten und löst auf diese Weise im Dienste des *effet utile* die Verwaltung teilweise aus ihrer Gesetzesbindung. Dies ist rechtsstaatlich bedenklich³⁷. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ein Grundpfeiler demokratischer Legitimation, wird beschädigt. Das Erfordernis sachlich-inhaltlicher Verwaltungslegitimation soll ja gerade verhindern, daß die Behörden sich zur Erreichung ihrer Ziele über Kautelen hinwegsetzen, die als Bestandteile demokratisch-legitimierter Normen Beachtung verlangen. Im Ergebnis wird nach der Rechtsprechung des EuGH die

34 EuGH - Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Bundesrepublik Deutschland (BUG-Alutechnik) - Slg. 1990, I-3437 (3456, 3458).

35 EuGH - Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Bundesrepublik Deutschland (BUG-Alutechnik) - Slg. 1990, I-3437 (3457).

36 SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 289 (310); ebenso TRIANTAFYLLOU, NVwZ 1992, 436 (441).

37 Die rechtsstaatliche Problematik dieser Rechtsprechung hebt TRIANTAFYLLOU, NVwZ 1992, 436 (441) zutreffend mit dem Hinweis hervor, daß die Wahrung des Rechts nicht nur Aufgabe der Judikative, sondern auch eine der Exekutive sei.

Berufung des begünstigten Unternehmers auf den Vertrauensschutz nur noch ausnahmsweise für berechtigt gehalten werden können³⁸.

II. Transnationale Verwaltungsakte

Nach den Regeln des Völkerrechts über die Souveränität der Staaten und die damit verbundene staatliche Gebietshoheit können Hoheitsakte auf dem Gebiet eines bestimmten Staates Rechtswirkungen nur dann entfalten, wenn sie von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung erlassen wurden³⁹. In Abweichung von den Regeln völkerrechtlicher Souveränität enthält das europäische Gemeinschaftsrecht zahlreiche Pflichten zur gegenseitigen Anerkennung von Verwaltungsentscheidungen anderer Mitgliedstaaten, so daß diesen Maßnahmen eine über die Grenzen des handelnden Staates hinausreichende (transnationale), gemeinschaftsweite Bindungswirkung zukommt.

Im Bereich der Anerkennungspflichten muß die Verwaltung jedes Mitgliedstaates die Verwaltungsmaßnahmen eines anderen Mitgliedstaates so anerkennen, als hätte sie sie selbst getroffen⁴⁰. Dabei ist zu beachten, daß ein solcher Verwaltungsakt nach der Konstruktion des Gemeinschaftsrechts seine transnationale Wirkung in den anderen Mitgliedstaaten automatisch entfaltet, das heißt, ohne daß die anderen Mitgliedstaaten ihn im Einzelfall durch einen besonderen Behördenakt anerkennen⁴¹. Die Geltungserstreckung erfolgt allgemein und im voraus durch Rechtssatz (primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht oder ein mitgliedstaatliches Umsetzungsgesetz)⁴². Nicht selten ist in diesem Zusammenhang von einem „Prinzip der gegenseitigen Aner-

38 Nach SCHOCH, JZ 1995, 109 (111) (FN 33), wird der Vertrauensschutz durch die Rechtsprechung des EuGH minimalisiert. Formal fungiere zwar § 48 I, II VwVfG als Rechtsgrundlage, materiell jedoch werde die Regelung europarechtlich ihrer Substanz entleert, so daß vom Vertrauensschutz des Empfängers nicht mehr viel übrig bleibe. Ebenso SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (310) sowie (in der Wortwahl konzilianter) MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 11 Rn. 33c m.w.N.

39 Zum völkerrechtlichen Hintergrund vgl. insbes. BLECKMANN, JZ 1985, 1072 (1073 ff.).

40 SCHWARZE, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1. Aufl. 1996, 123 (135) m.w.N.; NESSLER, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, 5; DERS., NVwZ 1995, 863 (864).

41 SCHMIDT-ASSMANN, DVBL 1993, 924 (935); NESSLER, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, 22.

42 SCHMIDT-ASSMANN, DVBL 1993, 924 (935).

kennung⁴³ die Rede, doch ist dieser Begriff irreführend, weil ein förmlicher und gegenseitiger Anerkennungsakt hier gerade nicht erforderlich ist⁴⁴.

Bereits die Grundfreiheiten des EGV selbst enthalten Pflichten zu gegenseitiger Anerkennung. Der EuGH hat insbesondere den Normgehalt des Art. 30 EGV in dieser Richtung akzentuiert, indem er aus der Warenverkehrsfreiheit das sog. Herkunftslandprinzip abgeleitet hat. Grundlegend hierfür war die Entscheidung in der Rechtssache *cassis-de Dijon*, in dem der EuGH entschied, daß es keinen stichhaltigen Grund dafür gäbe, zu verhindern, daß in einem Mitgliedstaat regelmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden. Im Ergebnis kommt dies einer völligen Anerkennung der fremden Zulassungsentscheidung im eigenen Hoheitsgebiet gleich⁴⁵.

Ihre hervorgehobene Bedeutung verdankt die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung jedoch dem Umstand, daß das Richtlinienrecht im Zuge der sog. „neuen Strategie“ zur Herstellung des Binnenmarktes in zunehmendem Maße von dieser Anordnung Gebrauch macht⁴⁶. Exemplarisch ist die nach Art. 57 EGV erlassene Richtlinie über die gegenseitige Anerkennung von Hochschuldiplomen⁴⁷. Diese Richtlinie ist vorzüglich geeignet, die mit dem transnationalen Verwaltungsakt verbundenen dogmatischen Schwierigkeiten zu demonstrieren, denn sie erfaßt fachübergreifend alle Hochschulabschlüsse, verzichtet aber - abgesehen von der Mindeststudienzeit - auf materielle Mindestvoraussetzungen; sie ist allein vom Prinzip des gegenseitigen Ver-

43 Vgl. etwa LUX, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 1994, Art. 37 Rn. 13; JOERGES, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff zum 70. Geburtstag, 1990, 1247 (1254); NESSLER, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, 5 ff.

44 Wie hier MATTHIES/BORRIES, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Stand Okt. 1996, Art. 30 Rn. 26.

45 Vgl. EuGH - Rewe (Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon“)) - Slg. 1979, 649 (664); STREINZ, Europarecht, 3. Aufl., 1996, Rn. 935. Dazu sowie weiteren Ansatzpunkten für die gegenseitige Anerkennung im primären Gemeinschaftsrecht SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (340 f.); NESSLER, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, 13 ff.

46 Zur „neuen Strategie“ vgl. JOERGES, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff zum 70. Geburtstag, 1990, 1247 (1249 ff.); STREINZ, Europarecht, 3. Aufl., 1996, Rn. 916; NESSLER, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, 8 f.

47 RL 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989 L 19, 16, vgl. dazu auch RL 92/51 (EWG des Rates vom 18.6.1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48 (EWG, ABl. 1992 L 209, 25).

trauens getragen⁴⁸. Verlangt ist damit die Anerkennung von Verwaltungsakten, die von einem anderen Mitgliedstaat allein nach dessen eigenen materiellen Maßstäben erlassen worden sind, ohne daß eine Harmonisierung des zugrundeliegenden materiellen Rechts stattgefunden hätte⁴⁹.

Wendet man auf diese Situation die dargestellten Grundsätze demokratischer Legitimation an, so ergibt sich folgendes Bild: legitimationsbedürftiger Akt deutscher Staatsgewalt ist die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Anerkennung von Hochschuldiplomen aus dem EG-Ausland. Seinen Geltungsgrund findet der fremde Verwaltungsakt somit im Gemeinschaftsrecht. Es ist sicherlich richtig, wenn SCHMIDT-ASSMANN⁵⁰ feststellt, daß die Anerkennung von Hochschuldiplomen „Ausdruck der Hoheitsgewalt eines fremden Staates“ ist, der als europarechtlich begründeter Verzicht der übrigen Mitgliedstaaten interpretiert werden kann, „ihr eigenes Verwaltungsrecht auf einen bestimmten Vorgang anzuwenden“⁵¹. Die in diesem Zusammenhang aufgestellte Behauptung, daß für die Anerkennung von Verwaltungsakten anderer Mitgliedstaaten durch die Bundesrepublik „nicht einmal mittelbar oder partiell eine Legitimationsteilhabe deutscher Stellen konstruierbar ist“⁵², wird im folgenden noch näher zu untersuchen sein.

III. Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und Verwerfungspflicht

1. Zu den grundlegenden und intensiv diskutierten Fragen des Gemeinschaftsrechts gehört sein Verhältnis zum nationalen Recht der Mitgliedstaaten. Das Gemeinschaftsrecht enthält keine ausdrückliche Kollisionsregel⁵³.

48 STREINZ, *Europarecht*, 3. Aufl., 1996, Rn. 938; SCHWEITZER/HUMMER, *Europarecht*, 5. Aufl. 1996, 1203; zusammenfassend zu dem - im Text auf das Wesentliche verkürzten - Inhalt der Hochschuldiplomanerkennungsrichtlinie RANDELZHOFFER, in: Grabitz/Hilf, *Kommentar zur Europäischen Union*, Stand Okt. 1996, Art. 57 Rn. 12a.

49 Es ist gerade der Zweck der Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung, ohne eine Rechtsangleichung im einzelnen, die durch das unterschiedliche materielle Recht bedingten Hindernisse des freien Wirtschaftsverkehrs zu beseitigen. Im Bereich der Hochschulausbildung jedoch liegen die inhaltlichen Anforderungen der einzelnen Mitgliedstaaten besonders weit auseinander. Vgl. dazu und zu den Abstimmungsschwierigkeiten der Mitgliedstaaten, die schließlich zur Hochschuldiplomanerkennungsrichtlinie geführt haben, STREINZ, *Europarecht*, 3. Aufl., 1996, Rn. 938.

50 SCHMIDT-ASSMANN, DVBl. 1993, 924 (935 f.), ähnlich DERS., AöR 116 (1991), 329 (341).

51 So SCHMIDT-ASSMANN, DVBl. 1993, 924 (936) unter Berufung auf Engel.

52 SCHMIDT-ASSMANN, DVBl. 1993, 924 (935 f.), ähnlich DERS., AöR 116 (1991), 329 (341).

53 STREINZ, *Europarecht*, 3. Aufl. 1996, Rn. 171; JAMRAITH, *Normenkontrolle der Verwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1993, 69. Anhaltspunkte liefern insoweit die Art. 5 und 189 II EGV, vgl. JARASS, *Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, 1994, 1, FN 1. Mitunter werden auch die Art. 14 II EGKSV und 161 II EAGV als Kollisionsnormen gelesen, vgl. SCHWEITZER/HUMMER, *Europarecht*, 5. Aufl. 1996, Rn. 849.

Der EuGH geht seit der Entscheidung in der Rechtssache Costa/ENEL in ständiger Rechtsprechung von einem generellen Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht jeglicher Rangstufe aus. Zur Begründung führt er den eigenständigen Charakter des Gemeinschaftsrechts und die Notwendigkeit des Vorrangs für die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft an⁵⁴. Nach dem Konzept des EuGH geht der Vorrang des Gemeinschaftsrechts sehr weit: Das nationale Recht muß auch dann weichen, wenn es später erlassen wurde; die lex-posterior-Regel gilt hier nicht; ebenfalls unanwendbar ist die lex-specialis-Regel, was bedeutet, daß sich das Gemeinschaftsrecht auch dann durchsetzt, wenn es von allgemeinerer Natur ist⁵⁵. Nach h.M. ist der Vorrang als Anwendungsvorrang, nicht als Geltungsvorrang zu verstehen, so daß die dem Gemeinschaftsrecht widersprechende mitgliedstaatliche Norm lediglich im Kollisionsfall unangewendet bleibt. Diese Konstruktion läßt also die Norm in ihrer Existenz unberührt⁵⁶. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ist mittlerweile grundsätzlich anerkannt und gehört zu den konstituierenden Elementen der Gemeinschaftsrechtsordnung⁵⁷. Er setzt voraus, daß das EG-Recht nicht allein Pflichten für die Mitgliedstaaten festlegt, sondern

54 EuGH - Costa (ENEL - Slg. 1964, 1251 (1270 f.)). Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Verfassungsrecht vgl. Urteil des EuGH in der Rechtssache Staatliche Finanzverwaltung (S.p.A. Simmenthal, Slg. 1978, 629 (643 ff.)); 1990, I-2433 (2473); deutlich insbesondere EuGH - Internationale Handelsgesellschaft (Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel - Slg. 1970, 1125 (1135): „Daher kann es die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in der ihnen von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung seien verletzt.“ (zit. nach ZULEEG, VVDStRL 53 (1994), 154 [165 (FN 49)]).

55 JARASS, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, 1 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH.

56 EuGH - Helga Nimz (Freie und Hansestadt Hamburg - Slg. 1991, I-297 [321]); SCHWARZE, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1. Aufl. 1996, 123 (133); MÖGELE, BayVBl. 1993, 552 (554); ZULEEG, VVDStRL 53 (1994), 154 (160 f.) m.w.N.; Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, 2 f.; STREINZ, Europarecht, 3. Aufl. 1996, Rn. 200. Nach JARASS, a.a.O., 3, bleibt allerdings die Folge der Unanwendbarkeit im praktischen Ergebnis nur wenig hinter der Nichtigkeit zurück.

57 Das ist alles andere als selbstverständlich, denn der Vorranganspruch ist, wie SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (293), zu Recht bemerkt „in gewisser Weise revolutionär“. Vgl. zum Anwendungsvorrang BVerfGE 73, 339 (375) - Solange II; 75, 223 (244); 85, 191 (204); BVerwG, NVwZ 1992, 784; sowie MÖGELE, BayVBl. 1993, 552 (554); SCHMIDT-ASSMANN, DVBl. 1993, 924 (930), FN 71 mit Hinweis auf Verfassungslage und Rechtsprechung in Frankreich; JARASS, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, 2 f. m.w.N.; SCHWEITZER/HUMMER, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 845 ff. m.w.N.

auch innerstaatlich gilt⁵⁸. Die Menge der europäischen Rechtsakte, die dergestalt unmittelbare Verbindlichkeit gegenüber den nationalen Verwaltungsbehörden beansprucht, wächst nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Geltung nicht rechtzeitig umgesetzter Richtlinien.

Die dargestellte Lösung der Kollision zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht im Wege des Anwendungsvorrangs hat Bedeutung für die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht, einem zentralen Element der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation. Die Bindung der Verwaltung an das deutsche Recht wird durch die vorrangige Beachtlichkeit des unmittelbar geltenden EG-Rechts überlagert. Die Vorrangregel führt zu einer *materiellrechtlichen* Veränderung hinsichtlich der Maßstäbe, die die vollziehende Gewalt zu beachten hat. Es wäre allerdings verfehlt, bereits darin eine Beeinträchtigung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sehen, denn man kann auch die europarechtlichen Bindungsmaßstäbe unter die Begriffe „Gesetz und Recht“ i.S.v. Art. 20 III GG fassen⁵⁹.

2. Der EuGH hat es nicht bei der Statuierung einer materiellrechtlichen Kollisionsregel bewenden lassen; er hat daraus auch Folgerungen für die *verfahrensrechtliche* Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts gezogen. In der Rechtssache Costanzo hat er im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 177 EGV eine *Prüfungs- und Verwerfungspflicht* der mitgliedstaatlichen Verwaltung gegenüber mitgliedstaatlichem Recht bejaht⁶⁰. Danach sind die Verwaltungen gehalten, zunächst die von ihnen anzuwendenden Bestimmungen des nationalen Rechts auf ihre Vereinbarkeit mit EG-Recht hin zu überprüfen (Legal Review) und sie gemeinschaftsrechtskonform auszulegen⁶¹. Läßt sich der Widerspruch auf diesem Wege nicht beheben, darf das nationale Recht wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden. Die

58 ZULEEG, VVDStRL 53 (1994), 154 (163); detailliert zu den Voraussetzungen des Anwendungsvorrangs Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, 3 ff.

59 BVerfGE 74, 241 (248 f.; Schmidt-Aßmann/Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, 745 (754 f.); JARASS, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1995, Art. 20 Rn. 26. Kritisch bereits zum Anwendungsvorrang SCHMIDT-ASSMANN, DVBl. 1993, 924 (931), der bereits hier Spannungen in den Legitimationsgrundlagen angelegt sieht.

60 EuGH - Fratelli Costanzo SpA (Stadt Mailand - Slg. 1989, 1839 (1871)).

61 EuGH - Marleasing SA (La Comercial Internacional de Alimentación SA - Slg. 1990, I-4135 [4159]); M. ZULEEG, VVDStRL 53 (1994), 154 (166); JARASS, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, 100. Vgl. auch die zahlreichen Nachweise bei SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (295) (FN 25), 316.

vom EuGH verordnete Verwerfungspflicht⁶² der Exekutive erstreckt sich auch auf mitgliedstaatliche Parlamentsgesetze und kommt selbst dann zum Tragen, wenn nationales Recht gegen unmittelbar anwendbare Richtlinien verstößt⁶³.

Im Vergleich zum oben behandelten Anwendungsvorrang stellt der Gesetzesdispens von Verwaltungen ein eigenständiges Problem dar. Es ist insbesondere darauf hinzuweisen, daß die Verwerfungspflicht keineswegs die logische Folge von Vorrang und unmittelbarer Wirkung Gemeinschaftsrechts ist, denn die materiellrechtliche Entscheidung über das im konkreten Fall zur Anwendung kommende Recht präjudiziert in keiner Weise die Frage, wer diese Entscheidung in welchem Verfahren zu treffen hat⁶⁴. Mit der Verwerfungspflicht der Exekutive trifft das Gemeinschaftsrecht vielmehr eine neue, konstitutive Entscheidung auf der Verfahrens- oder Rechtsverwirklichungsebene⁶⁵, die schwerwiegende Fragen hinsichtlich der demokratischen Legitimation aufwirft.

Ein strukturverwandtes Problem wird im öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland seit langem diskutiert. Trivial ist die Erkenntnis, daß in materiellrechtlicher Hinsicht das Bundesgesetz unter der Verfassung steht und ein verfassungswidriges Gesetz nichtig ist. Höchst streitig und noch immer nicht endgültig entschieden ist dagegen die *verfahrensrechtliche* Frage, wer befugt ist, die Norm auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu prüfen und sie gegebenenfalls zu verwerfen⁶⁶. Eignigkeit besteht insoweit, als die Organe der Regierung und Verwaltung das Recht und

62 Für die Pflicht zur Nichtanwendung gemeinschaftsrechtswidrigen mitgliedstaatlichen Rechts hat sich die Bezeichnung „Verwerfungspflicht“ eingebürgert, obwohl die Norm - dem dahinterstehenden Anwendungsvorrang entsprechend - lediglich im konkreten Fall ohne Anwendung bleibt und dadurch nicht „aus der Welt geschafft“ wird. Trotzdem ist der Verwerfungsbegriff berechtigt, denn mit der Nichtanwendung der Norm wird deren allgemeiner Anwendungsbefehl durchbrochen, sie wird -inzident - verworfen, vgl. JAMRATH, Normenkontrolle der Verwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1993, 37; ebenso PIETZCKER, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, 1095 (1099 f.).

63 EuGH - Fratelli Costanzo SpA (Stadt Mailand - Slg. 1989, 1839 [1871]); SCHWARZE, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, 123 (133); SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (317) m.w.N.; JARASS, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, 100 f.

64 Wie hier PIETZCKER, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, 1095 (1101). A.A. JARASS, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, 105: „Dogmatisch stellt die Verwerfungspflicht eine Folge des Vorrangs des EG-Rechts dar.“ sowie MÖGELE, BayVBl. 1993, 552 (554): „Diese Konzeption ist durchaus folgerichtig.“.

65 PIETZCKER, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, 1095 (1101), sieht in der dogmatischen Vernachlässigung der Zuständigkeits- und Verfahrensfrage „einen Mangel an Problemerkfassung“.

66 Vgl. die Nachweise bei MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997; § 4 Rn. 46.

die Pflicht haben, die von ihnen anzuwendenden Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu prüfen und die Vereinbarkeit beider Normen festzustellen; dies ist eine Folge des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 III GG), der die Beachtung der Rangordnung der Rechtsnormen verlangt⁶⁷. Hinsichtlich der Verwerfungs-kompetenz ist es wohl h.M., daß die Verwaltung förmliche nachkonstitutionelle Gesetze nicht selbst verwerfen darf, sondern ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG einzuleiten hat⁶⁸. Zur Begründung beruft sich ROMAN HERZOG⁶⁹ zutreffend auf einen Erst-recht-Schluß aus Art. 100 I GG: Wenn schon die Gerichte, die das Grundgesetz mit einem bis ans Äußerste gehenden Rechtsstatus ausgestattet habe, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nicht von sich aus verbindlich feststellen dürften, komme eine solche Verwerfungs-kompetenz bei der Exekutive um so weniger in Betracht. Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 I GG gibt schlagend Auskunft über die Position des Parlaments im Staatsgefüge des Grundgesetzes: Es soll die Autorität des unter der Herrschaft des Grundgesetzes tätig gewordenen Gesetzgebers wahren und verhüten, daß sich jedes einzelne Gericht über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, indem es die von ihm erlassenen Gesetze nicht anwendet⁷⁰. Diese Norm wahrt damit das durch den Legitimationsvorsprung des Parlaments begründete Rangverhältnis zwischen den Gewalten, das es auch der Exekutive verbietet, die Entscheidungen des Parlaments zu ignorieren⁷¹.

Der kurze Ausflug in das deutsche Staats- und Verwaltungsrecht soll als Hintergrund für die hier interessierende Kollision zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht dienen. Zur Verdeutlichung der Schwierigkeiten sei der Fall eines Bundesgesetzes angeführt, das der parlamentarische Gesetzgeber

67 Vgl. statt aller HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1980, Art. 20 VI Rn. 30; JARASS, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1997, Art. 20 Rn. 27; JAMRATH, Normenkontrolle der Verwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1993, 33 ff. m.w.N.

68 HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1980, Art. 20 VI Rn. 30 f.; JARASS, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1997, Art. 20 Rn. 27; KUNIG, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 1 Rn. 61; BADURA, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 37 Rn. 25; PIETZCKER, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, 1095 (1100) m.w.N. auch zur Gegenansicht.

69 HERZOG, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Bearb. Juni 1980, Art. 20 VI Rn. 30; dieses Argument ist jedoch nicht ohne Widerspruch, vgl. etwa MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997; § 4 Rn. 46; JAMRATH, Normenkontrolle der Verwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1993, 48 f.

70 BVerfGE 68, 337 (344 f.); 86, 71 (77).

71 Weitere Argumente gegen die Verwerfungs-kompetenz der Verwaltung bei einer Kollision zwischen Bundesgesetz und Grundgesetz finden sich bei JAMRATH, Normenkontrolle der Verwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1993, 37 ff., der zwar mit der grundgesetzlichen Funktionengliederung argumentiert, dabei aber das durch das Demokratieprinzip begründete Rangverhältnis unter den Gewalten völlig außer acht läßt.

zeitlich nach der kollidierenden europarechtlichen Maßstabnorm erlassen hat. In dieser Konstellation ist der Gesetzgeber regelmäßig der Ansicht, die von ihm erlassene Vorschrift stehe im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Gesteht man hier mit dem EuGH der Exekutive die Kompetenz zu, aus eigener Erkenntnis der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit das Gesetz unangewendet zu lassen, so bedeutet dies, daß die Einschätzung der Verwaltung Vorrang hat vor der des Gesetzgebers. Die europarechtliche Verwerfungspflicht relativiert nicht nur die Gesetzesbindung der Verwaltung⁷², sie setzt sich auch über die Legitimationshierarchie unter den Gewalten hinweg.

Die umfängliche Verwerfungspflicht der vollziehenden Gewalt hinsichtlich gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Gesetze stellt damit eine signifikante Abweichung vom Konzept demokratischer Verwaltungslegitimation nach Art. 20 II GG dar⁷³, so daß eine Verletzung des grundgesetzlich geforderten Legitimationsstandards möglich erscheint.

3. Bisher war stets von „der Verwaltung“ insgesamt die Rede, doch die ist kein monolithischer Block, sondern besteht in der Bundesrepublik Deutschland aus einer Vielzahl von Verwaltungsträgern, für die wiederum viele verschiedene Organe und Organwalter tätig sind. Die gemeinschaftsrechtlich geforderte Verwerfungspflicht führt daher sogleich zu der weiteren Zuständigkeitsfrage, ob denn die Befugnis, Parlamentsgesetze unangewendet zu lassen, jeder Behörde oder sogar jedem Amtswalter zukommen soll. Noch problematischer erscheint die Lage aus der Sicht des einzelnen Beamten, wenn zusätzlich eine Weisung oder eine Verwaltungsvorschrift besteht, die ihn zu einem seiner Ansicht nach gemeinschaftsrechtswidrigen Amtshandeln anhält. Es geht also darum, ob die Verwerfungsbefugnis hinsichtlich innerstaatlichen Rechts zugleich Dispens von bindenden innenrechtlichen Weisungen gewährt.

Nach MANFRED ZULEEG⁷⁴ gebiete im Falle eines Widerspruchs zwischen dem Gemeinschaftsrecht einerseits und einer Verwaltungsvorschrift oder Einzelweisung andererseits die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, daß die Gehorsamspflicht in einer solchen Situation zurücktrete. Zum Beleg dieser An-

72 So SCHWARZE, in: ders. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, 123 (133); SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 289 (317).

73 Wie hier PIETZCKER, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Everling*, Bd. II, 1995, 1095 (1104); bemerkenswert SCHEUING, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 289 (319), der der vom EuGH konzipierten Verwerfungspflicht „anarchische Züge“ bescheinigt. Keine wesentlichen Probleme bei der Verwerfungspflicht sehen dagegen MÖGELE, *BayVBl.* 1993, 552 (554); SCHWARZE, in: ders. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1. Aufl. 1996, 123 (214).

74 ZULEEG, *VVDStRL* 53 (1994), 154 (189), 200 (These 50).

sicht zitiert ZULEEG die Costanzo-Entscheidung des EuGH⁷⁵. Die einschlägigen Passagen sind allerdings nicht ganz eindeutig, sie seien deshalb im Wortlaut zitiert:

„Wenn die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes einzuhaltenden Voraussetzungen dafür erfüllt sind, daß die einzelnen sich vor Gericht auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen können, sind folglich alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften verpflichtet, diese Bestimmungen anzuwenden.“⁷⁶

„Der einzelne ist daher berechtigt, sich vor den nationalen Gerichten auf diese Bestimmungen zu stützen, und *alle Träger der Verwaltung* einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften sind - wie sich aus dem Vorstehenden ergibt - verpflichtet, sie anzuwenden.“⁷⁷

Deutlicher noch tritt die Ansicht des EuGH in der englischen Fassung des Urteils hervor, wo im zweiten Zitat statt „alle Träger der Verwaltung“ die Worte „all organs of the administration“ zu lesen sind⁷⁸. Nach der Rechtsprechung des EuGH hat jedes einzelne Gericht und damit nach deutscher Gerichtsverfassung jeder einzelne Spruchkörper bis hinunter zum Amtsrichter die Rechtsmacht, gemeinschaftsrechtswidrige nationale Bestimmungen aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet zu lassen, ohne die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch ein anderes verfassungsrechtliches Verfahren abwarten zu müssen⁷⁹. In der Entscheidung zur Rechtssache Costanzo parallelisiert der EuGH Verwaltung und Gerichte, woraus zu schließen ist, daß die Entscheider in beiden Gewalten die gleiche Entscheidungsmacht und Selbständigkeit genießen sollen⁸⁰. Die Folgen für den öffentlichen Dienst sind um so gravieren-

75 Vgl. ZULEEG, VVDStRL 53 (1994), 154 (189), FN 181.

76 EuGH - Fratelli Costanzo SpA (Stadt Mailand - Slg. 1989, 1839 [1871]), Rn. 31.

77 EuGH - Fratelli Costanzo SpA (Stadt Mailand - Slg. 1989, 1839 [1871]), Rn. 32 (Hervorhebung durch den Verfasser).

78 Englische Fassung zitiert nach SUVRANTA, VerwArch. 1997, 439 (451).

79 EuGH - Staatliche Finanzverwaltung (S.p.a. Simmenthal - Slg. 1978, 629 Rn. 24).

80 Ebenso SCHOCH, JZ 1995, 109 (111), FN 28, 29. A.A. SUVRANTA, VerwArch. 1997, 439 (452 f.), nach dem sich die Gleichstellung von Gerichten und Verwaltungsbehörden im Costanzo-Urteil nicht auf die gemeinschaftsrechtliche Selbständigkeit der innerstaatlichen Gerichte erstreckt. Diese - einschränkende - Auslegung des Urteils hat angesichts der Rechtsprechung des EuGH jedoch nur geringe Wahrscheinlichkeit für sich. Wiederholt hat der EuGH ausgesprochen, daß vollziehende und rechtsprechende Gewalt gleichermaßen gehalten sind, dem Gemeinschaftsrecht Wirkung zu verschaffen, vgl. etwa. EuGH - von Colson und Kamann (Land Nordrhein-Westfalen - Slg. 1984, 1891 [1909]); - Kolpinghuis Nijmegen - Slg. 1987, 3969 (3986). Stellt man die hohe Bedeutung, die der EuGH der einheitlichen Geltung und vollständigen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zumißt, in Rechnung, so liegt es nahe, daß er den Verwaltungsbehörden die gleichen Instrumente zur Erfüllung ihrer Aufgaben in die Hand geben wollte wie den Gerichten.

der, als die Weisungsgebundenheit nur zugunsten, nicht auch zu Lasten des Europarechts aufgehoben wird. Hält also ein Vorgesetzter in der Hierarchiekette das nationale Gesetz für europarechtswidrig, könnte er bindend anweisen, während er selbst an eine gegenteilige Weisung von oben nicht gebunden wäre⁸¹.

Die Aufhebung der Gehorsamspflicht des Beamten bedeutet nicht nur einen tiefen Einschnitt in traditionelle und bewährte Regeln des öffentlichen Dienstes oder eine die Funktionsfähigkeit der Verwaltung betreffende Modifikation⁸², sie bedeutet darüber hinaus eine Beeinträchtigung der demokratischen Grundlagen der Bundesrepublik Deutschland. Die Weisungs- und Aufsichtsrechte der dem Parlament verantwortlichen und von diesem kontrollierten Minister sind neben der allgemeinen Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht der Hauptpfad, auf dem die materielle demokratische Legitimation der Verwaltung vermittelt wird. Durch die partielle Lösung der Beamten aus dem Weisungszusammenhang werden beide Stränge inhaltlicher Rückbindung an das Volk ausgedünnt. Die Gehorsamspflicht der Beamten nach §§ 37 S. 2 BRRG, 55 S. 2 BBG und den entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtengesetze ist nämlich die unverzichtbare Grundlage für die Verantwortlichkeit der Minister gegenüber dem Parlament hinsichtlich aller Vorgänge in ihren Ressorts. Ohne die Pflicht der Beamten, den dienstlichen Anordnungen ihrer Vorgesetzten zu gehorchen, ist zudem der Vollzug der von der Volksvertretung beschlossenen Gesetze durch die Verwaltung nicht möglich⁸³.

Es ist daher äußerst zweifelhaft, ob eine Entscheidung, die ein Amtswalter unter Mißachtung einer innerdienstlichen Weisung und unter Nichtanwendung eines nationalen Parlamentsgesetzes getroffen hat, noch das erforderliche Legitimationsniveau erreicht.

D. Rechtfertigungsstrategie

Es hat sich gezeigt, daß Verwaltungsentscheidungen unter europarechtlichem Einfluß unter einem gefährlichen Mangel demokratischer Legitimation leiden können. Der Prozeß der europäischen Integration setzt die Prinzipien der

81 So PIETZCKER, in: Duc/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, 1095 (1107).

82 Vgl. die Kritik VOGELS an Zuleeg, VVDStRL 53 (1994), 240 (242) (Diskussionsbeitrag).

83 So die einhellige Meinung im beamtenrechtlichen Schrifttum, vgl. etwa LEMHÖFER, in: Plog/Wiedow/Beck/Lemhöfer, Kommentar zum BBG, Stand Sept. 1996, § 55 Rn. 4; ULE, Beamtenrecht, 1970, § 37 BRRG, Rn. 3; WAGNER, Beamtenrecht, 3. Aufl. 1991, Rn. 213.

parlamentarischen Demokratie, wie sie das Grundgesetz ausgeformt hat, erheblich unter Druck. Diese Probleme betreffen den Kern der Staatsstruktur der Bundesrepublik Deutschland; das Bundesverfassungsgericht hat das im Maastricht-Urteil⁸⁴ mit aller Deutlichkeit betont:

„Zu dem gemäß Art. 79 III GG nicht antastbaren Gehalt des Demokratieprinzips gehört, daß die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse sich auf das Staatsvolk zurückführen lassen und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortet werden. Dieser notwendige Zusammenhang läßt sich auf verschiedene Weise, nicht nur in einer bestimmten Form herstellen. *Entscheidend ist, daß ein hinreichend effektiver Gehalt an demokratischer Legitimation, ein bestimmtes Legitimationsniveau, erreicht wird* (vgl. BVerfGE 83, 60 [72]).“

Nach dieser Passage ist eine Unterschreitung des vom Grundgesetz geforderten Legitimationsniveaus nicht hinnehmbar⁸⁵.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht mehrfach betont, daß das Grundgesetz von der Eingliederung des von ihm verfaßten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft ausgeht (Präambel, Art. 24 bis 26), so daß auch das Demokratieprinzip im Licht dieser Einordnung zu sehen ist⁸⁶. Das Staatsziel der europäischen Integration macht deutlich, daß das Demokratieprinzip die Bundesrepublik auch nicht an einer Mitgliedschaft in einer supranational organisierten zwischenstaatlichen Gemeinschaft hindert⁸⁷. Beim Verhältnis von Art. 23 I 1 und 20 II GG handelt es sich um eine, im Wege praktischer Konkordanz zu lösende, Prinzipienkollision, nicht um eine Ausnahme-Regel-Relation. Hieraus folgt: das Grundgesetz enthält keineswegs ein striktes Verbot der Einwirkungen einer durch das deutsche Staatsvolk nicht legitimierten Hoheitsgewalt⁸⁸. Mit der Verfassungsentscheidung für eine offene Staatlichkeit⁸⁹ ist lediglich verlangt, daß Durchgriffsakte zwischenstaatlicher Einrichtungen bzw. der Europäischen Union die elementaren verfassungsrechtlichen Schutzgüter des Art. 20 I GG wahren, konkret kein Einbruch in die unverfügbaren Grundstrukturen demokratischer Staatlichkeit erfolgt. Zu Recht wird betont⁹⁰, daß das Legitimationsbedürfnis vor allem durch die Gesetzesform des Übertragungsaktes gewährleistet wird. Inwieweit ein weiterer Teil dadurch abgedeckt wird, daß Vertreter deutscher Staatsgewalt „ihre eigene demokratische Legitimation in ihr Ent-

84 BVerfGE 89, 155 (182) (Hervorhebung durch den Verfasser).

85 Vgl. auch PERNICE, in Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 1995, § 191, Rn. 38 f.

86 BVerfGE 63, 343 (370).

87 BVerfGE 89, 155 (184).

88 Vgl. RAUSER, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten, 1991, 246 ff.

89 Vgl. VOGEL, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; TOMUSCHAT, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 1992, § 172.

90 Vgl. SCHMIDT-ASSMANN, AöR 116 (1991), 329 (340).

scheidungsverhalten in den Gremien der zwischenstaatlichen Einrichtung einbringen“⁹¹ ist zweifelhaft, denn einmal handelt es sich bei den betroffenen Hoheitsakten um die einer originären Hoheitsgewalt, und nicht um derivative Rechtstitel, zum anderen würde die Herleitung von Legitimation durch die jeweilige nationalstaatliche Legitimation zu einer Verwischung der Verantwortungszusammenhänge führen. An diesem Befund ändert sich nichts durch die unbestreitbare Tatsache, daß sich die Hoheitsgewalt der EU aus der Mitgliedschaft der Staaten ableitet⁹².

Die Antwort liegt in Art. 23 GG n.F. und reduziert sich schließlich auf zwei Fragen. Zum einen ist zu prüfen, ob die Hoheitsrechte auf eine Europäische Union übertragen werden, „die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen“ verpflichtet ist, d.h. es kommt im wesentlichen darauf an, ob die Europäische Union den demokratischen Anforderungen im Sinne der nationalen Verfassungstradition der europäischen Staaten genügt⁹³ und zum zweiten, ob der Übertragungsakt nach Satz 2 des Art. 23 GG n.F. erfolgt, d.h. ein einfaches Zustimmungsgesetz genügt, oder aber, ob die dort in Satz 3 genannte Zwei-Drittel-Mehrheit erforderlich ist. Im letztgenannten Fall muß zudem die Garantie des Art. 79 III GG beachtet werden. Die Abgrenzung von Art. 23 I 2 GG und Art. 23 I 3 GG fordert ein klares, qualitativ differenziertes Kriterium, das sich nach dem materiell-rechtlichen Gehalt der jeweiligen Hoheitsübertragung richtet. Die genaue Grenze abstrakt festzulegen, fällt schwer. Die vom Bundestags-Sonderausschuß „Europäische Union (Vertrag von Maastricht)“ entwickelte Faustregel kann nur durch die allmähliche Herausbildung von Fallgruppen konkretisiert werden. Sie lautet: „Art. 23 I 2 erlaubt Hoheitsübertragungen bis zu der Grenze, wo aus verfassungsrechtlichen Gründen ein neuer Vertrag oder eine Änderung der vertraglichen Grundlagen nötig wäre“⁹⁴. Auch der von der *Gemeinsamen Verfassungskommission* entwickelte Begriff der „Verfassungsrelevanz“ mag weiterhelfen⁹⁵.

91 So aber SCHMIDT-ASSMANN, AÖR 116 (1991), 329 (340).

92 Vgl. KIRCHHOF, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 1992, § 183, Rn. 64.

93 Siehe DOHRING, DVBl. 1997, 1133 (1137).

94 BT-Drucks. 12/3896, 18.

95 Näheres bei SCHOLZ, in: Maunz-Dürig, Komm. zum GG, Bearb. Okt. 1996, Art. 23 Rn. 83; zur Entwicklung von Fallgruppen siehe SCHOLZ, a.a.O., Rn. 86.