

Und wieder ist ein fortschrittliches, wegweisendes Entsorgungsprojekt zu tragen: Das Projekt einer Aluminiumschmelze mit kombinierter Abfallverbrennung ist tot. 6 Jahre (!) nach der Einreichung des Projekts hat der Genehmigungsgeber das Handtuch geworfen und ein Kaufanbot der NÖ Betriebsanstellungsgesellschaft angenommen. Der bittere Nachgeschmack bleibt. Selten zuvor gab es ein Entsorgungsvorhaben, das aus ökologischer, abfallwirtschaftlicher, technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht so einhellig befürwortet wurde. ... Es hat alles nichts genützt.“

Wenngleich *Essential Injustice* wenig konkreten Rat für Praktiker des Umweltrechts bereithält und Abfallbehandlungskonflikte letztlich nur den illustrativen Ausgangspunkt für sehr grundsätzliche Überlegungen darstellen – gerade in Zeiten, in denen das Umweltrecht primär im Dienst von Deregulierung, Standort-sicherung und Verfahrensbeschleunigung steht –, erscheint es in höchstem Maße angebracht, daß Umweltjuristen sich auch mit dem Entstehen von Umweltkonflikten auseinandersetzen und Überlegungen zur Leistungsfähigkeit des Rechts bei der Lösung dieser Konflikte anstellen. *Essential Injustice* bietet dafür einen interessanten und höchst anregenden Anlaß.

Verena Madner

**Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration.** Von *Thomas von Danwitz*. Schriftenreihe Jus Publicum, Beiträge zum öffentlichen Recht, Band 17. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996. XVIII, 560 Seiten, Leinen, DM 218,-.

Anders als für Österreich, das mit dem Beitritt zur Europäischen Union den bereits weit fortgeschrittenen *aquis communautaire* auf einmal zu übernehmen hatte, wurde für das EG-Gründungsmitglied Deutschland die Intensität der Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das eigene Verwaltungsrecht erst nach und nach durch die Rechtsprechung des EuGH deutlich. Die Habilitationsschrift *von Danwitz* gehört zu jenen Publikationen der jüngsten Zeit, die diese Einwirkungen nicht punktuell oder sachbereichsspezifisch, sondern auf systematischer Ebene – eben für das allgemeine Verwaltungsrecht – zu erfassen und zu bewerten versuchen.

Die Arbeit ist in fünf Teile gegliedert. Zunächst entwickelt *von Danwitz* ein „System des deutschen allgemeinen Verwaltungsrechts“, dem er die Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft und deren systemprägende Elemente gegenüberstellt. Danach behandelt er die für das deutsche Verwaltungsrecht systemverändernden Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts und die ihnen zugrundeliegenden Mechanismen und Funktionsbedingungen. Abschließend geht es um die Perspektiven für die weitere Entwicklung zu einem „europäischen“ Verwaltungsrecht.

Die Bestandsaufnahme der ersten drei Teile führt *von Danwitz* zu dem Ergebnis, daß die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts „sämtliche Kernbereiche der verwaltungsrechtlichen Systematik“ betreffen und überwiegend „von den grundlegenden Wertungen der bestehenden Systematik des Verwaltungsrechts nicht mehr bewältigt werden können“ (334). Systemverändernde Effekte sieht *von Danwitz* unter anderem in der Abkehr von der Gesetzesbindung durch die Pflicht nationaler Verwaltungsorgane, EG-widrige nationale Normen im Konfliktfall nicht anzuwenden; in den von grundgesetzlichen Anforderungen abweichenden Vorgaben bei der Wahl der Handlungsform (Stichwort: unzulässige Umsetzung von Umweltrichtlinien als nur beschränkt außenwirksame „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften“); in einer mit der deutschen Schutznormtheorie unvereinbaren, extrem großzügigen Ableitung subjektiver Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht (Stichwort: Umweltsorgestandards) – was dann den deutschen Individualrechtsschutz in objektive Rechtskontrolle umkippen lasse und mit der

hohen verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte in Deutschland nicht zusammenpasse; in der weitgehenden Negierung des Vertrauensschutzes zugunsten von Gemeinschaftsinteressen (Stichwort: Beihilfenrückforderung); in der Umkehrung des deutschen Regel-Ausnahme-Verhältnisses beim einstweiligen Rechtsschutz zu Lasten der betroffenen Bürger (Stichwort: aufschiebende Wirkung der Anfechtung von EG-Vollzugsakten nur in Ausnahmefällen); in der Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht auch durch den Gesetzgeber (Stichwort: Francovich); und in der Einräumung von selbständigen, das heißt von der im deutschen Recht entscheidenden Betroffenheit in materiellen Rechten unabhängigen Verfahrens- und Informationsrechten der Bürger bei gleichzeitiger Senkung der materiellen Kontroll-dichte (Stichworte: UVP, Umweltinformations-RL).

Der Großteil dieser Einwirkungen beruht auf einer integrationsoffensiven Rechtsprechung des EuGH, die *von Danwitz* sehr kritisch beurteilt: Sie habe keine ausreichende Grundlage im Vertrag, beruhe auf einer Überschreitung von Organ- und Verbandskompetenzen, verkenne den Charakter des Gemeinschaftsrechts als bloßer Komplementärrechtsordnung, ignoriere die Vollzugsverantwortung der Mitgliedstaaten, setze das Interesse an der Effektivität des Gemeinschaftsrechts ohne Rücksicht auf seinen jeweiligen Inhalt und die Qualität des verdrängten nationalen Rechts absolut, übersehe den eigenen destabilisierenden Effekt auf die Gesamtstrukturen der nationalen Verwaltungsrechte und sei im übrigen inkonsequent, da gegenüber dem Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch EG-Organen selbst wesentlich mildere Maßstäbe angewendet würden, so daß auf diese Weise zwar das nationale Verwaltungsrecht erodiere, aber kein europäisches *ius commune* entstehen könne.

Für die Zukunft sei daher ein „Paradigmenwechsel“ (391, 467) unabdingbar. Eine weitere Orientierung des EuGH am „Vereinlichungsmodell“ sei disfunktional, vertragswidrig und auch unvereinbar mit dem deutschen Verfassungsrecht, weil es dem deutschen Gesetzgeber die Letztverantwortung für die systematische Gestaltung des Verwaltungsrechts entziehe; es müsse daher durch ein „Anerkennungsmodell“ ersetzt werden. Dieses respektiere die Unterschiede, den Eigenwert und den jeweiligen systematischen Zusammenhang der nationalen Verwaltungsrechte, nehme damit verbundene Effektivitätsverluste der gemeinschaftsrechtlichen Zielverwirklichung in Kauf und beschränke die Kontrolle durch den EuGH auf die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes, eines (eng verstandenen) Vereitelungsverbotes sowie der (als bloß subsidiäre Mindestgarantien wirkenden) allgemeinen Rechtsgrundsätze. Nur sachbereichsspezifisch könne das Anerkennungsmodell durch – kompetenzrechtlich gedecktes – Harmonisierungsrechtsakte ergänzt werden.

*Von Danwitz* hat ein beeindruckendes Buch vorgelegt. Zur Beweisführung wurde zwar manches zugespritzt: Gelegentlich erscheint die systemsprengende Kraft des Gemeinschaftsrechts übertrieben (etwa bei den „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften“ oder der Umweltinformation), der Einfluß deutscher Konzepte auf das Gemeinschaftsrecht (vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bis zur Verwaltungsaktdefinition im Zolkodex) im Vergleich zu französischen Elementen heruntergespielt und die systematische Geschlossenheit des deutschen Verwaltungsrechts idealisiert. Das sind freilich nur Nebenwirkungen eines – dem Autor durchaus bewußten – „typisch deutschen“ Zugangs: Er besteht im festen Glauben, daß das Recht ein über Prinzipien erschließbares, kohärentes System sei und daß darin ein besonderer, zu respektierender Wert liege; und in der intellektuell anspruchsvollen, gründlichen und konsequenten Verfolgung dieses Anspruchs. Daß von einem solchen Ansatz aus ad-hoc-Einflüsse des aus verschiedenen Traditionen gespeisten und eher pragmatisch orientierten Gemeinschaftsrechts besonders schmerzen, liegt auf der Hand. Gleichwohl – oder vielmehr gerade deswegen – ist *von Danwitz*' Werk auch für hiesige Leser höchst interessant: nicht nur wegen seiner Fülle an Anschau-



ungsmaterial zum deutschen und europäischen Recht und Rechtsdenken und seiner im Ergebnis harschen, aber durchwegs gut begründeten und weitgehend überzeugenden Kritik an der Rechtsprechung des EuGH, sondern vor allem weil es den Vergleich zu Österreich geradezu provoziert. Mögen für das österreichische Recht und seine weniger prinzipienfeste Lehre einige der dargestellten Einwirkungen auch harmloser wirken, so fordern sie doch zu systematischem Nachdenken über das eigene Recht heraus – und das besprochene Buch läßt sich dafür bestens als Leitfaden und Kontrastfolie verwenden. Daher meine Empfehlung: Lesen!

Franz Merli

**Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit.** Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa. Herausgegeben von *Knut Wolfgang Nörr* und *Thomas Oppermann*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1997. 275 Seiten, gebunden, DM 130,-.

Anläßlich des Sondertreffens der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der EU im Oktober 1998 in Pörtschach, das die zukünftige Aufgabenverteilung zwischen der Gemeinschaft/Union und den Mitgliedstaaten zum Gegenstand haben sollte, war das Subsidiaritätsprinzip wieder einmal in aller Munde. So wie in der früheren Diskussion konnte man sich auch in diesem Falle des Eindrucks kaum erwehren, daß das Prinzip Gefahr lief, allzu schnell als politisches Schlagwort und vor allem als billiger Vorwand für eine Eindämmung der Tätigkeit der Gemeinschaft, wenn nicht sogar für eine Verlangsamung der Integration mißbraucht zu werden. An der Aktualität des zu besprechenden Sammelbandes für die europäische Diskussion ist daher nicht zu zweifeln.

Er ist das Ergebnis eines Symposiums, von dem man leider nicht erfährt, wann und wo es stattgefunden hat. Die Herkunft der herausgebenden Professoren und einer überwiegenden Zahl der Teilnehmer – diese sind im Anhang aufgelistet – läßt auf die Universität Tübingen als Veranstaltungsort schließen. Die Befragung eines Zuhörers beim Symposium hat es dem Rezensenten außerdem ermöglicht, den fraglichen Zeitraum auf Sommer 1995 einzuengen.

Eine Eröffnungsrede und 14 Beiträge beleuchten das Subsidiaritätsprinzip aus anthropologischer, theologischer, staatsphilosophischer, volkswirtschaftlicher, sozialtheoretischer, (privat-)rechtstheoretischer, verfassungsrechtlicher, gemeinschaftsrechtlicher, arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Sicht.

Zu den geistesgeschichtlichen Wurzeln des Prinzips äußern sich der frühere Präsident der Corte Costituzionale *Francesco Paolo Casavola* in seiner Eröffnungsrede sowie *Alois Baumgartner*, *Peter Koslowski* und *Otfried Höffe* in ihren Beiträgen, in denen sie von der katholischen Soziallehre aus-, aber zum Teil weit darüber hinausgehen. *Zenon Bąkowski* präsentiert die Europäische Union als horizontales System, in dem verschiedene Identitäten verschränkt sind und in dem keine Einheit Souveränität über eine andere ausübt. Für ihn soll Subsidiarität bewirken, daß die Bürger auch an den Entscheidungen teilnehmen wollen (substantive subsidiarity), die näher bei ihnen getroffen werden (procedural subsidiarity). *Alfred Schüller* legt das Subsidiaritätsprinzip auf verschiedene volkswirtschaftliche Modelle zwischen Harmonisierung (Wissenszentralisierung) und Wettbewerb (Wissensdezentralisierung) um.

*Rolf Peffekoven* und *Ulrike Kirchhoff* beschäftigen sich laut Titel mit dem „deutschen und europäischen Finanzausgleich im Lichte des Subsidiaritätsprinzips“, im Text jedoch nur mit dem deutschen. Sie gehen davon aus, daß eigene Einnahmen eine Voraussetzung zur Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips sind, und konstatieren, daß eine Einnahmenautonomie der Länder gar nicht, eine Steuerhoheit der Gemeinden immerhin in begrenztem Maß verwirklicht ist. In seinem Beitrag über „Umverteilung und Subsidiarität“ setzt *Dieter Pohmer* das Subsidiaritäts-

prinzip im wesentlichen mit dem Grundsatz der Hilfe zur Selbsthilfe gleich und prüft, wie weit im deutschen Recht die sozialen Sicherungen die Leistungsfähigkeit des einzelnen berücksichtigen sollen und tatsächlich berücksichtigen.

*Roland Bieber* fügt der Diskussion über das Subsidiaritätsprinzip im Sinne des EU-Vertrags nichts Neues hinzu und kommt, nachdem er die praktischen Unzulänglichkeiten des Prinzips aufgezeigt hat, zum eher unerwarteten Schluß, daß es gleichwohl die „bedeutsamen Funktionen“ zu erfüllen vermöge, als „Symbol“ zu wirken und „nützliche Orientierungshilfen“ zu liefern. Konkreter wird *Manfred Zuleeg*, der die Justiziabilität des Prinzips grundsätzlich bejaht, dann aber das Hauptgewicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit legt, in dem seiner Ansicht nach auch das Subsidiaritätsprinzip zum Ausdruck kommt.

In beachtenswertem Gegensatz stehen die Beiträge von *Jean-Pierre Puissechet*, der in großer Offenheit die weitgehende Bedeutungslosigkeit des Subsidiaritätsprinzips im französischen Recht darstellt, und *Thomas Oppermann*, der Art 23 Abs 1 Satz 1 GG, nach dem die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mitwirkt, welche „dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist“, unterstellt, er sei ein „gleichzeitiges Bekenntnis zur Verfassungsqualität jener Subsidiaritätsaussagen, die sich dem GG an zahlreichen anderen Stellen entnehmen“ ließen. Somit liege nun auch der deutschen Verfassung der Subsidiaritätsgedanke „erkennbar als ein ungeschriebenes Strukturprinzip zugrunde“. Argumente für diese These bleibt der Autor jedoch weitgehend schuldig. Sie werden zB auch nicht in der 1994 erfolgten Änderung von Art 72 GG gesucht, von der gesagt wird, daß sie die „grundsätzliche Subsidiaritätsaussage“ lediglich „bekräftige“. Es sei dem Rezensenten die Frage erlaubt, wie sich nach dieser Auffassung die Einfügung einer analogen Bestimmung in die französische Verfassung ausgewirkt hätte.

*Wolfgang Zöllner* betont in einem Beitrag betreffend das Arbeitsrecht, daß dieses sich geradezu als Gegenmodell zur Subsidiarität entwickelt hat und daß es heute oft schon als zu intensiver Eingriff in die Privatautonomie empfunden wird. Dem Subsidiaritätsprinzip entspricht hingegen grundsätzlich das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Tarifvertragsparteien. *Knut Wolfgang Nörr* untersucht vom privatrechtstheoretischen Standpunkt, wie weit Subsidiarität Freiheit verwirklicht, und weist auf das Spannungsverhältnis hin, das daraus entsteht, daß diese „subsidiäre Freiheit“ erfolgsabhängig ist, wobei der Erfolg von der höheren Stufe beurteilt wird. *Viktor Vanberg* schließlich stellt gemeinschaftliche (communitarian) und freiheitliche (libertarian) Vorstellungen von Subsidiarität einander gegenüber. Während erstere durch Beteiligungsrechte erfüllt werden, kommt es für letztere darauf an, einen Wettbewerb zwischen (lokalen) Regierungen zu ermöglichen, damit sich die Bürger zwischen ihnen entscheiden können.

Es ist angesichts seines Facettenreichtums nicht leicht, eine Gesamtwürdigung des Bandes vorzunehmen. Dem in erster Linie juristisch vorbelasteten Leser erscheinen vielleicht die Aufsätze am reizvollsten, die das Subsidiaritätsprinzip nur als Ausgangspunkt nehmen und dann recht bald zu anderen Ufern gelangen. Stören mag daran allerdings, daß diese Vorgangsweise nicht immer offengelegt wird (immerhin heißt das Buch ja „Subsidiarität“). Da die Herausgeber im Vorwort festhalten, daß der Begriff der Subsidiarität die Grundlagenfrage nach der Legitimität des europäischen Zusammenschlusses überhaupt berührt, würde man auch erwarten, daß das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip greifbarer gemacht wird, denn als solches verpflichtet es die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft. Dieses Ziel wird durch die rechtsdogmatischen Beiträge unterschiedlich gut erreicht, was aber durchaus auch am Untersuchungsgegenstand liegen kann.

Bernhard Schima