

Technokratie, Demokratie und Unwissen

Zur Risikoregulierung in der Europäischen Union
und den Vereinigten Staaten von Amerika

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des Grades einer Doktorin des Rechts
am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

vorgelegt von Maria von Bonin

Ass. Iur.

in Berlin

2019

Erstgutachter: Professor Dr. Christian Calliess

Zweitgutachter: Professor Dr. Dres. h.c. Philip Kunig

Tag der mündlichen Prüfung: 12. August 2020

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
<i>A. Problemstellung</i>	<i>1</i>
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	<i>4</i>
Teil 1: Theoretische Überlegungen zu Technokratie, Demokratie und Unwissen	8
Kapitel 1: Technokratie	9
<i>A. Die Utopie der technocrats</i>	<i>10</i>
<i>B. Die kritische Technokratie-Diskussion in Deutschland</i>	<i>11</i>
<i>C. Schlussfolgerungen</i>	<i>13</i>
Kapitel 2: Unwissen	15
<i>A. Legitimation herrschaftlichen Handelns</i>	<i>16</i>
I. Legitimationsbedürftigkeit.....	16
II. Legitimationsargumente	17
1. Input-Legitimation.....	17
2. Output-Legitimation	20
III. Schlussfolgerungen	22
<i>B. Grenzen der Output-Legitimation</i>	<i>23</i>
I. Ökonomische Grenzen.....	23
II. Erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Grenzen.....	25
1. Allgemeine erkenntnistheoretische Grenzen	25
2. Grenzen bei irreversiblen Schäden	27
3. Wissenschaftstheoretische Grenzen	28
III. Grenzen auch für Negativ-Kriterium der Output-Legitimation?	30
IV. Schlussfolgerungen	32
<i>C. Je-desto-Formel</i>	<i>33</i>

Kapitel 3: Demokratie	38
<i>A. Demokratische Verfahren und Institutionen</i>	<i>39</i>
I. Ex-ante-Legitimation	40
1. Direkte Demokratie	41
2. Repräsentative Wahldemokratie.....	42
a) Personelle demokratische Legitimation.....	43
b) Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation	44
3. Repräsentative Losdemokratie	46
II. Ex-post-Legitimation.....	47
III. Deliberative Demokratie	49
IV. Legitimationsniveau.....	51
V. Schlussfolgerungen	52
<i>B. Demokratische Entscheidungsspielräume und deren Grenzen</i>	<i>52</i>
I. Grundsatz	52
II. Einschränkungen	53
III. Schlussfolgerungen	55
<i>C. Präzisierung der Je-desto-Formel</i>	<i>56</i>
Teil 2: Rechtsvergleich ausgewählter Aspekte der Risikoregulierung in der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika	58
Kapitel 4: Einführung in den Rechtsvergleich	59
<i>A. Problemaufriss</i>	<i>59</i>
<i>B. Methodische Überlegungen</i>	<i>60</i>
I. Allgemeine Überlegungen zur rechtsvergleichenden Methode im öffentlichen Recht	60
II. Besonderheiten des Vergleichs zwischen der EU und den USA.....	63
<i>C. Struktur des Vergleichs</i>	<i>66</i>
I. Inhaltliche Struktur.....	67
II. Grenzen der Untersuchung	68

Kapitel 5: Risikoregulierung in der Europäischen Union.....	71
<i>A. Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen</i>	<i>72</i>
I. Zuständigkeiten und Ex-ante-Legitimation	73
1. Verbandskompetenz	74
2. Organkompetenz.....	78
a) Demokratisches Legitimationsniveau der Organe und Einrichtungen	78
b) Verfahrensarten der Risikoregulierung	86
aa) Gesetzgebungsakte.....	87
i) Ordentliches Gesetzgebungsverfahren	88
ii) Besonderes Gesetzgebungsverfahren	88
bb) Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsetzung.....	90
i) Delegierte Rechtsakte	90
(1) Wesentliche Vorschriften	93
(2) Festlegung von Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisse	94
ii) Durchführungsrechtsetzung.....	95
iii) Problem der Abgrenzung von Art. 290 und 291 AEUV	97
iv) Zwischenergebnis	102
cc) Agenturen in der Risikoregulierung.....	103
i) Allgemeine Grenzen der Agenturbefugnisse.....	106
(1) Rechtsprechung des EuGH.....	107
(2) Mitteilung der Kommission.....	112
(3) Gemeinsame Erklärung und Gemeinsames Konzept	113
(4) Zwischenergebnis	113
ii) Vorsorgeprinzip	114
(1) Rechtsprechung der europäischen Gerichte.....	114
(2) Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip.....	116
(3) Zwischenergebnis	117
iii) Sekundärrechtlich übertragene Befugnisse	117
iv) Quasi-regulatorische Agenturtätigkeit.....	122
dd) Expertengruppen.....	123
i) Grenzen der Befugnisse	123
ii) Vorsorgeprinzip	123
c) Zwischenergebnis zur Ex-ante-Legitimation.....	124

II. Demokratische Ex-post-Kontrollmechanismen.....	126
1. Kontrolle durch demokratischere Institutionen.....	127
a) Kontrolle der delegierten Rechtsetzung durch Parlament und Rat.....	127
b) Kontrolle der Durchführungsrechtsetzung durch Komitologie und EP.....	130
c) Allgemeine Kontrolle der Kommission durch das Parlament.....	132
d) Kontrolle der Agenturen durch EP und Kommission.....	133
e) Kontrolle der Expertengruppen.....	135
f) Zwischenergebnis.....	136
2. Kontrolle durch die Öffentlichkeit.....	138
a) Allgemeine Transparenz- und Partizipationsvorgaben.....	139
aa) Anspruch auf Zugang zu Dokumenten.....	140
bb) Veröffentlichungs- und Begründungspflicht für Rechtsakte.....	144
cc) Vorsorgeprinzip.....	146
b) Gesetzgebungsakte.....	147
c) Tertiärrechtsetzung der Kommission.....	149
d) Agenturen.....	151
d) Expertengruppen.....	154
e) Zwischenergebnis zur Kontrolle durch die Öffentlichkeit.....	155
III. Schlussfolgerungen zur institutionellen Aufgabenverteilung.....	157
<i>B. Inhaltlicher Entscheidungsspielraum.....</i>	<i>159</i>
I. Verhältnismäßigkeitsprinzip.....	164
1. Inhalt.....	164
2. Gerichtliche Überprüfungsdichte.....	169
a) Geeignetheit.....	171
b) Erforderlichkeit.....	174
c) Angemessenheit.....	174
3. Zwischenergebnis.....	176
III. Vorsorgeprinzip.....	176
1. Anwendungsbereich.....	177
2. Inhalt.....	178
a) Materielle Voraussetzung.....	178
b) Prozedurale Komponente.....	181
c) Rechtsfolge.....	186

2. Gerichtliche Überprüfungsichte	189
a) Überprüfung der materiellen Komponente.....	190
b) Überprüfung der prozeduralen Komponente.....	191
c) Überprüfung der Rechtsfolge	193
3. Zwischenergebnis	193
III. Verhältnis der Prinzipien zueinander	195
IV. Better-Regulation-Strategie der Kommission.....	197
V. Zwischenergebnis.....	199
<i>C. Schlussfolgerungen.....</i>	<i>200</i>
I. Zur Aufgabenverteilung von Experten und demokratischen Institutionen.....	200
II. Inhaltlicher Handlungsspielraum.....	202
Kapitel 6: Risikoregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika	204
<i>A. Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen</i>	<i>204</i>
I. Zuständigkeiten und Ex-ante-Legitimation	205
1. Verbandskompetenz	205
2. Organkompetenz.....	206
a) Demokratisches Legitimationsniveau der Organe.....	206
b) Verfahren der Risikoregulierung.....	209
aa) Gesetzgebungsverfahren	209
bb) Rechtsetzung durch Agenturen.....	210
i) Non-delegation doctrine	211
ii) Zwischenergebnis	215
II. Demokratische Ex-post-Kontrollmechanismen.....	216
1. Kontrolle durch den Kongress.....	216
2. Kontrolle durch den Präsidenten	219
3. Kontrolle durch die Öffentlichkeit	220
III. Zwischenergebnis.....	225
<i>B. Inhaltlicher Entscheidungsspielraum</i>	<i>227</i>
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben	229
1. Verfassungsrechtliche Rechte zum Schutz der Wirtschaftsfreiheit.....	230
a) Due-process-Klausel.....	231

aa) Materieller Gehalt (substantive due process)?	232
bb) Grundrechtsschutz durch strenge gerichtliche Kontrolle	237
cc) Schutz sozioökonomischer Rechte durch Willkürkontrolle.....	239
b) Equal-Protection-Klausel	241
c) Contract-Klausel.....	242
d) Eminent-domain- bzw. Takings-Klausel.....	244
2. Gemeinsames Prinzip zum Umgang mit Ungewissheit?.....	248
3. Einschränkung durch Schutzpflichten des Staates?	249
4. Schlussfolgerungen.....	250
II. Vorgaben an die Exekutive.....	251
1. Gesetzliche Vorgaben.....	252
a) Gerichtliche Überprüfung von Agenturenentscheidungen	253
aa) Überprüfung der Fakten	255
i) Substantial-evidence-Standard	255
ii) Arbitrary-and-capricious-Standard	256
iii) Zusammenspiel mit Beweislastfragen.....	258
iv) Jüngste Entwicklungen	260
v) Zwischenergebnis	260
bb) Überprüfung der Auslegung der Ermächtigungsgrundlage.....	261
i) Zentrale Argumente	261
ii) Chevron-Entscheidung des Obersten Gerichtshofes	262
iii) Ausnahmen von Chevron	264
iv) Jüngste Entwicklungen	267
v) Zwischenergebnis	267
cc) Überprüfung der Entscheidung	268
i) Hard-look-Doktrin	268
ii) Technische Fragen.....	270
iii) Zwischenergebnis	270
dd) Überprüfung der Nichthandlung.....	271
ee) Schlussfolgerungen zum gerichtlichen Überprüfungsmaßstab.....	271
b) Spezielle ermächtigende Gesetze (enabling statutes).....	272
aa) Clean Air Act, Clean Water Act, Endangered Species Act	273
bb) Delaney-Klausel	275
cc) Occupational Health and Safety Act.....	275

dd) Toxic Substances Control Act	276
ee) Zwischenergebnis.....	277
c) National Environmental Policy Act (NEPA).....	278
d) Information Quality Act	278
e) Regulatory Accountability Act	280
f) Schlussfolgerungen zu gesetzlichen Bindungen der Agenturen	281
2. Verwaltungsinterne Vorgaben.....	282
a) Executive Orders 12866 und 13563	284
aa) Grundsätze	284
bb) Überprüfungsmechanismus durch das OIRA	285
cc) Zwischenergebnis.....	287
b) Interne Vorgaben des OMB bzw. OIRA	289
<i>C. Schlussfolgerungen.....</i>	<i>291</i>
I. Zur Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen	291
II. Zum inhaltlichen Handlungsspielraum.....	292
Teil 3: Anwendung der Je-desto-Formel auf die Ergebnisse des Rechtsvergleichs	294
Kapitel 7: Einführung in den vergleichenden und auswertenden Schlussteil.....	295
Kapitel 8: Vergleich zwischen EU und USA.....	297
<i>A. Ausmaß des parlamentarischen Einflusses.....</i>	<i>297</i>
I. Sachlich-inhaltliche Ex-ante-Legitimation	297
II. Parlamentarische Ex-post-Kontrolle.....	299
III. Zwischenergebnis.....	301
<i>B. Verwaltungsinterne Kontrolle.....</i>	<i>301</i>
<i>C. Verhältnis von Risikobewertung und Risikomanagement</i>	<i>303</i>
<i>D. Partizipation.....</i>	<i>306</i>
<i>E. Gerichtliche Überprüfung bei Ungewissheit</i>	<i>308</i>
Kapitel 9: Verbesserungsvorschläge.....	310

<i>A. Zum Ausmaß des parlamentarischen Einflusses</i>	310
I. Ex-ante-Legitimation	310
II. Parlamentarische Ex-post-Kontrolle.....	312
III. Gerichtliche Ultra-vires-Kontrolle	313
<i>B. Zur verwaltungsinternen Kontrolle und Partizipation</i>	314
<i>C. Zum Verhältnis von Risikobewertung und Risikomanagement</i>	317
<i>D. Zur gerichtlichen Überprüfung bei Ungewissheit</i>	319
Ausblick	321
Zusammenfassung in Thesen	322
Literaturverzeichnis	325
Rechtsprechungsverzeichnis.....	338

Einleitung

Technokratie und Demokratie sind gegeneinander und miteinander im Dilemma. Sie sind die Pole des Spannungsfeldes, welches sich um die Frage wölbt, ob gesellschaftliche Entscheidungen rational oder demokratisch getroffen werden. So lässt *Schiller* den Fürsten Sapiaha in „Demetrius“ sagen:

„Die Mehrheit? Was ist die Mehrheit? Mehrheit ist der Unsinn, Verstand ist stets bei Wen’gen nur gewesen.“¹

Rationale Herrschaft ist wünschenswert, aber stößt sie nicht spätestens an Grenzen, wenn es um den Umgang mit wissenschaftlich-technischen Innovationen wie künstlicher Intelligenz, Geoengineering und CRISPR-Cas9 geht? Hier dominiert die Ungewissheit über Chancen und Risiken. Eine rationale, eine richtige Entscheidung ist kaum auszumachen. Gilt also doch Churchills Diktum?

„No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time.“²

A. Problemstellung

In unserer heutigen Wissens- und Informationsgesellschaft, die sich durch einen hohen Grad an Spezialisierung auszeichnet, spricht das Gebot der Rationalität dafür, hochspezialisierte Experten in Entscheidungsprozesse einzubinden oder gar in die Position des Entscheiders zu heben. Schließlich hat – polemisch gesprochen – die breite Masse wenig Interesse an und keine Ahnung von der Materie. Hinzu tritt, dass die Demokratie behäbig ist und mit der Geschwindigkeit der technologischen Entwicklung oftmals nicht Schritt halten kann.³ Der wissenschaftlich-technische Fortschritt verselbstständigt sich und entfernt sich aus den Sphären, die durch klassische demokratische Prozesse gesteuert werden können. Stattdessen werden Entscheidungen gewichtiger Akteure in Wissenschaft und Wirtschaft mit einem effektiv politischen Gehalt aufgeladen, beispielsweise wenn Google massiv in künstliche Intelligenz investiert.⁴ Dieser Effekt verstärkt

¹ *Wittkowski* (Hrsg.), *Demetrius*, 2005.; vgl. auch das Zitat bei *Isensee*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 140 (2015), 193.

² *Churchill*, Rede vor dem Unterhaus am 11. November 1947, column 207.

³ Zur „kritischen Innovationsgeschwindigkeit“ auch *Weizsäcker*, in: *Adam/Geissler/Held* (Hrsg.), *Die Nonstop-Gesellschaft und ihr Preis*, 1998, S. 171 ff.

⁴ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 305.

sich in Anbetracht der Globalisierung: Die globale Marktwirtschaft und die Wissensgesellschaft florieren, die globale Demokratie scheitert.⁵ Jüngste demokratische Entscheidungen wie der Brexit oder die Wahl *Donald Trumps* werden überwiegend nicht als Inbegriff einer rationalen Entscheidung eingeschätzt, sondern als emotionale Reaktion auf die Machtlosigkeit im Anblick der Technologisierung und Globalisierung. Ist die globale, technologisierte Welt nur noch durch eine hochgebildete und schnell agierende technokratische Elite rational und gut beherrschbar?

Aktuelle zivilgesellschaftliche Protestbewegungen wie die „Occupy“-Bewegung oder die „Stop TTIP“-Initiative, aber auch erstarkende (rechts-)populistische Strömungen zeigen demgegenüber, dass ein Regieren am Bürger vorbei langfristig auf Widerstand stößt – dass demokratische Mitbestimmung eingefordert wird. Getragen werden solche Bewegungen, aber auch viele Stimmen im wissenschaftlichen Diskurs, von der Sorge, dass demokratische Freiheit und Gleichheit eingebüßt werden zugunsten einer alles kontrollierenden, aber unkontrollierten Elite aus Wissenschaft, Wirtschaft und Bürokratie, die lediglich ihre Eigeninteressen verfolgt. Schlimmer noch gehen manche davon aus, dass selbst die Elite nur noch alternativlose⁶ Sachgesetzmäßigkeiten des wissenschaftlich-technischen Fortschritts ausführt. Demokratische Institutionen und Verfahren bleiben nur noch als leere Hüllen stehen.⁷ Diese Befürchtungen laufen dem aufklärerischen Ideal der Selbst- und Mitbestimmung fundamental entgegen. Das aufgeworfene Spannungsfeld umschreibt *Ulrich Beck* treffend: „Das Politische wird unpolitisch und das Unpolitische politisch“.⁸

Im aufgeworfenen Spannungsfeld zwischen Rationalität und Demokratie in einer technologisierten und globalisierten Welt gibt es eine gewaltige Vielzahl interessanter Aspekte, die eine nähere Untersuchung verdienen und vielfach auch erfahren haben. Die vorliegende Arbeit richtet den Fokus auf den Bereich der Risikoregulierung. Dieser Bereich ist durch zwei Besonderheiten gekennzeichnet: Zum einen sind Risiken *per definitionem* ungewiss und ihre Abschätzung bedarf der Expertise; zum anderen prägen Risiken – anschließend an *Ulrich Beck*⁹ – heut-

⁵ Globalisierung als ein Treiber des „post-demokratischen“ Zeitalters identifiziert auch *Crouch*, *Post-democracy*, 2004. In eine ähnliche Richtung geht auch die Diagnose *Grimms* über das „Staatsversagen“, *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991; *ders.*, *Staatsaufgaben*, 1994.

⁶ Vgl. hierzu beispielsweise *Kurbjuweit*, *Alternativlos – Merkel, die Deutschen und das Ende der Politik*, 2. Aufl. 2014.

⁷ *Schelsky*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961; *Crouch*, *Post-democracy*, 2004.

⁸ *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 305.

⁹ „Verteilungsprobleme und -konflikte der Mangelgesellschaft [werden] überlagert durch die Probleme und Konflikte, die aus der Produktion, Definition und Verteilung wissenschaftlich-technisch produzierter Risiken entstehen“, *ders.*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 25.

zutage viele der großen politischen Verteilungskonflikte. In der Risikoregulierung wird der Widerspruch zwischen den Forderungen nach Rationalität und Demokratie daher besonders virulent.

Rationale und *gleichzeitig* demokratische Entscheidungen können kaum gewährleistet werden, da viele der modernen Risiken – im Gegensatz etwa zum Armutrisiko – nicht selbst erfahrbar, sondern nur durch Messungen, Statistiken und sonstige besondere Wissensmittel erforschbar sind. Die Betroffenen werden fremdwissensabhängig und verlieren ein wesentliches Stück Wissenssouveränität.¹⁰ Es wird leichter, denjenigen, die nicht über die spezielle Expertise verfügen, eine Entscheidung als alternativlos zu verkaufen. Eine demokratische Abstimmung über ein Risiko bleibt möglich, eine wissenssouveräne demokratische Abstimmung dagegen nicht.

Hinzu tritt, dass auch „die Wissenschaft“ über Risiken selten eine einheitliche, abschließende und absolut rationale Aussage trifft. „Wissenschaft wird immer *notwendiger*, zugleich aber auch immer *weniger hinreichend* für die gesellschaftlich verbindliche Definition von Wahrheit.“¹¹ Wenngleich also von den jeweiligen Entscheidungsträgern versucht werden mag, eine Entscheidung als alternativlos zu verkaufen, so kann diese Behauptung mit einem kurzen Blick auf die bestehende wissenschaftliche Kontroverse in der Regel leicht widerlegt werden. Technokratische Entscheidungen über Risiken erleiden so einen Akzeptanzverlust – nicht nur sind sie undemokratisch, sie sind womöglich nicht einmal richtig.

Verschärft wird die Problematik durch die mit der Risikoregulierung verbundenen Verteilungskonflikte.¹² Experten sind notwendig, um Verteilungskonflikte, die aus wissenschaftlich-technischen Risiken resultieren, zu identifizieren und zu beschreiben. Ohne die Identifikation des durch CO₂-Emissionen verursachten Klimawandels durch Experten wäre es nicht möglich gewesen, eine Debatte über Klimamigration und sonstige mit dem Klimawandel verbundenen Verteilungskonflikte zu führen. Gleichzeitig erscheint es besonders problematisch, wenn eine unkontrollierte technokratische Elite über Verteilungskonflikte entscheidet. Der Verdacht liegt nahe, dass eine solche Elite die Risiken in einer Weise beschreiben, bewerten und regulieren würde, dass ihr selbst die Vorteile zuteilwerden.¹³ Zudem geht es bei Verteilungskonflikten

¹⁰ Ders., Risikogesellschaft, 1986, S. 70.

¹¹ Ders., Risikogesellschaft, 1986, S. 256.

¹² Zur engen Verknüpfung technologischer Disruption mit Ungleichheit und Arbeitslosigkeit s. *World Economic Forum*, The Global Risks Report 2018, 2018 (http://www3.weforum.org/docs/WEF_GRR18_Report.pdf), S. 22 (geprüft am 19.06.2018).

¹³ S. allgemein und ohne spezifischen Bezug zur Risikoregulierung *Easterly*, The Tyranny of Experts, 2013.

nicht nur um rational zu beantwortende Sachfragen, sondern auch um ethisch-moralische Fragen und um die Frage nach dem Ziel einer gesellschaftlichen Entwicklung. Demzufolge mag ein Experte zwar über die Geeignetheit einer regulatorischen Maßnahme als *Mittel* zur Erreichung des Zieles besonders kundige Entscheidungen treffen können, jedoch ist er für die Deliberation über das *Ziel* selbst nicht notwendig kompetenter als jeder andere Mensch.

Vor diesem Hintergrund stellen sich zahlreiche Fragen: Welche Rolle spielen Wissenschaft und Experten bei der Entscheidung über Risiken? Welche Rolle spielen demokratische Institutionen? Sollte ein hochspezialisiertes Expertengremium Risiken regulieren oder doch besser ein demokratisch legitimiertes Parlament? Kann sich ein Entscheidungsträger noch für oder gegen bestimmte Facetten des technologischen Fortschritts entscheiden, oder bestimmen alternativlose Sachgesetzmäßigkeiten die gesellschaftliche Entwicklung?

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit wird sich diesen Fragen in drei Teilen widmen.

Zunächst wird in Teil 1 die theoretische Frage nach dem *Sollen* gestellt. *Sollte* eher technokratisch oder eher demokratisch über Risikoregulierung entschieden werden? Bietet sich ein gemischtes institutionelles und prozedurales Gefüge an, welches möglichst Vorteile der Technokratie und der Demokratie befördert und Nachteile vermeidet? Wie stark sollte ein demokratischer Entscheidungsträger an Expertenratschläge sowie sachliche und rechtliche Notwendigkeiten gebunden sein?

Zur Beantwortung dieser Fragen wird zunächst in Kapitel 1 der Begriff der Technokratie näher beleuchtet, um den wesentlichen Begriffsgehalt und die mit dem Konzept verbundenen Hoffnungen und Gefahren genau zu erfassen.

Im anschließenden Kapitel 2 wird auf Grundlage der Theorie *Fritz Scharpfs*¹⁴ zur Legitimation herrschaftlichen Handelns erörtert, ob und in welchen Konstellationen technokratische Herrschaft legitimiert sein kann. Dabei wird auf die zentralen Begriffe der Input- und Output-Legitimation eingegangen. Da technokratische Herrschaft eng mit Wissen und Rationalität verknüpft ist, werden aber auch erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Überlegungen einbezogen. Am Ende des Kapitels 2 wird der Versuch unternommen, eine differenzierte theoretische Formel für die Frage zu entwickeln, in welchen Konstellationen möglichst rational und in welchen Konstellationen möglichst demokratisch entschieden werden sollte.

¹⁴ *Scharpf*, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970; *Scharpf*, MPlfG Working Paper 2004.

In Kapitel 3 werden Begriff und Konzepte der Demokratie näher untersucht. Sofern auf Grundlage der in Kapitel 2 entwickelten Formel eine möglichst demokratische Entscheidung gefordert wird, ist zu konkretisieren, wie die demokratische Legitimation einer Entscheidung gewährleistet werden kann. Hierzu werden neben gängigen Demokratiekonzepten wie der repräsentativen Wahldemokratie und der direkten Demokratie auch modernere Konzepte wie die *Habermas'sche* deliberative Demokratie¹⁵ oder die jüngst von *van Reybrouck* wieder neu ins Spiel gebrachte¹⁶ repräsentative Losdemokratie¹⁷ betrachtet. Neben diesen institutionell-prozeduralen Aspekten wird auch der inhaltlichen Thematik nachgegangen, wie viel demokratischer Handlungsspielraum vonnöten ist, um von einer demokratischen Entscheidung sprechen zu können. Hiermit wird die Thematik der alternativlosen Sachgesetzlichkeiten aufgegriffen. Mit Hilfe der gewonnenen Einsichten über Demokratie wird die in Kapitel 2 aufgestellte Formel näher präzisiert.

Hat sich Teil 1 der Frage nach dem *Sollen* gewidmet, so beschäftigt sich der rechtsvergleichende Teil 2 der Arbeit mit der Frage nach dem *Sein*. Wie sind Prozesse, Institutionen und Entscheidungsspielräume im Bereich der Risikoregulierung konkret ausgestaltet? Untersucht werden hierbei die Rechtsräume der Europäischen Union (Kapitel 5) und der Vereinigten Staaten von Amerika (Kapitel 6). Die Auswahl ist zum einen darin begründet, dass EU und USA sowohl bei der technologischen Entwicklung aber auch und vor allem bei der regulatorischen und institutionellen Reaktion auf technologische Entwicklung in Gestalt des Risikoregulierungsrechts international Vorreiter sind. Zum anderen beruht die Auswahl darauf, dass hinsichtlich des Inhalts der Risikoregulierung im Umwelt- und Gesundheitsbereich eine wissenschaftliche und politische Kontroverse dahingehend herrscht, dass die EU geprägt durch das Vorsorgeprinzip „risikoavers“ regulieren würde, während die USA „risikoaffin“ seien.¹⁸ Wenngleich der hier vorgelegte Rechtsvergleich einen stärker legitimierungstheoretischen und institutionell-prozeduralen Fokus aufweist, können dennoch womöglich auch Erkenntnisse für diese inhaltliche Debatte gewonnen werden. Dementsprechend beschränkt sich die Arbeit auch auf Risikoregulierung im Umwelt- und Gesundheitsbereich, die unter den Anwendungsbereich des europäischen Vorsorgeprinzips fällt. Beispielsweise die Regulierung von Finanzmarktrisiken ist damit nicht Gegenstand der Untersuchung.

¹⁵ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992.

¹⁶ Die Auswahl der Repräsentanten durch Los geschah über einen langen Zeitraum zwischen der Athener Demokratie bis zur Renaissance und ist daher kein neues Konzept. Es ist lediglich im Zuge der französischen Revolution und der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung weitgehend aus der Praxis verschwunden.

¹⁷ *Reybrouck*, Gegen Wahlen, 2016.

¹⁸ Vgl. z.B. *Vogel*, The politics of precaution, 2012.

Entsprechend der Untergliederung im theoretischen Teil werden im Zuge des Rechtsvergleichs jeweils für beide Rechtsräume einerseits die institutionell-prozeduralen Ausgestaltungen der Risikoregulierung betrachtet und andererseits die inhaltlichen Handlungsspielräume der Entscheidungsträger. Dabei werden vornehmlich die relevanten primärrechtlichen bzw. verfassungsrechtlichen Bestimmungen sowie ihre Auslegung durch die jeweiligen Entscheidungsträger einschließlich der überprüfenden Gerichte analysiert. Soweit möglich und relevant werden auch Sekundärrecht bzw. US-Gesetzesrecht und verwaltungsinterne Bestimmungen in den Blick genommen.

Die Betrachtung fokussiert sich dabei auf bestimmte Aspekte und lässt andere bewusst außen vor. Untersucht wird die institutionelle Rollenverteilung zwischen verschiedenen Institutionen, die letztverbindliche Entscheidungen im Bereich der Risikoregulierung treffen können (in der EU insbesondere Europäisches Parlament, Rat, Kommission und Agenturen; in den USA insbesondere Kongress, Präsident (inkl. Weißes Haus) und Agenturen). Die Beschränkung auf solche Akteure, die letztverbindliche Entscheidungen (ggf. auch zulasten der Bürger) treffen können, ist dadurch begründet, dass nur hoheitliches (verbindliches) Handeln legitimationsbedürftig ist. Nicht adressiert wird insofern die Frage, ob *de facto* Risikoregulierungsentscheidungen von demokratischen Institutionen auf Wissenschaft oder Wirtschaft verlagert werden – etwa, weil die staatlichen Entscheidungsträger der technologischen Entwicklung nicht „hinterherkommen“ oder weil Wissenschaft und Wirtschaft global handlungsfähiger sind als hoheitlich handelnde Institutionen.

Ebenfalls untersucht werden die jeweiligen Entscheidungsprozesse und damit verbunden die rechtlich formalisierten Einflussmöglichkeiten sonstiger gesellschaftlicher und wissenschaftlicher Akteure.¹⁹ Nicht Gegenstand der Untersuchung ist dagegen, ob Wissenschaft oder Wirtschaft *de facto* – etwa durch informelle Lobbyarbeit – einen bestimmenden Einfluss auf die legitimierten Entscheidungsträger ausüben.²⁰

Bei der Untersuchung des Handlungs- und Entscheidungsspielraums der Entscheidungsträger werden schließlich nur die rechtlichen Beschränkungen des Handlungsspielraums untersucht. Die Frage, ob Entscheidungsträger sich subjektiv alternativlosen Sachnotwendigkeiten gegenübersehen, wird ausgeklammert.

Die insoweit ausgeklammerten Fragestellungen sind zweifelsohne äußerst spannend, sie lassen sich aber vor allem politikwissenschaftlich, soziologisch oder psychologisch bearbeiten –

¹⁹ S. zum formalisierten Einfluss zum Beispiel „Industrie dominiert wichtige EU-Expertengruppen“, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 72 vom 27. März 2008, S. 12.

²⁰ S. z.B. zum Lobbyeinfluss in der deutschen Energiewende *Gründinger*, Drivers of energy transition, 2017.

eine rechtsvergleichende Analyse erbrächte zu ihrer Beantwortung allenfalls einen geringen Mehrwert.

In Teil 3 wird schließlich ein Abgleich zwischen *Sollen* und *Sein* unternommen. Entsprechen die Institutionen, Prozesse und Handlungsspielräume in EU und USA den theoretischen Forderungen nach Rationalität bzw. demokratischer Legitimation? Soweit eine Divergenz festgestellt wird, werden in Teil 3 Verbesserungsvorschläge für EU und USA auf Grundlage der theoretischen Überlegungen unterbreitet.

Abschließend wird die Arbeit in 13 Thesen zusammengefasst.

Teil 1

Theoretische Überlegungen zu
Technokratie, Demokratie und Unwissen

Kapitel 1

Technokratie

Technokratie wird einerseits positiv assoziiert mit einer Vernunft Herrschaft, die frei von irrationalen politischen Machtspielen dem Wohl der Gesamtgesellschaft dient. Sie wird andererseits negativ als Gegenstück und Gefahr der liberalen Demokratie angesehen, in der die Stimme des einzelnen Bürgers nicht gehört wird.

Der Begriff der Technokratie hat eine kurze und wechselhafte Geschichte durchlebt, wenn gleich es technokratisch anmutende Konzepte beispielsweise bei *Bacon* oder *Saint-Simon*¹, ja schon bei *Platon*² gab. Geprägt wurde der Begriff jedoch erst vor knapp hundert Jahren in den USA zum Ende des Ersten Weltkrieges und beschrieb zu diesem Zeitpunkt eine Utopie.³ Heutzutage wird der Begriff überwiegend abwertend verwendet (z.B. „die Brüsseler Technokraten“ von Gegnern der EU).

In seiner wörtlichen Bedeutung setzt sich „Technokratie“ aus den altgriechischen Wörtern τέχνη (*téchne*) ‚Fertigkeit‘ und κράτος (*kratos*) ‚Herrschaft‘ zusammen und bedeutet damit übersetzt ‚Herrschaft der Sachverständigen‘. Dies trifft wohl auch einen Kern seiner heute gebräuchlichen Verwendung. Eine einheitliche Definition besteht dagegen nicht.⁴

Für die nachfolgenden Überlegungen ist es wichtig herauszuarbeiten, welche zentralen Bedeutungselemente mit dem Begriff der Technokratie assoziiert sind und welche Hoffnungs- oder Schreckensszenarien mit technokratischen Konzepten verbunden sind. Hierzu wird die bereits erwähnte Utopie der *technocrats* aus den USA der 1920er und 1930er Jahre auf der einen Seite und die kritische Technokratie-Diskussion im Deutschland der 1970er Jahre auf der

¹ Vgl. hierzu ausführlich *Rickert*, *Technokratie und Demokratie*, 1983, 29; *Senft*, *Zeitschrift für Sozialökonomie* 40 (2003), 3; zu *Saint-Simon* auch *Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S. 36 ff.

² *Isensee*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 140 (2015), 179, auch mit Verweis auf *Lenin* und *Max Weber*.

³ Vgl. *Rickert*, *Technokratie und Demokratie*, 1983.

⁴ Vgl. z.B. *Duden*: „Beherrschung der Produktions- und anderer Abläufe mithilfe der Technik und Verwaltung“; *Google*: „die Vorherrschaft von Technik und Verwaltung in allen Lebensbereichen, bei der nur funktionale Ziele als wichtig gelten, persönliche, soziale und kulturelle Aspekte aber nicht beachtet werden“; *Wikipedia*: „Die Technokratie ist eine Form der Regierung oder Verwaltung, in der alle Handlungen auf wissenschaftlichem und technischem Wissen aufbauen sollen. Wissenschaftler, Ingenieure und andere naturwissenschaftlich und technisch fähige Personen, oft auch aus der Praxis der Wirtschaft, ersetzen dabei Politiker.^[1] Im Vordergrund steht die rationale, effektive Planung und Durchführung zielorientierter Vorhaben. Während sich die Aufmerksamkeit ganz auf Mittel und Wege konzentriert, verringert sich die Bedeutung der Parteien, der demokratischen Willensbildung und politischer Entscheidungsprozesse hinsichtlich der Wahl gesellschaftlicher Ziele.“; *Bundeszentrale für politische Bildung*: „[griech.] Herrschaft der Sachverständigen und Technokraten. I. d. R. negative, gelegentlich neutrale Beschreibung einer Regierung, die ihre Entscheidungen (ausschließlich) an wissenschaftlich-technischen Argumenten und Sachzwängen orientiert und die politisch-demokratische Willensbildung außer Acht lässt.“

anderen Seite näher beleuchtet. Diese Bewegungen zeichnen jeweils ein extremes Bild der Technokratie – ein extrem positives respektive ein extrem negatives. Durch diese Polarisierung eignen sie sich besonders gut für den beschriebenen Zweck. Die zeitgenössischere Literatur zur Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen bzw. zur Technokratie ist zwar ebenfalls umfangreich⁵, jedoch in aller Regel deutlich differenzierter. Auf sie wird im Verlauf der Arbeit teilweise an geeigneter Stelle eingegangen, zur Definierung der gegensätzlichen Pole erfolgt aber eine Fokussierung auf die genannten extremen Bewegungen, zumal vielfach davon ausgegangen wird, dass zentrale Elemente noch heute aktuell sind.⁶

A. Die Utopie der *technocrats*

Als Gründungsvater der Technokratie-Bewegung der USA wird *Veblen* angesehen.⁷ In seinem Werk „*The Engineers and the Price System*“⁸ prognostiziert er einen baldigen Niedergang des kapitalistischen Handels- und Preissystems und fordert dessen Ersetzung durch die jährliche staatliche Zuteilung des Nationaleinkommens (gemessen in Energieeinheiten). Er sieht den Staat als „soziale Maschine“, die unter Loslösung von Partikularinteressen so organisiert werden könne, dass höchstmögliche Effizienz erreicht werde. Organisatoren sollten hierbei die Ingenieure sein, die ihre Qualitäten dadurch bewiesen hätten, dass sie Führungspositionen in der Industrie übernommen hätten. Wenn man ihnen freie Hand ließe, würden es diese „*efficiency engineers*“ schaffen, den industriellen Output um das Drei- bis Zwölffache zu steigern.⁹

Die „Technical Alliance“, die sich in der Folge um *Veblen* bildete, verkündete in einem frühen Manifest überdies, dass die Technokratie auf dem exakten Wissen der Technikerklasse basiere.¹⁰ Auch weitere Vertreter der amerikanischen Technokratie-Bewegung wie beispielsweise *Scott* und seine „Technocracy Inc.“ argumentierten in unterschiedlichen Schattierungen in eine ähnliche Richtung.¹¹

In Deutschland vertraten unabhängig von den *technocrats* die Ingenieure *Biedenkapp* und *v. Rieppel* die These von einer „Staatsmaschine“, deren „zweckmäßiges Arbeiten mit möglichst

⁵ Utilitaristen wie z.B. *Cass Sunstein* haben oft auch eine Tendenz, ein gewisses Maß an Expertenherrschaft zu begrüßen: *Sunstein*, University of Pennsylvania Law Review 164 (2016); Kritiker bestimmter Auswüchse moderner Demokratien schlagen als Alternative ebenfalls oft einen stärkeren Wert von Wissen in der Entscheidungsfindung vor: *Brennan*, Against democracy, 2016.

⁶ *Mai*, Blätter für deutsche und internationale Politik 52 (2007), 1138.

⁷ *Elsner*, The technocrats, 1967.

⁸ *Veblen*, The engineers and the price system, 1919.

⁹ *Ders.*, The engineers and the price system, 1919, 44.

¹⁰ Zitiert nach *Senghaas*, in: Koch/ders. (Hrsg.), Texte zur Technokratiediskussion, 1970, S. 287.

¹¹ Detailliert hierzu *Rickert*, Technokratie und Demokratie, 1983; *Rickert*, Technokratie und Demokratie, 1983, 50.

geringem Entweichen unbenützter Energiemengen“ der Ingenieur „anstreben und im Auge behalten“ solle.¹² Dabei liege die ganze Tätigkeit der Ingenieure auf dem „Gebiet der Erkenntnis“, ihre Kraft gelte „immer nur dem Aufsuchen des sachlich Richtigen“.¹³ Demokratische Institutionen dienten insoweit nicht zur Steuerung, sondern allenfalls als „Ventile zur Verhütung von Explosionen“.¹⁴

Damit ist das oben bereits aus der wörtlichen Übersetzung gewonnene, zentrale Merkmal der Technokratie benannt: die Herrschaft von Experten, denen ein irgendwie geartetes überlegenes Wissen zugeschrieben wird. Die Technokratie-Bewegung hielt Ingenieure bzw. Manager insoweit für geeignet. Zugleich sind dieser Utopie auch die beiden zentralen Vorzüge zu entnehmen, welche der Technokratie zugeschrieben werden: Rationalität und Effizienz zur bestmöglichen Lösung gesellschaftlicher Probleme.

Lediglich am Rande angemerkt sei, dass die weltweit eine gewisse Beachtung findende Technokratie-Bewegung die nachfolgenden Ideologien des Kommunismus und Faschismus nachhaltig geprägt hat¹⁵, was insofern naheliegt, als dass die Technokraten von einer Planbarkeit der gesamten Gesellschaft ausgingen und für eine perfekte Gesellschaft auch über die Perfektionierung des „Menschenmaterials“ nachdachten.

B. Die kritische Technokratie-Diskussion in Deutschland

Eine der zentralen kritischen Auseinandersetzungen mit dem Konzept der Technokratie erfolgte in der Technokratie-Diskussion im Deutschland der 1970er Jahre.¹⁶ Die kritische Rezeption des Technokratie-Begriffs erfolgte in Deutschland anknüpfend an allgemeinere Werke zum technischen Zeitalter von *Gehlen*¹⁷, *Freyer*¹⁸ und *Ellul*¹⁹, besonders prominent im Jahr 1961 durch *Schelsky*, wenngleich er selbst den Begriff des „technischen Staates“ statt den der „Technokratie“ verwendete. Der Soziologe vertrat in seinem unter dem Titel „Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation“ veröffentlichten Vortrag die These, dass das menschliche Bewusstsein durch die Technik verändert werde, da der Mensch sich nicht mehr gegenüber einer natür-

¹² *Biedenkapp*, *Der Ingenieur* 1910, 30.

¹³ *Rieppel*, *VDI-Zeitschrift* 1917, 990.

¹⁴ *Biedenkapp*, *Der Ingenieur* 1910, 30.

¹⁵ Vgl. hierzu *Senft*, *Zeitschrift für Sozialökonomie* 40 (2003), 8 m.w.N.

¹⁶ Insbesondere *Schelsky*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961.

¹⁷ *Gehlen* (Hrsg.), *Die Seele im technischen Zeitalter*, 1957, S. 11.

¹⁸ *Freyer*, in: *Freyer/Üner* (Hrsg.), *Herrschaft, Planung und Technik*, 1987, S. 117 ff.

¹⁹ *Ellul*, *La technique ou l'enjeu du siècle*, 1954, S. 253.

lichen Umwelt, sondern gegenüber einer durch ihn selbst geschaffenen technologisierten Umwelt behaupten müsse.²⁰ Damit werde „jedes technische Problem und jeder technische Erfolg unvermeidbar sofort auch ein soziales, ein psychologisches Problem und zwar in der Art, daß dem Menschen eine Sachgesetzlichkeit, die er selbst in die Welt gesetzt hat, nun als soziale, als seelische Forderung entgegentritt, die ihrerseits gar keine andere Lösung zuläßt als eine technische, eine vom Menschen her geplante und konstruktive, weil dies das Wesen der Sache ist, die es zu bewältigen gilt“.²¹

Aus diesem „Sachzwang“-Gedanken entwickelt *Schelsky* deskriptive Schlussfolgerungen für das heutige Staatsmodell. So seien wissenschaftlich-technische Sachnotwendigkeiten an die Stelle von politischen Normen getreten. Wir befinden uns laut *Schelsky* in einem weitgehend herrschaftslosen Zustand, es laufe lediglich eine Apparatur, die sachgemäß bedient sein wolle.²² „Je besser die Technik und Wissenschaft, um so geringer der Spielraum politischer Entscheidung.“²³ Den technischen Staat kennzeichne ein absolutes Politikdefizit, er entziehe, „ohne antidemokratisch zu sein, der Demokratie ihre Substanz. Technisch-wissenschaftliche Entscheidungen können keiner demokratischen Willensbildung unterliegen, sie werden auf diese Weise nur uneffektiv“.²⁴ Die alten Herrschaftsformen könnten jedoch „wie leere Hülsen“ stehenbleiben, denn es bedürfe nur der steigenden Anwendung wissenschaftlicher Techniken aller Art und der technische Staat entstünde „im alten Gehäuse“.²⁵ Dabei werde die Regierung zum „Organ der Verwaltung von Sachnotwendigkeiten, das Parlament zum Kontrollorgan für sachliche Richtigkeit“.²⁶

Insofern fügt *Schelsky* der von der Technokratie-Bewegung propagierten Expertenherrschaft ein zusätzliches Element hinzu, nämlich die Beherrschung durch Sachzwänge. Der Fokus verschiebt sich insofern weg von einer Herrschaft der Experten hin zu einer durch Experten gesteuerten Verwaltung von Sachzwängen.²⁷ Wie groß diese Verschiebung ist, hängt davon ab, wie genau die Sachzwangthese sich zum Determinismus verhält. Sofern derjenige, der Sachzwänge verwaltet, dennoch gewisse Entscheidungsmöglichkeiten (etwa hinsichtlich der Ausgestaltung der technischen Lösung oder im Falle bestehenden Unwissens über Sachzwänge) hat, liegen Sachzwangthese und Expertokratie sehr nah beieinander. Sofern jedoch Sachzwang

²⁰ Vgl. *Schelsky*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 5.

²¹ *Ders.*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 16.

²² *Ders.*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 26.

²³ *Ders.*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 28.

²⁴ *Ders.*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 29.

²⁵ *Ders.*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 32.

²⁶ *Ders.*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 29.

²⁷ So schon *Rickert*, *Technokratie und Demokratie*, 1983, S. 68.

deterministisch dahingehend zu verstehen ist, dass – unabhängig vom menschlichen Verständnis der Sachzwänge – jeweils nur eine vordeterminierte Lösung besteht, die die Menschen aufgrund der sie beherrschenden Sachzwänge unfrei ausführen, kann in der Tat nicht mehr von einer Herrschaft der Experten bzw. von Menschen überhaupt ausgegangen werden.

Schelsky ist wohl nicht streng-deterministisch in dem Sinne zu verstehen²⁸, dass er Menschen grundsätzlich keine freie Entscheidungsfähigkeit zuspricht, sondern nur in dem Sinne, dass, sobald für den Menschen der richtige Lösungsweg erkennbar wird, er diesen aufgrund seines durch die Technik veränderten Bewusstseins auch beschreiten wird. Diese Interpretation wird beispielsweise durch die Aussage, an die Stelle eines „politischen Volkswillens“ trete eine vom Menschen durch Wissenschaft und Arbeit *selbst produzierte* Sachgesetzlichkeit²⁹, belegt. Da solche Sachgesetzlichkeiten in der Praxis regelmäßig von Experten aus Wissenschaft und Wirtschaft diskutiert und geschaffen werden, zeigt sich in *Schelskys* Sachzwangthese in der Praxis eine große Nähe zur Expertokratie. Jedoch schwingt als zusätzlicher Gehalt zum einen die Bedrohung mit, dass bei vollständiger Erkenntnis auch vollständige Sachherrschaft eintreten wird und dass wir bereits auf dem Weg dorthin sind.³⁰

C. Schlussfolgerungen

Aus der Darstellung ergibt sich, dass zwei Elemente einem technokratischen Staatsverständnis zugeordnet werden: zum einen *personell* die Herrschaft durch Experten, zum anderen *inhaltlich* die Determinierung der Entscheidungen durch Sachzwänge, insbesondere den des technischen Fortschritts. Der Sachzwanggedanke wird zwar vorrangig von Kritikern artikuliert, positiv gewendet als sachliche Notwendigkeit ist er aber (mindestens teilweise) auch den Befürwortern der Technokratie inhärent: Wenn ein Experte die richtige Lösung für ein gesellschaftliches Problem erkennt, muss er das Problem dieser Lösung in der idealen Technokratie auch zuführen. Diese beiden Elemente sollen für die vorliegende Arbeit den Technokratie-Begriff definieren. Auf beide wird im Verlauf der Arbeit als Leitgedanken immer wieder eingegangen.

²⁸ A.A. *Senft*, Zeitschrift für Sozialökonomie 40 (2003), 10, der von „Apotheose des technologischen Determinismus“ spricht.

²⁹ *Schelsky*, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation, 1961, S. 22; auch in anderen bereits zitierten Formulierungen wie „weitgehend herrschaftsloser Zustand“ und „umso geringer der Spielraum politischer Entscheidung“ [Hervorhebungen jeweils durch die Verfasserin].

³⁰ Diese perspektivisch skizzierte Bedrohung ist zugleich der Hauptkritikpunkt, der gegen *Schelsky* in der sich anschließenden Technokratie-Diskussion vorgebracht wurde, vgl. *Kogon*, atomzeitalter 1961, 147; *Krauch*, atomzeitalter 1961, 202; *Senghaas*, atomzeitalter 1966, 366; *Bahrt*, atomzeitalter 1961, 195; generell zur Kritik an *Schelsky* im Rahmen der Technokratiedebatte *Rickert*, Technokratie und Demokratie, 1983, S. 74.

Darüber hinaus ergeben sich aus der Darstellung der beiden Pole die zentralen Hoffnungen und Gefahren, die mit der Technokratie verbunden werden. Die Hoffnungen liegen in einer rationalen (wissensbasierten) und effizienten Herrschaft, die das Wohl der Gesellschaft optimal fördert.

Die Gefahren liegen in der fehlenden Mitbestimmungsmöglichkeit eines jeden Menschen. Diese Gefahren bestehen einerseits *institutionell* darin, dass nur Experten gesellschaftlich relevante Entscheidungen treffen und „normale Bürger“ hierauf keinen Einfluss haben, und andererseits *inhaltlich* darin, dass Sachzwänge die Entscheidungen vordeterminieren, es also an echten Entscheidungsspielräumen mangelt, auf die jeder Einzelne Einfluss nehmen könnte.

Mit diesen Hoffnungen und Gefahren ist die zentrale Frage aufgeworfen, ob es uns wichtiger ist, dass gesellschaftliche Entscheidungen (besonders solche über die wissenschaftlich-technische Entwicklung) unter Beachtung sachlicher Notwendigkeiten effizient und rational oder dass sie unter Mitbestimmung der Bürger getroffen werden.

Kapitel 2

Unwissen

Ist es uns wichtiger, dass gesellschaftliche Entscheidungen (besonders solche über die wissenschaftlich-technische Entwicklung) unter Beachtung sachlicher Notwendigkeiten effizient und rational oder dass sie unter Mitbestimmung der Bürger getroffen werden?

Diese Frage ist noch sehr untechnisch formuliert. Versucht man, sich der Frage mit Fachbegriffen und dazugehörigen Debatten zu nähern, kommen sofort die Begriffe „Output-Legitimation“ und „Input-Legitimation“ von *Fritz Scharpf* in den Sinn.¹

Output-Legitimation auf der einen Seite wird auch mit *government for the people* beschrieben. Es geht also ganz grob gesprochen darum, dass ein Herrschaftssystem dann legitimiert ist, wenn es gute Lösungen für Probleme des Volkes findet. Output-Legitimation ähnelt somit der effizienten und rationalen Herrschaft, die die *technocrats* der Technokratie zugeschrieben.²

Input-Legitimation auf der anderen Seite wird auch mit *government by the people* beschrieben. Legitimation erwächst bei der Input-Legitimation grundsätzlich daraus, dass das Volk selbst herrscht. Input-Legitimation entspricht damit dem Demokratieverständnis vieler westlicher Verfassungen und ist von der Mitbestimmungsmöglichkeit der Bürger geprägt.³

Die oben aufgeworfene Frage ist freilich zunächst breiter formuliert als die Legitimationskonzepte *Scharpfs*: Bei *Scharpf* geht es ausschließlich um die Legitimation *herrschaftlicher* Entscheidungen, während die Frage sich allgemein auf *gesellschaftliche* Entscheidungen bezieht und damit dem Grunde nach auch beispielsweise privatwirtschaftliche Entscheidungen eines Technologiekonzerns umfasst. Da sich die vorliegende Arbeit aber, wie in der Einleitung beschrieben, auf Entscheidungen durch staatliche oder sonst herrschaftlich handelnde (EU) Ak-

¹ Erstmals in *Scharpf*, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970, S. 21 ff.; in jüngerer Zeit insbesondere *ders.*, *MPIfG Working Paper 2004*, in der er seine Grundideen nochmal kurz und knapp erläutert.

² *Scharpfs* Begriff ist freilich weiter und bezieht sich auch auf Theorien, die lediglich versuchen, bestimmte schlechte Ergebnisse zu verhindern, z.B. Rechtsstaatstheorien (Grundrechtsschutz) und Gewaltenteilungstheorien (Verhinderung totalitärer Willkürherrschaft); s. sogleich ausführlicher.

³ Deutlich z.B. deutsches Grundgesetz Art. 20 Abs. 2 S. 1: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“; französische Verfassung Art. 3 Abs. 1: „La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.“; EUV Art. 10 Abs. 3 S. 1: „Alle Bürgerinnen und Bürger haben das Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen.“; US-Verfassung Präambel: „We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.“

teure beschränken muss, treffen *Scharpfs* Begriffe den Kern der in dieser Arbeit zu behandelnden Fragestellung. Die Begriffe sind zunächst näher zu konkretisieren und die Vor- und Nachteile der jeweiligen Konzepte zu beleuchten (A.).⁴

A. Legitimation herrschaftlichen Handelns

Bevor der Frage nachgegangen werden kann, mit welchen Argumenten sich herrschaftliches Handeln legitimieren lässt, ist vorab zu klären, warum herrschaftliches Handeln legitimiert werden sollte und welches herrschaftliche Handeln legitimationsbedürftig ist.

I. Legitimationsbedürftigkeit

Scharpf versteht Legitimität als die „funktionale Voraussetzung der Möglichkeit von zugleich effizienter und liberaler Herrschaft“. Dies folgert er daraus, dass bestimmte herrschaftliche Gebote und Verbote, die vom sozialen Umfeld des Handelnden anerkannt werden, die moralische Verpflichtung begründen, diese auch dann zu befolgen, wenn sie den eigenen Interessen oder Präferenzen zuwiderlaufen und der Eintritt formaler Sanktionen unwahrscheinlich ist. Solche als vom Handelnden als legitim anerkannte Gebote und Verbote seien effektiver bzw. hätten geringere Erzwingungskosten: Die Herrschaft sei so effizient und liberal zugleich.⁵ Diesem Verständnis von Legitimität folgt auch die vorliegende Arbeit als Prämisse.

Hieraus folgt, dass nicht jedes staatliche Handeln legitimationsbedürftig ist und dass es unterschiedliche Grade der Legitimationsbedürftigkeit geben kann. So bedürfen „[h]errschaftliche Maßnahmen, die den manifesten Präferenzen des Betroffenen entsprechen, [...] keiner Legitimation. *Volenti non fit iniuria*.“⁶ Je schwerer die potentielle Verletzung der individuellen Interessen und Präferenzen, desto legitimationsbedürftiger stellt sich das Handeln auch dar. So werden Verletzungen des Lebens schwerwiegender als Verletzungen des Eigentums eingestuft⁷ – nicht zuletzt, weil letztere oftmals reversibel sind, was die Eingriffsintensität abmildert. In der Rechtsdogmatik wird diese graduelle Abstufung in vielen Rechtsordnungen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgebildet (dazu ausführlich in Teil 2). Neben einer Abstufung in Wertigkeit und Intensität der Verletzung bestimmter Rechtsgüter kann die Legitimationsbedürftigkeit nach *Scharpf* aber auch dadurch variieren, dass Fragen der komparativen Gerechtigkeit und

⁴ Anders als in anderen Kapiteln wird entsprechend des Titels „Unwissen“ in diesem nicht von vornherein die gesamte Struktur vorab erläutert, sondern die Argumentation nach und nach aufgebaut.

⁵ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.

⁶ *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.1.

⁷ *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.1.

der Beziehung zwischen den Regierten betroffen sind.⁸ So wiesen „reine Koordinationsspiele“, in denen die gleichgerichteten Interessen der Beteiligten nur verwirklicht werden könnten, wenn sie sich gemeinsam an einer von mehreren möglichen Regeln orientierten (z.B. Links-fahrgebot), eine geringe Legitimationsbedürftigkeit auf. Sobald Verteilungskonflikte bestünden, stiege dagegen die Legitimationsbedürftigkeit erheblich. Innerhalb der Konstellationen mit Verteilungskonflikten seien diejenigen weniger legitimationsbedürftig, bei denen dennoch alle (unterschiedlich stark) von der Regelung profitierten, echte Umverteilung sei dagegen im höchsten Maße legitimationsbedürftig.⁹

II. Legitimationsargumente

Es gibt historisch und in verschiedenen Weltregionen unterschiedliche Argumente, mit denen Herrschaftsausübung begründet wird (z.B. Gottesbezug, Naturrecht, Charisma des Führers). *Scharpf* konzentriert sich aber in seinen Werken unter Bezugnahme auf das „Zeitalter der Volkssouveränität“ explizit auf Legitimationsargumente, die auf kollektiven Präferenzen und Interessen der Mitglieder der jeweils verfassten politischen Einheit basieren.¹⁰ Diese Beschränkung auf „westlich-moderne und im Prinzip demokratische Begründungen“¹¹ ist auch für die vorliegende Arbeit geeignet, da in den in Teil 2 untersuchten Rechtsräumen EU und USA die Herrschaft ebenfalls explizit oder implizit demokratisch begründet wird.¹² *Scharpf* unterscheidet zwischen output- und input-orientierten Legitimationsargumenten.

Scharpf geht davon aus, dass diese Legitimationsargumente (jeweils alleine oder auch kumuliert) abgestufte *Legitimationskraft* haben können. Entspricht die Legitimationskraft dem ebenfalls variablen Legitimationsbedarf (s.o.), so wird die herrschaftliche Handlung als legitim akzeptiert und als moralisch verbindlich anerkannt, sodass die Funktion der Legitimität gewahrt wird.

1. Input-Legitimation

Die *Input-Perspektive* geht zunächst von den empirisch feststellbaren subjektiven Präferenzen der realen Mitglieder des Gemeinwesens aus.¹³ Präferenzen sind hierbei das Gegenstück zu

⁸ Ders., MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.1.

⁹ Ders., MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.1.

¹⁰ Ders., MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.

¹¹ Ders., MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.

¹² Art. 10 EUV; Präambel der US-Verfassung.

¹³ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.1.

Interessen. Während Präferenzen zunächst die *subjektiven Wünsche* der Bürger darstellen, sind Interessen das, was für den Bürger *objektiv nützlich* ist. Präferenzen sind Ausgangspunkt der Input-Legitimation, Interessen Ausgangspunkt der Output-Legitimation.¹⁴

Da die Präferenzen der Bürger durch Informationsdefizite, Denkfaulheit, desorientierende Medien oder politische Demagogie verzerrt sein können, kann es für *Scharpf* kaum normativ überzeugende Legitimationsargumente für eine „populistische“ Politik geben, die eben diese ungefilterten Präferenzen umzusetzen versucht.¹⁵ Diese Einschätzung teile ich mit *Möllers* jedoch nicht. *Möllers* hat ein normativ überzeugendes Legitimationsargument gefunden: Ausgangspunkt der Demokratie sei, dass die Mitglieder des Gemeinwesens sich gegenseitig gleiche Freiheit zuerkennen. Mit dieser Anerkennung unterstelle man einander gleiches Urteilsvermögen, unabhängig von konkret vorliegender Klugheit, Gebildetheit oder Erfahrung.¹⁶ Mit Aberkennung der gleichen Freiheit würde die Selbstherrschaft einer Gruppe aufgegeben: Zwar würde hierdurch die Gruppe nicht von außen durch eine fremde Gewalt beherrscht, jedoch würden einzelne Mitglieder der Gruppe durch andere Mitglieder fremdbestimmt.¹⁷ Fremdbestimmung widerspricht jedoch dem Ausgangspunkt der Input-Legitimation und dem Begriff der Demokratie (wörtlich: Herrschaft des Volkes). Sobald man auf andere Prinzipien verweist – wie die Notwendigkeit informierter Entscheidungen –, rechtfertigt man nichtdemokratische Entscheidungen.¹⁸ Die soziale Anerkennung und individuelle moralische Bindung demokratisch aufgestellter Ge- und Verbote, die nach *Scharpf* die Funktion von Legitimität darstellen, resultiert m.E. gerade aus der gegenseitigen Anerkennung gleicher Freiheit und gleichem Urteilsvermögen und der damit einhergehenden normativen Selbstbestimmung. Eine Einschränkung auf informierte und reflektierte Präferenzbildung dagegen würde jedes aufgestellte Ge- und Verbot der Kritik aussetzen, dass es z.B. nur wegen Denkfaulheit aufgestellt worden sei oder dass „die anderen“ (die Gebildeten, die Elite o.Ä.) es aufgestellt hätten, was die soziale Anerkennung und die moralische Bindung aller Ge- und Verbote schwächen würde. Die grundsätzliche Beschränkung auf informierte und reflektierte Präferenzen für Input-Legitimation wird mithin abgelehnt. Dies bedeutet freilich nicht, dass input-orientierte Verfahren, bei denen zugleich eine kritische Reflektion der individuellen Präferenzen gefordert oder begünstigt wird, nicht gegenüber anderen Verfahren u.U. zu bevorzugen sind (so könnten beispielsweise mit

¹⁴ Vgl. *ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.1.

¹⁵ *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.1.

¹⁶ *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 18 f.

¹⁷ *Ders.*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 15 f.

¹⁸ *Ders.*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 15.

dieser Begründung deliberative Demokratieformen direktdemokratischen Demokratieformen überlegen sein). Den uninformierten und unreflektierten individuellen Präferenzen soll lediglich nicht von vorneherein demokratische Legitimationskraft abgesprochen werden: Damit wäre der Input-Legitimation eine Elitenbegünstigung inhärent, die intuitiv und normativ der demokratischen Forderung widerspricht.¹⁹ Mit diesem Verständnis der Input-Legitimation stimmt diese Legitimationsform weitgehend mit dem überein, was als Demokratie bzw. demokratische Legitimation bezeichnet wird, sodass im weiteren Verlauf der Arbeit auch von „demokratischen“ Prozessen, Strukturen o.Ä. die Rede ist, wenn Input-Legitimation vorliegt.

Eine wichtige Schwäche der Input-Legitimation ist jedoch, dass es nach dem *Arrow*-Theorem unmöglich ist, eine perfekte Entscheidungsregel aufzustellen, welche divergente (und sachlich nicht vorab eingeschränkte) individuelle Präferenzen zu einer in sich konsistenten und minimalen normativen Anforderungen genügenden kollektiven Präferenzordnung aggregieren könnte.²⁰ Da der grundsätzliche Ausgangspunkt der Input-Legitimation individuelle empirisch feststellbare Präferenzen sind, stellt sich die Frage, wie ohne eine solche perfekte Entscheidungsregel aus individuellen Präferenzen Antworten auf die die Gemeinschaft kollektiv betreffenden Fragen und Probleme gewonnen werden können. Jede real praktizierte Aggregationsregel könnte das Ergebnis verzerren.²¹ Jede Aggregationsregel und jeder Entscheidungsprozess, der darauf gerichtet ist, mit Hilfe individueller Präferenzen kollektive Antworten auf gesellschaftliche Probleme zu entwickeln, leidet somit an bestimmten Schwächen, die Gegenstand extensiver Literatur sind. Von *Scharpf* wird die Problematik durch eine normative Einschränkung der freien individuellen Präferenzbildung gelöst. Durch die (tatsächliche und nicht nur unterstellte – sonst drohe Tyrannei durch einen unterstellten „Volkswillen“ –) solidarische Umorientierung der eigenen Präferenzen werde eine Mehrheitsentscheidung, die der Minderheit Sonderopfer auferlege, normativ hinnehmbar.²² *Möllers* kritisiert hingegen bereits den Ansatzpunkt von *Arrow*: Es sei wenig plausibel, demokratische Willensbildung nur als automatisch zu ermittelnde Summe bereits fest definierter individueller Präferenzen zu verstehen. Präferenzen entstünden ja erst in einem Verfahren, das dem Einzelnen eine bestimmte Willensbildung abverlange.²³ Mit dieser berechtigten Kritik *Möllers* ist der Feststellung *Arrows* jedenfalls der

¹⁹ Ähnlich auch *ders.*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Aufl. 2012, S. 18 ff., der von einem „zutiefst undemokratischen Argument“ spricht.

²⁰ *Arrow*, in: *ders.* (Hrsg.), *Social Choice and Justice*, 1983, 1 ff., S. 1 ff.

²¹ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.1.

²² *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.1.

²³ *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Aufl. 2012, S. 31; ebenso *Nettesheim*, in: *Bauer/Huber/Sommermann* (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005, S. 143, 152.

Stachel gezogen, das „Ob“ der legitimationsstiftenden Wirkung des Inputs der Mitglieder der Gesellschaft in Frage zu stellen.²⁴ Es geht vielmehr um das „Wie“ der Entscheidungsfindung. *Wie* ist die Entscheidungsfindung zu organisieren, damit aus vorhandenen oder erst im Verlauf des Verfahrens entstehenden Präferenzen der Mitglieder der Gruppe eine Entscheidung für das Kollektiv gefunden werden kann?

Wie Entscheidungsprozesse zu organisieren sind, um Legitimation zu stiften, wird in Kapitel 3 näher beleuchtet. Hierbei wird auch auf die jeweiligen Schwächen eingegangen, die sich in unterschiedlicher Legitimationskraft niederschlagen, und betrachtet, wie die Grundbedingung gleicher Freiheit zu gewährleisten ist. *Dass* die Beteiligung der Mitglieder der Gemeinschaft am Entscheidungsprozess durch Einbringung ihrer individuellen Präferenzen Input-Legitimation stiftet, wird nachfolgend mit *Scharpf*²⁵, *Möllers*²⁶ und vielen anderen namhaften Demokratietheoretikern im Folgenden unterstellt.

2. Output-Legitimation

Für die Output-Legitimation sind, wie bereits oben angedeutet, die objektiven *Interessen* der Regierten relevant, denen durch eine effiziente und rationale Regierung optimal Rechnung getragen werden soll.²⁷ Es ergibt sich hieraus auch eine Verpflichtung und sachliche Notwendigkeit, bestimmte Entscheidungen zu treffen, wenn diese sachlich richtig sind. Der Output-Legitimation sind somit Sachzwänge inhärent, sie werden jedoch nicht negativ eingestuft, solange sie dem Interesse der Regierten entsprechen. Vereinfachend werden im weiteren Verlauf der Arbeit, aufgrund der weitgehenden Vergleichbarkeit der Output-Legitimation mit den herausgearbeiteten Elementen der Technokratie (s.o. Kapitel 1), Prozesse und Strukturen, die sich durch Output-Legitimation rechtfertigen sollen, auch als „technokratisch“ bezeichnet – ohne dass damit notwendig der pejorative Beigeschmack des Wortes impliziert wird.

²⁴ Selbst *Brennan*, der (input-)demokratischen Verfahren einen intrinsischen Wert abspricht, und sich versucht, als lupenreiner Utilitarist und Anti-Demokrat (s. schon den Titel „Against Democracy“) zu positionieren, schlägt abschließend Intelligenz- oder Wissenstests mit geringen Anforderungen als Voraussetzung für die Wahlberechtigung vor und lässt damit doch durchscheinen, dass er einer möglichst breiten Beteiligung der Mitglieder einer Gesellschaft einen positiven Wert beimisst – und sei es nur, weil die legitimationsstiftende Wirkung der Mitbestimmung die Effizienz der Herrschaft erhöht (s.o. zur Funktion von Legitimität); *Brennan*, *Against democracy*, 2016.

²⁵ *Scharpf* gesteht die Legitimationswirkung freilich nur unter den beiden genannten Bedingungen zu: informierte Präferenzen und solidarische Orientierung; deutlich *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 3.

²⁶ *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Aufl. 2012 (die Auffassung zieht sich durch das gesamte Buch).

²⁷ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

Bei der Output-Legitimation geht es einerseits negativ darum, dass keine für die Regierten schädlichen Entscheidungen getroffen werden sollen. Diesem Kriterium widmen sich Rechtsstaats- und Gewaltenteilungstheorien.²⁸ In der Praxis westlicher Staaten wird das Negativ-Kriterium durch den Schutz individueller Grundrechte und durch die drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative verwirklicht.²⁹ Durch die Kodifizierung der Grundrechte haben sich Sachzwänge, keine für Einzelne extrem negativen Entscheidungen zu treffen, zu *rechtlichen* Zwängen verdichtet, die den Handlungsspielraum der Regierenden einschränken. Insoweit verfolgt das im politischen Kontext oftmals untrennbar verwendete Begriffspaar „Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“ sehr unterschiedliche Stoßrichtungen.³⁰ Gemeinhin ist mit „Demokratie“ eine Form der Input-Legitimation gemeint, „Rechtsstaatlichkeit“ hat dagegen eine output-orientierte Stoßrichtung. Gleichzeitig können input-legitimierte Regierende sich eine Selbstbeschränkung durch Grundrechte auferlegen. In den beiden Begriffen „Demokratie“ und „Rechtsstaatlichkeit“ spiegelt sich insofern die Grenze zwischen individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung, die von jedem Gemeinwesen (selbst) zu definieren ist (dazu näher Kapitel 3, B.).³¹

Der Output-Legitimation geht es neben der Abwehr von Schaden für die Mitglieder der Gemeinschaft positiv darum, gesellschaftliche Probleme richtig zu lösen und den gesellschaftlichen Nutzen zu mehren. Umfasst sind damit jedenfalls alle „politischen Entscheidungen, deren Ergebnis bei objektiver Betrachtung niemanden schlechter und mindestens einige besserstellen würde als im *status quo*. Dieses am individuellen Nettonutzen orientierte Legitimationsargument entspricht dem bekannten und von der ökonomischen Wohlfahrtstheorie favorisierten *Pareto*-Kriterium.“³² Als praktischer prozeduraler Ausfluss dieser positiv gewendeten Output-Legitimation kann die mittlerweile sowohl in den USA als auch in der EU weitverbreitete Kosten-Nutzen-Analyse angesehen werden.

Eine Grenze der Output-Legitimation ist mit dem Pareto-Kriterium schon angesprochen: Die oben als Situationen maximaler Eingriffsintensität charakterisierten Umverteilungskonstellationen sind womöglich nicht mit Hilfe des Outputs legitimierbar. Hinzu kommt für die vorlie-

²⁸ Ders., *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970, S. 21 f.

²⁹ S. z.B. Art. 1, 2 und 3 der US-Verfassung zur Gewaltenteilung sowie die *Bill of Rights* zu Grundrechten.

³⁰ Ausführlich zum Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 82 ff.

³¹ *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Aufl. 2012, S. 23 f.; *Steiger*, *Albany Law Review* 79 (2015/2016), S. 1 ff.

³² *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

gende Arbeit insbesondere die Frage nach dem Umgang mit Unwissen. Da für Output-Legitimation die objektiven (wahren) Interessen der Mitglieder der Gemeinschaft betrachtet werden müssen, sind notwendige Vorbedingungen erstens die Möglichkeit objektiver Erkenntnis über Tatsachen und Zusammenhänge in der Welt, zweitens die Kenntnis und Abschätzbarkeit aller relevanten Kosten und Nutzen einer Entscheidung im konkreten Fall sowie drittens eine Organisationsstruktur, die diese Kenntnisse zusammentragen und einer Entscheidung zuführen kann (zu den Grenzen sogleich ausführlich unter B.).

III. Schlussfolgerungen

Die Frage nach der Legitimation herrschaftlichen Handelns kann vereinfacht in einer Formel ausgedrückt werden. Die Herrschaft ist danach legitim, wenn

Legitimationsbedürfnis (Verteilungskonstellation, Schadensausmaß)

=

Legitimationskraft (Output-Legitimation + Input-Legitimation).

Die Legitimationskraft der Output- und Input-Legitimation können sich – nach *Scharpf* – insofern ergänzen.³³

Die Legitimationskraft des Inputs wird kaum dem Grunde nach in Frage gestellt, sondern nur hinsichtlich der Ausgestaltung. Der Frage nach der Legitimationskraft der Input-Legitimation – wann diese hoch oder gering ist – wird in Kapitel 3 unter Bezugnahme auf das Konzept des Legitimationsniveaus genauer nachgegangen.

Im Gegensatz dazu wird das „Ob“ der Legitimation durch Outputs teilweise grundsätzlich in Frage gestellt³⁴, jedenfalls aber (auch von *Scharpf* selbst) von Bedingungen abhängig gemacht, die zugleich Grenzen der Output-Legitimation darstellen. Zur Annäherung an die Möglichkeiten zur Ausfüllung der skizzierten Formel werden daher die Grenzen output-orientierter Legitimation im folgenden Abschnitt näher betrachtet.

³³ *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 3.

³⁴ *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 43 f.

B. Grenzen der Output-Legitimation

Zunächst sind die von *Scharpf* selbst benannten Grenzen der Output-Legitimation darzustellen. Hierbei geht es um bestimmte Konstellationen mit Verteilungskonflikten zwischen verschiedenen Gruppen der Gesellschaft, weshalb sie im Folgenden als „ökonomische Grenzen“ bezeichnet werden (dazu I.). Sodann werden die Grenzen beschrieben, die sich aus Mangel an Wissen oder Wissensorganisation ergeben. Sie werden unter dem Oberbegriff „erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Grenzen der Output-Legitimation“ näher betrachtet (dazu II.).

I. Ökonomische Grenzen

Wie schon angesprochen beschränkt *Scharpf* den Geltungsbereich der Output-Legitimation auf pareto-optimale Entscheidungen, d.h. auf Koordinations- und Dilemmaspiele (s.o., z.B. Linksfahrgebot), und auf Positivsummen-Spiele, d.h. auf Situationen, in denen niemandem Nachteile entstehen, aber die erhaltenen Vorteile ungleich verteilt sein können. Für den letzteren Fall merkt er freilich an, dass auch hier aufgrund des (Vorteils-)Verteilungskonflikts die normative Schlagkraft der Output-Legitimation angezweifelt werden kann.³⁵ Letztere Kritik bringt auch *Schäfer* an.³⁶ Diese Frage ist jedoch nicht zu vertiefen, da Positivsummenspiele im Bereich der Regulierung neuer Technologien ohnehin die absolute Ausnahme sind: In den meisten Fällen besteht ein tatsächliches Risiko, also ein Nachteil, der zu verteilen ist. Nur wenn die neue Technologie keine Status-quo-Verschlechterungen für irgendwelche Bevölkerungsgruppen mit sich bringt, kann es sich um ein Positivsummenspiel handeln. Eine vollständig nachteilslose Technologie scheint eher ein theoretischer Fall zu sein.

Wichtiger für die vorliegende Arbeit ist, dass *Scharpf* explizit bestimmte Konstellationen ausnimmt, die für den Bereich der Risikoregulierung geradezu typisch sind. So deckt die Output-Legitimation ihm zufolge „nicht politische Entscheidungen in Nullsummenkonflikten oder in Konstellationen, in denen Wohlfahrtsgewinne für die Gesamtheit nur erreicht werden können, wenn einem Teil der Betroffenen unkompensierte Sonderopfer abverlangt werden“³⁷, ab. Laut *Beck* ist die „Risikogesellschaft“ geradezu dadurch gekennzeichnet, dass unkompensierte Sonderopfer in Form von Risiken zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft verteilt werden. Ihm zufolge würden im Zuge des Modernisierungsprozesses „die Verteilungsprobleme und -konflikte der Mangelgesellschaft überlagert durch die Probleme und Konflikte, die aus der

³⁵ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Fn. 6.

³⁶ *Schäfer*, *Integration* 29 (2006), 193 f.

³⁷ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

Produktion, Definition und Verteilung wissenschaftlich-technisch produzierter Risiken entstehen³⁸. Entsprechend erkennt auch *Scharpf* an, dass die genannte Einschränkung die Output-Legitimation der meisten Regeln im Umweltschutz, Naturschutz oder Verbraucherschutz ausschließt.³⁹ Womöglich legitimierbar wären solche Regeln nur unter Bezugnahme auf das utilitaristische *Kaldor*-Prinzip, wonach herrschaftliche Maßnahmen dann vertretbar erscheinen, wenn die erzielbaren Nutzegewinne einer Regelung ausreichen, um auch die Verlierer zu entschädigen.⁴⁰ Der Utilitarismus setze allerdings die Möglichkeit eines interpersonellen Nutzenvergleichs voraus (d.h. die Bewertung, ob Nutzen a von Person x mehr wert ist als Nutzen b von Person y), was mit wissenschaftlichen Methoden unstreitig nicht zu leisten sei.⁴¹ Darüber hinaus bezögen sich Aussagen des Utilitarismus zumeist auf die Rolle der *Regierenden* zur Mehrung des gesellschaftlichen Nutzens und kaum je auf die Perspektive der *Regierten*.⁴² Eine „moralische Pflicht zur Hinnahme individueller Opfer zugunsten der ‚*greatest happiness of the greatest number*“⁴³ ließe sich nur unter Bezugnahme auf holistische, organismische, systembezogene oder solidaristische Variante output-orientierter Legitimationsargumente begründen. Die Perversion solcher Legitimationsargumente durch den Nationalsozialismus („Du bist nichts, Dein Volk ist alles“) und andere totalitäre Regimes lasse jedoch die heutigen westlichen Demokratien und ihre dem normativen Individualismus verpflichteten Theoretiker vor der Berufung auf genuin kollektivistische Legitimationsargumente zurückscheuen.⁴⁴ Für Konstellationen, die nicht kompensierte („solidarische“) Sonderopfer verlangen, bleiben auch *Scharpf* zufolge somit nur input-orientierte Legitimationsargumente.⁴⁵

Nicht ganz eindeutig positioniert sich *Scharpf* zu Sonderopfern, die durch den Gesamtnutzen kompensierbar sind und auch tatsächlich kompensiert werden. Da diesbezüglich die wissenschaftliche Unmöglichkeit des interindividuellen Nutzenvergleichs eingreift, scheint auch in diesen Konstellationen jedenfalls eine alleinige Legitimation über den Output nicht plausibel. Gleichwohl ist eine Verstärkung der Input-Legitimation durch Output-Legitimation denkbar: Eine durch die demokratische Mehrheit aufgestellte Regel, in der einer Minderheit (zur Meh-

³⁸ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 25.

³⁹ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

⁴⁰ *Kaldor*, *Economic Journal* 49 (1939), 549 ff.; *Harsanyi*, *Journal of Political Economy* 63 (1955), 309 ff.

⁴¹ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

⁴² Vgl. *ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

⁴³ *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

⁴⁴ *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2 m.w.N.

⁴⁵ *Ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 2.2.2.

rung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens) Sonderopfer abverlangt werden, kann voraussichtlich mehr Akzeptanz und moralische Bindungskraft entfalten, wenn diese Sonderopfer kompensiert werden. Sie entfaltet in der Terminologie *Scharpfs* damit mehr Legitimationskraft.

Zusammenfassend verbleibt für Konstellationen unkompensierter Sonderopfer in jedem Fall allein die Input-Legitimation. Entsprechend der obigen Ausführungen zur Legitimationsbedürftigkeit herrschaftlichen Handelns (A.I.) ist die Legitimationsbedürftigkeit bei großen unkompensierten Sonderopfern (z.B. hohem Risiko gravierender Gesundheitsschäden) größer als bei marginalen Nachteilen. Nach der oben aufgestellten Formel variiert mit der Legitimationsbedürftigkeit ist auch die notwendige Legitimationskraft. Wenn die Legitimationskraft für Sonderopfer allein durch Input-Legitimation geleistet werden soll, muss diese besonders ausgeprägt sein (s. Kapitel 3). Soweit Sonderopfer aus dem gesamtgesellschaftlichen Mehrnutzen kompensiert werden, kann die Output-Legitimation zur Legitimationskraft der Input-Legitimation hinzutreten, sodass der Input-Legitimationsbedarf sinkt.

II. Erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Grenzen

Die von *Scharpf* genannten Grenzen der Output-Legitimation sind nicht erschöpfend. Da Output-Legitimation auf den objektiven Interessen der Mitglieder der Gesellschaft basiert, ist eine notwendige Bedingung das *Wissen* um diese objektiven Interessen. Dieses Wissen muss nicht nur abstrakt sowie konkret erlangbar sein, sondern die Wissensproduktion und deren Interaktion mit herrschaftlichen Entscheidungsträgern auch geeignet sein, gute Outputs zu erzeugen.

1. Allgemeine erkenntnistheoretische Grenzen

Damit ist eine grundsätzlichere Frage angesprochen: Ist es für den oder für einige Menschen möglich, objektive Wahrheiten und Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge in der Welt zu erfassen und daraus Schlussfolgerungen für richtige Handlungen zu ziehen?

Über die Möglichkeit des Menschen zur Erlangung objektiven Wissens über Tatsachen und Zusammenhänge in der Welt besteht spätestens seit der Antike eine Kontroverse, die unter dem

Oberbegriff „Erkenntnistheorie“ zusammengefasst wird. Diese Frage betrifft dermaßen umfassend und grundsätzlich jedes „Wissen“ und jede Aussage⁴⁶, dass hier nicht der Versuch unternommen werden soll, die diesbezüglichen Debatten nachzuzeichnen.⁴⁷ Es ist jedoch festzuhalten, dass trotz herausragender intellektueller Leistungen großartiger Denker von *Platon*⁴⁸ über *Hume*⁴⁹, *Kant*⁵⁰ und *Popper*⁵¹ bis zu *Feyerabend*⁵² keine eindeutige Antwort auf die Frage entwickelt wurde, ob der Mensch objektives Wissen über die Welt erlangen kann oder lediglich seine jeweilige subjektive Vorstellung von der Welt.

Output-Legitimation hängt damit von einer Prämisse ab, die seit Jahrtausenden und immer noch *theoretisch und grundsätzlich* heftig umstritten ist – von der praktischen Schwierigkeit, Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge in einer überaus komplexen, hochtechnisierten und globalisierten Welt zu bestimmen, einmal abgesehen. Demgegenüber hängt Input-Legitimation *theoretisch* von der Prämisse der gegenseitigen Anerkennung gleicher Freiheit der Menschen ab, die (zurecht) wenige theoretische Gegner hat⁵³ – wenngleich auch hier die praktische Anwendung viele Fragen aufwirft.

Output-Legitimation stellt sich damit insgesamt theoretisch deutlich angreifbarer dar. Aus der oben beschriebenen Legitimationsfunktion folgt, dass die grundsätzliche Angreifbarkeit eines Legitimationsargumentes dessen Legitimationskraft mindert: Die grundsätzliche theoretische Angreifbarkeit des Arguments mindert die breite soziale Anerkennung und die individuelle moralische Verpflichtungswirkung. Hieraus kann die Forderung abgeleitet werden, jedenfalls für verbindliche Ge- und Verbote das Legitimationsargument zu verwenden, welches die Legitimationsfunktion zuverlässiger erfüllen kann – was eine Ergänzung und Verstärkung

⁴⁶ Die grundlegende Natur der Erkenntnistheorie spiegelt sich anekdotisch darin wider, dass man bei Eingabe eines beliebigen Begriffs auf wikipedia.de und Klicken auf den jeweils ersten verlinkten Begriff nach spätestens 15 Klicks auf den Begriff „Erkenntnistheorie“ stößt.

⁴⁷ Einen guten Überblick für Einsteiger liefern *Schülein/Reitze*, *Wissenschaftstheorie für Einsteiger*, 3. Aufl. 2012.

⁴⁸ Insbesondere das Höhlengleichnis in *Plato*, *Der Staat*, 2006, 7. Buch, 514ad.

⁴⁹ *Hume*, *Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand*, 1967 (1748).

⁵⁰ *Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, 1998 (1781).

⁵¹ *Popper*, *Logik der Forschung*, 1971.

⁵² *Feyerabend*, *Wider den Methodenzwang*, 1975.

⁵³ Theoretiker, die Menschen die gleiche Freiheit aberkennen, berufen und beriefen sich in aller Regel auf Unterschiede in Rasse, Klasse, Geschlecht und widersprechen damit diametral einem mittlerweile weltweit glücklicherweise verbreiteten Menschenbild, welches sich auch diese Arbeit zu eigen macht. Zur unterschiedlichen Behandlung der Menschen aufgrund Unterschieden in Bildung und Intelligenz siehe bereits oben ablehnend.

durch andere Legitimationsargumente freilich nicht ausschließt.⁵⁴ Dementsprechend ist für verbindliche Ge- und Verbote Input-Legitimation als das Legitimationsargument mit höherer Legitimationskraft *stets* zu fordern.⁵⁵ Dennoch sollte auf ein Konzept außenstehender Wahrheit nicht verzichtet werden – Wahrheitsdefinition durch die input-legitimierte Mehrheit erinnert laut Möllers an *Orwells* „Ministry of Truth“. Bereiche offener Wissensproduktion, die eine objektive Außenseite schaffen, an der sich die demokratische Entscheidung messen lassen müsse, seien unverzichtbar.⁵⁶ Aus Übereinstimmung einer Entscheidung mit dieser objektiven Außenseite kann sich ergänzende Output-Legitimation ergeben.

Je angreifbarer die ergänzende Output-Legitimation ist – je geringer deren Legitimationskraft –, desto mehr bedarf es einer soliden Absicherung durch Input-Legitimation. In Bereichen, in denen niemand behauptet, eine Frage richtig beantworten zu können und daraus eine optimal nützliche Handlungsempfehlung ableiten zu können, überzeugt Output-Legitimation nicht. Die Regulierung von Risiken, die nach Einschätzung der Forschenden unberechenbar und/oder unvorhersehbar sind, lässt sich somit nicht output-legitimieren. An den Fallibilismus *Poppers*⁵⁷ angelehnt kann dagegen Output-Legitimation ergänzend zur Input-Legitimation zusätzliche Legitimationskraft entfalten, solange eine Theorie nicht widerlegt ist und sich aus dieser Theorie eine Handlungsempfehlung ableiten lässt. Eine unwiderlegte Theorie, die im Alltagsverständnis als Wahrheit empfunden wird, kann nämlich für die hieraus abgeleiteten Ge- und Verbote moralische Verpflichtungswirkung entfalten. Solange z.B. unwiderlegt ist, dass Zigarettenrauch die Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung an Lungenkrebs erhöht, dürfte ein aufgestelltes Verbot, zumindest andere nicht mit Zigarettenrauch zu gefährden, moralische Verpflichtungswirkung auf Basis gesellschaftlicher Akzeptanz entfalten, auch wenn dieses Verbot nicht durch ein demokratisches Gremium aufgestellt wurde.

2. Grenzen bei irreversiblen Schäden

Aus dieser Überlegung zur ergänzenden Output-Legitimation, die auf einer unwiderlegten Theorie beruht, folgt gleichzeitig eine weitere Grenze der Output-Legitimation. *Beck* argumentiert:

⁵⁴ Scharpf geht ebenfalls davon aus, dass reale Institutionen auf mehrere Legitimationsargumente zurückgreifen und diese dabei jeweils unterschiedlich favorisieren, gewichten oder hintanstellen, *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 3.

⁵⁵ Auch *Möllers* gelangt – wohl mit anderer Begründung – zu demselben Ergebnis: Ihm zufolge ist völlig unklar, warum eine vermutlich richtige Entscheidung andere Personen binden sollte, wenn die Entscheidungsträger nicht ohnehin demokratisch legitimiert sind, *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Aufl. 2012, S. 43.

⁵⁶ *Ders.*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Aufl. 2012, S. 45.

⁵⁷ *Popper*, *Logik der Forschung*, 1971.

„Heute einzugestehen, daß man sich in der Festsetzung der Grenzwerte für die Verträglichkeit von Pestiziden geirrt hat – was im Grund genommen in der Wissenschaft der Normalfall ist –, kommt dem Auslösen einer *politischen* (bzw. wirtschaftlichen) Katastrophe gleich und muß schon deswegen verhindert werden. Die Destruktivkräfte, mit denen es Wissenschaftler heute in allen Themenfeldern auch zu tun haben, zwingen ihnen das inhumane *Gesetz der Irrtumslosigkeit* auf, ein Gesetz, das zu brechen nicht nur zu den menschlichsten Eigenschaften gehört, sondern das auch in klarem Widerspruch zu ihren idealen von Fortschritt und Kritik steht.“⁵⁸

Eine Entscheidung kann nur solange output-legitimiert werden, solange sie „richtig“ bzw. „nützlich“ erscheint. Die Legitimation entfällt mit der Zugabe eines Irrtums. Die Output-Legitimation kann in einem solchen Fall womöglich überdauern bzw. erneuert werden, wenn die Entscheidung entsprechend der neuen Erkenntnis korrigiert wird. Irreversible Schäden, die durch den Irrtum entstanden sind, können jedoch an der erneuerten Legitimationsgrundlage nicht mehr teilhaben. Für sie stößt die Output-Legitimation an eine weitere Grenze – zusätzlich zu dem Umstand, dass bei der Irreversibilität eines Schadens die Legitimationsbedürftigkeit steigt (s.o.). Entscheidungen, die maßgeblich durch ihr Output legitimiert werden sollen, sind „fehlerfreundlich“⁵⁹ so zu gestalten, dass möglichst alle, jedenfalls aber *vorhersehbare* irreversible Schäden vermieden werden. Dass irreversible Schäden nicht stets vorhersehbar sind, ist ein weiteres Argument dafür, dass stets auch ein Mindestmaß an Input-Legitimation erforderlich ist.

3. Wissenschaftstheoretische Grenzen

Parallel zur allgemeinen erkenntnistheoretischen Grenze der Output-Legitimation lässt sich auch eine allgemeine wissenschaftstheoretische Grenze der Output-Legitimation konstatieren, wenn man sich von der Frage der theoretischen Möglichkeit objektiven Wissens hin zu der Frage der praktischen Erlangbarkeit, der sozialen Konstruktion und der Bedeutung von Wissen in der Gesellschaft wendet.

Insofern beschreibt *Beck* eindrücklich die „Geschichte der *Demystifizierung* der Wissenschaften.“⁶⁰ In einer ersten, einfachen Phase der Verwissenschaftlichung der Gesellschaft seien Kritik und Zweifel wissenschaftsintern akzeptiert und institutionalisiert gewesen. Nach außen zur Gesellschaft hin sei hingegen eine letzte Wahrheit behauptet worden, die der Politik als Sachzwang im Sinne der einzig richtigen Lösung verkauft worden sei. In der zweiten Phase der Wissenschaftsentwicklung habe sich die Wissenschaft im Rahmen ihres Siegeszuges mit der

⁵⁸ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 71.

⁵⁹ *Weizsäcker/Weizsäcker*, in: Kornwachs (Hrsg.), Offenheit – Zeitlichkeit – Komplexität, 1984, S. 167 ff.

⁶⁰ *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 79.

Gesellschaft verquickt und stehe ihr nicht mehr als objektive Instanz gegenüber. Da sie sich aber weiterhin selbst hinterfrage und keine endgültigen Wahrheiten anbiete, stehe dementsprechend auch gesellschaftlich nunmehr alles einer Entscheidung offen.⁶¹ „Wissenschaft wird immer *notwendiger*, zugleich aber auch immer *weniger hinreichend* für die gesellschaftlich verbindliche Definition von Wahrheit.“⁶² Auch die wissenschaftliche Methode sei durch Wissenschaftler selbst nach und nach durch „Nestbeschmutzung“ zersetzt worden, was sich besonders deutlich in *Feyerabends* berühmtem Wort „*anything goes*“ widerspiegeln.⁶³

Ausgehend von diesen Beobachtungen *Becks* ist die Existenz eines Entscheidungsprozesses, welcher methodisch unangegriffen zu einem unbestritten optimalen Output gelangt, fragwürdig. Diese Überlegung ist freilich dem „Wie“ der Output-Legitimation zuzuordnen. Der Prozess (also das „Wie“) ist bei der Output-Legitimation im Gegensatz zur Input-Legitimation jedoch unmittelbar mit der Legitimationskraft verknüpft, da der Prozess hier allein an seinem Ergebnis gemessen wird. Aus dieser Überlegung lässt sich eine Abstufung der Legitimationskraft herleiten. Sofern für die Beantwortung einer Fragestellung ein etablierter Prozess mit etablierten Methoden vorhanden ist, dessen Ergebnisse weitgehend unkontrovers sind, ist die gesellschaftliche Akzeptanz und damit die Legitimationskraft des Outputs höher – gleichzeitig können sich hieraus Sachzwänge ergeben. Handelt es sich dagegen um Fragen, bei denen verschiedenste Wissenschaftszweige einen Beitrag zur Antwort für sich beanspruchen, ein gemeinsamer Dialogprozess aber nicht etabliert ist, geschweige denn eine einheitliche Methode, so ist typischerweise auch das Ergebnis äußerst kontrovers und die Output-Legitimationskraft dementsprechend schwach.⁶⁴

Zusammenfassend ist selbst in Fällen hoher Legitimationskraft des Outputs stets ein Mindestmaß an Input-Legitimation zu fordern. Dies beruht auf drei Erwägungen: Zum einen lässt *Feyerabends* „*anything goes*“ selbst die etablierteste Methode hinterfragbar erscheinen; des Weiteren erscheint fraglich, wer – außer ein input-legitimierter Entscheidungsträger – befugt

⁶¹ *Ders.*, Risikogesellschaft, 1986, S. 254.

⁶² *Ders.*, Risikogesellschaft, 1986, S. 256.

⁶³ *Ders.*, Risikogesellschaft, 1986, S. 268 mit ausführlichen Erläuterungen zu den verschiedenen Stufen der „Nestbeschmutzung“.

⁶⁴ Ähnlich *Möllers*, demzufolge es wenige Fälle gibt, in denen eine Frage politisch umstritten aber wissenschaftlich unumstritten ist, *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 46; aus der Möglichkeit einer gewissen Output-Legitimation in wissenschaftlich unkontroversen Fällen folgert *Möllers* freilich noch nicht, dass Problemlösung insgesamt Experten zu übertragen ist; denn jeder Experte würde sich sonst vorrangig seinen Spezialproblemen widmen und andere Probleme vernachlässigen; *ders.*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 45 f.

und befähigt sein soll, zwischen der Lösung verschiedener Probleme zu priorisieren⁶⁵; schließlich sind laut Beck „Entscheidungen, die im Rahmen der Wissensproduktion über Risiken und Zivilisationsgefährdungen fallen, niemals nur Entscheidungen über Wissensinhalte (Fragestellungen, Hypothesen, Meßverfahren Methoden, Grenzwerte etc.) [...], sondern *ineins* auch Entscheidungen über *Betroffenheiten*: über Reichweite und Art der Gefährdung, Bedrohungsgehalt, Personenkreis, Spätfolgen, Maßnahmen, Verantwortliche, Entschädigungsansprüche.“⁶⁶ Sofern das wissenschaftlich definierte Risiko und die gesellschaftliche Wahrnehmung dieses Risikos auseinanderklaffen, so sei dies kein reines Informationsproblem.⁶⁷ Vielmehr deute die Nichtakzeptanz wissenschaftlicher Risikodefinition darauf hin, dass die kulturellen Akzeptanzprämissen („So wollen wir leben“), die in der technisch-wissenschaftlichen Risikoaussage enthalten seien, falsch seien. Da Aussagen über Risiken in ihren impliziten kulturellen Wertvorstellungen über ein lebenswertes Leben damit ein Stück Mitbestimmung enthielten, hätten sich die Naturwissenschaften ein Stück entmachtet, zur Demokratie gezwungen.⁶⁸ Die kulturellen Akzeptanzprämissen basieren auf den Präferenzen der Gesellschaftsmitglieder, nicht auf ihren Interessen. Sie können nur durch das Input der Mitglieder der Gesellschaft ermittelt werden. Speziell für den Bereich der Risikoregulierung ist damit ebenfalls stets ein Mindestmaß an Input-Legitimation zu fordern.

III. Grenzen auch für Negativ-Kriterium der Output-Legitimation?

Bisher wurden die Grenzen der Output-Legitimation auf Grundlage des Positiv-Kriteriums (Mehring des gesellschaftlichen Nutzens = positives Output) betrachtet. Wie oben ausgeführt beinhaltet die Output-Legitimation aber auch ein Negativ-Kriterium, welches sich in der Abwehr von Schaden für Mitglieder der Gesellschaft ausdrückt. Output-legitimiert sind daher jedenfalls Handlungen, durch die Gefahren und Schäden von Mitgliedern der Gesellschaft abgewendet werden, ohne dabei andere Mitglieder der Gesellschaft schlechter zu stellen. Es stellt

⁶⁵ Ähnlich *ders.*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 45 f.

⁶⁶ Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 71.

⁶⁷ A.A. wohl *Sunstein*, *Laws of Fear*, 2005, S. 35 ff., der Phänomene aus der Verhaltenspsychologie aufzählt, die die Risikowahrnehmung verzerren. Sunstein versteht sich allerdings als Utilitarist, dem es um die objektiven Interessen der Gesellschaftsmitglieder geht, nicht aber um ihre (womöglich verzerrten) Präferenzen bezüglich der Akzeptierbarkeit eines Risikos. Die vorliegende Arbeit misst den (selbst verzerrten) Präferenzen der Gesellschaftsmitglieder demgegenüber wegen der gegenseitigen Anerkennung gleicher Freiheit aber erhebliche Bedeutung zu (s.o. A.II.1.), sodass sich der Auffassung *Becks* angeschlossen wird.

⁶⁸ Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 76; ähnlich *Jasanoff*, *States of Knowledge*, 2004, die von einer „interactional coproduction“ zwischen Wissenschaft und Recht/Politik spricht.

sich gleichwohl die Frage, ob die beschriebenen Grenzen ebenfalls für das Negativ-Kriterium gelten.

Die ökonomische Grenze des Pareto-Kriteriums erstreckt sich denklogisch auf das Negativ-Kriterium. Da durch pareto-optimale Handlungen niemand schlechter gestellt werden darf, können herrschaftliche Handlungen, durch die einem Mitglied oder einer Gruppe an Mitgliedern Schaden zugefügt wird, nicht durch Output-Legitimation gerechtfertigt werden. Auch die erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Grenzen lassen sich grundsätzlich übertragen: In dem Maße, in dem – mangels Erkenntnis oder mangels wissenschaftlicher Organisation – ungewiss ist, ob eine Entscheidung pareto-optimal ist oder vielmehr einer Gruppe Schaden entsteht, versagt Output-Legitimation. Das bedeutet nicht, dass die Regierenden in solchen Konstellationen einer *paralysis by analysis* unterliegen und nur handeln dürfen, wenn sicher ist, dass ihre Entscheidung pareto-optimal ist (dies ist auf Grundlage der o.g. allgemeinen erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Grenze nie der Fall). Sie sind lediglich in besonderem Maße auf Input-Legitimation angewiesen.

Diese Überlegungen werfen jedoch mit Blick auf die wichtigsten praktischen Ausflüsse des Negativ-Kriteriums der Output-Legitimation – die Grund- und Menschenrechte – Fragen auf. Wenn, wie so oft, mehrere Grundrechte miteinander kollidieren und das eine nur auf Kosten des anderen geschützt werden kann⁶⁹, versagt dann die Output-Legitimation? Wenn, wie im Bereich der Risikoregulierung typisch, in ein wirtschaftliches Grundrecht eingegriffen wird, um Leben und Gesundheit zu schützen, deren Bedrohung aber nicht gewiss ist, versagt dann die Output-Legitimation?

Entsprechend der obenstehenden Überlegungen sind die Fragen mit „Ja“ zu beantworten. In der Tat lässt sich bei Grundrechtskollisionen oder Ungewissheit kein eindeutig „besseres“ Output definieren – Output-Legitimation kann lediglich in zweidimensionalen Grundrechtskonstellationen zwischen Staat und Bürger greifen, in denen Schaden vom Bürger abgewendet wird, ohne hierdurch wiederum anderen Bürgern zu schaden. Anderenfalls bedürfte es wiederum eines interpersonellen Nutzenvergleichs, der wissenschaftlich nicht zu leisten ist (s.o.). Wenn Output-Legitimation in diesen Konstellationen versagt, wie legitimieren sich dann Institutionen (Verfassungsgerichte), die Grundrechtskollisionen auflösen?

⁶⁹ Typische Konstellationen im deutschen Verfassungsrecht z.B. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, kollidiert mit Meinungs- oder Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 1 bzw. Abs. 3 GG, aber auch (in Risikoregulierungskonstellationen besonders) Berufs- oder Eigentumsfreiheit, Art. 12 bzw. 14 GG, kollidiert mit dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG.

Eine Institution, die *auch* über Grundrechtskollisionen mehrerer Bürger und bei Ungewissheit entscheidet, kann sich nicht allein auf Output-Legitimation stützen.⁷⁰ Auch *Scharpf* beantwortet die Frage mit der einzigen in seinem Denkkonzept stimmigen Antwort: Solche nichtpolitischen Institutionen⁷¹ sind ihrerseits von Input-Legitimation – vermittelt durch politische Institutionen und die Präferenzen der Bevölkerung – abhängig.⁷² Wie Input-Legitimation solcher Institutionen gewährleistet werden kann und in welchem Spannungsverhältnis nichtpolitische und politischen Institutionen stehen, wird in Kapitel 3, Abschnitt B. näher betrachtet.

IV. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend können vier Grenzen der Output-Legitimation festgehalten werden.

Die erste (ökonomische) Grenze bilden Verteilungskonflikte, die keine pareto-optimale Lösung haben, sondern unkompenzierte Sonderopfer verlangen. Für sie verbleibt nur Input-Legitimation, deren Legitimationskraft in Abhängigkeit von der Legitimationsbedürftigkeit (Wert des Rechtsgutes, Schwere und Reversibilität des Schadens) höher ausfallen muss oder geringer ausfallen kann. Die Kompensation eines Sonderopfers kann die Legitimationskraft output-bezogen ergänzen.

Die zweite (erkenntnistheoretische) Grenze stellt zunächst die erste Grenze unter einen zusätzlichen Vorbehalt: Zur Bestimmung eines Pareto-Optimums ist Wissen über die objektiven Interessen der Mitglieder einer Gesellschaft und damit allgemein über Zustände und Zusammenhänge in der Welt nötig. Aufgrund der fortbestehenden erkenntnistheoretischen Kontroverse bleibt die Erlangbarkeit objektiven Wissens für den Menschen offen. Hiermit findet auch Output-Legitimation eine grundsätzliche Grenze, die dazu führt, dass stets auch Input-Legitimation zu fordern ist. Gleichwohl ist eine ergänzende Output-Legitimation auf Grundlage des Fallibilismus *Poppers* möglich: Solange eine Theorie unwiderlegt ist und sich aus ihr optimierende Handlungsempfehlungen ableiten lassen, kann sich hieraus (ergänzende) Output-Legitimation ergeben. Dabei gilt: Je größer die wissenschaftliche „Gewissheit“, desto höher die Output-Legitimation.

Aus dem Fallibilismus-Argument folgt eine dritte Grenze der Output-Legitimation für irreversible Schäden. Sofern ein Irrtum entdeckt wird, kann die Entscheidung angepasst und die

⁷⁰ Aufgrund der allgemeinen erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Grenze ist eine alleinige Output-Legitimation ohnehin fragwürdig, s.o.

⁷¹ Neben Verfassungsgerichten nennt er auch unabhängige Notenbanken.

⁷² *Scharpf*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 3.2.

Output-Legitimation erneuert werden. Von dieser Erneuerung nicht umfasst sind irreversible Schäden.

Die vierte (wissenschaftstheoretische) Grenze bestätigt und ergänzt die bereits statuierte erkenntnistheoretische Grenze. Zum einen ist Output-Legitimation dem grundsätzlichen Vorbehalt zu unterstellen, dass nicht nur objektives Wissen, sondern auch wissenschaftliche Dialog- und Entscheidungsprozesse, Methoden und Ergebnisse kaum je perfekt sind. Speziell im Bereich der Risikoregulierung werden zudem mit wissenschaftlich-technischen Risikodefinitionen auch kulturelle Akzeptanzprämissen mitentschieden. Aus beiden Argumenten folgt, dass ein Mindestmaß an Input-Legitimation stets notwendig ist. Hinsichtlich der wiederum ergänzenden Legitimationskraft der Output-Legitimation ist graduell zu unterscheiden: Für monothematische Fragestellungen, auf die eine bestimmte Wissenschaftsdisziplin alleine anhand etablierter Methoden antworten kann, kann von einer stärkeren ergänzenden Legitimationskraft des Outputs ausgegangen werden als bei Fragestellungen mit vielen Facetten, die viele Wissenschaftsdisziplinen ansprechen und für die sich Dialogstrukturen und Methoden noch nicht herausgebildet haben. Je neuer und interdisziplinärer die Fragestellung, desto schwieriger gestaltet sich Output-Generierung und desto weniger tragfähig ist Output-Legitimation.

C. Je-desto-Formel

An dieser Stelle ist wieder auf die bereits benannte Gleichung zur Legitimation zurückzukommen, da zu ihren wesentlichen Elementen nun Erkenntnisse vorliegen:

Legitimationsbedürfnis (Verteilungskonstellation, Schadensausmaß)

=

Legitimationskraft (Output-Legitimation + Input-Legitimation).

Wie bereits zuvor beschrieben sind für die Input-Legitimation die beschriebenen Grenzen der Output-Legitimation nicht gegeben. Ungeachtet der prozeduralen Organisation der Willensbildung des Volkes unterliegt Input-Legitimation keinen prinzipiellen Grenzen. Mitbestimmung des Volkes wird nicht etwa gefordert, weil damit bestimmte Ergebnisse erzielt werden können. Der Einzelne darf nicht mitbestimmen, weil er in der Lage ist, ideale Ergebnisse für das Volk zu erkennen und umzusetzen, sondern weil er ein Mensch ist und Teil des Volkes, welches sich der demokratischen Herrschaft unterwirft. Unter B. ist herausgearbeitet worden, dass *ein gewisses Maß an Input-Legitimation aus diesem Grund stets erforderlich ist*, weil Output-Legiti-

mation aufgrund verbleibender Ungewissheit über die Wahrheit und Richtigkeit einer Entscheidung nie allein zu überzeugen vermag: Die abstrakte Möglichkeit objektiven Wissens ist umstritten, wissenschaftliche Erkenntnisprozesse sind nicht perfekt und hängen von kulturellen Akzeptanzprämissen ab.

Es bietet sich an, die Formel umzustellen, um zu bestimmen, wie groß das „gewisse Maß“ an Input-Legitimation sein muss, wenn Legitimationsbedürfnis und Output-Legitimation variieren.⁷³ Die Umstellung ergibt Folgendes:

Legitimationsbedürfnis (Verteilungskonstellation, Schadensausmaß)

– *Legitimationskraft (Output-Legitimation)*

= *Legitimationskraft (Input-Legitimation)*

Wie beschrieben variieren sowohl Legitimationsbedürfnis als auch die Legitimationskraft der Output-Legitimation in Abhängigkeit von bestimmten Faktoren. Daraus resultiert eine entsprechende Variation der nötigen Legitimationskraft seitens der Input-Legitimation. Wenn das Legitimationsbedürfnis hoch ist und die Output-Legitimationskraft gering, so bedarf es einer besonders starken Legitimationskraft auf der Input-Seite. Wenn hingegen das Legitimationsbedürfnis gering ist und die Output-Legitimationskraft hoch, so genügt eine geringe Input-Legitimation, um Legitimität sicherzustellen.

Faktoren, die ein hohes Legitimationsbedürfnis hervorrufen, sind im Anschluss an *Scharpf* einerseits eine hohe Wertigkeit und/oder große Intensität der Verletzung bestimmter Rechtsgüter. Ebenfalls ein hohes Legitimationsbedürfnis ist für Situationen gegeben, in denen Verteilungskonflikte zwischen Mitgliedern der Gesellschaft zu entscheiden sind – in besonderem Maße gilt dies für echte Umverteilungskonstellationen, weniger für Positivsummenspiele.

Faktoren, die eine geringe Legitimationskraft der Output-Legitimation bedingen, sind erstens nicht pareto-optimale Entscheidungen, also ebenfalls Umverteilungskonstellationen mit Verteilungskonflikten, besonders wenn die Geschädigten nicht entschädigt werden, zweitens die Irreversibilität von Schäden, drittens eine große Ungewissheit über die objektive Richtigkeit einer Entscheidung, die sich viertens oftmals an der wissenschaftlichen Kontroverse und dem Fehlen etablierter wissenschaftlicher Dialogprozesse und Methoden ablesen lässt.

⁷³ Wie ein „gewisses Maß“ an Input-Legitimation erreicht werden kann, ist Gegenstand des 3. Kapitels.

Damit wurden die Faktoren gesammelt, die jeweils für sich, insbesondere aber kumuliert, eine hohe Input-Legitimationskraft erforderlich machen. Hieraus kann etwas einfacher ausgedrückt die folgende **Je-desto-Formel** abgeleitet werden:

Je größer der mögliche Schaden⁷⁴, je gewichtiger die betroffenen Rechtsgüter, je stärker die Verteilungskonflikte⁷⁵ und/oder je höher der Grad der Ungewissheit bzw. Kontroverse einer Entscheidung⁷⁶, desto mehr Input-Legitimation (auch demokratische Legitimation genannt) ist notwendig.

Damit sind die Fälle genannt, unter denen ein hohes Maß an Input-Legitimation erforderlich ist, um das Entscheidungssystem legitim erscheinen zu lassen.⁷⁷ Diese Formel wird für den nachfolgenden Rechtsvergleich leitend sein. Denn in der Risikoregulierung geht es typischerweise um möglicherweise große, aber ungewisse Schäden für Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit. *Beck* hat Verteilungskonflikte um Risiken zudem als geradezu typisch für die von ihm diagnostizierte Risikogesellschaft identifiziert. Dementsprechend legt die aufgestellte Formel für den nachfolgenden Rechtsvergleich nahe, dass es im Bereich der Risikoregulierung viele Konstellationen gibt, in denen ein besonders hohes Maß an demokratischer Legitimation nötig ist.

Außerdem lässt sich – als prozedurale Begleitung der inhaltlichen Formel – die Forderung ableiten, sowohl das Legitimationsbedürfnis als auch die vorhandene Output-Legitimation stets möglichst genau zu ermitteln, um auch eine Vorstellung vom nötigen Maß zusätzlicher (Input-)Legitimationskraft zu gewinnen. Auch wenn sich diese Werte alle nicht streng numerisch darstellen und aufrechnen lassen, kann eine genaue Analyse bei der Einschätzung helfen, ob zusätzliche Legitimation tendenziell nötig ist. Als mögliches Operationalisierungskriterium zur praktischen Ermittlung des Ausmaßes des Legitimationsbedürfnisses und der vorhandenen Output-Legitimation ist im Anschluss an Überlegungen von *Beck*⁷⁸ das Kriterium der Versicherbarkeit denkbar. Möchte ein Versicherer ein bestimmtes Risiko nicht versichern, spricht dies

⁷⁴ Irreversibilität vergrößert hierbei den Schaden.

⁷⁵ Dilemmaspiele weisen gar keine Verteilungskonflikte auf, pareto-optimal gelöste Positivsummenspiele nur geringe (positive) Verteilungskonflikte, kompensierte Sonderopfer nach dem Kaldor-Prinzip mittelstarke Verteilungskonflikte und Umverteilungen mit unkompensierten Sonderopfern starke Verteilungskonflikte.

⁷⁶ Hierbei sind auch die Etabliertheit der Prozesse und Methoden sowie die Vielfältigkeit der involvierten Wissenschaftsdisziplinen einzubeziehen.

⁷⁷ Nach *Scharpf* geht es bei den Legitimationsbegriffen nicht darum, einzelne Entscheidungen für legitim oder illegitim zu erklären, sondern das Gesamtsystem zu bewerten; *Scharpf*, MPfG Working Paper 2004, Abschnitt 3.

⁷⁸ *Beck*, *Weltrisikogesellschaft*, 3. Aufl. 2015 (2007), S. 239 f.; *Wehner*, *Archiv für Sozialgeschichte* 52 (2012), 583.

entweder für ein besonders großes Risiko (i.S.v. Schadenshöhe x Eintrittswahrscheinlichkeit) oder für großes Unwissen über mögliche Schadenshöhe und/oder Eintrittswahrscheinlichkeit. Es liegt zudem typischerweise ein gravierender (Risiko-)Verteilungskonflikt vor, da bei Schadensrealisierung unkompensierte Sonderopfer verlangt werden. Die Regulierungsentscheidung über ein nicht versicherbares und nicht versichertes Risiko sollte dementsprechend besonders demokratisch getroffen werden. Umgekehrt spricht die Versicherbarkeit eines Risikos für ein abschätzbare (Wissen) und annehmbares (Höhe) Risiko. Sofern ein Risiko tatsächlich versichert wird, entschärft sich auch der Verteilungskonflikt, da die Geschädigten bei Schadenseintritt entschädigt werden können. In solchen Konstellationen kann ein deutlich geringeres Maß an Input-Legitimation ausreichen.

Sofern aufgrund sorgfältiger Analyse zusätzlicher Legitimationsbedarf identifiziert wird, kann durch die Regierenden entschieden werden, ob sie diesen Bedarf durch zusätzliche Output-Legitimation (z.B. genauere Erforschung der Gefahren) oder durch zusätzliche Input-Legitimation (z.B. erweiterte Partizipationsmöglichkeiten) abdecken. Auch dieser prozedurale Aspekt wird im Rahmen des Rechtsvergleichs immer wieder fruchtbar gemacht.

Noch nichts gesagt ist damit allerdings zu der Frage, ob die Formel auch umgekehrt gilt, ob also Regierende, die in hohem Maße input-legitimiert sind, auch frei und gänzlich ohne Sach- oder Rechtszwänge über Verteilungskonflikte, bei großen Schäden oder bei großer Ungewissheit entscheiden dürfen, oder ob und wieweit sich auch input-legitimierter Regierende an Grenzen halten sollten, um dem Gesamtsystem ein Maximum an Legitimität zu verleihen.

Aus der Umkehrung der aufgestellten Formel lassen sich zunächst keine eindeutigen Schlüsse hinsichtlich der Frage ziehen, ob in hohem Maße input-legitimierter Entscheidungsträger auch "grenzenlos" und unabhängig von einer Verstärkung durch Output-Legitimation Entscheidungen treffen können sollten. Denn umgekehrt umgestellt lautet die Formel wie folgt:

$$\begin{aligned}
 & \text{Legitimationsbedürfnis (Verteilungskonstellation, Schadensausmaß)} \\
 & - \text{Legitimationskraft (Input-Legitimation)} \\
 & = \text{Legitimationskraft (Output-Legitimation)}
 \end{aligned}$$

Hieraus folgt lediglich, dass, wenn das Legitimationsbedürfnis höher ist als die vorhandene Input-Legitimation, zusätzlich Output-Legitimation nötig ist. Wenn also beispielsweise ein lediglich mittelbar legitimierter Beamter über gewichtige Gefahren für Leben und Gesundheit entscheidet, muss er sich verhältnismäßig sicher sein, dass die getroffene Maßnahme die Gefahr abwendet.

Da die Input-Legitimation aber im Gegensatz zur Output-Legitimation keinen prinzipiellen Grenzen unterliegt, wäre in dem Beispiel neben einer Erhöhung der Output-Legitimation durch Verbesserung der Wissensgrundlage auch eine Erhöhung der Input-Legitimation z.B. durch Verlagerung der Entscheidung auf das Parlament möglich, um den Legitimationsbedarf zu decken.

Sobald Input-Legitimation und Legitimationsbedürfnis gleich sind, ergeben sich nach der Formel keine Anforderungen an eine zusätzliche Output-Legitimation.

Damit soll nicht ausgeschlossen werden, dass innerhalb der Frage, *wie* Input-Legitimation erzielt werden kann, Verfahren vorzugswürdig sein können, die auch den Aspekt der Output-Legitimation adressieren, weil so insgesamt ein möglichst hohes Maß an Legitimationskraft erreicht wird (dazu sogleich Kapitel 3). Hierzu gehört auch der Grundrechtsschutz durch Verfassungsgerichte.

Kapitel 3

Demokratie

Im vorangegangenen Kapitel wurde für bestimmte Konstellationen ein hohes Maß an Input-Legitimation gefordert. Input-Legitimation wird weitgehend auch mit Demokratie und demokratischer Legitimation gleichgesetzt. Demokratie verlangt wörtlich die Herrschaft des Volkes. In der antiken Athener Demokratie wurde diese auch wörtlich umgesetzt, indem sich „das Volk“¹ auf dem Marktplatz versammelte und über Fragen der Herrschaftsausübung debattierte und abstimmte. Diese Form der Demokratie ist aufgrund der schieren Größe und Bevölkerungszahl heutiger Demokratien nicht mehr praktisch umsetzbar. Stattdessen haben sich in Theorie und Praxis zahlreiche Methoden entwickelt, um die Herrschaft des Volkes zu verwirklichen. Diese werden im Folgenden samt ihren wesentlichen Vor- und Nachteilen dargestellt. Ziel ist es darzustellen, mit Hilfe welcher Verfahren und Institutionen die in der Je-desto-Formel aufgestellte Forderung nach demokratischer Legitimation theoretisch und praktisch erfüllt werden kann, *wie* also Input-Legitimation gewährleistet wird (dazu A.).

Demokratie fordert aber nicht nur formal Verfahren und Institutionen, die eine vom Volk vermittelte Legitimation der Entscheidung sicherstellen. Damit Demokratie real wird, müssen die real bestehenden oder aufkommenden gesellschaftlichen Probleme auch diese demokratischen Verfahren und Institutionen erreichen und von diesen Institutionen durch diese Verfahren einer Lösung zugeführt werden. Dabei müssen die Institutionen trotz gewisser Verfahrensvorgaben jedenfalls inhaltlich einen ausreichenden Handlungsspielraum haben, um echte gesellschaftliche Gestaltung vorzunehmen. Wenn das Volk in seinen demokratischen Verfahren und Institutionen nicht inhaltlich frei über wichtige gesellschaftliche Fragestellungen entscheiden kann, sondern diese anderswo entschieden oder vorbestimmt werden, so kann von einer Herrschaft des Volkes schwerlich die Rede sein.

Damit sind die beiden Punkte von *Beck* und *Schelsky* wieder aufgegriffen. Demokratische Institutionen können *Beck* zufolge entmachteter werden, indem die wichtigen politischen Entscheidungen nicht mehr dort getroffen werden, sondern z.B. in Wirtschaft und Wissenschaft. „Das Politische wird unpolitisch und das Unpolitische politisch.“² Wie bereits in der Einleitung ausgeführt, wäre diese Aussage durch sozialwissenschaftliche Studien erforschbar, kann jedoch

¹ Bekanntlich gehörten in der Athener Demokratie Frauen und Sklaven nicht zum Volk dazu, was vor dem postulierten Ausgangspunkt der gleichen Freiheit heutzutage nicht mehr vertretbar wäre.

² *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 305.

in dieser rechtswissenschaftlichen Arbeit nicht weiter vertieft werden. Solange die demokratischen Institutionen zumindest noch theoretisch und rechtlich in der Lage sind, wichtige gesellschaftliche Themen an sich zu ziehen und letztverbindlich zu regeln, kann eine rechtswissenschaftliche Analyse hier keinen Beitrag leisten. Der Punkt von *Schelsky*, nämlich inwieweit die bestehenden Institutionen durch (verrechtlichte) Sachzwänge in ihrem demokratischen Handlungsspielraum eingeschränkt und dadurch bloß noch leere Hüllen sind³, kann demgegenüber durchaus rechtlich analysiert werden. Der demokratische Handlungsspielraum des Bundestages ist sogar im Zuge der Euro-Rettung Gegenstand mehrerer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.⁴ Dem BVerfG zufolge verstößt eine Situation, in der dem Parlament keine echte Handlungs- und Gestaltungsfreiheit für gesellschaftliche und politische Belange mehr verbleibt, sondern diese Freiheit (in diesem Fall durch eingegangene finanzielle Verpflichtungen) ausgehöhlt wird, gegen das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG.

Dem Aspekt des inhaltlichen demokratischen Handlungsspielraums wird unter B. näher nachgegangen. Ausgangspunkt ist dabei die demokratische Forderung nach einem großen inhaltlichen Handlungsspielraum. Wie bereits zu bedenken gegeben, bedeutet dies nicht notwendigerweise einen völlig unbegrenzten Handlungsspielraum. Vielmehr ist es denkbar, dass sich auch demokratisch legitimierte Institutionen an Grenzen halten sollten, um dem Gesamtsystem ein Maximum an Legitimität zu verleihen.

Mit Hilfe der gewonnenen Erkenntnisse wird in Abschnitt 3 zum Abschluss der theoretischen Überlegungen zu Technokratie, Demokratie und Unwissen die in Kapitel 2 aufgestellte Jесто-Formel weiter verfeinert.

A. Demokratische Verfahren und Institutionen

Demokratische Verfahren und Institutionen können vielerlei Gestalt annehmen. In der gebotenen Kürze werden im Folgenden die gängigsten Möglichkeiten dargestellt. Dabei ist nicht nur auf theoretische Modelle, sondern vor allem auch auf reale Regierungssysteme einzugehen,

³ *Schelsky*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 32.

⁴ BVerfG, *Griechenland-Hilfe und Euro-Rettungsschirm EFSF*, Ur. v. 07.09.2011, Rs. 2 BvR 987/10, BVerfGE 129, 124 ff.; BVerfG, *Beteiligungsrechte des Bundestages/EFSS*, Ur. v. 28.02.2012, Rs. 2 BvE 8/11, BVerfGE 130, 318 ff.; BVerfG, *OMT-Programm der EZB*, Ur. v. 21.06.2016, Rs. 2 BvR 2728/13 u.a., BVerfGE 142, 123; dazu die Beiträge in *Pechstein* (Hrsg.), *Integrationsverantwortung*, 2012; s. auch *Huber*, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, 2014; *Calliess*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung*, 2012, 113 ff.; *ders.*, *NVwZ* 2012, 1 ff.

weil diese in der Regel Mischformen aus verschiedenen Demokratiemodellen darstellen.⁵ Besonderes Augenmerk liegt auf den Besonderheiten der Regierungssysteme der EU und der USA, da im Rechtsvergleich in Teil 2 eben diese Rechtsräume untersucht werden.

Einerseits gibt es Aspekte, die sicherstellen, dass derjenige, der verbindlich gesellschaftliche Entscheidungen fällt, *vorher* (direkt oder mittelbar) durch das Volk hierzu bestimmt wurde. Diese Aspekte kann man auch unter dem Begriff der Ex-ante-Legitimation zusammenfassen: Vor der Entscheidung muss die Legitimation des Entscheidungsträgers abgesichert sein (dazu I.).⁶

Im Gegensatz dazu steht die Ex-post-Kontrolle⁷ einer Entscheidung. Diese kann ebenfalls demokratische Legitimation vermitteln, wenn die kontrollierende Institution ihrerseits eine höhere Ex-ante-Legitimation aufweist als der Entscheidungsträger selbst, also z.B. die Kontrolle der Verwaltung durch das Parlament oder durch das Volk selbst (dazu II.). In dieser Konstellation erhöht also gewaltenteilige Kontrolle nicht nur die Output-Legitimation (s.o. Kapitel 2, A.2.), sondern auch die Input-Legitimation.

Bei der Ex-ante-Legitimation und der Ex-post-Kontrolle geht es primär um den jeweiligen Entscheidungsträger und dessen Legitimation. In der deliberativen Demokratie steht demgegenüber das demokratische Verfahren im Vordergrund (dazu III.).

Ein Konzept, welches ermöglicht, verschiedene Demokratiemodelle zusammenzuführen, um das Maß der demokratischen Legitimation zu bestimmen, ist das „Legitimationsniveau“ (dazu IV.). Es scheint geeignet, die Legitimationskraft der Input- bzw. demokratischen Legitimation ganzheitlich zu betrachten und zu bestimmen. Zur Ausfüllung der Je-desto-Formel kann es sich dementsprechend als nützlich erweisen.

I. Ex-ante-Legitimation

Unter dem Stichwort der Ex-ante-Legitimation geht es darum, ob derjenige, der eine hoheitliche Entscheidung trifft, durch die Regierten hierzu (mittelbar) ermächtigt wurde.⁸ Möglich ist insoweit einerseits die Entscheidung durch das Volk selbst (direkte Demokratie, dazu 1.), andererseits die Bestimmung von Repräsentanten. Für die Bestimmung der Repräsentanten gibt es wiederum das Mittel der Wahl einerseits (dazu 2.) und das Mittel des Loses andererseits (dazu 3.).

⁵ Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 165.

⁶ Diese Terminologie auch bei Möllers/Achenbach, EuR 2011.

⁷ Diese Terminologie findet sich ebenfalls bei dies., EuR 2011.

⁸ Groß, JZ 67 (2012).

1. Direkte Demokratie

Ein an das Athener Demokratiesystem⁹ angelehnter Ansatz ist zunächst die direkte Demokratie. Das Volk als Souverän ist in der *demo-kratie* (Herrschaft des Volkes) aus sich selbst heraus legitimiert. Eine vom Volk selbst getroffene Entscheidung weist damit hinsichtlich des Entscheidungsträgers die höchste denkbare demokratische (Input-)Legitimation auf.

Allerdings zeigen sich doch in der Praxis großer Demokratien wesentliche Unterschiede zwischen der praktizierten „direkten Demokratie“ zur „reinen“ Selbstherrschaft des Volkes. So werden in der Realität nur einzelne, ausgewählte Fragen direktdemokratisch entschieden und ein diskursiver Austausch über die Fragen ist ebenfalls meist nicht vorgesehen. Wie ein direktdemokratisches Gesamtsystem organisiert werden könnte, welches über die Abstimmung zu Einzelfragen ohne Diskussion hinausgeht, ist für bevölkerungsreiche Demokratien unklar, wengleich die modernen Informations- und Kommunikationstechnologien diesbezügliche Überlegungen durchaus beflügeln, z.B. unter dem Stichwort *liquid democracy*.¹⁰

Mangels bisher realisierbarer Konzepte zur Organisation aller gesellschaftlichen Fragestellungen in direktdemokratischer Form äußert sich direkte Demokratie im Verfahren der Volksabstimmung. Hierbei werden gesellschaftliche Fragen zwischen denen, die die Fragen stellen, und denen, die die Fragen beantworten, aufgespalten. Dabei ist das Volk nur die Antwortinstanz – selbst bei Volksabstimmungen, die durch Bürgerbegehren herbeigeführt werden, stellt nur ein kleiner Anteil des Volkes die Frage. Dadurch werden künstliche Alternativen für das Volk geschaffen, eine differenzierte Antwort ist nicht möglich.¹¹ Dies macht Volksabstimmungen anfällig für Inkohärenz, Ineffizienz und Populismus. Wie oben ausgeführt sind dies Argumente, die an der Output-Legitimation von Volksabstimmungen zweifeln lassen. Die Input-Legitimation wird durch diese Argumente zwar nicht grundsätzlich in Frage gestellt, es verbleibt jedoch wie gesagt bei punktuellen Anwendungsbereichen.

Dementsprechend weisen auch die Regierungssysteme der EU und der USA nur punktuelle direktdemokratische Elemente auf. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde in Art. 11 Abs. 4 EUV i.V.m. Art. 24 AEUV die europäische Bürgerinitiative in das europäische Regierungssystem

⁹ Das Athener Demokratiesystem wies, auch über verschiedene Zeiträume, freilich unterschiedliche Facetten auf. Ein prägendes Merkmal war aber die Volksversammlung (*ekklesia*), die die Gesetze beschloss und die Beamten wählte und kontrollierte und an der jeder Bürger (mit Ausnahme von Frauen, Sklaven und Metöken) teilnehmen konnte, vgl. *Bundeszentrale für politische Bildung*, Grundzüge der athenischen Demokratie, 06.01.2014 (<http://www.bpb.de/175892/grundzuege-der-athenischen-demokratie?p=all>) (geprüft am 13.06.2018).

¹⁰ Hierzu z.B. Kersten, JuS 2014, 673 ff.; der politische Niedergang der Piraten-Partei kann jedoch vorerst als Scheitern digital ermöglichter Basisdemokratie/direkter Demokratie interpretiert werden.

¹¹ Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 29.

aufgenommen.¹² Ein Bürgerentscheid ist dagegen auf EU-Ebene nicht vorgesehen. Die Bürgerinitiative ermöglicht keine Abstimmung über einzelne Fragen. Vielmehr können die Institutionen der EU mit der Bürgerinitiative zur Befassung mit bestimmten Themen gezwungen werden. Da die Letztentscheidung somit nicht beim Volk liegt, erweist sich die europäische Bürgerinitiative bei genauerer Betrachtung daher eher als partizipatives denn als direktdemokratisches Element der europäischen Demokratie. In den USA gibt es auf nationaler Ebene keine direktdemokratischen Elemente. Die Gründungsväter der amerikanischen Verfassung haben sich sogar teilweise explizit dagegen ausgesprochen.¹³ In vielen US-Bundesstaaten gibt es dagegen verschiedene direktdemokratische Elemente, einschließlich Bürgerinitiative und Referendum.¹⁴

2. Repräsentative Wahldemokratie

Ein in realen Regierungssystemen besonders weit verbreiteter Ansatzpunkt demokratischer Verfahren und Institutionen ist die repräsentative Demokratie.¹⁵ Aus der Einsicht, dass ein Zusammenkommen aller Bürger zur Debatte und Abstimmung in heutigen Demokratien faktisch unmöglich ist, ist die Überlegung entstanden, dass aus dem Volk Repräsentanten auserkoren werden, die dann aufgrund ihrer geringeren Anzahl über gesellschaftliche Belange debattieren und entscheiden können. Die Entscheidung der Repräsentanten ist dadurch demokratisch legitimiert, dass die Repräsentanten ihre Hoheitsgewalt vom Volk ableiten können. Für die Auswahl der Repräsentanten hat sich spätestens seit der Französischen Revolution die Wahl als Methode zur Bestimmung der Repräsentanten weltweit etabliert. Die Wahl wird vielfach gar als Inbegriff der Demokratie angesehen.¹⁶

In der Praxis haben sich unterschiedliche Wahlmodelle herausgebildet. Die beiden wichtigsten Kategorien sind parlamentarische und präsidentielle Demokratie. In parlamentarischen Demokratien wird lediglich das Parlament als Legislative direkt gewählt, während in präsidentiellen Demokratien das Parlament als Legislative und der Präsident als Oberhaupt der Exekutive direkt vom Volk gewählt werden. Die Exekutive erlangt damit eine vom Parlament unabhängige legitimatorische Basis.

¹² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 11 EUV, Rn. 23 ff.; *Guckelberger*, DÖV 2010, 745 ff.

¹³ Z.B. *Madison*, *The Federalist* 1787.

¹⁴ Eine Übersicht findet sich auf der Website des Initiative & Referendum Institute: <http://www.iandrinstute.org/states.cfm> (zuletzt abgerufen am 02.08.2018).

¹⁵ Kritisch zum Begriff *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 3. Aufl. 2012, S. 28.

¹⁶ Kritisch zu dieser begrifflichen Gleichsetzung *Reybrouck*, *Gegen Wahlen*, 2016., S. 42.

Die USA stellen in dieser Kategorisierung eine relativ typische präsidentielle Demokratie dar. Die EU hingegen entzieht sich durch ihren supranationalen Charakter dieser Kategorisierung und bedarf einer eingehenderen Betrachtung, die erst im Zuge des Rechtsvergleichs im Detail erfolgt. An dieser Stelle sei aber bereits angemerkt, dass für die EU eine duale Legitimationsstruktur angenommen wird, in der Parlament und Rat gemeinsam die demokratische Legitimation begründen. Dabei bezieht das Parlament seine Legitimation aus der Europawahl, während die nationalen Regierungsvertreter im Rat ihre Legitimation jeweils aus den nationalen Wahlen ableiten. Damit handelt es sich trotz der noch näher zu betrachtenden Besonderheiten um eine repräsentative Wahldemokratie.

Die Repräsentanten treffen nicht notwendigerweise alle gesellschaftlichen Entscheidungen selbst. In den allermeisten Demokratien ist es ihnen vielmehr möglich, ihre vom Volk verliehene Entscheidungskompetenz weiterzudelegieren. Die Entscheidungen der so ermächtigten „Unterbevollmächtigten“ weisen unter bestimmten Bedingungen ihrerseits demokratische Legitimation auf.¹⁷ So wird einerseits die personelle demokratische Legitimation und andererseits die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation gefordert.

a) Personelle demokratische Legitimation

Die personelle demokratische Legitimation erfordert nach der Legitimationskettentheorie eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Entscheidungsträgern und Organen.¹⁸ Über die Wahl oder der Bestellung des jeweils handelnden Entscheidungsträgers muss daher ein Entscheidungsträger oder Organ entschieden haben, welches seinerseits unmittelbar oder mittelbar vom Volk legitimiert ist.¹⁹ Dementsprechend leitet beispielsweise ein Ministerialbeamter seine Legitimation vom Minister ab. Der Minister leitet wiederum seine Legitimation in einer präsidentiellen Demokratie vom direkt gewählten Präsidenten ab, der durch die Wahl unmittelbar legitimiert ist. In einer parlamentarischen Demokratie leitet ein Minister die Legitimation vom Ministerpräsident bzw. Regierungschef ab, der wiederum „nur“ über durch das Parlament vermittelte Legitimation verfügt.²⁰ Das Parlament als wesentliches Legislativorgan oder jedenfalls eine Kammer des Parlaments ist in den

¹⁷ Für Deutschland z.B. Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 121 f.

¹⁸ Den Begriff der Legitimationskette prägend: Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 11-25.

¹⁹ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 121.

²⁰ Vgl. zu Deutschland Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 38 GG, Rn. 42.

meisten Demokratien unmittelbar durch Wahl legitimiert. Die personelle demokratische Legitimation sinkt mit dem Abstand zur Willensäußerung des Volkes. In präsidentiellen Demokratien wie den USA hat die Exekutive dementsprechend durch die Wahl des Präsidenten zum obersten Entscheidungsträger der Exekutive eine stärkere eigene Legitimation als in parlamentarischen Demokratien.

Fraglich ist zudem, ob bei entscheidungsbefugten Kollegialorganen alle Mitglieder durch einen demokratisch legitimierten individuellen Berufungsakt ausgewiesen sein müssen. Es spricht einiges dafür, die personelle demokratische Legitimation eines Kollegialorgans bereits dann anzunehmen, wenn sich die demokratisch legitimierten Mitglieder im Konfliktfall durchsetzen können (z.B. durch Mehrheit der Mitglieder im Kollegialorgan). Dies ermöglicht pragmatisch die teilweise sinnvolle Beteiligung gesellschaftlicher Interessen in solchen Gremien (z.B. aktuell die sog. „Kohle-Kommission“) und lässt einen gewissen Raum offen für Balancierungs- und Integrationsgesichtspunkte.²¹

Für die vorliegende Untersuchung besonders interessant ist zudem die Frage, in welchem Umfang Instanzen oder Gremien, die nicht über personelle demokratische Legitimation verfügen, an den Entscheidungen demokratisch legitimerter Organe beteiligt werden können, ohne dass die Legitimation der Entscheidung entfällt. Relevant sind in diesem Kontext besonders Vorschlags-, Beratungs-, Zustimmung- oder Veto-Rechte. In der Risikoregulierung sind insbesondere Beratungen mit entsprechenden wissenschaftlich-technischen Experten die Regel. Im Ergebnis lassen solche Beratungen oder sonstigen Rechte nicht die Legitimation der Entscheidung entfallen, solange und soweit die Entscheidungsträgerschaft des demokratisch legitimierten Organs gewahrt bleibt.²²

b) Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation

Die demokratische Legitimation der regierenden Entscheidungsträger erfordert aber nicht nur, dass sie zu Beginn ihrer Tätigkeit von einem seinerseits legitimierten Organ oder Entscheidungsträger eingesetzt wurden – sonst würde ihnen gewissermaßen für ihre spätere inhaltliche Tätigkeit ein Freibrief erteilt. Vielmehr muss das Volk auch auf die inhaltliche Ausübung der Staatsgewalt hinreichenden Einfluss haben.²³

²¹ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 17 ff.

²² Ders., in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 20.

²³ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 122.

Zur Sicherstellung der sachlich-inhaltlichen Legitimation gibt es im Wesentlichen zwei Ansätze. Erstens können den jeweiligen Entscheidungsträgern *ex ante* inhaltliche Vorgaben für die Entscheidung in Form abstrakt-genereller Regeln gemacht werden. Hinzu treten Ex-post-Kontrollmöglichkeiten, die mitsamt der Wechselbezüglichkeit zu den Ex-ante-Vorgaben unter II. näher betrachtet werden.

In den meisten repräsentativen Wahldemokratien – so auch in Deutschland – ist das Recht, den konkreten Entscheidungsträgern *ex ante* abstrakt-generelle inhaltliche Vorgaben zu machen, durch die Gesetzgebungsbefugnis dem unmittelbar durch Wahl legitimierten Parlament zugeordnet.²⁴

Es stellt sich allerdings die Frage, ob jedenfalls in präsidentiellen Demokratien dieses Recht nicht in ähnlichem Maße auch dem unmittelbar durch Wahl legitimierten Präsidenten zustehen kann.²⁵ Danach hätte gubernative Rechtsetzung in präsidentiellen Demokratien kein grundsätzlich niedrigeres Legitimationsniveau als parlamentarische Rechtsetzung. Soweit es um Rechtsetzung unmittelbar durch den Präsidenten selbst geht – z.B. *Executive Orders* in den USA – kann dieser Standpunkt auf Basis einer rein elektoral-repräsentativen Demokratietheorie vertreten werden.²⁶ Für Rechtsetzung durch Ministerien oder Agenturen, die ihre Legitimation vom Präsidenten ableiten, gilt dies aufgrund der lediglich mittelbaren Legitimation nicht.

Wenig überzeugend ist aus dieser demokratietheoretischen Perspektive die Überlegung, dass auch in der EU gubernative Rechtsetzung kein grundsätzlich niedrigeres Legitimationsniveau habe, da die Gubernative ihrerseits durch den Vertrag eingesetzt wurde und personal legitimiert sei.²⁷ Diese Einschätzung verkennt, dass Volkssouveränität und verfassungsgebende Gewalt des Volkes – die sich in der EU im Primärrecht niederschlägt, auch wenn sich der Begriff der Verfassung insoweit politisch nicht durchgesetzt hat – nicht identisch mit Demokratie als Staats- und Regierungsform sind.²⁸ Volkssouveränität und verfassungsgebende Gewalt verlan-

²⁴ *Ders.*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 122.

²⁵ Dass eine exekutive Gesetzgebung in vielen verfassten Demokratien dem Gewaltenteilungsgrundsatz widerspricht, betrifft nicht unmittelbar die demokratische Legitimation und wird an dieser Stelle zunächst ausgeklammert.

²⁶ Zu beachten ist jedoch, dass die starke „unmittelbare“ demokratische Legitimation des US-Präsidenten aufgrund des indirekten Wahlsystems, insbesondere des *electoral college* mit Wahlmännern, auch angezweifelt werden kann, vgl. *Breger*, Israel Law Review Vol. 40 (2007), S. 109, Fn. 201.

²⁷ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 14; eingehend hierzu auch *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 299 ff. m.w.N.

²⁸ *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 5 ff. und 8 ff.

gen lediglich einen Übertragungsakt der Herrschaftsgewalt. Dabei kann die Herrschaft beispielsweise auch auf einen Monarchen übertragen werden, sofern dies widerruflich geschieht.²⁹ Die Demokratie als Staats- und Regierungsform verlangt dagegen, dass das Volk „nicht nur Ursprung und letzter Träger der politischen Herrschaftsgewalt ist, es vielmehr die politische Herrschaftsgewalt auch selbst ausübt, sie aktuell innehat und innehaben soll“³⁰. Dementsprechend ist die europäische Exekutive trotz der Einsetzung durch den Vertrag und der *vorhandenen* personellen Legitimation eben doch nur *mittelbar* und nicht *unmittelbar* demokratisch legitimiert und die demokratische Legitimation ihrer Entscheidungen damit auf Grundlage eines elektoral-repräsentativen Demokratieverständnisses geringer.³¹

Ist also festgestellt, dass sachlich-inhaltliche Ex-ante-Legitimation durch abstrakt-generelle Vorgaben eines direkt gewählten Organs gewährleistet werden kann, so ist zu fragen, ob und wie sichergestellt wird, dass kein inhaltlicher „Blankoscheck“ erteilt wird. Hierzu haben sich in vielen fortgeschrittenen Demokratien weitere Voraussetzungen an die Gesetzgebung etabliert. Zu nennen ist beispielsweise die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, nach der der Gesetzgeber verpflichtet ist, in grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.³² Ähnliche Einschränkungen finden sich für die EU in Art. 290 AEUV sowie für die USA in der *non-delegation doctrine*, die im Rechtsvergleich näher beleuchtet werden.

3. Repräsentative Losdemokratie

Ein ebenfalls in der Athener Demokratie wurzelnder Ansatz ist die Auslosung der Repräsentanten.³³ Dieser Ansatz ist allerdings in der Praxis als umfassendes Staatsmodell soweit ersichtlich nicht anzutreffen. Freilich gibt es Elemente eines Los-Systems in der Praxis, wie beispielsweise die Auslosung der *jury* für bestimmte Gerichtsverfahren in den USA. *David von Reybrouck* argumentiert in seinem Buch „Gegen Wahlen“ jedoch eingängig, dass die Wahl als Methode zur Auswahl der Repräsentanten nicht die einzige „demokratische“ Methode sei. In der Athener Demokratie, aber auch bis zur Renaissance sei das Losverfahren als gleichwertig neben

²⁹ *Ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 5.

³⁰ *Ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 8.

³¹ Ähnlich für Deutschland: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 124.

³² Leitentscheidung insoweit: BVerfG, *Facharzt – Wesentlichkeitstheorie*, Urt. v. 09.05.1972, Rs. 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, 125.

³³ *Reybrouck*, *Gegen Wahlen*, 2016.

der Wahl stehendes System zur Bestimmung der demokratischen Repräsentanten praktiziert worden.³⁴ Zudem sei die Wahl beispielsweise von *Montesquieu* und *Rousseau* eher als aristokratisches bzw. elitäres Auswahlverfahren identifiziert worden, während das Los der Natur der Demokratie entspreche. Beide betonten die Notwendigkeit der Kombination beider Verfahren, um einerseits für bestimmte Posten durch die Wahl Kompetenz zu gewährleisten, andererseits durch das Los Posten zu besetzen, für die gesunder Menschenverstand, Gerechtigkeitssinn und Redlichkeit ausreichen.³⁵

In jüngerer Zeit wurden geloste Bürgergremien für bestimmte Fragen punktuell eingesetzt, beispielsweise im Vorfeld der parlamentarischen Entscheidung über die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Irland.³⁶ Die Erfahrungen mit solchen Gremien wurden überwiegend positiver wahrgenommen als Erfahrungen mit direkter Demokratie – beispielsweise in Gestalt des Brexit.

Aus demokratietheoretischer Perspektive ist an dieser Stelle nur festzuhalten, dass aleatorische (geloste) Verfahren zur Bestimmung der Repräsentanten grundsätzlich gleichwertige – wenn nicht sogar bessere – demokratische Legitimation gewährleisten können wie elektorale Verfahren. Inwieweit solche Losverfahren in den konkreten Rechtsräumen zur Stärkung der demokratischen Legitimation genutzt werden könnten, wird in Teil 3 der Arbeit näher betrachtet.

II. Ex-post-Legitimation

Neben der Ex-ante-Legitimation eines Entscheidungsträgers und einer Entscheidung spielt auch die Ex-post-Kontrolle der Entscheidungsträger und der Entscheidungen eine wichtige Rolle. Wenngleich die Ex-post-Kontrolle auch ein wesentliches Element des Gewaltenteilungsgrundsatzes ist³⁷, wohnt der Kontrolle jedoch eine demokratisch legitimierende Komponente inne, sofern die Kontrolle durch Personen oder Organe erfolgt, die ihrerseits über eine höhere demokratische Legitimation verfügen als der handelnde Entscheidungsträger.

Ex-ante-Legitimation und Ex-post-Kontrolle stehen dabei in enger Beziehung zueinander. So können beispielsweise exekutive Ermessensspielräume die sachlich-inhaltlichen Ex-ante-

³⁴ *Ders.*, Gegen Wahlen, 2016, Position 737 ff.

³⁵ *Ders.*, Gegen Wahlen, 2016, Position 854 ff.

³⁶ Vgl. *Berbner/Stelzer/Uchatius*, Zeit Online 02.02.2017, <http://www.zeit.de/2017/04/rechtspopulismus-demokratie-wahlen-buergerversammlungen-politisches-system-griechenland/komplettansicht>.

³⁷ Zum Verhältnis von Gewaltenteilung und demokratischer Legitimation *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 123.

Vorgaben an die handelnde Exekutive verringern, dies wird aber für die Exekutive durch hierarchische Weisungs- und Kontrollrechte *ex post* ausgeglichen. Umgekehrt unterliegt die Judikative aufgrund ihrer besonderen Funktion keiner inhaltlichen Ex-post-Kontrolle beispielsweise durch das Parlament – dafür ist sie in besonderem Maße an die Gesetze gebunden und daher *ex ante* determiniert.³⁸

Als Kontrollinstrument zu nennen ist insbesondere die parlamentarische Kontrolle der Exekutive, die sich oft in bestimmten Kontrollrechten wie beispielsweise Fragerechten, Untersuchungsausschüssen oder Misstrauensvoten ausdrückt.³⁹ Innerhalb der Exekutive wird die Kontrolle der Beamten und Behörden durch den dem Parlament oder dem Volk verantwortlichen Regierungschef respektive Präsident gewährleistet – beispielsweise durch Aufsichts- oder Weisungsrechte, aber auch durch abstrakt-generelle Verwaltungsvorschriften.⁴⁰

Kontrolle wird außerdem durch das Volk selbst gewährleistet – in der repräsentativen Wahl-demokratie vor allem durch die Wahlentscheidung für die nachfolgende Legislaturperiode, in der Handlungen, die dem Willen des Volkes entsprechen, belohnt und ihm zuwiderlaufende Handlungen abgestraft werden. Voraussetzung für eine Kontrolle durch das Volk ist allerdings mindestens die Transparenz der Entscheidungen samt Prozess, Einflüssen und Gründen im Nachhinein.

Die gegenseitige Kontrolle im föderalen Verbund trägt dagegen nicht primär demokratietheoretischen Belangen Rechnung, sondern entsprechend des Gewaltenteilungsprinzips eher der Überlegung, nicht zu viel Macht an einer Stelle zu bündeln, um Machtmissbrauch zu verhindern.⁴¹ Diese Kontrolle wird daher in der vorliegenden Arbeit insgesamt nicht vertieft betrachtet.

Die Kontrolle durch Gerichte ist ebenfalls im Wesentlichen Ausfluss des Gewaltenteilungsprinzips und demokratietheoretisch ambivalent.⁴² Sofern das Gericht eine höhere demokratische Legitimation als der Entscheidungsträger aufweist, beispielsweise wenn vom Parlament gewählte Richter die Entscheidung eines nur äußerst mittelbar legitimierten Behördenmitarbeiters kontrollieren, kann eine strenge gerichtliche Kontrolle die demokratische Legitimation erhöhen. Die strenge gerichtliche Kontrolle einer parlamentarischen Entscheidung mag zwar aus

³⁸ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 22.

³⁹ Für Deutschland: *ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 24.

⁴⁰ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 122.

⁴¹ *Ders.*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 124.

⁴² Ähnlich *ders.*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 124.

anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten wünschenswert sein, verringert aber die demokratische Legitimation der Entscheidung (dazu auch sogleich unter B.).

III. *Deliberative Demokratie*

Deliberative Demokratietheorie stellt sich gewissermaßen als ein Zwitterwesen zwischen Input- und Output-Legitimation dar. Das deliberativ-demokratische Verfahren setzt ebenfalls bei der Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen an und enthält damit eine input-legitimierende Komponente. Gleichzeitig gewinnt deliberative Politik laut *Habermas* „ihre legitimierende Kraft aus der diskursiven Struktur einer Meinungs- und Willensbildung, die ihre sozialintegrative Funktion nur dank der Erwartung einer vernünftigen Qualität ihrer Ergebnisse erfüllen kann“. ⁴³ „Das demokratische Verfahren [institutionalisiert] Diskurse und Verhandlungen mit Hilfe von Kommunikationsformen [...], die für alle verfahrenskonform erzielten Ergebnisse die Vermutung der Vernünftigkeit begründen sollen.“ ⁴⁴ Deliberative Demokratie trägt dem – bereits diskutierten – Umstand Rechnung, dass die Präferenzen der Regierten keine fixen Konstanten sind, die durch den legitimierten Entscheidungsträger lediglich erkannt werden müssen, sondern vielmehr erst im Laufe eines Entscheidungsfindungsprozesses entstehen können.

Neben der allgemeinen Frage, ob die Rationalisierungsleistung mit demokratischer Legitimation gleichgesetzt werden kann ⁴⁵, muss für die hier besonders in den Blick genommenen Konstellationen, die von Verteilungskonflikten und Unwissen gekennzeichnet sind, die „Vernünftigkeit“ des Ergebnisses als legitimationsstiftendes Element hinterfragt werden. „Vernünftigkeit“ im deliberativen Sinne muss jedoch nicht notwendig „Richtigkeit“ im Sinne einer reinen Output-Legitimation bedeuten. Der Anwendungsbereich „vernünftiger“ Ergebnisse kann durchaus weiter sein: Ein „vernünftiges“ Ergebnis in einer von Unwissen oder Verteilungskonflikten geprägten Entscheidungssituation kann erzielt werden, wenn theoretisch und möglichst auch praktisch inklusive und öffentliche Beratungen weitestgehend informiert stattfinden und hieraus eine Entscheidung resultiert. Transparenz und Partizipationsmöglichkeiten werden hierbei zur notwendigen Bedingung deliberativer Demokratie und treten in den Vordergrund.

⁴³ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 369.

⁴⁴ *Ders.*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 368.

⁴⁵ Ablehnend *Möllers/Achenbach*, EuR 2011, 54; ausführlich *Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, 63 ff.

Der Aspekt der Transparenz wurde soeben bereits mit Blick auf die Kontrollfunktion betrachtet, jedoch erweitert die deliberative Demokratie die Transparenzforderung auf Information *während* des Entscheidungsprozesses, um eine möglichst informierte Entscheidung zu gewährleisten. *Habermas* führt insoweit über *Dahl* aus:

„Den wichtigsten *Engpaß* für Demokratisierungsfortschritte über das heute erreichte Niveau hinaus sieht *Dahl* in einer Abschottung des politischen Steuerungswissens, welche die Staatsbürger daran hindert, das politisch erforderliche Expertenwissen für die Bildung eigener Meinungen zu nutzen. Die Hauptgefahr bestehe in der technokratischen Variante eines durch Wissensmonopole begründeten Paternalismus. Der privilegierte Zugang zu den Quellen des relevanten Steuerungswissens ermögliche eine unauffällige Herrschaft über das mediatisierte, von diesen Quellen abgeschnittene, mit symbolischer Politik abgespeiste Staatsbürgerpublikum.“

Diese Ermöglichung realer demokratischer Mitbestimmung durch Information und Partizipationsmöglichkeiten kann neben einem womöglich vernünftigeren (output-legitimierten) Ergebnis jedenfalls auch die Input-Legitimation erhöhen. Insofern sind die (zusätzlichen) Aspekte deliberativer Demokratie, die im Rechtsvergleich zu betrachten sind, die Information/Transparenz *während* der Entscheidungsverfahren sowie die Möglichkeiten für Diskurs und Partizipation im Entscheidungsverfahren.

Die (internen) Diskursmöglichkeiten können v.a. daran gemessen werden, ob innerhalb der entscheidenden Organisation ein Forum für argumentativen Meinungs austausch gegeben ist. Dies ist beispielsweise für das Parlament in deutlich höherem Maße der Fall als für die Einzelperson des Präsidenten.

Partizipationsmöglichkeiten bestehen beispielsweise in öffentlichen Konsultationen und „Stakeholder-Prozessen“ – hierbei ist jedoch zu beachten, dass Konsultationen oftmals aufgrund der besseren Organisiertheit vor allem durch Vertreter kollektiver Interessen genutzt werden.⁴⁶ Auch Partizipation durch Interessenverbände – auch assoziative Demokratie genannt⁴⁷ – kann zwar grundsätzlich die demokratische Legitimation erhöhen, aus Sicht der deliberativen Demokratie können hierbei jedoch nur solche kollektiven Interessen Berücksichtigung finden, die verallgemeinerungsfähige Positionen formulieren.⁴⁸ Dem muss prozedural Rechnung getragen werden, indem der Grundsatz demokratischer Gleichheit auch und gerade im Kontext der

⁴⁶ Eingehend zu den diesbezüglichen Bedenken *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV, Rn. 11 ff.

⁴⁷ Vertiefend zu Konzepten assoziativer Demokratie *Hirst*, *Associative Democracy*, 1994; *Hirst* (Hrsg.), *Special issue on associative democracy*, 2001; *Hirst*, *From statism to pluralism*, 2003; *Cohen/Rogers*, in: *Streeck* (Hrsg.), *Staat und Verbände*, 1994, S. 134 ff.

⁴⁸ *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992; *ders.*, *Between Facts and Norms*, 1998; *Joerges/Neyer*, *European Law Journal* 3 (1997).

Partizipation zur Geltung kommen sollte.⁴⁹ Diese Einschränkung der legitimationsstiftenden Wirkung von Partizipation trägt dem Umstand Rechnung, dass Gruppen und Organisationen von Bürgern nicht dem Staatsvolk als Gesamtheit entsprechen und sie sich nicht *per se* auf die Legitimation des Staatsvolkes berufen können.⁵⁰

IV. Legitimationsniveau

Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff des Legitimationsniveaus geprägt:

„Für die Beurteilung, ob dabei ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die in der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfGE 49, 89 (125) = NJW 1979, 359) und in der Literatur (vgl. Böckenförde, in: Isensee-Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I (1987), § 22 Rdnr. 14) unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation Bedeutung nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität, notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau.“⁵¹

Das Bundesverfassungsgericht geht insofern davon aus, dass sich unterschiedliche Formen demokratischer Legitimation ergänzen und verstärken können, um in der Gesamtschau einen hinreichend effektiven Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt zu gewährleisten.⁵² Für die Bestimmung der Frage, ob das vorhandene Legitimationsniveau ausreichend ist, lässt sich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnehmen, dass Quantität und Qualität der vom jeweiligen Entscheidungsträger wahrgenommenen Aufgaben maßgeblich sind.⁵³

Die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts gehen in eine ähnliche Richtung wie jene, die auch zu Legitimationsbedürfnis und Legitimationskraft in Kapitel 2 aufgestellt wurden, weshalb das grundsätzliche Konzept auch für die vorliegende Arbeit fruchtbar gemacht wird. Dementsprechend werden auch im Folgenden die verschiedenen genannten Aspekte demokratischer Legitimation jeweils in ihrem Zusammenwirken betrachtet, um zu bewerten, ob insgesamt ein effektiver Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt – speziell im Bereich der Risikoregulierung – gegeben ist.

⁴⁹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV, Rn. 11.

⁵⁰ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 29.

⁵¹ BVerfG, *Wahlrecht für Ausländer*, Urt. v. 31.10.1990, Rs. 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60.

⁵² Ausführlich zu Konzept und Inhalt Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, S. 302 ff.; kritisch zum Konzept Lassahn, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017.

⁵³ BVerfG, *Gleichstellungsbeauftragte*, Urt. v. 26. Oktober 1994, Rs. 2 BvR 445/91, BVerfGE 91, 228, 244.

V. Schlussfolgerungen

Es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, wie demokratische Legitimation gewährleistet werden kann. Sie erstrecken sich von direktdemokratischen Elementen über die klassische repräsentative Wahldemokratie einschließlich der dort üblichen Delegations- und Kontrollmöglichkeiten bis hin zu vor allem theoretischen Konzepten der deliberativen und aleatorischen Demokratie. Ausgehend vom Konzept des Legitimationsniveaus können die genannten Aspekte demokratischer Legitimation jeweils in ihrem Zusammenwirken betrachtet werden, um zu bewerten, ob insgesamt ein effektiver Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt – speziell im Bereich der Risikoregulierung – gegeben ist. Die genannten Elemente einzeln und im Zusammenwirken bilden daher den Maßstab für die Bewertung der rechtsvergleichen- den Feststellungen des 2. Teils der Arbeit.

B. Demokratische Entscheidungsspielräume und deren Grenzen

Nachdem nun herausgearbeitet wurde, wie durch Verfahren und Institutionen demokratische Legitimation gewährleistet werden kann, ist weiterhin der Frage nachzugehen, ob und inwie- weit aus der in der Je-desto-Formel aufgestellten Forderung nach demokratischer Legitimation auch Anforderungen an den demokratischen Entscheidungsspielraum der genannten Institutio- nen in den genannten Verfahren erwachsen.

I. Grundsatz

Grundsätzlich ergibt sich aus den bisherigen Überlegungen die Forderung nach einem mög- lichst großen inhaltlichen Entscheidungsspielraum für demokratisch legitimierte Entschei- dungsträger. Eine Determinierung der demokratischen Entscheidung durch Sachzwänge, ins- besondere verrechtlichte Sachzwänge, wurde jedenfalls für bestimmte Konstellationen (Unge- wissheit, Verteilungskonflikte sowie große, irreversible Schäden), die für den Bereich der Ri- sikoregulierung typisch sind, kritisch eingestuft (s.o. Je-desto-Formel, Kapitel 2, C.). Hinter- grund ist die Überlegung, dass in diesen Konstellationen Output-Legitimation nicht zu über- zeugen vermag. Insofern ist in diesen Konstellationen auch die Forderung nach unbedingter sachlicher Richtigkeit der Entscheidung, die eine starke Einschränkung des Entscheidungs- spielraums bis hin zur Auslösung eines Sachzwanges mit sich bringt, kritisch zu sehen – es kann in diesen Konstellationen ja eben keine sachliche Richtigkeit identifiziert werden.

Sofern auf Basis einer genauen Ermittlung von Legitimationsbedürfnis und Output-Legitimation (s.o. prozedurale Begleitung der Je-desto-Formel, Kapitel 2, C.) eine Konstellation identifiziert wird, bei der ein hohes Maß an demokratischer Legitimation nötig ist, so ist auch ein möglichst umfassender Entscheidungsspielraum der demokratisch legitimierten Entscheidungsträger zu fordern.

II. Einschränkungen

Dieser Grundsatz unterliegt freilich Präzisierungen und Einschränkungen. Als *Präzisierung* ist zunächst anzuführen, dass die Stärke und Unmittelbarkeit der jeweiligen prozedural-institutionellen demokratischen Legitimation des Entscheidungsträgers eine wichtige Rolle spielt. So muss der Entscheidungsspielraum unmittelbar legitimierter Entscheidungsträger jedenfalls möglichst groß sein. Soweit verschiedene jeweils mittelbar demokratisch legitimierte Institutionen interagieren und ihre Handlungsspielräume gegenseitig einschränken, ist eine differenzierte Betrachtung angezeigt, um zu prüfen, ob in der Gesamtschau ein hinreichender demokratischer Entscheidungsspielraum verbleibt. So ist beispielsweise die gerichtliche Überprüfung einer exekutiven Entscheidung demokratiethoretisch zunächst ambivalent: Beide Institutionen sind auf ihre Weise demokratisch legitimiert und unterliegen den Gesetzen. Aussagen zum demokratischen Handlungsspielraum hängen folglich davon ab, ob der jeweilige Handlungsspielraum demokratisch beschränkt wurde (z.B. durch Gesetze) oder durch nicht auf Input-Legitimation beruhende Faktoren und Einflüsse.

Eine *Einschränkung* ergibt sich daraus, dass der Handlungs- und Entscheidungsspielraum jedes Entscheidungsträgers den notwendigen Grenzen unterliegt, die aus der für die Demokratie notwendigen „gleichen Freiheit“ der Mitmenschen selbst folgen.⁵⁴

Notwendige Grenze ist insofern zum einen das *Willkürverbot*: Die Annahme abstrakt gleicher Individuen, die sich in Freiheit zusammenfinden und Regeln unterwerfen⁵⁵, verlangt einen Geltungsgrund moralischer (und rechtlicher) Anforderungen, der gegenüber jedem Menschen gleichermaßen gerechtfertigt werden kann.⁵⁶ Sofern ein solcher Geltungsgrund nicht ersichtlich ist, liegt Willkür vor – die Annahme der gleichen Freiheit wird verletzt.

⁵⁴ Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 15; ähnlich auch Nettesheim, in: Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 143, S. 158.

⁵⁵ Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 73.

⁵⁶ Vgl. mit Verweis auf die dahingehende Gemeinsamkeit aller normativer Theorien legitimer Herrschaft, die in der Moralphilosophie wurzeln Niederberger, Demokratie unter Bedingungen der Weltgesellschaft?, 2009, S. 47 f.

Daneben sind die *demokratischen* Freiheitsrechte wie Wahlrecht, Recht des Zugangs zu öffentlichen Ämtern, Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Informationsfreiheit, Versammlungsfreiheit und Vereinigungsfreiheit⁵⁷ zur Verwirklichung der demokratisch gleichen Freiheit ebenso notwendig wie die Gleichheit der politischen Mitwirkungsrechte.⁵⁸ Diese Freiheits- und Gleichheitsrechte sind ebenso wie das Willkürverbot *Vorbedingung der Demokratie* und nicht Ausfluss einer demokratischen Entscheidung. Eine Verletzung dieser Rechte durch einen Entscheidungsträger hinterfragt die Demokratie selbst. In der Achtung dieser Rechte zeigt sich zugleich die Unterscheidung zwischen Demokratie und (willkürlicher Mehrheits-)Diktatur⁵⁹ – eine Monarchie verletzt jedenfalls das Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern. Die genannten Rechte sind aufgrund ihrer notwendigen Verknüpfung mit der Demokratie daher dem Bereich der demokratischen Input-Legitimation zuzuordnen und müssen jeden Entscheidungsträger unabhängig von der Je-desto-Formel einschränken.

Der Schutz sonstiger Grund- und Menschenrechte (persönliche und gesellschaftliche Freiheitsrechte wie z.B. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit⁶⁰, Religionsfreiheit oder Berufs- und Eigentumsfreiheit) sind dagegen *Ausfluss einer demokratischen Entscheidung*. Es kann eine äußerst sinnvolle und in hohem Maße output-legitimierte Entscheidung sein, diese Rechte zu schützen, gleichwohl sind sie nicht notwendig mit der Demokratie verbunden.⁶¹ Der Schutz bürgerlicher Freiheiten in einer Monarchie ist theoretisch möglich und historisch oftmals vorhanden gewesen. In einer Demokratie beruht ihr Schutz auf der input-legitimierten Entscheidung für dieses Output. Sie genießen anschließend an *Möllers* daher einen kategorial anderen Status als die Rechte, die gleiche Freiheit gewährleisten.⁶²

Der Umfang des Schutzes sonstiger, nicht unmittelbar mit der Demokratie verknüpfter Grund- und Menschenrechte kann daher – unabhängig von der konkreten Gewährleistung in

⁵⁷ Menschenwürde kann insoweit ebenfalls als Bedingung und Ausfluss gleicher Freiheit der Menschen eingeordnet werden, da, wenn das Menschsein abgesprochen wird, hiermit in aller Regel auch gleiche demokratische Freiheitsrechte abgesprochen werden.

⁵⁸ *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 37 ff.

⁵⁹ *Ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, 86.

⁶⁰ Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist nicht logisch zwingend mit der Demokratie verknüpft: Beispielsweise ein allgemeiner Impfwang oder die Todesstrafe für Mord hinterfragen nicht die „gleiche Freiheit“ der Mitglieder der Gesellschaft, solange diese Zwänge und Strafen gleichermaßen für alle Mitglieder der Gesellschaft gelten. Freilich gehen in Diktaturen Verletzungen des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit oftmals mit Verletzungen der gleichen Freiheit einher, z.B. wenn jemand wegen seiner abweichenden Meinung getötet oder gequält wird.

⁶¹ *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 92.

⁶² *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 15.

Verfassungen – demokratiethoretisch auf Grundlage der Je-desto-Formel hinterfragt werden. Relevant ist insoweit insbesondere, ob aus Grund- und Menschenrechten eine Vordeterminierung bestimmter Entscheidungen unter Ungewissheit oder bei Verteilungskonflikten folgt, die auf Basis der Je-desto-Formel demokratisch – mit entsprechend großem demokratischen Handlungsspielraum und weitgehend ohne Vordeterminierung – getroffen werden sollten. Zu berücksichtigen ist bei der Bewertung freilich, dass auch die jeweiligen Verfassungsentscheidungen eine hohe bzw. regelmäßig die höchste Legitimation innerhalb eines demokratischen Systems genießen. Gleichwohl betreffen diese Verfassungsentscheidungen in der Regel nur den abstrakten Schutz der Rechte. Die Auflösung von konkreten Kollisionen mehrerer Grundrechte wurde in der Regel nicht eindeutig durch den Verfassungsgeber selbst entschieden, sondern ist im jeweiligen Einzelfall durch Entscheidungsträger in Legislative, Exekutive und Judikative zu entscheiden.

Eine besondere Rolle spielen insoweit Verfassungsgerichte, die über die Verfassungsmäßigkeit solcher Entscheidungen urteilen. Diese werden meist durch den demokratischen Akt der Verfassungsgebung geschaffen, dienen dann aber u.a. der Überprüfung der demokratischen Entscheidungen des an sich stärker legitimierten Gesetzgebers. Soweit sie beispielsweise die Meinungsfreiheit oder die politische Gleichheit Einzelner schützen, tragen sie zur Wahrung einer freiheitlichen Demokratie bei und ihre Entscheidungen sind (auch) (input-)demokratisch legitimiert. Soweit sie allerdings sonstige Grundrechte oder Verfassungsprinzipien anwenden, sind sie auf Output-Legitimation angewiesen. Sie müssen also überwiegend dem normativen Gemeinwohl der Bürger und dem erwünschten Output entsprechen, um auf Unterstützung der Bürger auch gegen den demokratisch legitimierten Gesetzgeber hoffen zu können. Sobald dies nicht mehr der Fall ist, ist es für den Gesetzgeber – der dann im Einklang mit dem Willen der Bürger handelt – ein Leichtes, die Verfassungsgerichtsbarkeit zu korrigieren oder zu entmachten.

„Die Legitimität der unabhängigen Verfassungsgerichtsbarkeit beruht also paradoxerweise auf ihrer institutionellen Verwundbarkeit. Ihre Autorität gilt als anerkannt, gerade weil sie im ernsthaften Konfliktfall von der demokratischen Politik nicht hingenommen werden müsste.“⁶³

III. Schlussfolgerungen

Die Forderung nach einem realen Entscheidungsspielraum demokratischer Entscheidungsträger entspricht dem demokratischen Prinzip.

⁶³ Scharpf, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 3.2.

Der Entscheidungsspielraum ist allerdings nicht grenzenlos einzufordern. So begrenzt vor allem die Forderung nach gleicher Freiheit aller der Herrschaft Unterworfenen und zwingt den Entscheidungsträger zur Beachtung demokratischer Freiheits- und Gleichheitsrechte.

Jenseits dieser auf Input-Legitimation beruhenden Grenze hängen Grenzen des Entscheidungsspielraums von den Möglichkeiten der Output-Legitimation ab. So kann beispielsweise in einer Situation, in der mit allerhöchster Wahrscheinlichkeit das Leben eines Menschen durch einen staatlichen Entscheidungsträger gerettet werden kann, ohne dabei anderen Menschen Nachteile zuzufügen, der nahezu zweifellos vernünftige Output den Entscheidungsspielraum des Entscheidungsträgers einschränken – diese Einschränkung findet sich dementsprechend in vielen grundrechtlichen Abwehrrechten.

Sofern aber Output-Legitimation nach der Je-desto-Formel nicht tragfähig ist, bleibt es bei der Forderung nach einem größtmöglichen demokratischen Entscheidungsspielraum, der lediglich durch die Vorbedingung der gleichen Freiheit eingeschränkt ist.

Bei der konkreten Bewertung des demokratischen Entscheidungsspielraums sind zudem das jeweilige institutionelle Gefüge und die jeweilige Legitimation der Entscheidungsträger zu beachten: Beschränkungen des Entscheidungsspielraums des Parlaments durch das Verfassungsgericht sind kritisch zu betrachten – Beschränkungen des Entscheidungsspielraums der Exekutive durch das Parlament hingegen positiv, weil das Parlament über eine unmittelbarere Legitimation verfügt.

C. Präzisierung der Je-desto-Formel

Auf Basis der theoretischen Überlegungen plädiert diese Arbeit für folgende Je-desto-Formel:

Je größer der mögliche Schaden, je gewichtiger die betroffenen Rechtsgüter, je stärker die Verteilungskonflikte und/oder je höher der Grad der Ungewissheit bzw. Kontroverse einer Entscheidung, desto höher sollte die demokratische Legitimation sein.

Als prozedurale Flankierung sind mögliche Schäden an Rechtsgütern, Art und Ausmaß der möglichen Verteilungskonflikte sowie der Ungewissheit und Kontroverse einer Entscheidung möglichst genau zu ermitteln, um das notwendige Ausmaß demokratischer Legitimation bestimmen zu können.

Das Maß an demokratischer Legitimation setzt sich zusammen aus demokratischen Verfahren und Institutionen einerseits und dem inhaltlichen demokratischen Handlungsspielraum andererseits; bei ersterem kommt es darauf an, dass durch das Zusammenspiel der Verfahren und Institutionen ein hinreichend effektiver Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt gewährleistet wird.

Von ihrem Ansatz ist die Formel nicht darauf angelegt, einzelne Entscheidungen für legitim oder illegitim zu deklarieren, sondern Organisationsstrukturen, Prozesse und allgemeine handlungsleitende Prinzipien auf ihre Eignung zur Legitimitätsstiftung anhand dieser Formel zu untersuchen.⁶⁴ Dementsprechend sollen auch im nachfolgenden Rechtsvergleich die institutionellen Strukturen und die allgemeingültigen rechtlichen Zwänge untersucht werden, nicht aber ob einzelne Entscheidungen der Formel gerecht werden.

⁶⁴ Vergleichbarer Ansatz bei: *ders.*, MPIfG Working Paper 2004, Abschnitt 3.

[Hier eingeben]

Teil 2

Rechtsvergleich ausgewählter Aspekte der Risikoregulierung in der
Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika

[Hier eingeben]

Kapitel 4

Einführung in den Rechtsvergleich

A. Problemaufriss

Das Spannungsfeld zwischen Technokratie und Demokratie bzw. zwischen Output- und Input-Legitimation wird besonders virulent, wenn es darum geht, *durch wen* und *wie* Entscheidungen über neue potentiell risikoreiche Technologien getroffen werden. Schließlich benötigt man in diesem Bereich in großem Umfang Fachexpertise von Naturwissenschaftlern, um die Wirkweise und Risiken der Technologien überhaupt zu verstehen. Gleichzeitig ist in diesem Bereich das Unwissen – auch in den Naturwissenschaften selbst, bedingt durch die Neuheit der Technologie – besonders hoch. Zudem spielen oft auch grundlegende Wertentscheidungen eine Rolle. Wollen wir zum Beispiel das Risiko einer Auslöschung der menschlichen Zivilisation durch eine (eigennützige oder bösartige) künstliche Intelligenz eingehen, um den Nutzen hochintelligenter Computersysteme einzustreichen?

Der Regulierung technologischer Risiken liegt inhaltlich ein Interessenkonflikt der herstellenden Industrie, die Forschung betreiben und ihre Produkte vermarkten will, und der Allgemeinheit, deren Gesundheit und Umwelt von der Forschung oder den Produkten negativ betroffen sein könnte, die aber zugleich von Innovationen profitieren könnte, zugrunde. Gleichzeitig ist strukturell die große Dichotomie Wissenschaft/Demokratie angesprochen¹ – wie *Collins* und *Evans* es ausdrücken:

„The problem can be stated quite simply: Should the political legitimacy of technical decisions in the public domain be maximized by referring them to the widest democratic processes, or should such decisions be based on the best expert advice?“²

Nach der zentralen These des Theorieteils ist in Fällen großer wissenschaftlicher Ungewissheit/Kontroverse und bei Verteilungskonflikten politische Legitimität nicht durch den besten Expertenratschlag, also durch Output-Legitimation zu erreichen, sondern zum einen durch eine besonders starke demokratische (Input-) Legitimation und Kontrolle der Entscheidungsträger, zum anderen durch deren inhaltlichen demokratischen Entscheidungsspielraum (auch gegen

¹ Dazu bereits oben Teil 1; zur Unzulänglichkeit dieser zweipoligen Charakterisierung und zur Rolle des „Administrativen Konstitutionalismus“: *Fisher*, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, 2007, S. 11 ff.

² *Collins/Evans*, *Social Studies of Science* 32 (2002), S. 235.

eine Technologie). Diese beiden zentralen Aspekte stellen die Leitthemen des nachfolgenden Mikrorechtsvergleichs dar. Es stellt sich im Einzelnen eine Vielzahl an Fragen.

Dürfen die Experten – unabhängig oder dem Verwaltungsapparat zugehörig – selbst regulieren, und wenn ja, sind sie irgendwie demokratisch legitimiert oder zumindest kontrolliert? Falls nein, wie bindend ist eine solche Analyse und Empfehlung für einen klassischen demokratischen Entscheidungsträger wie das Parlament? Löst die Abhängigkeit der Entscheidungsträger vom Wissen der Experten die Gewaltenteilung auf, da alle Gewalten auf „dieselben zehn Experten“ zurückgreifen, um die naturwissenschaftliche Problematik zu verstehen?

Wie sehr vertraut man bei der Regulierung technokratisch einer Kosten-Nutzen-Analyse der entsprechenden Experten, um bestmögliche Ergebnisse und Output-Legitimation zu erzielen? Wie werden divergierende Wertvorstellungen in der Bevölkerung über die Verteilung von Vor- und Nachteilen und wissenschaftliche Ungewissheit in einer solchen Kosten-Nutzen-Analyse abgebildet? Entscheidet das Parlament oder das Volk frei und demokratisch über die Zulassung einer Technologie? Könnte es technologischen Fortschritt (teilweise) auf Wunsch verbieten? Würde ein solches Verbot gegen unternehmerische Grundrechte verstoßen? Welchen Bindungen unterliegen die Entscheidungsträger generell bei der Regulierung neuer Technologien? Sind diese Bindungen justiziabel? Lassen die jeweiligen Vorgaben ausreichend demokratischen Handlungsspielraum oder liegt verrechtlichter Sachzwang vor?

B. Methodische Überlegungen

Bevor die Struktur erläutert wird, in der diese Fragen in der vorliegenden Arbeit adressiert werden sollen, sind zunächst einige methodische Überlegungen anzustellen. Zuerst ist auf die rechtsvergleichende Methode allgemein und speziell im öffentlichen Recht einzugehen.

Für die vorliegende Arbeit sind sodann noch die Besonderheiten darzustellen, die sich daraus ergeben, dass mit der EU und den USA zwar zwei für die Risikoregulierung besonders bedeutende Rechtsräume in den Blick genommen werden, dass sich aber methodische Probleme daraus ergeben können, dass die EU eine supranationale Organisation darstellt, während die USA ein föderaler Staat ist.

I. Allgemeine Überlegungen zur rechtsvergleichenden Methode im öffentlichen Recht

Rechtsvergleichen kann unterschiedlichen Zwecken dienen. Erstens geht es schlicht um Erkenntnisgewinn. Zweitens kann bezweckt werden, staatliche Gesetzgebung zu fördern und zu prägen, indem die Lösung eines gesellschaftlichen Problems durch rechtliche Regelungen in

anderen Ländern als (Positiv- oder Negativ-)Beispiel betrachtet und für künftige Rechtsetzung herangezogen wird. Drittens kann die Rechtsvergleichung dem innerstaatlichen Richter als Auslegungshilfe dienen. Viertens können aus der Rechtsvergleichung Erkenntnisse für das inter- und supranationale Recht gewonnen werden, z.B. betreffend Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze.³ Die beiden letzteren Zwecke werden teilweise in Frage gestellt, da eine Norm ihrer jeweiligen Rechtsordnung zugehörig sei und außerhalb dieser Rechtsordnung keinen Geltungsgrund beanspruchen könne, sofern es nicht eine Anordnung ihrer Geltung im nationalen Recht gebe – beispielsweise das Prinzip der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes.⁴

In der vorliegenden Untersuchung soll jedoch weder das europäische bzw. US-amerikanische Recht mit Hilfe des jeweils anderen Rechts ausgelegt werden, noch sollen Erkenntnisse für internationales, beide Rechtsräume umfassendes Recht gewonnen werden. Es geht allein um die beiden erstgenannten Zwecke – also um den Erkenntnisgewinn und darum, aus den Erkenntnissen Verbesserungsvorschläge für beide Rechtsräume zu entwickeln, die die jeweils rechtssetzenden Organe in beiden Rechtsräumen aufgreifen können. Diese erkenntnisgeleitete und ggf. politisch verwertbare Art der Rechtsvergleichung beansprucht keine unmittelbare Geltung im jeweils anderen Recht und kann daher gerade auch ohne besondere Rechtfertigung bzw. Anordnung durchgeführt werden.

Voraussetzung ist allerdings, dass Vergleichbarkeit gegeben ist. Sollen die Erkenntnisse keine direkte Geltung im jeweils anderen Recht beanspruchen, so gibt es aus sich heraus auch keinen Grund, ein Mindestmaß an Homogenität der verglichenen Rechtsordnungen zu fordern – der Erkenntnisgewinn ergibt sich ja gerade aus der Betrachtung der Unterschiede.⁵ Dennoch muss ein Vergleichsmaßstab, also ein *tertium comparationis*, definiert werden, um den Erkenntnisgewinn aus den Unterschieden der Rechtsordnungen zu kanalisieren.⁶

³ Ausführlich zu Zwecken des Rechtsvergleichs *Starck*, JZ 1997, 1023 ff.

⁴ Mit Verweis auf *Jestaedt* vgl. *Martínez Soria*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten und Verfassungsverbund, 2006 (https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper48-Martinez-Soria/Paper48---Die-Bedeutung-der-_Verfassungs-_Rechtsvergleichung-fuer-den-europaeischen-Staaten--und-Verfassungsverbund---Die-Methode-der-Rechtsvergleichung-im-Oeffentlichen-Recht.pdf), S. 3 (geprüft am 29.05.2019).

⁵ Vgl. ebenfalls nach Zwecken differenzierend *ders.*, JZ 1997, 1029.

⁶ *Martínez Soria*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten und Verfassungsverbund, 2006 (https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper48-Martinez-Soria/Paper48---Die-Bedeutung-der-_Verfassungs-_Rechtsvergleichung-fuer-den-europaeischen-Staaten--und-Verfassungsverbund---Die-Methode-der-Rechtsvergleichung-im-Oeffentlichen-Recht.pdf), S. 7 (geprüft am 29.05.2019).

Im Falle eines Mikrorechtsvergleichs ist das *tertium comparationis* ein zu lösendes (gesellschaftliches) Problem, für welches die Rechtsordnungen Lösungen gefunden haben.⁷ Methodisch ist darauf hinzuweisen, dass ein Mikrorechtsvergleich stets auch eine gewisse Befassung mit der Gesamtheit der Rechtsordnung, in deren Kontext die Lösung des Problems steht, – also einen Makrorechtsvergleich – nötig macht.⁸ Es kann sich jedoch insoweit auf Elemente beschränkt werden, die für den Mikrorechtsvergleich relevant sind.

Zudem ist auf die Bedeutung der Sprache hinzuweisen, da Recht sich stets in Sprache ausdrückt. So kann es nötig sein, Begriffe aus einer Metasprache des Rechtsvergleichs statt der jeweiligen juristischen Fachsprache zu benutzen, um die jeweiligen Lebensprobleme losgelöst von der jeweiligen Fachdogmatik allgemeinverständlich zu beschreiben.⁹ Anderenfalls kann es dazu kommen, dass der Eindruck entsteht, ein Rechtsraum habe für ein Problem keine Lösung, weil ein bestimmtes Rechtsinstitut nicht vorhanden ist. Dies kann aber unzutreffend sein, wenn das Problem über andere Wege und Rechtsinstitute gelöst wird.

Schließlich sind besonders im öffentlichen Recht historische, kulturelle und soziale Zusammenhänge und Wertungen zu beachten, was dazu führen kann, dass Lösungen in einem Rechtsraum in anderen Rechtsräumen ungeeignet sind.¹⁰ Insofern ist zwar kein Mindestmaß an Homogenität der verglichenen Rechtsordnungen notwendig¹¹, aber wenn die Erkenntnisse ggf. zur praktischen Umsetzung durch den jeweiligen Gesetzgeber herangezogen werden sollen, müssen sich diese im Rahmen der Grundwertungen der jeweiligen Verfassung bewegen und sollten zu den historischen, kulturellen und sozialen Gegebenheiten passen.¹²

Für die vorliegende Untersuchung, in der demokratische Legitimation und Handlungsspielräume im Bereich der Risikoregulierung untersucht werden sollen, bedeutet dies zunächst, dass beide untersuchten Rechtsräume Demokratien sein sollten. Betrachtet man ferner die oben auf-

⁷ Ders., Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten und Verfassungsverbund, 2006 (https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper48-Martinez-Soria/Paper48---Die-Bedeutung-der-_Verfassungs-_Rechtsvergleichung-fuer-den-europaeischen-Staaten--und-Verfassungsverbund---Die-Methode-der-Rechtsvergleichung-im-Oeffentlichen-Recht.pdf), S. 7 (geprüft am 29.05.2019).

⁸ Starck, JZ 1997, 1026.

⁹ Ders., JZ 1997, 1027.

¹⁰ Ders., JZ 1997, 1028.

¹¹ Martínez Soria, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten und Verfassungsverbund, 2006 (https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper48-Martinez-Soria/Paper48---Die-Bedeutung-der-_Verfassungs-_Rechtsvergleichung-fuer-den-europaeischen-Staaten--und-Verfassungsverbund---Die-Methode-der-Rechtsvergleichung-im-Oeffentlichen-Recht.pdf), S. 7 (geprüft am 29.05.2019).

¹² Starck, JZ 1997, 1029.

geworfenen Fragen, liegen ihnen auch weitere Grundwertungen zugrunde. So wird in den Fragen implizit davon ausgegangen, dass die zu vergleichenden Rechtsräume nicht nur einen demokratischen Anspruch haben sollten, sondern auch Grundrechte schützen, eine gewisse Form der Gewaltenteilung praktizieren und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Entscheidungsträger agieren sollten.

II. Besonderheiten des Vergleichs zwischen der EU und den USA

Diese Grundwertungen und Organisationsstrukturen (Demokratie, Ausübung von Hoheitsrechten durch Entscheidungsträger unmittelbar gegenüber Privaten, Gewaltenteilung, Grundrechtsschutz) sollten demnach sowohl in der EU als auch in den USA geteilt werden, damit die aufgeworfenen Fragen durch den Rechtsvergleich zielführend adressiert werden können und praktikable Verbesserungsvorschläge aus dem Rechtsvergleich gezogen werden können. Die sinnvolle Vergleichbarkeit der beiden Rechtsräume ist vor allem deshalb näher zu begründen, da die EU im Gegensatz zu den USA eine supranationale Organisation darstellt.

Die USA sind ein (föderaler) Nationalstaat, dessen Verfassung Demokratie, Grundrechtsschutz und Gewaltenteilung festschreibt. Der demokratische Anspruch drückt sich in der Verfassung der Vereinigten Staaten durch die Wahl des Kongresses in Artikel 1 sowie durch die Wahl des Präsidenten in Artikel 2 aus. Die USA ist damit eine relativ typische präsidentielle Demokratie. Durch die Wahl überträgt das Volk die Befugnis zur Ausübung von Hoheitsgewalt auf die staatlichen Entscheidungsträger. Diese Befugnis ist im Nationalstaat nicht *a priori* begrenzt, sondern durch gewissermaßen sich selbst gesteckte Grenzen in der Verfassung, vornehmlich durch Gewaltenteilung und Grundrechtsschutz. Die Gewaltenteilung und die jeweiligen Hoheitsrechte der Entscheidungsträger werden in der Verfassung der Vereinigten Staaten in den Artikeln 1 (Legislative), 2 (Exekutive) und 3 (Judikative) beschrieben. Grundrechte werden in der *Bill of Rights* geschützt und deren Einhaltung durch die Gerichte, insbesondere den Obersten Gerichtshof (*Supreme Court*) überwacht.

Die EU bekennt sich prominent in Art. 2 EUV zur Demokratie. Das Demokratiemodell unterscheidet sich jedoch von klassischen nationalstaatlichen Demokratiemodellen. Die EU erfüllt ihren demokratischen Anspruch im Gegensatz zu einem Nationalstaat über zwei Legitimationsstränge¹³, in denen der Unionsbürger in zwei unterschiedlichen Funktionen auftritt: zum einen wählt er gewissermaßen als Europäer das europäische Parlament, zum anderen wählt er als Deutscher, Rumäne, Ire etc. sein jeweiliges nationales Parlament, welches die Legitimation an

¹³ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10 EUV, Rn. 7 ff.

die im Rat versammelten Regierungsvertreter weitervermittelt.¹⁴ Beide Stränge verstärken sich gegenseitig und gleichen Defizite des jeweils anderen Stranges aus.

Dem europäischen Legitimationsstrang werden insbesondere zwei Defizite zugeschrieben.¹⁵ Zum einen wird darauf verwiesen, dass es kein europäisches Volk gebe, da es an einer europäischen Öffentlichkeit fehle.¹⁶ Ob diese Beobachtung nach wie vor zutreffend ist, obwohl bei der jüngsten Europawahl 2019 Umfragen (jedenfalls in Deutschland erstmals) ergaben, dass die Bürger sich bei der Wahlentscheidung stärker durch europäische als durch nationale Themen leiten ließen¹⁷, ist fraglich. Zum anderen wird auf die degressive Proportionalität bei der Stimmgewichtung der Wahl zum EP hingewiesen: so seien nicht alle Stimmen gleichwertig, sondern eine maltesische Stimme habe beispielsweise mehr Gewicht als eine deutsche.¹⁸ Insofern ist anzumerken, dass auch in föderalen Nationalstaaten Elemente bestehen, die kleineren föderalen Einheiten ein proportional höheres Gewicht zuweisen als größeren Einheiten – oftmals in Form einer zweiten Kammer, in der die föderalen Einheiten unabhängig von ihrer Größe gleichmäßig vertreten sind. Löst man sich von bestimmten starren, nationalen Demokratiemodellen, wirkt die degressive Proportionalität des Europaparlaments im Vergleich zu einem föderalen Zwei-Kammer-System nicht nennenswert weniger demokratisch. Insgesamt gehen mittlerweile viele Vertreter in der Literatur von einer relativ hohen demokratischen Legitimation des europäischen Parlaments aus.¹⁹

Besonders für diejenigen, die eine hohe demokratische Legitimation des EP nicht anerkennen, ist der Ausgleich der Defizite durch den über die nationalen Parlamente vermittelten zweiten Legitimationsstrang von hervorgehobener Bedeutung. Dies gilt insbesondere nach dem Vertrag von Lissabon, in dem die Rolle der nationalen Parlamente für die europäische Demokratie nochmals gestärkt wurde.²⁰

¹⁴ Calliess, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 77, 90.

¹⁵ S. z.B. Schorkopf, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 61, S. 69.

¹⁶ Zur diesbezüglichen Diskussion Augustin, Das Volk der Europäischen Union, 2000; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 10 EUV, Rn. 22 ff.

¹⁷ https://www.forschungsgruppe.de/Aktuelles/Wahlanalyse_Europa/.

¹⁸ Die Fähigkeit zur autonomen Legitimation der EU durch das EP daher absprechend: BVerfG, Lissabon, 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267, Rn. 279 ff.

¹⁹ Haag, in: GSH, EU-Recht, Art. 10 EUV, S. 9; betonend, dass das EP nur den supranationalen Legitimationsstrang bedient: Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10 EUV, S. 6; die legitimationsstiftende Wirkung des EP wird laut Nettesheim mittlerweile nicht mehr allgemein bestritten, wenngleich über das Ausmaß der Legitimation Uneinigkeit bestehe: Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 10 EUV, Rn. 67 ff.

²⁰ Ausführlich hierzu Calliess, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 77, S. 90 ff.

In der Gesamtschau und Kombination beider Legitimationsstränge wird die EU trotz der bestehenden Besonderheiten daher auf Grundlage des spezifischen dualen Legitimationsmodells ganz überwiegend als demokratische Organisation angesehen.²¹

Auch hinsichtlich der hoheitlich handelnden Entscheidungsträger bestehen Besonderheiten bei der EU. Der EU wurde die Hoheitsgewalt durch die Mitgliedstaaten übertragen. Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EUV. Sie bezieht die Befugnis zur Ausübung von Hoheitsgewalt in der Konstruktion des Primärrechts damit – trotz des bestehenden europäischen Legitimationsstranges – von den Mitgliedstaaten und nicht von einem etwaigen europäischen Volk. In der Kompetenzausübung ist sie durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art. 5 EUV beschränkt. Diese begrenzten Befugnisse der EU und ihre fehlende Kompetenz-Kompetenz sind zwar theoretisch bedeutsam und ein wesentliches Charakteristikum ihres supranationalen Charakters. Der angestrebte Rechtsvergleich kann aber bereits dann sinnvoll durchgeführt werden, wenn die EU jedenfalls in den zu betrachtenden Bereichen der Risikoregulierung – namentlich Umwelt- und Gesundheitsschutz – über eine von den Mitgliedstaaten übertragene Kompetenz verfügt (hierzu näher Kapitel 5 unter dem Stichwort „Verbandskompetenz“) und sie auf dieser Grundlage unmittelbar gegenüber Privaten hoheitlich tätig werden kann. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Europarechts gegenüber Privaten hat der EuGH in der frühen Leitentscheidung *Van Gend & Loos* entwickelt.²² Dies grenzt die EU als supranationale Organisation insbesondere von klassischen internationalen Organisationen ab, deren unmittelbar berechnete und verpflichtete Subjekte Staaten sind.

Mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung bestehen ebenfalls Besonderheiten in der EU. In Art. 13 ff. EUV wird eine Aufgabenverteilung zwischen den Organen beschrieben, die ein System der wechselseitigen Kontrolle der Organe etabliert. Die Aufgabenverteilung insbesondere zwischen den wichtigsten Organen der europäischen Kommission, des Rates, des europäischen Parlaments und des europäischen Gerichtshofs wird verbreitet „institutionelles Gleichgewicht“ genannt. Ähnlich wie die klassische nationalstaatliche Gewaltenteilung ist dieses System darauf angelegt, dass die Organe einerseits funktional ihre Aufgaben verteilen, um diese effektiv erledigen zu können, und andererseits sich gegenseitig bei der Aufgabenwahrnehmung kontrollieren, um Machtmissbrauch zu verhindern. Nach dem Vertrag von Lissabon übernehmen Parlament und Rat als Unionsgesetzgeber ganz überwiegend die Aufgaben der

²¹ S. statt vieler *ders.*, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, S. 77, 102 f.

²² EuGH, *Van Gend & Loos*, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1.

Legislative, die Kommission weitgehend die Aufgaben der Exekutive und EuG und EuGH die Aufgaben der Judikative. Vielfach davon ausgegangen, dass mit dem Vertrag von Lissabon ein Schritt vom „institutionellen Gleichgewicht“ zur „Gewaltenteilung“ vollzogen wurde, was sich beispielsweise in der parlamentarischen Kontrolle exekutiver Rechtsetzung, wie sie in Art. 290 AEUV verankert ist, äußert.²³ Jedenfalls erfüllt auch das institutionelle Gleichgewicht in der EU eine für die Zwecke dieses Rechtsvergleichs hinreichend ähnliche Aufgabenverteilungs- und Kontrollfunktion wie die klassische nationalstaatliche Gewaltenteilung.

In Art. 2 EUV bekennt sich die EU zudem zur Wahrung der Menschenrechte. In der europäischen Grundrechtecharta werden die europäischen Grundrechte näher konkretisiert und in Art. 6 EUV dem Primärrecht gleichgestellt. Die Wahrung der Grundrechte wird durch den EuGH kontrolliert.

Insgesamt zeigt sich, dass die Besonderheiten der EU zwar im Rechtsvergleich zu berücksichtigen sind und ggf. die Modifikation einer nationalstaatlichen Lösung für ein bestimmtes Problem erfordern. Dennoch hat die EU als supranationale und nicht „nur“ internationale Organisation Eigenschaften, die einen sinnvollen Rechtsvergleich mit einem Nationalstaat wie den USA ermöglichen. So werden die genannten Grundwertungen (Demokratie, hoheitlich handelnde Entscheidungsträger, Gewaltenteilung, Grundrechtsschutz) in beiden Rechtsräumen geteilt und finden sich in den gegebenen Organisationsstrukturen wieder.

C. Struktur des Vergleichs

Auf Grundlage der methodischen Überlegungen ist nun das *tertium comparationis* näher zu definieren und die genaue Struktur darzulegen, in der die unter A. gestellten Fragen adressiert werden sollen. Leitfrage des Mikrorechtsvergleichs zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika ist, *wer nach welchen Vorgaben* über die Regulierung neuer Technologien entscheidet. Teil 2 dieser Arbeit ist dabei im Wesentlichen deskriptiv und beschreibt den *status quo* der bestehenden rechtlichen Vorgaben und ihrer Anwendung durch die jeweiligen Institutionen (Gesetzgeber, Behörden, Gerichte). Ziel der Beschreibung ist es neben dem Erkenntnisgewinn, jeweils herauszukristallisieren, ob sich Aspekte ausmachen lassen, die in Anbetracht der aufgestellten Formel aus demokratischer Sicht problematisch erscheinen.²⁴

²³ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 13; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 1.

²⁴ *Bergkamp/Smith, Jr.*, in: Wiener/Rogers/Hammitt u.a. (Hrsg.), *The reality of precaution*, 2011, S. 434 ff. untersuchen zwar ebenfalls die institutionelle Struktur der EU und der USA, allerdings mit dem „traditionellen“ Blickwinkel der Vorsorgediskussion, nämlich welches institutionelle Design eher risikoaverse bzw. -affine Ergebnisse fördert.

Diese Aspekte sind dann im bewertenden Teil 3 der Arbeit zu vertiefen, um ggf. Verbesserungsvorschläge zu erarbeiten.

I. Inhaltliche Struktur

Die Arbeit untersucht entsprechend der beiden Leitthemen erstens, *wer* für die abstrakt-generelle Regelung einer Technologie – etwa durch Einführung eines Genehmigungs- oder Kennzeichnungserfordernisses oder durch Aufstellen eines generellen Verbots für bestimmte Produktkategorien oder Herstellungsverfahren – zuständig ist und wie die genaue Aufgabenverteilung etwa hinsichtlich Beratung und Entscheidung und hinsichtlich wechselseitiger Kontrolle ausgestaltet ist (Kapitel 5 für die EU und Kapitel 6 für die USA, jeweils Abschnitt A.). Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Frage gerichtet, wie ausgeprägt die demokratische Legitimation des jeweiligen Entscheidungsträgers ist. Dabei spielt das Kompetenzgefüge zwischen den verschiedenen Gewalten²⁵ eine hervorgehobene Rolle. Denn Sachkunde und demokratische Legitimation sind zwischen den Gewalten nicht gleichmäßig verteilt und variieren auch innerhalb der Gewalten. So weisen beispielsweise der amerikanische Kongress und das Europaparlament eine vergleichsweise unmittelbare demokratische Legitimation auf.²⁶ Demgegenüber wird den amerikanischen und europäischen Agenturen ein hohes Maß an Expertise zugesprochen. Insofern lässt z.B. die weitgehende und unbestimmte Übertragung von Regulierungsbefugnissen der Legislative auf die Exekutive (inkl. Agenturen) das Pendel Richtung Technokratie ausschlagen.

Die Arbeit untersucht zweitens, welchen *inhaltlichen Bindungen* die jeweils zuständige Regulierungsstelle unterliegt (Kapitel 5 für die EU und Kapitel 6 für die USA, jeweils Abschnitt B.). Es geht hier um die Frage, wie groß der inhaltliche Gestaltungsspielraum der jeweiligen Entscheidungsträger ist. Einschätzungsspielräume der Legislative stärken deren Macht und vergrößern ihren demokratischen Handlungsspielraum. Strenge, justiziable Vorgaben an die Legislative verschieben dagegen die Macht zugunsten der Judikative, insbesondere nicht majoritärer Verfassungsgerichte. Eine besondere Rolle spielen für die Beurteilung des inhaltlichen Handlungsspielraums primär- bzw. verfassungsrechtliche Vorgaben; soweit generelle Aussagen möglich sind, werden aber auch gesetzliche und verwaltungsinterne Regularien in Betracht

²⁵ Der sprachlichen Einfachheit halber wird im Folgenden teilweise vereinfacht von Gewalten und Gewaltenteilung gesprochen, wobei das institutionelle Gleichgewicht der EU und die Organe und Institutionen der EU umfasst sein sollen (s.o.).

²⁶ Zur Problematik der demokratischen Legitimation des Europaparlaments trotz Direktwahl s.o. und Kapitel 5.

gezogen. Hierdurch soll das Ausmaß des demokratischen Entscheidungsspielraums beschrieben werden.

Auf viele der oben genannten Fragen bietet für die Europäische Union (dazu Kapitel 5) das Vorsorgeprinzip, welches in Art. 191 AEUV primärrechtlich verankert ist, eine Antwort. Es gibt nach Interpretation des EuGH personell-prozedural Antworten darauf, wie die Verteilung von Befugnissen zwischen Expertengremien und demokratische(re)n Institutionen (Kommission, Parlament und Rat) ausgestaltet sein muss. Daneben beinhaltet das Vorsorgeprinzip inhaltliche Maßstäbe für Entscheidungen der europäischen Organe unter Ungewissheit. Daneben spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip (i.V.m. den Grundrechten auf beiden Seiten des Interessenkonflikts) als Entscheidungsmaßstab eine zentrale Rolle. Schließlich sind allgemeingültige verwaltungsinterne Vorgaben wie die *Better-Regulation*-Strategie der EU-Kommission in den Blick zu nehmen.

Für die USA (dazu Kapitel 6) gilt kein verfassungsrechtlich oder sonst allgemeingültig verankertes Vorsorgeprinzip. Mit Blick auf die obigen methodischen Ausführungen sind daher solche Bestimmungen zu identifizieren und analysieren, die die aufgeworfene Rechtsfrage („Wer entscheidet nach welchen Vorgaben über die Regulierung neuer Technologien?“) adressieren. In den USA können vor allem verfassungsrechtliche Bestimmungen darüber Aufschluss geben, wer für die Risikoregulierung zuständig ist und wie die Verteilung von Befugnissen zwischen Expertengremien bzw. Agenturen und demokratisch(er)en Organen bei der Entscheidung über neue Technologien geregelt ist. Eine besondere Rolle spielt hierbei die sog. *non-delegation doctrine*. Für den zweiten Aspekt des Rechtsvergleichs wird betrachtet, welche materiellen Entscheidungsvorgaben für Entscheidungen, die von Ungewissheit und Verteilungskonflikten geprägt sind, für Legislative und Exekutive bestehen. Für die Legislative spielt insofern insbesondere die *Bill of Rights* eine Rolle, für die Exekutive u.a. die *Executive Order* 12866 des Präsidenten Clinton.

II. Grenzen der Untersuchung

Wie in der Einleitung ausgeführt, beschränkt sich die Darstellung auf Bereiche der Risikoregulierung, in denen Umwelt- und Gesundheitsrisiken neuartiger Technologien befürchtet werden. Andere Themenfelder wie beispielsweise die Finanzmarktregulierung zur Bekämpfung wirtschaftlicher Risiken werden nicht untersucht.

Ebenso sollen administrative Einzelentscheidungen grundsätzlich ausgeklammert werden, da der Fokus der Arbeit darauf liegt, wie und durch wen Grundentscheidungen der technologischen Entwicklung, die von großer wissenschaftlicher Ungewissheit und Verteilungskonflikten

geprägt sind, getroffen werden. Solche Grundentscheidungen werden typischerweise nicht am (administrativen) Einzelfall, sondern in abstrakt-genereller Weise entschieden, selbst wenn ein Einzelfall der Anlass zum regulatorischen Tätigwerden war. Wie gesagt geht es bei Legitimationsargumenten nicht darum, einzelne Entscheidungen zu bewerten, sondern um die Legitimität des Gesamtsystems. Zudem würden administrative Einzelentscheidungen aufgrund der Fülle des einschlägigen Sekundär- bzw. US-amerikanischen Gesetzesrechts sowie aufgrund der grundsätzlichen Vollzugszuständigkeit der Mitgliedstaaten in der EU den Rahmen dieser Arbeit sprengen.²⁷ Mit ähnlichen Erwägungen wird gerichtliche (Ex-post-)Risikoregulierung – etwa durch *punitive damages* in Schadensfällen – ausgeklammert.²⁸

Weiterhin untersucht die Arbeit nur die Regulierung von Risiken durch staatliche Akteure bzw. mit Hoheitsgewalt ausgestattete supranationale Akteure der EU. Ein großer Bereich technischer Entscheidungen, nämlich solche, die nicht durch Regulierung einer rechtlichen Verbindlichkeit zugeführt werden, insbesondere unternehmerische Investitionsentscheidungen, bleibt damit außer Acht. Wie schon in der Einleitung ausgeführt, können diese zwar ebenfalls hochpolitisch sein, z.B. wenn Monsanto bzw. Bayer massiv in gentechnisch verändertes Saatgut oder Google massiv in künstliche Intelligenz investiert, jedoch eignet sich dieser Bereich nicht für eine rechtswissenschaftliche Analyse. Dementsprechend können auch wissenschaftsinterne Entwicklungen und Entscheidungen hier keine Berücksichtigung finden. Gleichwohl bleibt zumindest theoretisch²⁹ dem Staat die Möglichkeit, solche Entwicklungen letztverbindlich zu untersagen, sodass auf eben dieser Letztentscheidungskompetenz der Fokus der Arbeit liegt.

Verglichen werden im rechtsvergleichenden Teil 2 jeweils die (verfassungs-) *rechtlichen* Vorgaben und ihre Interpretation durch die anwendenden und überprüfenden Stellen (Parlamente/Behörden/Agenturen und Gerichte). Ausgeklammert wird insofern zum einen wegen der Beschränkung auf einen *Rechtsvergleich* die tatsächliche Umsetzung der rechtlichen Vorgaben,

²⁷ Zu diesbezüglichen Problemfeldern, insbesondere dem Vollzugsdefizit in der EU *Bergkamp/Smith, Jr.*, in: Wiener/Rogers/Hammitt u.a. (Hrsg.), *The reality of precaution*, 2011, S. 434, 468; zum Aspekt des Vollzugsdefizit auch *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 191 AEUV, Rn. 38.

²⁸ Hierzu ein Überblick bei *Bergkamp/Smith, Jr.*, in: Wiener/Rogers/Hammitt u.a. (Hrsg.), *The reality of precaution*, 2011, S. 434, 473 ff., die auch zu unterschiedlichen Versicherungsstrukturen in EU und USA Stellung nehmen.

²⁹ S. bereits oben zur „kritischen Innovationsgeschwindigkeit“ *Weizsäcker*, in: Adam/Geissler/Held (Hrsg.), *Die Nonstop-Gesellschaft und ihr Preis*, 1998, S. 171 ff.; zu der Thematik, dass staatliche/europaweite Entscheidungen aufgrund der Globalisierung nur von begrenztem Nutzen sind und zudem aufgrund eines globalen Wettbewerbs um die günstigsten unternehmerischen Bedingungen oftmals unterbleiben vgl. z.B. *Polanyi*, *The great transformation*, 13. Aufl. 2017 (1944); *Grande*, in: Beck/Lau (Hrsg.), *Entgrenzung und Entscheidung*, 2004, S. 384, S. 384 ff.; *Axford*, *Theories of globalization*, 2013.

also ob sich beispielweise Parlamente *de facto* immer an einen vorausgehenden Expertenrat-schlag halten, wenngleich sie hierzu nicht verpflichtet sind. Zum anderen werden im deskriptiven Teil 2 abweichende Meinungen in der Literatur weitgehend außer Acht gelassen. Ziel der deskriptiven Analyse ist es nämlich, den existierenden rechtlich durchsetzbaren Rahmen zu beschreiben. Dafür ist zunächst nur der Ist-Zustand von Interesse, nicht aber Verbesserungsvorschläge aus der Literatur, die noch nicht umgesetzt wurden. Auf Verbesserungsmöglichkeiten wird in Teil 3 der Arbeit eingegangen.

Kapitel 5

Risikoregulierung in der Europäischen Union

In der Europäischen Union stellt das Vorsorgeprinzip, welches in Art. 191 AEUV primärrechtlich festgeschrieben ist, die zentrale Norm für den Bereich der Risikoregulierung dar. Zwar umfasst die explizite Normierung in Art. 191 AEUV lediglich den Bereich des Umweltschutzes, jedoch geht die Kommission in ihrer Mitteilung zum Vorsorgeprinzip¹ und der EuGH in ständiger Rechtsprechung² davon aus, dass das Vorsorgeprinzip auch für die anderen hier gegenständlichen Bereiche der Risikoregulierung – insbesondere Gesundheitsschutz und Lebensmittelrecht³ – gilt.

Das Vorsorgeprinzip enthält einerseits Aussagen dazu, wie verfahrensmäßig die Aufgaben zwischen Experten und demokratischen Institutionen verteilt sind.⁴ Freilich spielen für diese Frage zunächst auch die jeweiligen Zuständigkeitsnormen (Art. 114, 168, 169, 192, 194 AEUV) i.V.m. den Vorgaben zu möglichen Handlungsformen (Art. 288 ff. AEUV) sowie wechselseitige Kontrollmechanismen eine Rolle (zu alledem A.).

Darüber hinaus stellt das Vorsorgeprinzip aber auch inhaltliche Maßstäbe zur Behandlung wissenschaftlicher Ungewissheit – und damit mittelbar auch zur Behandlung hieraus resultierender Verteilungskonflikte – auf. Diese inhaltlichen Vorgaben stehen in engem Zusammenhang mit dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip⁵, welches in seinen Auswirkungen auf den Handlungsspielraum der entscheidenden Institution ebenfalls zu beleuchten ist. Neben diesen primärrechtlichen können ggf. auch sekundärrechtliche und verwaltungsinterne Vorgaben den inhaltlichen Entscheidungsspielraum einschränken (zu alledem B.).

Die aktuell geltende und (gerichtlich) durchsetzbare Rechtslage soll in den Abschnitten A und B beschrieben und auf Basis der in Teil 1 aufgestellten Je-desto-Formel bewertet werden. Ziel ist die Herauskristallisierung von Elementen der aktuellen Rechtslage, die mit Blick auf die

¹ Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, S. 3.

² EuGH, *Monsanto*, Rs. C-236/01, Slg. 2003, I-08105, Rn. 62 ff.; EuGH, *Vereinigtes Königreich/Kommission (BSE)*, Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Rn. 98 ff.; EuGH, *Gowan Comércio*, Rs. C-77/09, Slg. 2010, I-13533, Rn. 72.

³ S. statt vieler *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 AEUV, S. 76.

⁴ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 191 AEUV, Rn. 92 spricht sogar davon, dass das Vorsorgeprinzip primär prozedurale Bedeutung habe.

⁵ Vgl. hier zunächst nur *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 AEUV, S. 27 m.V. auf die Rspr. des EuGH.

oben abstrakt postulierte Je-desto-Formel im Spannungsfeld zwischen Technokratie und Demokratie problematisch erscheinen. Diese problematischen Aspekte werden unter C. zusammenfassend beschrieben, um später in Teil 3 – nach der Darstellung der Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika – näher auf sie einzugehen und auf Grundlage der im Theorieteil entwickelten Je-desto-Formel Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten.

A. Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen

Nach der Je-desto-Formel ist grundsätzlich ein hohes Maß demokratischer Legitimation erforderlich, sofern es um Entscheidungen geht, die von großer Ungewissheit/Kontroverse und Verteilungskonflikten (ggf. aufgrund schwerer, irreparabler Schäden an gewichtigen Rechtsgütern) geprägt sind.⁶ Um zu bewerten, ob die Entscheidungsträger im Bereich der Risikoregulierung über ein nach dieser Formel hinreichendes Maß demokratischer Legitimation verfügen oder ob über Risikoregulierung zu expertokratisch entschieden wird, ist zunächst zu klären, wer im Bereich der Risikoregulierung für den Erlass abstrakt-genereller Vorschriften nach welchem Verfahren zuständig ist.

Auf Grundlage der demokratiethoretischen Ausführungen in Kapitel 3 kann sodann bewertet werden, ob das institutionelle Gefüge und die Verfahren hinreichende demokratische Legitimation sicherstellen. Zu berücksichtigen sind Ex-ante-Legitimation und Ex-post-Kontrolle, aber auch Elemente des deliberativen Demokratieverständnisses.

Sofern ein unmittelbar demokratisch legitimes Organ für die Risikoregulierung zuständig ist und auch die grundlegenden Entscheidungen unter Ungewissheit und über Verteilungskonflikte trifft, ist der oben abstrakt postulierten Je-desto-Formel in aller Regel Genüge getan. Anderenfalls stellt sich für das jeweils handelnde Organ die Frage nach der abgeleiteten personalen Legitimation auf Basis der Legitimationskettentheorie sowie nach der sachlich-inhaltlichen Legitimation durch Entscheidungsprärogativen des demokratischsten Organs. Es geht zunächst also um die Ex-ante-Legitimation des jeweiligen Entscheidungsträgers. Elemente des deliberativen Demokratieverständnisses spielen an dieser Stelle ebenfalls eine Rolle, soweit die interne Organorganisation ergebnisoffene, pluralistische Entscheidungsfindungsprozesse gewährleistet (dazu I.).

⁶ Vereinfachend wird die Je-desto-Formel insofern im Folgenden teilweise auf die Elemente „Ungewissheit“ und „Verteilungskonflikte“ heruntergebrochen, ohne damit die Aspekte des Gewichts der Rechtsgüter oder der irreparablen Schäden aus der Analyse ausnehmen zu wollen.

Wie oben ausgeführt kann demokratische Legitimation aber nicht nur dadurch hergestellt werden, dass der Entscheidungsträger selbst über ein hohes Legitimationsniveau verfügt, sondern auch im Wege der inhaltlichen Ex-post-Kontrolle durch demokratische(re) Organe. Die Öffentlichkeit (das Volk als Souverän) kann ebenfalls Ex-post-Kontrolle ausüben, was Transparenz erfordert. Partizipation kann zudem auf Basis des deliberativen Demokratiemodells die Legitimation erhöhen (zu alledem II.).

Auf Basis der Darstellung von Zuständigkeiten und Kontrollmechanismen soll eine Bewertung vorgenommen werden, inwieweit die Entscheidungen unter Ungewissheit und über mit technologischem Fortschritt verbundene Verteilungskonflikte in der EU ausreichend demokratisch legitimiert sind (dazu III.).

I. Zuständigkeiten und Ex-ante-Legitimation

Die Zuständigkeit bzw. Kompetenz ist Voraussetzung für die Ausübung von Hoheitsgewalt⁷, unter die auch verbindliche Risikoregulierung fällt. Hierbei ist zwischen Verbandskompetenz einerseits und Organkompetenz andererseits zu unterscheiden.⁸

Der Begriff der Verbandskompetenz adressiert allgemein die Frage, welcher Verband, also welche (vertikale) Ebene zuständig ist – im europäischen Mehrebenensystem wird vielfach von vertikaler Kompetenzverteilung gesprochen.⁹ Zu unterscheiden ist primär zwischen der supranationalen, europäischen Ebene und der nationalen, mitgliedstaatlichen Ebene. Dem steht die Organkompetenz bzw. die horizontale Kompetenzverteilung in der EU gegenüber, welche die Frage betrifft, welches Organ nach welchem Verfahren innerhalb der EU tätig wird.¹⁰ Während im Rahmen der Verbandskompetenz Fragen des Föderalismus und des Subsidiaritätsprinzips¹¹ entscheidend sind, die in der vorliegenden Arbeit keine zentrale Rolle spielen, geht es bei der Organkompetenz um die „Effektivität des Entscheidungssystems der Union sowie deren weiterer Demokratisierung“¹², also genau darum, wie technokratisch bzw. demokratisch das europäische Entscheidungssystem ausgestaltet ist. Dementsprechend ist die Verbandskompetenz

⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 2 AEUV, S. 1.

⁸ Vgl. z.B. *Geismann*, in: GSH, EU-Recht, Art. 288 AEUV, Rn. 17; *Hummer*, in: Busek/Hummer (Hrsg.), Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union, 2006, S. 19, 51.

⁹ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 2 AEUV, S. 1; *Hummer*, in: Busek/Hummer (Hrsg.), Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union, 2006, S. 19, 51; *Geismann*, in: GSH, EU-Recht, Art. 288 AEUV, S. 17.

¹⁰ *Hummer*, in: Busek/Hummer (Hrsg.), Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union, 2006, S. 19, 51; *Geismann*, in: GSH, EU-Recht, Art. 288 AEUV, S. 17.

¹¹ S. ausführlich *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999.

¹² *Hummer*, in: Busek/Hummer (Hrsg.), Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union, 2006, S. 19, 51.

der EU lediglich gewissermaßen als Vorfrage relevant: Nur in Bereichen der Risikoregulierung im Umwelt- und Gesundheitsbereich, in denen die EU überhaupt die Verbandskompetenz innehat, macht es Sinn, die für die demokratische Legitimation eigentlich relevante, jedoch nachgelagerte Frage nach der Organkompetenz innerhalb der EU zu stellen.

1. Verbandskompetenz

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1, 2 EUV) hat die EU nur dann Regulierungskompetenz, wenn diese ihr durch die Mitgliedstaaten übertragen wurde.¹³ In der deutschen Verfassungsterminologie besitzt sie also keine Kompetenz-Kompetenz.¹⁴ Es sind folglich Normen in den europäischen Verträgen erforderlich, die die EU zu Maßnahmen im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes ermächtigen. Die Ermächtigungsnormen in den Verträgen sind freilich so formuliert, dass bestimmte Organe der EU und nicht die EU an sich zur Handlung ermächtigt werden. Gleichwohl lässt sich die „Verbandskompetenz als aufsummierte Organkompetenz darstellen“¹⁵: Wenn europäischen Organen die Zuständigkeit zum Erlass von Maßnahmen übertragen wird, hat auch die EU die Verbandskompetenz inne.

Das Kompetenzgefüge zwischen Union und Mitgliedstaaten ist freilich komplexer ausgestaltet als eine Schwarz-Weiß-Unterscheidung zwischen ausschließlicher Zuständigkeit der Union einerseits und ausschließlicher Zuständigkeit der Mitgliedstaaten andererseits. Vielmehr finden sich in den Art. 2-6 AEUV verschiedene Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union, die neben ausschließlichen (Art. 3 AEUV) und geteilten Zuständigkeiten (Art. 4 AEUV) auch Koordinierungs-, Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen umfassen (Art. 5¹⁶ und 6 AEUV). Während die EU im Bereich der ausschließlichen und geteilten Zuständigkeiten selbst darüber entscheiden kann, ob sie regulatorisch tätig wird, liegt im Bereich der Koordinierungs-, Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen die primäre politische Verantwortlichkeit und Regelungsbefugnis bei den Mitgliedstaaten.¹⁷ Die eigenverantwortlich wahrzunehmende wesentliche Entscheidungsfreiheit muss bei den Mitgliedstaaten verbleiben, die Zuständigkeit der

¹³ S. genauer zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 5 EUV, 6 ff.

¹⁴ *Ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 5 EUV, S. 6.

¹⁵ *Hummer*, in: Busek/Hummer (Hrsg.), Die Konstitutionalisierung der Verbands Gewalt in der (neuen) Europäischen Union, 2006, S. 19, 52.

¹⁶ Hinsichtlich Art. 5 AEUV ist umstritten, ob dieser als Fall der geteilten Zuständigkeit oder als Fall der Koordinierungszuständigkeit einzuordnen ist, vgl. hierzu m.w.N. *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 5 AEUV, 8 ff. Da jedoch die Koordinierung der Wirtschafts- Beschäftigungs- und Sozialpolitik ohnehin für die vorliegende Untersuchung irrelevant ist und sich die genauen Kompetenzen ohnehin aus der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage und nicht aus Art. 5 AEUV ergeben, wird dieser Streit nicht weiter vertieft.

¹⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 6 AEUV, S. 3.

Union ist akzessorisch hierzu.¹⁸ Da in der vorliegenden Untersuchung gerade die Frage danach, welches Organ, welche Institution oder Person in der EU sich nach welchen Kriterien für oder gegen die Regulierung einer Technologie entscheidet, eine zentrale Rolle spielt, macht die vertiefte Betrachtung von Bereichen, in denen die Union nicht primär, sondern nur akzessorisch zum Handeln der Mitgliedstaaten regulieren kann, keinen Sinn. Insofern erfolgt eine Beschränkung auf Ermächtigungsnormen, die der Union die ausschließliche oder geteilte Zuständigkeit und damit die primäre politische Entscheidungsbefugnis und Regulierungsgewalt zuweisen.

Vorliegend sind für die Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken neuer Technologien insoweit zunächst Art. 168 AEUV für den Gesundheitsbereich und Art. 192 AEUV für den Umweltbereich zu nennen.

Art. 168 AEUV begründet diverse Einzelkompetenzen der EU im Bereich der Gesundheitspolitik und ist hierbei vorrangig auf ein gesundheitsbezogenes Vorsorge- und Gefahrenabwehrrecht gerichtet, nicht aber auf eine Einmischung in die Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten.¹⁹ Nachdem in den Abs. 2 UAbs. 1 und Abs. 3 zunächst nur Koordinierungskompetenzen i.S.d. Art. 6 AEUV auf die EU übertragen werden und Abs. 2 UAbs. 2 sogar gar keine Verbandskompetenz der EU begründet, sondern nur die Methode der Offenen Koordinierung positiviert²⁰, begründet Abs. 4 eine geteilte Zuständigkeit der EU²¹ zum Erlass von Maßnahmen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs, Blut, Arzneimittel und Medizinprodukte sowie zum Erlass von Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz.²² Die Abs. 5 und 6 begründen demgegenüber keine Verbandskompetenz, sondern regeln lediglich die möglichen Verfahren für die Koordinierungstätigkeiten der EU.²³

Gerade in dem hier interessierenden Bereich der Regulierung von Risiken und Gefahren für die menschliche Gesundheit, die auf technologischen Innovationen beruhen, sind der EU damit weitreichende Kompetenzen übertragen worden, da solche Innovationen typischerweise Arzneimittel und Medizinprodukte, (manipulierte) Substanzen menschlichen Ursprungs wie DNA

¹⁸ *Ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 6 AEUV, 3, 5.

¹⁹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, S. 1.

²⁰ *Ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, 4, 6.

²¹ *Ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, S. 5; *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, S. 1.

²² Zu den einzelnen Begriffen *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, 40 ff.

²³ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, 3, 7 f.

und Produkte im Veterinärwesen und Pflanzenschutz (z.B. die aktuelle Debatte um die Glyphosat-Zulassung) betreffen. Der Begriff der „Maßnahme“ in Abs. 4 umfasst die in Art. 288 AEUV genannten Maßnahmen²⁴, wobei dies keine abschließende Aufzählung ist.²⁵ Rechtsverbindliche, abstrakt-generelle Maßnahmen wie Verordnungen und Richtlinien, die Gegenstand dieser Untersuchung sind, sind damit jedenfalls umfasst. Die EU hat damit im Bereich des Gesundheitsschutzes weitreichende, wenngleich nicht umfassende Verbandskompetenz zum Erlass abstrakt-genereller Risikoregulierung. Da es sich in Abs. 4 um einen Fall der geteilten Zuständigkeit handelt, werden Maßnahmen der Mitgliedstaaten daneben freilich nicht generell ausgeschlossen, sondern nur sofern und soweit die EU tätig geworden ist.²⁶ Entscheidend ist hier jedoch nur, dass die primäre politische Entscheidungs- und Regulierungsgewalt bei der Union liegt (s.o.).

Im Bereich des Umweltschutzes wird die EU in Art. 192 AEUV ermächtigt, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Abs. 1) bzw. im besonderen Gesetzgebungsverfahren (Abs. 2) Maßnahmen zur Erreichung der in Art. 191 AEUV genannten Ziele – Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität, Schutz der menschlichen Gesundheit, umsichtige und rationelle Verwendung von Ressourcen, Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme und insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels – zu erlassen. Diese Kompetenz ist inhaltlich sogar noch umfassender als im Bereich des Gesundheitsschutzes und umfasst jedenfalls auch die Regulierung von Gefahren für die Umwelt, die aus neuen Technologien resultieren. Es handelt sich ebenfalls um eine geteilte Zuständigkeit i.S.d. Art. 4 AEUV²⁷, die ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten nur ausschließt, sofern und soweit die EU reguliert hat. Auch in dem so beschriebenen Bereich hat die EU damit nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung die Verbandskompetenz inne und ist zur Risikoregulierung befugt.

Darüber hinaus ist als Kompetenznorm der Art. 169 AEUV im Bereich der Verbraucherschutzpolitik denkbar. Hierin wird die EU jedoch nur zu Unterstützungs-, Ergänzungs- und Überwachungsmaßnahmen ermächtigt.

²⁴ *Ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, S. 7.

²⁵ *Geismann*, in: GSH, EU-Recht, Art. 288 AEUV, S. 22.

²⁶ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 4 AEUV, S. 1 und *ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 2 AEUV, 11 ff.

²⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 4 AEUV, S. 16.

Art. 194 AEUV ermächtigt die EU zwar in seinem Abs. 2 allgemein zum Erlass von Maßnahmen zur Erreichung der in Abs. 1 genannten Ziele. Diese Ziele – Sicherstellung des Funktionierens des Energiebinnenmarktes, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit, Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen und Förderung der Interkonnektion der Energienetze – dürften jedoch für den Bereich der Regulierung von Risiken technologischer Entwicklungen kaum einschlägig sein. Überdies grenzt der EuGH den Art. 194 AEUV zu Art. 192 AEUV im Wege der sog. Schwerpunkttheorie ab.²⁸ Wenn der Schwerpunkt – wie bei Risikoregulierung typisch – im Schutz der Umwelt liegt, so ist Art. 192 AEUV und nicht Art. 194 AEUV einschlägig.²⁹ Die auch nach Einführung des Art. 194 AEUV im Vertrag von Lissabon weiterbestehende Anwendbarkeit des Art. 192 AEUV im Energiebereich wird auch durch Art. 192 Abs. 2 lit. c) untermauert.³⁰ Insoweit dürfte für Risikoregulierung Art. 194 AEUV als Kompetenzgrundlage aufgrund des weitreichenden Eingreifens des Art. 192 AEUV zu vernachlässigen sein.

Schließlich kommt insbesondere für produktbezogene Regeln zum Umwelt- und Gesundheitsschutz die allgemeine Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV in Betracht.³¹ Das Verhältnis dieser Norm zu Art. 168 AEUV und Art. 192 AEUV ist – abgesehen von der grundsätzlichen Anwendung der Schwerpunkttheorie (s.o.) – nicht geklärt³², was vor allem auch an der uneinheitlichen Anwendungspraxis der Institutionen liegen dürfte.³³ Allerdings werden in Art. 114 Abs. 1 ebenso wie in Art. 168 Abs. 4 und Art. 192 Abs. 1 AEUV Parlament und Rat ermächtigt, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen zu erlassen. Hieraus ergibt sich jeweils auch die Zuständigkeit der EU. Hinsichtlich der Verbandskompetenz spielt daher die Kompetenzabstützung bei produktbezogenen Regeln keine Rolle (s. aber zur Organkompetenz bzgl. der abweichenden Regelung in Art. 192 Abs. 2 AEUV sogleich).

Die EU besitzt damit aufgrund der genannten Einzelermächtigungen weitreichende Verbandskompetenz im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes. Gleichwohl stehen die

²⁸ EuGH, *Titandioxid*, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rn. 10; EuGH, *Spanien/Rat*, Rs. C-36/98, Slg. 2001, I-779, Rn. 58; EuGH, *Kommission/Rat*, Rs. C-440/05, Slg. 2007, I-9097, Rn. 61; EuGH, *Kommission/Parlament und Rat*, Rs. C-411/06, Slg. 2009, I-7585, Rn. 45; EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, Rn. 42; EuGH, *Kommission/Parlament und Rat*, Rs. C-43/12, ECLI:EU:C:2014:298, Rn. 29; EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-48/14, ECLI:EU:C:2015:91, Rn. 29; s. auch *Krämer*, in: GSH, EU-Recht, Art. 192 AEUV, S. 16; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 192 AEUV, S. 24.

²⁹ Für den Bereich des Klimaschutzes: *Krämer*, in: GSH, EU-Recht, Art. 192 AEUV, S. 169.

³⁰ *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU, Art. 192 AEUV, S. 61.

³¹ *Krämer*, in: GSH, EU-Recht, Art. 192 AEUV, S. 18.

³² S. zu den verschiedenen Abgrenzungsansätzen *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU, Art. 192 AEUV, 40 ff.

³³ *Krämer*, in: GSH, EU-Recht, Vorbem. zu Art. 191-193 AEUV, S. 159.

Kompetenzen der EU stets unter dem Vorbehalt, dass die jeweilige konkrete Maßnahme dem Subsidiaritätsprinzip³⁴ und dem (kompetentiellen) Verhältnismäßigkeitsprinzip³⁵ entspricht, vgl. Art. 5 EUV. Dem ist hier jedoch nicht näher nachzugehen, da nur eine abstrakte Betrachtung der Verbandskompetenz vorgenommen wird, während sich Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip notwendig auf eine konkrete Maßnahme beziehen. Auf das inhaltliche, individualschützende Verhältnismäßigkeitsprinzip als Beschränkung des Handlungsspielraums des zuständigen Entscheiders wird erst unter B. eingegangen.

2. Organkompetenz

Die Organkompetenz ist, wie bereits angedeutet, die eigentlich entscheidende Frage, um die demokratische Legitimation der abstrakt-generellen Entscheidungen im Bereich der Risikoregulierung zu beurteilen. Die verschiedenen Organe und Einrichtungen der EU, hier insbesondere Rat, Parlament, Kommission, Agenturen und Expertengruppen der Kommission, weisen nämlich unterschiedliche Grade demokratischer Legitimation und Expertise auf.

a) Demokratisches Legitimationsniveau der Organe und Einrichtungen

Das hier zunächst zu betrachtende Ex-ante-Legitimationsniveau der genannten Organe und Einrichtungen, die an der Risikoregulierung beteiligt sind, ergibt sich aus zwei möglichen Legitimationsmechanismen: zum einen die personelle Legitimation auf Basis der Legitimationstheorie, zum anderen die interne Organisationsstruktur, die deliberative Entscheidungsprozesse gewährleistet.

Das Europäische Parlament ist ein politisches Organ direkt gewählter Volksvertreter, welches trotz der degressiven Proportionalität und der darauf fußenden Probleme bei der Gleichheit der Wahl und der Repräsentation³⁶, trotz der Zweifel an einem geeigneten Souverän, einem

³⁴ Dazu ausführlich *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 5 EUV, Rn. 19 ff. sowie zuvor schon *ders.*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999.

³⁵ Zum nur kompetentiellen Gehalt der Normierung in Art. 5 EUV s. z.B. *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *EU*, Art. 5 EUV, Rn. 67.

³⁶ Die Fähigkeit zur autonomen Legitimation der EU durch das EP daher absprechend: *BVerfG*, *Lissabon*, 2 BvE 2/08, *BVerfGE* 123, 267, Rn. 279 ff.

europäischen Volk³⁷, und trotz uneinheitlichen Wahlrechts³⁸ eine unmittelbare und vergleichsweise hohe demokratische Legitimation aufweist.³⁹ Aus einem deliberativ-demokratischen Blickwinkel ist zudem anzumerken, dass es im Europäischen Parlament sowohl in den Ausschüssen als auch im Plenum vielfältige, grundsätzlich öffentliche⁴⁰ Verfahren gibt, die einen geordneten Meinungsfindungsprozess unter Beteiligung eines breiten, pluralistischen Meinungsspektrums sicherstellen. Diesem Gedanken trägt u.a. auch das freie Mandat der Abgeordneten⁴¹ Rechnung, das gegenseitiges Überzeugen im ergebnisoffenen Dialog ermöglicht. Auch praktisch ist das Europäische Parlament im Gegensatz zu vielen nationalen Parlamenten pluralistischer besetzt, was oftmals eine stärker sachorientierte statt in Regierung und Opposition aufgespaltene Diskussion gewährleistet.⁴²

Der Rat ist aus Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten gebildet und damit ebenfalls ein politisches Organ. Die demokratische Legitimation des Rates erfolgt jedoch lediglich mittelbar über die nationalen Parlamente, welche ihre Regierungen kontrollieren und zudem einzelne direkte Beteiligungs- und Kontrollmöglichkeiten gemäß Art. 12 EUV haben.⁴³ Da die Regierungsvertreter im Rat jedoch regelmäßig per qualifizierter Mehrheit entscheiden, können sie nicht für alle Abstimmungsergebnisse politisch durch die nationalen Parlamente zur Verantwortung gezogen werden. Aus demokratietheoretischer Perspektive ist das demokratische Legitimationsniveau des Rates damit – insbesondere in Anbetracht der Länge und Lückenhaftigkeit der Legitimationskette⁴⁴ – geringer einzustufen als das des Parlaments. Der Rat repräsentiert allerdings den zweiten Legitimationsstrang der EU über die Mitgliedstaaten und ist

³⁷ Zur diesbezüglichen Diskussion *Augustin*, Das Volk der Europäischen Union, 2000; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 10 EUV, Rn. 22 ff.

³⁸ *Gaitzsch*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, 38 Rn. 173.

³⁹ Ebenso *Haag*, in: GSH, EU-Recht, Art. 10 EUV, S. 9; betonend, dass das EP nur den supranationalen Legitimationsstrang bedient: *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10 EUV, S. 6; die legitimationsstiftende Wirkung des EP wird laut *Nettesheim* mittlerweile nicht mehr allgemein bestritten, wemgleich über das Ausmaß der Legitimation Uneinigkeit bestehe: *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 10 EUV, Rn. 67 ff.

⁴⁰ Vgl. Art. 115 ff. der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments.

⁴¹ Vgl. Art. 2 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments: „Gemäß Artikel 6 Absatz 1 des Akts vom 20. September 1976 sowie Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 des Abgeordnetenstatuts des Europäischen Parlaments üben die Mitglieder ihr Mandat frei und unabhängig aus und sind weder an Aufträge noch an Weisungen gebunden.“

⁴² Vgl. zur weniger bipolaren Struktur und zur stärker einzelfallbezogenen Mehrheitsbildung des Europäischen Parlaments *EuG, Martinez u.a. / Parlament*, verb. Rs. T-222/99, T-327/99 und T-329/99, Slg. 2001, II-02823; *BVerfG, 5% Klausel Europawahl*, Urt. v. 9.11.2011, Rs. 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10, BVerfGE 129, 300, Rn. 110.

⁴³ Vgl. *Haag*, in: GSH, EU-Recht, Art. 10 EUV, S. 10; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10 EUV, S. 7.

⁴⁴ Zur Lückenhaftigkeit aufgrund der Überstimmungsmöglichkeit bei Mehrheitsabstimmungen im Rat und zu anderen problematischen Aspekten *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 10 EUV, Rn. 75 ff.

insofern für die spezifische europäische Legitimationsstruktur unverzichtbar⁴⁵ – vor allem für diejenigen, die das Fehlen eines europäischen Volkes und einer europäischen Öffentlichkeit sowie die degressiv-proportionale Stimmverteilung im Parlament betonen und seine demokratische Legitimation als gering einstufen. Aus einem deliberativ-demokratischen Blickwinkel bildet der Rat zwar ebenfalls ein vielfältiges Meinungsspektrum ab, durch die an die nationalen Parlamente gekoppelten Vorfestlegungen und eingeschränkten Verhandlungsmandate der Ratsvertreter durch nationale Weisungen und staatsrechtliche Bindungen ist aber die offene gemeinsame Diskussion mit gegenseitigem Überzeugen zur Erreichung der besten Lösung schon rechtlich nur eingeschränkt möglich.⁴⁶

Die Kommission besteht zum größten Teil aus demokratisch nicht verantwortlichen europäischen Beamten, die sich durch Expertise und nicht durch Wahl qualifiziert haben und nicht durch die Möglichkeit der Abwahl kontrolliert werden. Gleichwohl hat der Vertrag von Lissabon die demokratische Legitimation der Kommission in jüngerer Zeit gestärkt⁴⁷ und der Stellung einer nationalen Regierung mit zugehörigem Ministerialverwaltungsapparat angenähert. Zum einen laufen bei der Investitur, also der Ernennung der Kommission, die beiden Legitimationsstränge zusammen⁴⁸, indem das Vorschlagsrecht beim Europäischen Rat liegt, während das Parlament über den Vorschlag abstimmen muss. Beim Vorschlag des Europäischen Rates für den Kommissionspräsidenten muss zum anderen der Ausgang der Europawahl berücksichtigt werden, was zu einer Politisierung und demokratischen Rückbindung des Amtes des Kommissionspräsidenten beiträgt.⁴⁹ Die hierdurch hergestellte Legitimationskette droht allerdings in Anbetracht der in Art. 17 Abs. 3 UAbs. 3 S. 1 EUV festgelegten „vollen Unabhängigkeit“ der Kommission zu zerreißen.⁵⁰ Diese Unabhängigkeit bezieht sich aber auf die Rolle als Hüterin der Verträge und damit allem voran auf die Unabhängigkeit von den Mitgliedstaaten. Die parlamentarische Verantwortlichkeit der Kommission gegenüber dem EP wird dagegen im Vertrag von Lissabon erstmals explizit in Art. 17 Abs. 8 S. 1 klargestellt. Sie äußert sich u.a. durch die Möglichkeit eines Misstrauensvotums, der Aufforderung zur Vorlage von (Gesetzgebungs-) Vorschlägen und durch die Interpellation, also die Beantwortung von Fragen gegenüber dem

⁴⁵ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10 EUV, Rn. 7 ff.

⁴⁶ Vgl. zu den Bindungen des deutschen Vertreters im Rat Ziegenhorn, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 16 EUV, Rn. 17 ff.

⁴⁷ Pache/Rösch, NVwZ 2008, 477.

⁴⁸ Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a. (Hrsg.), Europarecht, 2015, Rn. 22; Gaitzsch, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, 39 f.

⁴⁹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17 EUV, S. 46; Pache/Rösch, NVwZ 2008, 477.

⁵⁰ Gaitzsch, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, S. 40; Dohnke, in: Kämmerer/Wyrzykowski (Hrsg.), Verfassungsgebung für Europa, 2005, 241 ff., 249 f.

Parlament (dazu näher unter II.).⁵¹ Durch eine Weisungshierarchie innerhalb der Kommission lässt sich diese Legitimation der Kommissionsspitze im Wege der Legitimationskettentheorie auch auf den einzelnen Kommissionsbeamten erstrecken. Mikromanagement durch die Kommissare oder gar den Kommissionspräsidenten dürfte hier aber allenfalls hinsichtlich hochpolitischer Regulierungsvorschläge möglich sein. Dementsprechend kann die Kommission insgesamt mittlerweile ebenfalls eine abgeleitete demokratische Legitimation nach der Legitimationskettentheorie aufweisen. Im Vergleich zum EP ist das Legitimationsniveau freilich nur abgeleitet und damit geringer. Im Vergleich zum Rat lässt sich auf Grundlage einer von den Verträgen unabhängigen Demokratietheorie schwerlich eine Rangfolge hinsichtlich der Legitimationsniveaus herstellen, da beide Organe unterschiedliche und ihrer Wirkung kaum auf eine lineare Skala zu bringende Schwächen in der demokratischen Legitimation aufweisen. Mit Blick auf die Verträge, die ihrerseits in einem demokratischen Prozess entstanden sind, dürfte der Rat gleichwohl über eine höhere Legitimation verfügen, da er von den Verträgen als legitimationsstiftendes Organ gemeinsam mit dem Parlament anerkannt wird, während die Kommission quasi „Legitimationsempfänger“ der beiden Legitimationsstränge ist.⁵² Die Kommission dürfte zudem gegenüber dem oft politisch agierenden Rat als stärker expertokratisch geprägt einzustufen sein.

Agenturen sind Institutionen, die vor allem für ihre Fachexpertise ins Leben gerufen werden und die Effizienz der europäischen Verwaltung steigern sollen.⁵³ Ihre demokratische Legitimation beziehen sie zunächst aus ihrem sekundärrechtlichen Gründungsakt (i.a.R. eine Verordnung), in dem Parlament und Rat ihrer Gründung zugestimmt haben. Je detaillierter und differenzierter die Vorgaben der Verordnung sind, desto größer ist auch der Ex-ante-Einfluss der ermächtigenden Institutionen, was die demokratische Legitimation erhöht.⁵⁴ Die ermächtigenden Verordnungen der Risikoregulierungsagenturen der EU sind allgemein gesprochen durch ein relativ hohes Maß der Spezifizierung hinsichtlich der Struktur, der Aufgaben sowie der Kriterien ihrer Umsetzung geprägt.⁵⁵ Allerdings lehnte die Kommission in ihrer Mitteilung zu *Regulierungsagenturen* zumindest gegenüber diesem Agenturtypus (dazu sogleich näher b) cc))

⁵¹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17 EUV, Rn. 56 ff.

⁵² Vgl. Möllers/Achenbach, EuR 2011, 55.

⁵³ Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, S. 4, 6; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 298 AEUV, Rn. 4; ausführlich auch zu anderen Begründungsansätzen Craig, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 142 ff.

⁵⁴ Craig, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 161 f.

⁵⁵ Ders., EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 161.

allgemein die Ausübung von Aufsichtsfunktionen im juristischen Sinne ab⁵⁶, da sie sich durch „gewisse Autonomie hinsichtlich Organisation und Funktionen“ auszeichnen und die Kommission daher lediglich eine „allgemeine Verantwortung“ übernehmen wolle⁵⁷. Sofern Regulierungsagenturen Entscheidungen mit verbindlicher Wirkung für den Bürger treffen können, ist deren demokratische Legitimation äußerst schwach: Die personelle Legitimationskette ist mangels Weisungsbefugnis schwerlich zu bejahen⁵⁸; eine deliberative Binnenstruktur ist zumindest nicht allgemein vorgeschrieben⁵⁹, sondern vom jeweiligen sekundärrechtlichen Gründungsakt abhängig. Trotz relativ detaillierter Ermächtigungsverordnungen sind Agenturen damit jedenfalls hinsichtlich ihrer Ex-ante-Legitimation relativ undemokratisch.

Expertengruppen der Kommission schließen eine Lücke, die nach dem Vertrag von Lissabon dadurch entstanden ist, dass die Komitologie-Ausschüsse – bestehend aus nationalen Experten – nicht mehr für die Erarbeitung und Kontrolle der delegierten Rechtsetzung der Kommission gem. Art. 290 AEUV zuständig sind (s.u.). Die Mitgliedstaaten fürchteten schwindenden Einfluss und wollten eine Standard-Klausel für delegierte Rechtsetzung etablieren, nach der nationale Experten von der Kommission zur Beratung heranzuziehen seien, wenn Expertise benötigt werde.⁶⁰ Das EP setzte sich aber hinsichtlich dieser Standard-Klausel erfolgreich gegen die Beschränkung auf *nationale* Experten ein.⁶¹ Erfolglos forderten zudem einige Mitgliedstaaten eine formalisierte Rolle der Expertengruppen im Sinne einer stets verpflichtenden Konsultation, was aber die Kommission in ihrer „Mitteilung über die Umsetzung von Artikel 290 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ ablehnte.⁶² Nach dem Selbstverständnis der Kommission⁶³ sind Expertengruppen Beratungsgremien, die von der Kommission und ihren

⁵⁶ Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, S. 15.

⁵⁷ Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, S. 7.

⁵⁸ Sehr kritisch mit Blick auf das Demokratieprinzip im deutschen Verfassungsrecht auch *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 83 GG, Rn. 79.

⁵⁹ Vgl. Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, die nur Vorgaben für die Ernennung und Aufgaben des Verwaltungsrats und des Direktors enthält, nicht aber Vorgaben, die einen offenen Dialogprozess innerhalb der Agentur verlangen.

⁶⁰ *Christiansen/Dobbels*, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission, 2016, S. 87, 94 f.

⁶¹ *Dies.*, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission, 2016, S. 87, 95.

⁶² Mitteilung der Kommission – Umsetzung von Art. 290 AEUV, KOM (2009) 673 endg., S. 7, Pkt. 4.2; dazu auch *Christiansen/Dobbels*, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission, 2016, S. 87, 95 f.; ausführlich gegen eine Experten-Konsultationspflicht argumentierend *Fabricius*, ZEuS 14 (2011), 574 ff.

⁶³ Trotz des Titels der insoweit ebenfalls relevanten Rahmenregelung als „Mitteilung des Präsidenten an die Kommission“ lässt sich diese als kommissionsinterne Verwaltungsvorschrift, die die Selbstbindung der gesamten Kommission widerspiegelt, einordnen, vgl. *Pilniok*, EuR 2014, 65 f.

Dienststellen eingesetzt werden können, wenn neue Expertise benötigt wird⁶⁴, mindestens sechs Mitglieder umfassen und mehr als einmal zusammenkommen.⁶⁵ Sie sollen die Kommission bei der Ausübung ihres Initiativrechts im Gesetzgebungsverfahren unterstützen, delegierte Rechtsakte gem. Art. 290 AEUV erarbeiten⁶⁶ sowie die Kommission bei der Implementation des europäischen Rechts beraten.⁶⁷ Zu unterscheiden ist zwischen formalen und informellen Expertengruppen. Während erstere durch einen Beschluss der Kommission als Kollegialorgan eingesetzt werden, werden letztere von den Generaldirektionen selbst eingerichtet, wobei sie lediglich verfügbarer Haushaltsmittel und des Einverständnisses des Generalsekretariats der Kommission bedürfen.⁶⁸ Auf Basis der Legitimationskettentheorie weisen Expertengruppen damit ein noch geringeres Legitimationsniveau auf als Agenturen. Sie werden nämlich von der ihrerseits nur über eine abgeleitete Legitimation verfügenden Kommission oder sogar von einem noch mittelbarer legitimierten einzelnen Generaldirektor eingesetzt. Auch die pluralistische Zusammensetzung, die auf Grundlage deliberativ-demokratischer Vorstellungen wünschenswert ist, wird kaum gewährleistet⁶⁹: Nach der relevanten Rahmenregelung der Kommission, die als Selbstverpflichtung bis auf wenige Vertrauensschutzkonstellationen keine rechtlich verbindliche Außenwirkung haben dürfte⁷⁰, werden Mitglieder der Expertengruppen entweder persönlich oder stellvertretend für ein gemeinsames Interesse, „das von maßgeblichen Interessenträgern in einem bestimmten Politikbereich geteilt wird“, benannt;⁷¹ daneben können Organisationen und mitgliedstaatliche Behörden Mitglieder in Expertengruppen sein⁷²; für die Besetzung sind in der Rahmenregelung zu Expertengruppen verschiedene Kriterien aufgestellt, die der Kommission bzw. der jeweiligen Generaldirektion jedoch z.B. durch die häufige Formulierung

⁶⁴ Mitteilung der Kommission – Umsetzung von Art. 290 AEUV, KOM (2009) 673 endg., S. 7, Pkt. 4.2.

⁶⁵ Bestimmung 2 Abs. 1 des Anhangs der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 8.

⁶⁶ Während Expertengruppen im Bereich des Art. 290 AEUV eingesetzt werden, sind Komitologie-Ausschüsse im Bereich des Art. 291 AEUV zuständig, vgl. auch *Pilniok*, EuR 2014, 76 ff., der von einem „funktionalen Äquivalent“ spricht.

⁶⁷ Bestimmung 3 des Anhangs der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 9.

⁶⁸ Bestimmung 2 Abs. 2 und 3 des Anhangs der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 8.

⁶⁹ Kritisch auch *Pilniok*, EuR 2014, 79 ff., der verschiedene Verbesserungsvorschläge unterbreitet.

⁷⁰ Vgl. *ders.*, EuR 2014, S. 66.

⁷¹ Bestimmung 8, Nr. 1 und 2 des Anhangs der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 10.

⁷² Bestimmung 8, Nr. 3 und 4 des Anhangs der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 10.

„soweit möglich“ einen weiten Ermessensspielraum belässt.⁷³ Dementsprechend wird vom Europäischen Parlament⁷⁴ und von Nichtregierungsorganisationen⁷⁵ kritisiert, dass Interessenvielfalt nicht gewährleistet und eine überproportionale Vertretung ökonomischer Interessen nicht verhindert wird. Solange der Korporatismusverdacht also nicht ausgeräumt ist, indem durch institutionelle und prozedurale Vorgaben eine Deliberation, die verallgemeinerungsfähige Interessen anstrebt, gewährleistet wird, bleibt das Legitimationsniveau der Expertengruppen entsprechend gering.⁷⁶

Die Rolle, die Expertengruppen der Kommission für delegierte Rechtsetzung spielen, übernehmen Komitologie-Ausschüsse für die Durchführungsrechtsetzung. Es handelt sich um Gremien, die sich aus nationalen Experten – in der Regel (Ministerial-)Beamten – zusammensetzen.⁷⁷ Die nationalen Experten leiten ihre Legitimation über Regierungschef und Minister vermittelt von den nationalen Parlamenten ab. Die Komitologie-Ausschüsse verkörpern durch ihre rein nationale demokratische Rückbindung ausschließlich den zweiten Legitimationsstrang in der spezifischen dualen Legitimation der EU, wenngleich sie auf europäischer Ebene tätig werden. Die personelle Legitimation der Ausschussmitglieder entspricht durch ihre mittelbare Rückbindung an nationale Parlamente etwa der Legitimation eines Kommissionsbeamten durch seine Rückbindung an das EP. Gleichwohl ist zu beachten, dass in den Komitologie-Ausschüssen bei Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit entschieden wird, sodass ein Mitgliedstaat stets auch überstimmt werden kann. Ähnlich wie beim Rat kann so von einer Lücke in der Legitimationskette gesprochen werden, die die Legitimation der Komitologie-Ausschüsse senkt.

Der EuGH und das EuG werden zwar selbst nicht regulierend tätig, dennoch ist ihre jeweilige demokratische Legitimation bereits an dieser Stelle zu beleuchten, da sie die Entscheidungen der vorgenannten Entscheidungsträger kontrollieren und einschränken, was insbesondere in Abschnitt B. eine zentrale Rolle spielt. Gemäß Art. 253 und 254 AEUV werden die Richter und Generalanwälte des EuGH und des EuG auf sechs Jahre von den jeweiligen Regierungen der Mitgliedstaaten im Einvernehmen ernannt, wobei der in Art. 255 AEUV geregelte Ausschuss angehört wird. Aus der Formulierung „einvernehmlich“ ergibt sich, dass jedem Mitgliedstaat

⁷³ Vgl. Bestimmung 9 des Anhangs der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 11; s. auch *Pilniok*, EuR 2014, 69 f.

⁷⁴ Vorbehalt zum Haushalt 2012 der Union: 2012 Budgetary Procedure Conciliation Document, S. 18.

⁷⁵ *Alter EU, Secrecy and corporate dominance* (<http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/expertgroupsreport.pdf>) (geprüft am 23.05.2017).

⁷⁶ Vgl. hierzu auch *Scharpf*, *Regieren in Europa*, 1999, S. 28.; *Schmidt-Aßmann*, in: Weingart/Lentsch/Ash (Hrsg.), *Wissen – Beraten – Entscheiden*, 2. Aufl., 2015, S. 211 ff., S. 211; *Pilniok*, EuR 2014.

⁷⁷ *Scharf*, *Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon*, 2010, S. 7 ff.

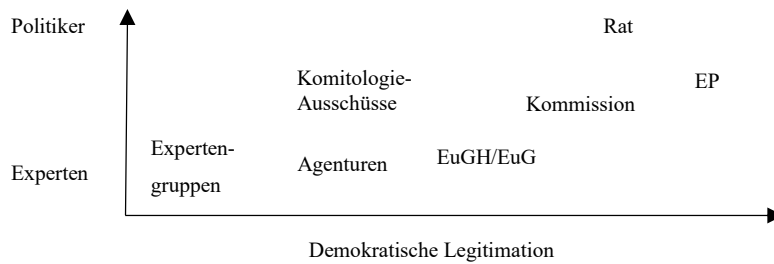
insoweit ein Veto-Recht zusteht (wenngleich dieses in der Praxis nicht ausgeübt wird, um den jeweils eigenen Kandidaten nicht zu gefährden).⁷⁸ Dementsprechend verfügt jeder Richter über eine ununterbrochene, wenngleich lediglich über die nationalen Regierungen und weder über nationale Parlamente noch über das Europaparlament direkt vermittelte personelle Legitimationskette.⁷⁹ Da die Kammern des EuGH als Kollektivorgan entscheiden, kann jeder Richter auch überstimmt werden. Zudem haben die Richter ihre Tätigkeit gerade nicht an nationalen Interessen und Gruppierungen auszurichten.⁸⁰ Dementsprechend ist die personelle Legitimation der Richter formal über den zweiten (nationalen) Legitimationsstrang gegeben, die Unabhängigkeit und die kollegiale Entscheidung schließt aber eine Berücksichtigung nationaler Interessen aus. Die personelle Ex-ante-Legitimation ist somit insgesamt aufgrund der langen Legitimationskette über den mitgliedstaatlichen Legitimationsstrang ohnehin relativ schwach, zudem läge wegen der inhaltlichen Ausrichtung als Entscheidungsinstanz über Europarecht eine (zusätzliche) personelle Legitimation über den europäischen Legitimationsstrang (EP) nahe, die aber nicht gegeben ist. Eine solche unmittelbar europäische Legitimation wird auch nicht durch den Ausschuss nach Art. 255 AEUV gewährleistet: Zum einen wird dieser nur angehört, zum anderen wird nur eines seiner sieben Mitglieder vom EP vorgeschlagen (aber nicht endgültig ernannt).

Je nachdem, welche Organe in welcher Form an der abstrakt-generellen Risikoregulierung beteiligt sind, wird die Entscheidung daher aus Ex-ante-Perspektive stärker demokratisch bzw. expertokratisch getroffen (zu wechselseitiger Kontrolle und Kontrolle durch die Öffentlichkeit erst II.). Dies soll schematisch folgende Grafik verdeutlichen, welche keine punktgenaue Standortbestimmung der Legitimation der Organe sein, sondern lediglich der Verdeutlichung der Relationen dienen soll.

⁷⁸ Blum, Die Ernennung der Richter und Generalanwälte des EuGH im Vergleich ausgewählter Mitgliedstaaten, 2010 (http://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper58-Blum/Paper58---Die-Ernennung-der-Richter-und-Generalanwaelte-des-EuGH-im-Vergleich-ausgewaehlter-Mitgliedsstaaten--Wie-demokratisch-ist-die-Richterwahl.pdf), S. 17 (geprüft am 21.06.2018).

⁷⁹ Ausführlich zu den jeweiligen Auswahl- und Ernennungsverfahren in Deutschland, Großbritannien und Frankreich *dies.*, Die Ernennung der Richter und Generalanwälte des EuGH im Vergleich ausgewählter Mitgliedstaaten, 2010 (http://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper58-Blum/Paper58---Die-Ernennung-der-Richter-und-Generalanwaelte-des-EuGH-im-Vergleich-ausgewaehlter-Mitgliedsstaaten--Wie-demokratisch-ist-die-Richterwahl.pdf) (geprüft am 21.06.2018).

⁸⁰ *Dies.*, Die Ernennung der Richter und Generalanwälte des EuGH im Vergleich ausgewählter Mitgliedstaaten, 2010 (http://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper58-Blum/Paper58---Die-Ernennung-der-Richter-und-Generalanwaelte-des-EuGH-im-Vergleich-ausgewaehlter-Mitgliedsstaaten--Wie-demokratisch-ist-die-Richterwahl.pdf), S. 4 (geprüft am 21.06.2018).



b) Verfahrensarten der Risikoregulierung

Um zu bewerten, ob die Risikoregulierung in der EU eher demokratisch oder eher technokratisch abläuft, sind die verschiedenen Verfahrensarten mitsamt den jeweils beteiligten Akteuren zu betrachten. Verfahren, in denen das EP (mit-)entscheidet, sind aus demokratischer Sicht relativ unproblematisch⁸¹, während z.B. weitgehende Entscheidungsbefugnisse der Agenturen oder Expertengruppen der Kommission insoweit Fragen aufwerfen würden. Hätte beispielsweise die europäische Lebensmittelsicherheitsbehörde EFSA alleine über die Zulassung von Glyphosat entscheiden können, wäre dies angesichts der äußerst kontroversen und ungewissen Frage der Schädlichkeit dieses Düngemittels vor dem Hintergrund der Je-desto-Formel abzulehnen.⁸² Für die vorliegende Untersuchung sind vier Aspekte zu unterscheiden.

Die im Rahmen der Verbandskompetenz aufgeführten Kompetenznormen bilden – auf Basis des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung – auch für die Organkompetenz im Bereich der umweltbezogenen und gesundheitlichen Risikoregulierung die primärrechtliche Grundlage. Wie aus den genannten Normen hervorgeht, werden die Maßnahmen zum Schutz von Umwelt und Gesundheit im ordentlichen bzw. besonderen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet, vgl. Art. 114 Abs. 1, Art. 168 Abs. 4, Art. 192 Abs. 1 für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren und Art. 192 Abs. 2 für die Modifikation. Es handelt sich also um Gesetzgebungsakte i.S.d. Art. 289 AEUV (dazu sogleich aa)).

Daneben beschreiben jedoch die Art. 290 und 291 AEUV die Voraussetzungen, unter denen in Gesetzgebungsakten Rechtsetzungsbefugnisse an die Kommission delegiert bzw. der Kommission oder dem Rat Durchführungsbefugnisse übertragen werden können. Auf diesem delegierten Wege entstandene Normen werden oft als „Tertiärrecht“ bezeichnet⁸³ und können ebenfalls abstrakt-generelle Risikoregulierung zum Gegenstand haben (dazu sogleich bb)).

⁸¹ Die insoweit problematischen Fragen der Gleichheit der Wahl und des geeigneten Souveräns wurden bereits in Kapitel 3, A. angesprochen

⁸² Tatsächlich hat die EFSA nicht über die Zulassung entschieden, sondern nur eine Risikobewertung abgegeben, s.u. näher zu den Befugnissen der EFSA. Zum Fall Glyphosat vgl. *Hensel*, ZLR 2016.

⁸³ S. z.B. *Gaitzsch*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015.

Europäische Agenturen sind ebenfalls an der Risikoregulierung beteiligt.⁸⁴ Da nur derjenige, der Hoheitsgewalt ausübt, notwendig über die entsprechende Organkompetenz verfügen muss, stellt sich hinsichtlich der Agenturen die Frage, ob und inwieweit sie selbst die Entscheidung über abstrakt-generelle Risikoregulierung erlassen können oder ob sie insoweit ausschließlich beratend tätig werden (dazu sogleich cc)). Eine vergleichbare Frage stellt sich hinsichtlich der Expertengruppen der Kommission (dazu sogleich dd)).

aa) Gesetzgebungsakte

Bei allen Maßnahmen nach den Art. 114 Abs. 1, 168 Abs. 4 und 192 Abs. 1 und 2 AEUV handelt sich aufgrund des vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahrens um Gesetzgebungsakte i.S.d. Art. 289 AEUV – und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der „Maßnahme“ um eine Verordnung, eine Richtlinie, einen Beschluss oder eine sonstige Maßnahme *sui generis* handelt. Für die vorliegende Untersuchung ist – da untersucht wird, *wer* entscheidet – unerheblich, welche Handlungsform der bzw. die Entscheider wählen, solange das Verfahren und die Beteiligten für die Maßnahmen gleich sind. Insofern ist hier auch auf den Unterschied zwischen Verordnung und Richtlinie⁸⁵, auf den Unterschied zwischen adressatenlosen Beschlüssen, die abstrakt-generell sein können, und Beschlüssen mit Adressaten⁸⁶ sowie auf die vielen nicht kategorisierten Handlungsformen⁸⁷ nicht näher einzugehen. Zwar beschränkt sich die Arbeit dem Grunde nach auf abstrakt-generelle Risikoregulierung, für Gesetzgebungsakte können jedoch auch konkret-individuelle Maßnahmen mitbesprochen werden, da sie im selben Verfahren erlassen werden.

Im Fall der Kompetenz aus Art. 114 Abs. 1 AEUV muss zusätzlich zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (dazu sogleich aa)) noch der Wirtschafts- und Sozialausschuss angehört werden, im Fall des Art. 168 Abs. 4 AEUV und im Fall des Art. 192 Abs. 1 AEUV sowohl der Wirtschafts- und Sozialausschuss als auch der Ausschuss der Regionen. Diese Anhörungspflichten sind jedoch zu vernachlässigen, da sie an der in dieser Untersuchung zentral in den Blick genommenen Letztentscheidungszuständigkeit nichts ändern. Allenfalls auf Basis einer deliberativen Demokratievorstellung können Anhörungspflichten die Legitimation etwas steigern, jedoch nur, wenn durch die Einbringung von Partikularinteressen über die Ausschüsse dennoch verallgemeinerungsfähige Positionen entstehen (s.o.).

⁸⁴ *Schroeder/Kostenzer*, EuR 2013, 395.

⁸⁵ S. statt vieler *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 16 ff., 23 ff.

⁸⁶ S. statt vieler *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 288 AEUV, Rn. 173 ff., Rn. 194 ff.

⁸⁷ Dazu z.B. *Geismann*, in: GSH, EU-Recht, Art. 288 AEUV, Rn. 22 ff.

Anders ist die Lage bezüglich Art. 192 Abs. 2 AEUV, der nicht das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vorschreibt und daher gesondert zu betrachten ist (dazu sogleich bb)).

i) Ordentliches Gesetzgebungsverfahren

Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 294 AEUV sind primär drei Organe beteiligt – Kommission, Parlament und Rat. Dabei hat die Kommission das Initiativrecht und unterbreitet EP und Rat einen Vorschlag, vgl. Abs. 2. Danach folgt eine Art Ping-Pong-Verfahren, in dem Parlament und Rat jeweils Standpunkte mit Änderungsvorschlägen unterbreiten. Wenn das jeweils andere Organ diesen Standpunkt billigt, gilt der Rechtsakt als erlassen. Wenn sich Parlament und Rat – ggf. nach Einberufung eines Vermittlungsausschusses – nicht einigen können, so gilt der Rechtsakt als nicht erlassen. In diesem Verfahren beschließt das Parlament mit der Mehrheit seiner Mitglieder, der Rat beschließt in der Regel (Ausnahme Abs. 9) mit qualifizierter Mehrheit (vgl. hierzu Art. 238 Abs. 3 lit. a) AEUV).

Parlament und Rat sind dementsprechend diejenigen Organe, die gemeinsam die Letztentscheidung über Maßnahmen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren treffen. Sie haben die Organkompetenz für den Erlass von Sekundärrecht inne. Dementsprechend werden sie auch in Art. 16 EUV gemeinsam als Gesetzgeber bezeichnet.

Eine gemeinsame Entscheidung durch Parlament und Rat weist eine hohe demokratische Legitimation – innerhalb der EU auf Grundlage der spezifischen dualen Legitimationsstruktur die höchste – auf, sodass nach der oben aufgestellten Formel insbesondere Entscheidungen unter wissenschaftlicher Ungewissheit und über Verteilungskonflikte in diesem Verfahren getroffen werden sollten.

ii) Besonderes Gesetzgebungsverfahren

In der Modifikation nach Art. 192 Abs. 2 AEUV ist aufgrund der besonderen Sensibilität bestimmter Umweltthemen für die Mitgliedstaaten⁸⁸ – z.B. Raumordnung – vorgesehen, dass im Rat einstimmig entschieden wird und das EP dafür nur angehört wird.

Zunächst ist festzuhalten, dass die in Art. 192 Abs. 2 AEUV genannten Bereiche im Rahmen der Regulierung neuer Technologien zum Schutz der Umwelt und Gesundheit nur selten relevant werden dürften. Beispielsweise Kennzeichnungspflichten, Genehmigungspflichten oder

⁸⁸ Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 192 AEUV, S. 28.

Technologieverbote sind bei einer typisierten Betrachtung weder steuerliche Maßnahmen⁸⁹ noch Maßnahmen betreffend die Raumordnung, die Bodennutzung, die mengenmäßige Bewirtschaftung von Wasserressourcen und die Struktur der Energieversorgung. Dies gilt insbesondere deshalb, weil Art. 192 Abs. 2 AEUV wegen seines Ausnahmecharakters eng auszulegen ist.⁹⁰

Dennoch soll das hier vorgeschriebene besondere Gesetzgebungsverfahren in aller Kürze beschrieben und demokratiethoretisch bewertet werden.

Im Verfahren nach Art. 192 Abs. 2 AEUV wird das unmittelbar legitimierte EP nur angehört, weshalb es im Vergleich zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geringere demokratische Legitimation vermittelt.⁹¹ Allerdings hat jeder Regierungsvertreter im Rat durch das Einstimmigkeitserfordernis ein Veto-Recht, wodurch auch das entsprechende nationale Parlament die demokratische Kontrolle wirksamer ausüben kann – so kann der Regierungsvertreter etwa nicht anführen, überstimmt worden zu sein. Durch die im Vertrag von Lissabon weiter ausgebauten Informationsrechte der nationalen Parlamente⁹², die neben der Übermittlung von Gesetzgebungsvorschlägen auch die Tagesordnungen und Protokolle der Ratssitzungen umfassen, verfügen die Parlamente auch über die notwendigen Informationen, um die Kontrolle der Regierungsvertreter faktisch auszuüben.⁹³ Dies schließt die wichtigste Lücke in der Kette der abgeleiteten Legitimation des jeweiligen Ratsvertreters. Bei Grundsatzentscheidungen über eine Technologie mit ungewissen Risiken und Verteilungskonflikten dürfte die Kontrolle durch die nationalen Parlamente aufgrund des allgemeinen Interesses, welches in der europäischen Öffentlichkeit für solche Themen (z.B. Gentechnik oder Glyphosat) herrscht, auch vergleichsweise wirksam sein. Zumindest der in der EU fundamentale zweite Legitimationsstrang über

⁸⁹ So fällt z.B. das europäische Emissionshandelssystem, welches Umweltrisiken durch CO₂-Ausstoß beschränken soll, nicht unter den Begriff der steuerlichen Maßnahme, vgl. *ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 192 AEUV, Rn. 29

⁹⁰ H.M. statt vieler *ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 192 AEUV, S. 28; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 192 AEUV, S. 68 jeweils m.w.N.; a.A. *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 192 AEUV, S. 18.

⁹¹ *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 289 AEUV, S. 51; so auch implizit, da einen höheren Rang von Gesetzgebungsakten kraft höherer Legitimation bzgl. des besonderen Gesetzgebungsverfahrens in Frage stellend, *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 289 AEUV, S. 5.

⁹² Allgemein zu gestärkten Rechten der nationalen Parlamente und der legitimationssteigernden Wirkung *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 12 EUV, Rn. 67 ff.

⁹³ In Deutschland ist die Unterrichtungspflicht in EU-Angelegenheiten freilich auch verfassungsrechtlich in Art. 23 Abs. 2 S. 2 GG verankert, vgl. dazu *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 12 EUV, Rn. 32.

die nationalen Parlamente ist damit in besonderem Maße gegeben.⁹⁴ Eine fundamentale Umstrukturierung des dualen Legitimationskonzepts der EU soll in dieser Arbeit nicht unternommen werden, sodass die Legitimation über den Rat zumindest bei Einstimmigkeitserfordernis auch in Fällen wissenschaftlicher Ungewissheit als ausreichend anzusehen ist.

bb) Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsetzung

Der Erlass von Sekundärrecht im Wege des Gesetzgebungsverfahrens ist allerdings nicht die einzige Möglichkeit, abstrakt-generelle Risikoregulierung zu erlassen. Vielmehr sieht das Primärrecht zum einen delegierte Rechtsetzung in Art. 290 AEUV und zum anderen Durchführungsgesetzgebung in Art. 291 AEUV vor. Demnach kann ein sekundärrechtlicher Gesetzgebungsakt⁹⁵ vorsehen, dass die genaue Ausgestaltung bzw. Durchführung übertragen wird. Delegatar, also Empfänger der Befugnisse, ist dabei in aller Regel die Kommission, im Einzelfall auch der Rat.⁹⁶ Von diesen Möglichkeiten wird intensiv Gebrauch gemacht – beispielsweise wurden unter der ersten Barroso-Kommission 454 Rechtsakte durch den Gesetzgeber verabschiedet, während in der gleichen Zeit mehr als 14.000 nichtlegislative Rechtsakte auf Grundlage von übertragenen Befugnissen angenommen wurden.⁹⁷

Da für delegierte Rechtsakte gem. Art. 290 AEUV und Durchführungsrechtsetzung gem. Art. 291 AEUV unterschiedliche Voraussetzungen, Anwendungsbereiche⁹⁸ und – mit Blick auf die demokratische Absicherung der Entscheidungen – Kontrollmechanismen greifen, sind diese getrennt zu besprechen und voneinander abzugrenzen.

i) Delegierte Rechtsakte

In Art. 290 AEUV ist die Möglichkeit vorgesehen, in sekundärrechtlichen Gesetzgebungsakten die Änderung und Ergänzung nicht wesentlicher Vorschriften dieser Gesetzgebungsakte an die

⁹⁴ Ausführlich zur Kontrolle europäischer Angelegenheiten durch Bundestag und Länderparlamente *Eberbach-Born/Kropp/Stuchlik u. a.* (Hrsg.), *Parlamentarische Kontrolle und Europäische Union*, 2013; ausführlich zur politischen Verantwortlichkeit des Rates *Steeg*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 117 ff.

⁹⁵ In Art. 291 AEUV ist allgemein von einem „Rechtsakt“ die Rede, der Gesetzgebungsakte umfasst, aber breiter auch sonstige Rechtsakte umfasst, während in Art. 290 AEUV nur Gesetzgebungsakte genannt sind.

⁹⁶ Delegatar der delegierten Rechtsetzung ist gem. Art. 290 AEUV immer die Kommission, mit Durchführungsgesetzgebung kann in entsprechend begründeten Sonderfällen auch der Rat betraut werden, vgl. Art. 291 Abs. 2 AEUV.

⁹⁷ *Keading/Hardcare*, *European Law Journal* 2013, 382.

⁹⁸ Laut EuGH überschneiden sich die Anwendungsbereiche nicht, vgl. EuGH, *Kommission/Parlament und Rat (Biocides)*, Rs. C-427/12, ECLI:EU:C:2014:170; s. auch *Ponzano*, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), *Rulemaking by the European Commission*, 2016, S. 37, S. 49.

Kommission zu delegieren, vgl. Abs. 1 UAbs. 1. Im Gesetzgebungsakt müssen Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisse der Kommission ausdrücklich festgelegt werden, vgl. Abs. 1 UAbs. 2. Daneben kann im Gesetzgebungsakt entweder die Widerrufsmöglichkeit der Delegation oder ein Veto-Vorbehalt des Parlaments bzw. des Rates hinsichtlich delegierter Rechtsetzung vorgesehen werden, vgl. Abs. 2.

Die grundsätzliche Möglichkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen trägt der Erkenntnis Rechnung, dass die Menge der notwendigen Rechtsetzung nicht eine Institution alleine leisten kann, sondern im Wege der funktionalen Spezialisierung zu erreichen ist.⁹⁹ Zu Beginn der Geschichte der Europäischen Einigung betraf dies das Verhältnis des Rates zur Kommission¹⁰⁰, mittlerweile das Verhältnis des Unionsgesetzgebers (Parlament und Rat) zur Kommission.¹⁰¹ Der Notwendigkeit funktionaler Spezialisierung, die in gewisser Weise den technokratischen Belangen der Effizienz und Sachkunde Rechnung trägt, wurde vor dem Vertrag von Lissabon bereits faktisch durch die Delegation gesetzgeberischer Befugnisse (zunächst des Rates) an die Kommission und ein damit einhergehendes kompliziertes Komitologie-Kontrollverfahren Rechnung getragen.¹⁰² Dieses Verfahren wurde aber vielfach als intransparent und undemokratisch, quasi als Inbegriff der europäischen Bürokratie, kritisiert.¹⁰³ Ziele der neuen Regelungen zur Rechtsetzung der Kommission im gescheiterten Verfassungsvertrag und im Vertrag von Lissabon waren dementsprechend u.a. die bessere Hierarchisierung und Systematisierung der Rechtsnormen der EU und – für diese Untersuchung besonders relevant – eine Verbesserung der demokratischen Legitimität des Entscheidungssystems.¹⁰⁴

⁹⁹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 1.

¹⁰⁰ *Schmidt*, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 5.

¹⁰¹ *Ders.*, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 3.

¹⁰² Zur Entwicklung ausführlich *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 102 ff.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 4 ff.; *Schmidt*, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 5 ff.

¹⁰³ *Pilniok/Westermann*, Verwaltungsarchiv 2012, 380; *Schlacke*, JöR 2013, 295; *Schmidt*, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 1; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 7; eine ausführliche Beschreibung des früheren Diskurses unter Bezugnahme auf die kritischen Auffassungen von *Wessels*, *Harlow*, *Dehousse*, *Weiler* sowie die weniger kritische Auffassung auf Basis des deliberativen Supranationalismus von *Joerges* und *Neyer* findet sich bei *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 114 ff. Diese Diskussion ist hier wegen der neuen Rechtslage nicht zu vertiefen.

¹⁰⁴ Die Konventsarbeitsgruppe IX „Vereinfachung“, auf deren Vorarbeiten auch die Regelungen im Vertrag von Lissabon zurückgehen, hat in ihrem Schlussbericht die demokratietheoretische Seite der Gewaltenteilung hervorgehoben, Schlussbericht, S. 2, 8; vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 1; s. auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 11 ff., der allerdings in Rn. 14 die Frage aufwirft, ob gubernative Rechtsetzung im System der EU notwendig geringer demokratisch legitimiert ist: Diese Ansicht sei herrschend, aber sehr parlamentszentrisch und nicht zwingend.

Vor diesem Hintergrund betrifft nunmehr Art. 290 AEUV die Delegation legislativer Kompetenzen an die Kommission und steht damit im Gegensatz zu Art. 291 AEUV, der die Wahrnehmung exekutiver Kompetenzen betrifft (dazu sogleich ii)), wobei beide Formen der Kommissionsrechtsetzung hierarchisch unter den Gesetzgebungsakten stehen, was sich darin zeigt, dass die Befugnis der Kommission erst durch Gesetzgebungsakt verliehen werden muss.¹⁰⁵ Da die legislative Kompetenz – in Bereichen, in denen die EU die Verbandskompetenz innehat – grundsätzlich Parlament und Rat obliegt, sind diese konsequenterweise allein zur Ermächtigung der Kommission befugt (vgl. den Wortlaut „in Gesetzgebungsakten“) und üben auch die Kontrolle durch Widerruf oder Veto-Vorbehalt aus.¹⁰⁶ Hierin zeigt sich, dass der wesentliche Gedanke der Demokratisierung der delegierten Rechtsetzung der Kommission im Vertrag von Lissabon auf der demokratietheoretischen Bedeutung der Gewaltenteilung und einer parlamentszentrierten Legitimationskette aufbaut.¹⁰⁷ Die Vorgaben, die an den Gesetzgeber hinsichtlich Inhalt und Ausmaß der Delegation gestellt werden, sind für die demokratische Ex-ante-Legitimation der Kommissionsentscheidungen und damit für den vorliegenden Abschnitt von zentraler Bedeutung. Während das durch den Vertrag von Lissabon erneuerte Investitur-Verfahren der Kommission eine höhere personelle Legitimation verschafft, sind die Vorgaben des Art. 290 AEUV grundsätzlich geeignet, die materiell-inhaltliche Ex-ante-Legitimation sicherzustellen. Insofern gilt es zunächst, das Ausmaß der insoweit vermittelten Legitimation genauer zu beleuchten. Die Ex-post-Kontrolle durch Parlament und Rat, die Inbegriff der Gewaltenteilung¹⁰⁸ ist, sowie sonstige in der EU diesbezüglich beschrittene Wege demokratischer Legitimierung – etwa durch Öffentlichkeitskontrolle – werden erst sogleich unter II. betrachtet.

Zwei Vorgaben des Art. 290 AEUV zur Ermächtigung sind für die Ex-ante-Sicherstellung eines gewissen Legitimationsniveaus relevant: zum einen die Beschränkung der Delegationsmöglichkeit auf die Änderung oder Ergänzung nicht wesentlicher Vorschriften (dazu sogleich (1)), zum anderen die Verpflichtung des Unionsgesetzgebers, Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisse der Kommission ausdrücklich festzulegen (dazu sogleich (2)).

¹⁰⁵ Vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 1.

¹⁰⁶ Demgegenüber spielt die Kontrolle durch Parlament und Rat bei der Durchführungsrechtsetzung, da es sich um eine exekutive Kompetenz handelt, nur eine untergeordnete Rolle (s. sogleich ii).

¹⁰⁷ S. bereits oben Schlussbericht, S. 2, 8; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 14.

¹⁰⁸ Überwiegend wird davon ausgegangen, dass mit dem neuen Art. 290 AEUV des Vertrags von Lissabon ein Schritt vom „institutionellen Gleichgewicht“ zur aus dem nationalstaatlichen Kontext bekannten „Gewaltenteilung“ vollzogen wurde, vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 13; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 1. Der Begriff der Gewaltenteilung wird aus diesem Grund genutzt, ohne damit aussagen zu wollen, dass die europäische Gewaltenteilung staatsgleiche Qualität hat.

(1) Wesentliche Vorschriften

Dass die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Kommission auf die Regelung nicht wesentlicher Elemente beschränkt ist, spiegelt in gewisser Weise die im Theorieteil aufgestellte Forderung wider, dass bestimmte Entscheidungen von einem besonders demokratisch legitimierten Organ zu treffen sind.

Es stellt sich insofern für die vorliegende Untersuchung die Frage, ob der Begriff der Wesentlichkeit in seiner derzeitigen Auslegung durch die Unionsorgane, insbesondere durch den EuGH, auch Entscheidungen unter großer wissenschaftlicher Ungewissheit/großer Kontroverse sowie Entscheidungen über Verteilungskonflikte (mit schweren/irreversiblen Schäden für gewichtige Rechtsgüter) im Bereich der Regulierung technologischer Risiken umfasst.

Bislang weist der Wesentlichkeitsbegriff keine klaren Konturen auf.¹⁰⁹ Vor dem Vertrag von Lissabon stellte der EuGH bereits bestimmte Kriterien auf. So wurden Regelungen als wesentlich angesehen, durch die die grundsätzlichen Ausrichtungen der Gemeinschaftspolitik umgesetzt werden.¹¹⁰ Ebenso sah der EuGH Maßnahmen als wesentlich und damit von der Delegationsmöglichkeit ausgeschlossen an, die den Anwendungsbereich des Basisrechtsakts ändern oder erweitern.¹¹¹ Zu dieser Zeit tolerierte der EuGH die weitgehende Übertragung von Befugnissen auf die Kommission, soweit sich eine entsprechende Notwendigkeit aus der Praxis ergab.¹¹² Die Betrachtungsweise des EuGH war insofern äußerst funktional geprägt. Schutz der Grundrechte oder demokratischer Entscheidungsprärogativen spielten keine Rolle.¹¹³

Aus der jüngeren Rechtsprechung seit dem Vertrag von Lissabon lässt sich allerdings eine Tendenz des EuGH entnehmen, die Kontrolle nunmehr strenger auszuüben und dem Begriff der Wesentlichkeit genauere Konturen zu verleihen.¹¹⁴ So erklärte er im Urteil zum Schengener Grenzkodex eine Befugnisübertragung erstmals für nichtig. Wesentlich seien Aspekte, die politische Entscheidungen erforderten, die in die eigene Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers fielen.¹¹⁵ Die Bestimmung der wesentlichen Aspekte einer Materie müsse sich nach objektiven

¹⁰⁹ Schmidt, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 26.

¹¹⁰ Noch zur alten Rechtslage EuGH, *Deutschland/Kommission*, Rs. C-240/90, Slg. 1992, I-5383, Rn. 37; EuGH, *Molkereigenossenschaft*, Rs. C-356/97, Slg. 2000, I-5461, Rn. 21.

¹¹¹ Ebenfalls zur alten Rechtslage EuGH, *Parlament/Kommission*, Rs. C-403/05, Slg. 2007, I-9045, Rn. 64.

¹¹² Ebenfalls zur alten Rechtslage EuGH, *Vreugdenhil*, Rs. 22/88, Slg. 1989, 2049, Rn. 16.

¹¹³ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 38.

¹¹⁴ Schmidt, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 28.

¹¹⁵ EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 65, wobei dieses Urteil aufgrund der Übergangsregelungen noch auf das Wesentlichkeitserfordernis aus dem zweiten Komitologiebeschluss (ABl. 2006, L 200/11) bezogen ist.

Gesichtspunkten richten, die Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle sein könnten und verlangen, die Merkmale und die Besonderheiten des betreffenden Sachgebiets zu berücksichtigen.¹¹⁶ In der Begründung nahm der EuGH zudem nicht nur auf die politische Natur der Entscheidung, sondern auch auf deren Grundrechtsrelevanz Bezug.¹¹⁷ Beide Konturierungsansätze griff er auch in einer späteren Entscheidung wieder auf¹¹⁸, sodass die Entwicklung einer ständigen Rechtsprechung realistisch scheint.¹¹⁹ Es zeigt sich insoweit mittlerweile eine teilweise Nähe zur Wesentlichkeitstheorie des BVerfG.

Aus der hier vertretenen Perspektive wünschenswert wäre in der weiteren Entwicklung die Bezugnahme auf Entscheidungen unter großer wissenschaftlicher Ungewissheit und über Verteilungskonflikte, die als politische Wertentscheidungen und damit als „wesentlich“ eingestuft werden sollten. Der Aspekt der schweren, irreparablen Schäden für gewichtige Rechtsgüter ist in der jüngeren Bezugnahme des EuGH auf die Grundrechtsrelevanz zumindest angelegt (näher dazu in Teil 3).

(2) Festlegung von Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisse

Die Verpflichtung zur Festlegung von Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisse bestand schon vor dem Vertrag von Lissabon auf Basis der Rechtsprechung des EuGH.¹²⁰ Durch den Ausschluss von Blanko-Ermächtigungen soll die Kommission an gesetzgeberische Entscheidungen gebunden werden und insofern ebenfalls *ex ante* die demokratische Legitimation ihrer Entscheidungen abgesichert werden.¹²¹ Die Stoßrichtung ist insoweit mit dem Wesentlichkeitskriterium vergleichbar¹²², allerdings betrifft dieses bestimmte inhaltliche Bereiche, während die Festlegung von Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisse nicht Inhalt, sondern Ausmaß der gesetzgeberischen Vorgaben betrifft – mit anderen Worten die Regelungsdichte.¹²³ Ziele beschreiben den Zweck in der Zweck-Mittel-Relation, während Inhalte

¹¹⁶ EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 67 f.

¹¹⁷ EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 77.

¹¹⁸ EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-363/14, ECLI:EU:C:2015:579, Rn. 46 ff., wobei ein Verstoß gegen das Wesentlichkeitserfordernis im konkreten Fall abgelehnt wird.

¹¹⁹ *Nettesheim* warnte – allerdings noch vor dem Urteil zum Schengener Grenzkodex – davor, eine Änderung der Rechtsprechung des EuGH aufgrund der funktionalen Neustrukturierung durch den Vertrag von Lissabon zu vermuten; eine „ideelle Überhöhung des Basisrechtsakts“ stoße schon demokratietheoretisch auf Zweifel, jedenfalls sei eine Umorientierung des EuGH auf dieser Grundlage nicht zwingend, s. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 40.

¹²⁰ Vgl. EuGH, *Alliance for Natural Health u.a.*, verb. Rs. C-154/04 u. C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Rn. 90.

¹²¹ *Möllers/Achenbach*, EuR 2011, 52; *Schmidt*, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 29.

¹²² Vgl. *Möllers/Achenbach*, EuR 2011, S. 52.

¹²³ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 43.

die möglichen Mittel definieren.¹²⁴ Der Geltungsbereich umschreibt den betroffenen Sachbereich¹²⁵, die Dauer den zeitlichen Horizont der Befugnisübertragung¹²⁶. Letzteres bedeutet nach Auffassung der Kommission¹²⁷, die von der h.M. der Literatur geteilt wird, allerdings nicht, dass stets nur befristete Befugnisübertragungen möglich sind, sondern nur, dass der Gesetzgeber angehalten wird, darüber nachzudenken, ob eine befristete oder eine zunächst unbefristete Delegation gewollt ist.¹²⁸

Die Kriterien werden in einer Zusammenschau dahingehend bewertet, ob insgesamt die Regelungsdichte ausreicht, wobei Defizite in einem Bereich durch präzise Vorgaben in einem anderen Bereich ausgeglichen werden können.¹²⁹ Über die bisherige gerichtliche Kontrollpraxis lassen sich kaum allgemeine Aussagen treffen.

An dieser Stelle muss insofern ausreichen festzustellen, dass die Kriterien an die Regelungsdichte grundsätzlich geeignet sind, ein bestimmtes Maß „inhaltlicher“ demokratischer Legitimation sicherzustellen, welches über eine rein formale personelle Legitimationskette hinausgeht. Gleichwohl wäre für den hier untersuchten Bereich der Risikoregulierung erwägenswert, unter den Begriff der Inhalte auch Methoden zu fassen, damit der Gesetzgeber beispielsweise gezwungen ist, Maßstäbe und Methoden der Risikoermittlung selbst festzulegen (näher dazu Teil 3).

ii) Durchführungsrechtsetzung

In Art. 291 Abs. 2 AEUV wird die Möglichkeit vorgesehen, dass Kommission oder Rat in Rechtsakten Durchführungsbefugnisse übertragen werden können, sofern es einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union bedarf. Diese Art der Tertiärnormsetzung ist in dieser Arbeit, die sich der Aufgabenverteilung zwischen den EU-Organen untereinander und ihrer jeweiligen demokratischen Legitimation und Expertise widmet, aus mehreren Gründen nicht vertieft zu betrachten.

Zum einen verdeutlicht bereits die Zusammenschau mit Art. 291 Abs. 1 AEUV, der die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union festschreibt, dass es in Art. 291 AEUV primär um eine Frage der vertikalen

¹²⁴ Ders., in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 48.

¹²⁵ Ders., in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 48.

¹²⁶ Schmidt, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 31.

¹²⁷ Mitteilung der Kommission – Umsetzung von Art. 290 AEUV, KOM (2009) 673 endg., S. 5.

¹²⁸ Vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 51 ff.; Schmidt, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 31; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 15.

¹²⁹ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 49.

Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten geht, während Art. 290 AEUV die hier interessierende horizontale Kompetenzverteilung zwischen Unionsgesetzgeber (Parlament und Rat) und Kommission betrifft.¹³⁰ Die Kommission wird bei der Durchführungsrechtsetzung nicht im Zuständigkeitsbereich des Unionsgesetzgebers, sondern im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten tätig.¹³¹ Dementsprechend obliegt die Kontrolle der Kommission auch den Mitgliedstaaten; Parlament und Rat legen nur die Grundsätze fest, nach denen die mitgliedstaatliche Kontrolle auszuüben ist, vgl. Abs. 3. Mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip wirft die Bestimmung daher eher Probleme auf als mit Blick auf die demokratische Legitimation der Entscheidung.¹³²

Vor allem aber ist die Kommission bei der Durchführungsrechtsetzung gerade nicht zur Änderung oder Ergänzung des Basisrechtsakts ermächtigt, sondern ein vollständiger Rechtsakt wird vorausgesetzt, den die Kommission laut EuGH lediglich zur einheitlichen Umsetzung „präzisieren“ darf.¹³³ Dementsprechend müssen die – nach der Je-desto-Formel besonders demokratisch zu legitimierenden – Grundentscheidungen zur Bewältigung wissenschaftlicher Ungewissheit und zum Umgang mit Verteilungskonflikten bei der Risikoregulierung im Zuge der Verabschiedung des zugrunde liegenden Rechtsakts bereits getroffen sein.¹³⁴ Zur Schaffung „einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union“ werden typischerweise nur Fragen der Verwaltungsorganisation, des Verfahrens und des Verwaltungsschutzes geregelt.¹³⁵ Es geht mithin um die Delegation exekutiver bzw. administrativer Befugnisse¹³⁶, was demokratisch weniger rechtfertigungsbedürftig ist.¹³⁷

¹³⁰ *Gaitzsch*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, 100 f.

¹³¹ *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u.a. (Hrsg.), *Europarecht*, 3. Aufl., 2015, Rn. 107; *Gaitzsch*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, S. 252.

¹³² Ähnlich GA Jääskinen, *Schlussanträge zu EuGH, UK/Parlament und Rat*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2013:562, Rn. 83; vgl. auch *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u.a. (Hrsg.), *Europarecht*, 3. Aufl., 2015, Rn. 106, 112, die aufgrund der Unterschiede zwischen Art. 290 und 291 AEUV die im Vergleich zur früheren Rechtslage zurückgefahrenen Befugnisse des EP für sachgerecht und eine stärkere Einbindung des EP für demokratisch nicht erforderlich hält; ebenso *Gaitzsch*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, 252 ff. m.w.N.; a.A. *Scharf*, für den es einen „Rückschritt bei der demokratischen Legitimation“ der Durchführungsrechtsetzung ist, dass die Kontrolle der Kommission Sache der Mitgliedstaaten ist, s. *Scharf*, *Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon*, 2010, S. 182; umfassend verschiedene, allerdings vor allem partizipative (Rechtsschutz-)Aspekte der demokratischen Legitimität des Komitologieverfahrens beleuchtend: *Kleider*, *Rechtsschutz in der Komitologie*, 2015.

¹³³ EuGH, *Kommission/Parlament und Rat (Biocides)*, Rs. C-427/12, ECLI:EU:C:2014:170, Rn. 39.

¹³⁴ Vgl. ähnlich ohne Bezug zur Risikoregulierung *Gaitzsch*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, S. 252.

¹³⁵ *Ders.*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, S. 99.

¹³⁶ *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u.a. (Hrsg.), *Europarecht*, 3. Aufl., 2015, Rn. 106.

¹³⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 291 AEUV, Rn. 40; Schulze/Zuleeg/Kadel

Die Durchsetzung von bereits Entschiedenem ist auf Basis der Gewaltenteilung gerade Aufgabe der Exekutive und benötigt auch daher nicht die Legitimationskraft der Legislative.¹³⁸

Solange die Grenze der „Präzisierung“ entsprechend der oben genannten Je-desto-Formel ausgelegt wird (dazu sogleich iii)), ist den in dieser Arbeit aufgestellten Legitimationsanforderungen insofern Genüge getan, auch wenn die Durchführungsrechtsetzung insgesamt über ein niedriges Legitimationsniveau verfügt. Das geringe Legitimationsniveau ergibt sich daraus, dass Parlament und Rat keine der delegierten Rechtsetzung vergleichbaren (Ex-ante- und Ex-post-) Kontrollmechanismen innehaben, sondern diese im Wesentlichen über die Mitgliedstaaten erfolgt (vgl. Art. 291 Abs. 3 AEUV i.V.m. der „Komitologie-VO“¹³⁹). Diese wird über die Komitologie-Ausschüsse ausgeübt. Die Komitologie-Ausschüsse verfügen vermittelt über die nationale Ebene über eine ähnliche oder geringere demokratische Legitimation wie die Kommission selbst, sodass die mitgliedstaatliche Kontrolle jedenfalls das Legitimationsniveau nicht nennenswert anzuheben vermag – wenngleich die Kontrolle aus Gründen des Subsidiaritätsprinzips wünschenswert sein mag.

iii) Problem der Abgrenzung von Art. 290 und 291 AEUV

Problematisch ist zudem, dass die Grenze zwischen einer Änderung oder Ergänzung des Basisrechtsakts nach Art. 290 AEUV und der Präzisierung zur einheitlichen Durchsetzung nach Art. 291 AEUV nicht immer eindeutig zu ziehen ist.¹⁴⁰ Gleichwohl ist diese Differenzierung aus demokratischer Perspektive von höchster Relevanz, da sie einerseits darüber entscheidet, ob es sich um einen legislativen Akt handelt, der entsprechende demokratische und parlamentarische Legitimation benötigt, oder nicht, und andererseits darüber entscheidet, ob Parlament und Rat weitgehende Kontrollrechte innehaben (Art. 290 AEUV) oder die Kontrolle der Kommission den Mitgliedstaaten obliegt (Art. 291 AEUV).¹⁴¹

Wie Art. 290 und 291 AEUV abgegrenzt werden, ist daher im Folgenden genauer zu beleuchten. Dem Unionsgesetzgeber räumte der EuGH jüngst in der Rs. C-427/12 insoweit ein

¹³⁸ Gaitzsch, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union, 2015, 252 f.; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 291 AEUV, Rn. 40.

¹³⁹ Verordnung (EU) Nr. 182/2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55 vom 16. Februar 2011, S. 13 f.

¹⁴⁰ Ausführlich hierzu Craig, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 133 ff.; ders., in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission, 2016, S. 173, 177 ff.; Ponzano, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission, 2016, S. 37, 47 ff.

¹⁴¹ Zu den insoweit vorprogrammierten interinstitutionellen Konflikten Schmidt, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 15.

Ermessen ein und überprüfte die Wahl zwischen Art. 290 und 291 AEUV nur auf offensichtliche Beurteilungsfehler.¹⁴² Dies ist insoweit demokratisch unproblematisch, als dass der Unionsgesetzgeber aus Parlament und Rat besteht, die, wenn sie sich (nicht offensichtlich fehlerhaft) auf Art. 291 AEUV statt auf Art. 290 AEUV stützen, nur ihre eigenen Kontrollbefugnisse beschneiden, was gewissermaßen dadurch wettgemacht wird, dass sie sich für diese geringere Kontrolle im Basisrechtsakt bewusst entscheiden.¹⁴³

Aus demokratischer Perspektive problematischer ist der Fall, in dem die Kommission lediglich zur Durchsetzungsrechtsetzung ermächtigt wurde, aber tatsächlich Änderungen oder Ergänzungen des Basisrechtsakts vornimmt oder sogar wesentliche Aspekte der Materie regelt. In diesem Fall haben Parlament und Rat lediglich die Möglichkeit einer Ultra-vires-Rüge nach Art. 11 der Komitologieverordnung¹⁴⁴ sowie die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 2 AEUV vor dem EuGH gegen die von der Kommission erlassenen (Tertiär-)Rechtsakte.¹⁴⁵ Während die Ultra-vires-Rüge nur möglich ist, wenn der Basisrechtsakt ein Gesetzgebungsakt i.S.d. Art. 289 AEUV ist, vgl. Art. 11 Komitologieverordnung, dürfte die Nichtigkeitsklage auch z.B. gegen einen Durchführungsrechtsakt möglich sein, zu dem sich die Kommission selbst in einem delegierten Rechtsakt ermächtigt hat.¹⁴⁶ Denn auch in diesem Fall kann die Kommission im Durchführungsrechtsakt die Grenze der „Präzisierung“ überschritten haben und damit die „Verträge“ oder bei der „Durchführung anzuwendende Rechtsnormen“ verletzt haben, was Parlament oder Rat gem. Art. 263 Abs. 2 AEUV angreifen können.

¹⁴² EuGH, *Kommission/Parlament und Rat (Biocides)*, Rs. C-427/12, ECLI:EU:C:2014:170, Rn. 40; kritisch *Ritleng*, *Common Market Law Review* 52 (2015), 252 ff.; die Rechtsprechung bestätigend EuGH, *Kommission/Parlament und Rat*, Rs. C-88/14, ECLI:EU:C:2015:499, Rn. 28 ff. Der EuGH präzisiert in diesem Urteil die Konturen zwischen Art. 290 und 291 AEUV und führt aus, dass es entgegen der Einschätzung der Kommission nicht darauf ankomme, ob ihr ein Ermessen übertragen werde, sondern ob die Befugnis zur Änderung des Basisrechtsakts übertragen werde, s. Rn. 32.

¹⁴³ Der Ermessenspielraum kann sich insofern allerdings zulasten der Mitgliedstaaten auswirken.

¹⁴⁴ Verordnung (EU) Nr. 182/2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55 vom 16. Februar 2011, S. 13 f.

¹⁴⁵ *Kleider*, *Rechtsschutz in der Komitologie*, 2015, 341 ff. benennt diese Möglichkeit zwar nicht, was aber daran liegen mag, dass sie sich nur auf die Justiziabilität des Art. 11 Komitologie-VO bezieht; *GA Cruz Villalón* sieht insoweit jedenfalls keine Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der vom Parlament eingelegten Nichtigkeitsklage gegen einen tertiärrechtlichen Beschluss der Kommission, vgl. *GA Cruz Villalón*, *Schlussanträge zu EuGH, Parlament/Rat*, Rs. C-65/13, ECLI:EU:C:2014:2071, Rn. 25 ff.

¹⁴⁶ Im Gegensatz zu Art. 290 AEUV muss der Basisrechtsakt nämlich kein Gesetzgebungsakt, sondern nur ein Rechtsakt sein, unter den grds. auch delegierte Rechtsetzung fällt. Eine solche Konstellation ist bislang allerdings soweit ersichtlich noch nicht Gegenstand eines Verfahrens vor dem EuGH; allgemein zur Problematik dieser „institutionellen Chimäre“ *Bradley*, in: *Bergström/Ritleng (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission*, 2016, S. 55, 63.

Ob der EuGH der Kommission hinsichtlich der Auslegung des Art. 291 AEUV und der Frage, wann noch lediglich eine „Präzisierung“ gegeben ist, ebenfalls einen Ermessensspielraum einräumt – was mit Blick auf die daraus folgende eingeschränkte demokratisch-rechtsstaatliche Kontrollmöglichkeit des Parlaments problematisch wäre –, ist vom EuGH bislang jedenfalls nicht explizit und eindeutig beantwortet. In einer frühen Entscheidung hat der EuGH die Durchführungsbefugnisse der Kommission weit ausgelegt, indem er die Grenzen der Befugnisse „mehr nach den allgemeinen Hauptzielen der Marktorganisation, als nach dem Buchstaben der Ermächtigung“ beurteilte.¹⁴⁷ Das spricht allerdings nicht zwingend dafür, dass er der Kommission auch selbst einen Spielraum einräumen wollte, über die Auslegung und „Präzisierung“ ihrer (weiten) Befugnisse nach eigenem Ermessen zu entscheiden, sondern nur dafür, dass der EuGH selbst die Befugnisse weit interpretiert und dem Rat eine weite Befugnisübertragung gestattet. In der Rs. C-65/13 ging GA Cruz Villalón weder ausdrücklich von einem Ermessensspielraum der Kommission aus noch hielt er die Aussagen des EuGH aus der Rs. C-427/12 für allgemein übertragbar.¹⁴⁸ Vielmehr konkretisierte er die Grenze der „Präzisierung“ und hielt sie für dann überschritten, wenn die Kommission einer Behörde in ihrem Tertiärrechtsakt ein politisches Ermessen einräumt.¹⁴⁹ Der EuGH nimmt im Urteil zu dem Verfahren ebenfalls nicht explizit einen Ermessensspielraum der Kommission hinsichtlich der Frage, was unter eine Präzisierung fällt, an. Dass er ebenfalls genauer konkretisiert, was unter einer Präzisierung zu verstehen ist, spricht dagegen, dass er der Kommission insoweit einen Ermessensspielraum zugestehen möchte. Gleichwohl konkretisiert er die Möglichkeiten der Kommission hinsichtlich Art. 291 AEUV anders als der Generalanwalt und auch anders als das klagende EP: Die Kommission präzisiere einen Gesetzgebungsakt dann, wenn die Bestimmungen des Durchführungsrechtsakts, den sie erlasse, zum einen die mit dem Gesetzgebungsakt verfolgten wesentlichen allgemeinen Ziele beachteten und zum anderen für die Durchführung des Gesetzgebungsakts erforderlich oder zweckmäßig seien und ihn nicht ergänzten oder änderten, auch nicht in seinen nicht wesentlichen Teilen.¹⁵⁰

¹⁴⁷ EuGH, *Rey Soda*, Rs. 23/75, Slg. 1975, 1279, 1302, Rn. 10/14.

¹⁴⁸ Vgl. GA Cruz Villalón, *Schlussanträge zu EuGH, Parlament/Rat*, Rs. C-65/13, ECLI:EU:C:2014:2071, Rn. 38 ff.

¹⁴⁹ Vgl. GA Cruz Villalón, *Schlussanträge zu EuGH, Parlament/Rat*, Rs. C-65/13, ECLI:EU:C:2014:2071, Rn. 69 ff.

¹⁵⁰ EuGH, *Parlament/Kommission*, Rs. C-65/13, ECLI:EU:C:2014:2289, Rn. 46.

Wenngleich auf unterschiedliche Weise und mit im Einzelnen divergierenden Ergebnissen¹⁵¹ stellen doch sowohl die Formulierung des EuGH als auch die des GA sicher, dass die Kommission im Rahmen der Durchführungsgesetzgebung keine grundlegenden politischen Wert- und Ermessensentscheidungen trifft. GA *Cruz Villalón* stellt dieses Verbot relativ explizit und vergleichsweise streng auf, aber auf Grundlage der vom EuGH postulierten Kombination der Bindung an die Ziele, dem Änderungs- und Ergänzungsverbot sowie dem Gebot, nur das zu tun, was für diese Ziele erforderlich ist, bleibt der Kommission ebenfalls grundsätzlich kein Raum, politische Wertentscheidungen selbst zu treffen oder an nachgeordnete Stellen zu delegieren.

Eine Ausnahme, die für die vorliegende Arbeit von zentraler Bedeutung ist, wird vom EuGH jüngst im Fall *Pesce* benannt, in dem es ebenfalls um die Rechtmäßigkeit von Durchführungsrechtsakten der Kommission geht und in dem der EuGH auch auf die Formulierung der Rs. C-65/13 Bezug nimmt.¹⁵² In den Rechtsakten verlangte die Kommission zum Schutz gegen die Ausbreitung eines Bakteriums auf Grundlage der RL über Maßnahmen zum Schutz der Gemeinschaft gegen die Einschleppung und Ausbreitung von Schadorganismen der Pflanzen und Pflanzenerzeugnisse¹⁵³ unter bestimmten Umständen die Vernichtung auch gesunder Olivenbäume im Umkreis befallener Olivenbäume. Da die Maßnahme unter das Vorsorgeprinzip falle, räumte der EuGH der Kommission insoweit ein weites Ermessen ein. Dieser Bereich impliziere nämlich insbesondere politische Entscheidungen und komplexe technische Beurteilungen seitens der Kommission. Eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme sei nur dann rechtswidrig, wenn sie offensichtlich ungeeignet sei.¹⁵⁴ Zwar handelt es sich bei der Entscheidung über die Vernichtung von Olivenbäumen auf Basis einer Richtlinie zum Schutz vor Pflanzenseuchen wohl um eine relativ klassische exekutive Maßnahme, sodass man das der Kommission insoweit eingeräumte Ermessen als klassisches Verwaltungsermessen qualifizieren könnte, was mit Blick auf das hier untersuchte Problem der Abgrenzung von delegierter Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung irrelevant sein könnte. Gleichwohl wird der Kommission eben nicht nur „technisches“, sondern auch „politisches“ Entscheidungsermessen eingeräumt. Zudem müssen die bezeichneten „komplexen technischen Beurteilungen“ bei großer wissen-

¹⁵¹ So geht der GA von der Rechtswidrigkeit der Bestimmung aus, in der EURES zur „Entwicklung eines allgemeinen Mobilitätskonzepts“ ermächtigt wird, während der EuGH diese Ermächtigung im Zusammenspiel mit den Zielen des Basisrechtsakts restriktiv auslegt, EuGH, *Parlament/Kommission*, Rs. C-65/13, ECLI:EU:C:2014:2289, Rn. 78.

¹⁵² EuGH, *Pesce*, verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, Rn. 46.

¹⁵³ RL 2000/29/EG, ABl. 2000, L 169/1 vom 8. Mai 2000.

¹⁵⁴ EuGH, *Pesce*, verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, Rn. 49 m. Verweis auf EuGH, *Gowan Comércio*, Rs. C-77/09, Slg. 2010, I-13533, Rn. 82.

schaftlicher Ungewissheit nach der hier vertretenen Formel nicht zuletzt wegen der hiermit verbundenen Schäden und negativen Verteilungseffekte (für die betroffenen Landwirte) demokratisch legitimiert oder kontrolliert werden. Hinsichtlich der Kontrolle der Kommission durch das Parlament entsteht aber durch die Gewährung eines Ermessensspielraums ein „Schlupfloch“ in den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen, die in ihrer Zusammenschau sicherstellen, dass die Kommission bei der Durchführungsrechtsetzung keine politischen Wertentscheidungen selbst trifft und die Kontrolle des EP aushebelt. Denn es ist der Fall denkbar, dass die Kommission in ihrer Ermessensentscheidung, ob eine Durchführungsrechtsetzung geeignet und erforderlich ist, über den vom Grund-Rechtsakt gesteckten Rahmen hinausgeht, sodass es sich *de facto* um delegierte Rechtsetzung (oder sogar wesentliche Aspekte der Materie, die sekundärrechtlich zu regeln wären) handelt, wozu sie aber nicht ermächtigt ist. Solange es sich gleichwohl nicht um einen (offensichtlichen) Ermessensfehler handelt, kann das Parlament sich überhaupt nicht (gerichtlich) gegen diese Überschreitung der Kommission wehren, was eine gewisse Lücke in die Legitimationskette und Kontrollmöglichkeiten reißen kann.

Die Gewährung eines politischen Entscheidungsspielraums für Durchführungsrechtsakte stellt im soeben beschriebenen institutionellen Gefüge einen Fremdkörper dar. Denn Art. 291 AEUV bewegt sich insgesamt im Bereich des exekutiven Handelns, der der Durchführung von politisch bereits Entschiedenem dient, die politische Entscheidung ist dagegen (zumindest im abstrakt-generellen Bereich) Sache der Legislative. Durch die Einräumung eines politischen Entscheidungsspielraums im Rahmen des Art. 291 AEUV wird zudem das vertikale institutionelle Gefüge durcheinandergbracht, da die Mitgliedstaaten zur maßgeblichen Kontrollinstanz bezüglich politischer Entscheidungen werden, die an sich gem. Art. 169 oder 192 AEUV Parlament und Rat als Unionsgesetzgeber obliegen.

Vor diesem institutionellen Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn der EuGH hinsichtlich der Einschätzungsspielräume aus dem Vorsorgeprinzip zwischen Unionsgesetzgeber und Kommission differenzieren würde und Vorsorgeprinzip und das Verbot, wesentliche Entscheidungen der Tertiärrechtsetzung der Kommission zu überlassen, in Einklang bringen würde. Da Durchführungsverordnungen im Einzelfall gerade im Bereich der Zulassung von Chemikalien, Pflanzenschutzmitteln oder Arzneimitteln von großer Ungewissheit geprägt sein können und mitunter auch hochpolitische Verteilungskonflikte betreffen, beispielsweise wenn Grenzwerte o.Ä. festgelegt werden, ist zudem zu erwägen, einen Rückverweismechanismus an den Unionsgesetzgeber für Fälle zu installieren, in denen sich im Zuge der Durchführungsrechtsetzung zeigt, dass wesentliche Aspekte betroffen sind. Jedenfalls wäre in sonstiger Weise (über mit-

gliedstaatliche Parlamente oder Bürgerbeteiligung) sicherzustellen, dass Durchführungsverordnungen, die von besonderer Ungewissheit und Verteilungskonflikten geprägt sind, besser demokratisch abgesichert werden (dazu Teil 3).

iv) Zwischenergebnis

Grundsätzlich sichern Art. 290 und 291 AEUV damit das ab, was nach der Je-desto-Formel wünschenswert ist, nämlich eine Art Stufenverhältnis zwischen Gesetzgebungsakten, delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten, in dem wesentliche kontroverse politische Fragen im besonders demokratischen Gesetzgebungsverfahren gefällt werden müssen, sonstige legislative Fragen von der Kommission unter Kontrolle des Europäischen Parlaments getroffen werden können und nur politisch bereits Entschiedenes durch die Kommission ohne Kontrolle des EP umgesetzt werden darf. Zur gänzlichen Übereinstimmung mit der Je-desto-Formel für Bereiche wissenschaftlicher Ungewissheit bedarf es freilich jeweils an den Schnittstellen zwischen den Verfahren einer Konkretisierung der Begriffe der „Wesentlichkeit“ und der „Durchführung“, wobei Ungewissheit und Verteilungskonflikte in den Blick genommen werden sollten (dazu Teil 3).

Diese Bewertung basiert freilich auf einer parlamentszentrierten Demokratietheorie, der zufolge die demokratische Legitimation rechtsetzenden Handelns umso höher ist, je größer die Parlamentsbeteiligung ist.¹⁵⁵ Dem liegt auch die Annahme zugrunde, dass spätestens mit dem Vertrag von Lissabon – gerade auch in Art. 290 AEUV – eine parlamentszentrierte Demokratisierung der EU sichtbar geworden ist.¹⁵⁶ Nach der Gegenvorstellung besitzt die gubernative Rechtsetzung kein grundsätzlich niedrigeres Legitimationsniveau, da die Gubernative ihrerseits durch den Vertrag eingesetzt wurde und personal legitimiert ist.¹⁵⁷ Diese Auffassung verfolgt die vorliegende Arbeit jedoch nicht (s.o. Kapitel 3).

¹⁵⁵ Ebenso die Bewertung von *Möllers/Achenbach*, EuR 2011, 50 ff., die allerdings neben der parlamentarischen Legitimation auch auf die Output-Legitimation der gubernativen Rechtsetzung sowie die Legitimation durch Deliberation im Komitologie-Verfahren Bezug nehmen.

¹⁵⁶ Ebenso *dies.*, EuR 2011, 50 mit Verweis auf die Rspr. des EuGH; skeptisch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 14.

¹⁵⁷ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 14. Andere rekurren für dieses Ergebnis auf die Output-Legitimation gubernativer Rechtsetzung. Output-Legitimation wird jedoch in dieser Arbeit wegen der Fokussierung auf den Bereich wissenschaftlicher Ungewissheit ausgeklammert.

cc) Agenturen in der Risikoregulierung

In jüngerer Zeit sind auf europäischer Ebene eine Vielzahl von Agenturen gegründet worden.¹⁵⁸ Sie wurden von der Kommission in einer Mitteilung aus dem Jahre 2002 in zwei Kategorien unterteilt: Regulierungsagenturen und Exekutivagenturen.¹⁵⁹ Während letztere nur punktuelle Unterstützungs- und Managementaufgaben bei der Durchführung von Programmen zur Bereitstellung finanzieller Unterstützung wahrnehmen¹⁶⁰ und insofern nicht mit abstrakt-genereller Risikoregulierung betraut sind – weshalb sie in dieser Untersuchung auch nicht weiter betrachtet werden¹⁶¹ –, legt zumindest der Begriff der „Regulierungsagentur“ die Möglichkeit der Letztentscheidung über abstrakt-genereller Regeln nahe. Die Kommission definiert den Begriff der Regulierungsagentur in ihrer Mitteilung ebenfalls offen genug:

„Der Begriff ‚europäische Regulierungsagentur‘ bezeichnet Agenturen, deren Aufgabe es ist, durch Handlungen, die zur Regulierung eines bestimmten Sektors beitragen, aktiv an der Wahrnehmung der Exekutivfunktion mitzuwirken.“¹⁶²

Mittlerweile haben Parlament, Rat und Kommission in einer rechtlich unverbindlichen Gemeinsamen Erklärung aus dem Jahr 2012 den Begriff der Regulierungsagentur durch den Begriff der dezentralen Agentur ersetzt.¹⁶³ Die Aufgaben werden gleichwohl nach wie vor so offen beschrieben, dass auch abstrakt-generelle Risikoregulierung im Sinne einer Letztentscheidungsbefugnis theoretisch umfasst sein kann:

„[Dezentrale Agenturen] tragen zur Umsetzung wichtiger Unionsstrategien bei [...]. Die Agenturen unterstützen zudem die Entscheidungsfindung, indem sie das auf Ebene der EU und der Mitgliedstaaten vorhandene Fach- und Expertenwissen bündeln [...].“¹⁶⁴

¹⁵⁸ S. statt vieler Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 13 EUV, Rn. 32.

¹⁵⁹ Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, S. 3 f.; kritisch Craig!

¹⁶⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, S. 4; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 298 AEUV, Rn. 9.

¹⁶¹ S. hierzu, insbesondere zur Verordnung (EG) Nr. 58/2003, aber z.B. Priebe, EuZW 2015, 270.

¹⁶² Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, S. 4.

¹⁶³ Gemeinsame Erklärung und Gemeinsames Konzept zu den dezentralen Agenturen vom 2012.

¹⁶⁴ Gemeinsame Erklärung und Gemeinsames Konzept zu den dezentralen Agenturen vom 2012, S. 1.

Relevant sind für den hier thematisierten Bereich der Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken neuer Technologien vor allem die Europäische Umweltagentur (EEA)¹⁶⁵, die Europäische Arzneimittelagentur (EMA)¹⁶⁶, die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA)¹⁶⁷ und die Europäische Chemikalienagentur (ECHA)¹⁶⁸, womöglich im Einzelfall auch die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (EU-OSHA)¹⁶⁹, die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (EMCDDA)¹⁷⁰ und das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC)¹⁷¹. Im Europaparlament wird zudem zurzeit die Einrichtung einer eigenen Agentur künstliche Intelligenz betreffend diskutiert¹⁷², deren Auswirkungen auf Umwelt und Gesundheit womöglich mittelbarer, aber doch gut denkbar sind.

Da die Möglichkeit der Gründung von Agenturen in den EU-Verträgen nicht explizit¹⁷³ vorgesehen ist, beziehen sie ihre Befugnisse allein aus dem jeweiligen sekundärrechtlichen Gründungsakt. Ihre Handlungen sind damit ebenso wie delegierte Rechtsetzung und Durchsetzungsrechtsetzung auf der Tertiärebene anzusiedeln.¹⁷⁴ Allerdings sind Agenturen in den Verträgen nur indirekt erwähnt und nicht mit Befugnissen ausgestattet, sodass mit Blick auf das Legitimationsniveau Agenturrechtsetzung von Tertiärrecht der Kommission zu unterscheiden ist. Das oben von *Nettesheim* genannte Argument, nach dem gubernative Rechtsetzung durch die vertragliche Einsetzung und personelle Legitimation der Gubernative der parlamentarischen Rechtsetzung legitimatorisch gleichwertig ist, verfängt bei Agenturen nämlich mangels vertraglicher Einsetzung nicht.

¹⁶⁵ VO Nr. 401/2009 über die Europäische Umweltagentur und das Europäische Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsrecht, ABl. 2009, Nr. L 126/13 vom 23.04.2009.

¹⁶⁶ VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004.

¹⁶⁷ VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002.

¹⁶⁸ VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, ABl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006.

¹⁶⁹ VO Nr. 2062/94 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, ABl. 1994, Nr. L 216/1 vom 18.07.1994.

¹⁷⁰ VO Nr. 302/93 zur Schaffung einer Europäischen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht, ABl. 1993 Nr. L 36/1 vom 08.02.1993.

¹⁷¹ VO Nr. 851/2004 zur Errichtung eines Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten, ABl. 2004, Nr. L 142/1 vom 21.04.2004.

¹⁷² Entschließung mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik vom 16. Februar 2017, S. 10.

¹⁷³ Implizite Erwähnung finden Agenturen z.B. in Art. 263 AEUV, s. zu dieser Argumentation auch EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 80.

¹⁷⁴ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 13 EUV, Rn. 31.

Die sekundärrechtlichen Gründungsverordnungen wurden auf unterschiedliche primärrechtliche Kompetenzgrundlagen gestützt. Zumeist wird die Befugnis zur Gründung einer entsprechenden Agentur aus der jeweiligen Sachregelungskompetenz abgeleitet.¹⁷⁵ So wurde die Gründung der Europäischen Umweltagentur auf den heutigen Art. 192 AEUV und die Gründung der Arzneimittelagentur auf den heutigen Art. 168 AEUV gestützt.¹⁷⁶ Daneben kann die Gründung einer Agentur auf die sog. „Lückenschließungskompetenz“ des Art. 352 AEUV gestützt werden, sofern keine spezielle Kompetenzvorschrift für den Politikbereich existiert.¹⁷⁷ In der Literatur wird insofern teilweise bezweifelt, ob die Gründung von Agenturen – insbesondere aufgrund ihrer Menge und Kompetenzfülle – überhaupt noch den Verträgen, v.a. dem Subsidiaritätsprinzip, entspricht.¹⁷⁸ Der EuGH hingegen hat bislang die jeweiligen Gründungsverordnungen im Einzelfall für primärrechtskonform gehalten¹⁷⁹ und die breitere Thematik, ob durch die Zusammenschau der vielen Agenturen die Verträge verletzt werden bzw. eine formlose Vertragsänderung vorliegt, bislang nicht thematisiert. Letzteres ist hier nicht zu vertiefen, da es sich wiederum primär um eine Frage der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten handelt. Es soll an dieser Stelle ausreichen, dass der EuGH bei vorliegender Verbandskompetenz grundsätzlich auch die Kompetenz zur Gründung einer Agentur annimmt.¹⁸⁰

Entscheidend für die vorliegende Arbeit ist vielmehr die Frage nach den Grenzen der Agenturkompetenzen, da Agenturen teilweise als „bewusst demokratieabstinent gehaltene Expertokratie“ eingestuft werden¹⁸¹, sodass sich die Frage der Aufgabenverteilung zwischen dem relativ demokratischen Unionsgesetzgeber und den Agenturen in besonderem Maße stellt. Besonders relevant ist, ob und inwieweit die genannten Agenturen zur eigenen Letztentscheidung über die abstrakt-generelle Regulierung einer Technologie und deren Risiken befugt sind bzw. ob und inwieweit der Unionsgesetzgeber Agenturen solche Befugnisse übertragen darf. Sofern eine umfangreiche Übertragung zulässig ist, bedürften die Agenturen auf Grundlage der hier vertretenen These einer besonders hohen demokratischen Legitimation für Entscheidungen unter großer Ungewissheit und über Verteilungskonflikte. Da ihre Ex-ante-Legitimation (u.a. auch mangels Ermächtigung in den Verträgen) gering einzustufen ist, wären insofern eine intensive

¹⁷⁵ S. ausführlich *Wittinger*, EuR 2008, 612 ff.

¹⁷⁶ Vgl. *dies.*, EuR 2008, 612 noch zur alten Rechtslage.

¹⁷⁷ S. Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, 8; ausführlich dazu *Wittinger*, EuR 2008, 614 ff.

¹⁷⁸ *Wittinger*, EuR 2008, 617.

¹⁷⁹ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, Rs. C-217/04, Slg. 2006, I-3771; EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, 102 ff.

¹⁸⁰ Zu dieser Rspr. auch *Vetter*, DÖV 2005, 722.

¹⁸¹ *Gärditz*, AöR 135, 260.

Ex-post-Kontrolle oder besonders deliberative bzw. partizipative Verfahren erforderlich. Sofern Agenturen jedoch nicht zur abstrakt-generellen Risikoregulierung im Sinne einer rechtsverbindlichen Letztentscheidung befugt sind, ist ihre Beteiligung aus einem demokratietheoretischen Blickwinkel als deutlich weniger problematisch einzustufen.

Zu Grenzen der Agenturbefugnisse bzw. der Delegationsmöglichkeit fehlen allgemeine Vorgaben in den Verträgen, sodass insoweit vor allem die Interpretation des EuGH und die allgemeinen Anwendungsvorgaben anderer Organe zu betrachten sind (dazu i)). Für den hier speziell relevanten Fall der Regulierung unter Ungewissheit enthält Art. 191 AEUV mit dem Vorsorgeprinzip zudem eine primärrechtliche Vorgabe, die auch für die Grenzen der Agenturbefugnisse relevant sein kann (dazu ii)). Für die bereits benannten Agenturen, die im Bereich der Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken tätig sind, sind zudem die sekundärrechtlichen Gründungsakte darauf zu untersuchen, ob und inwieweit die jeweilige Agentur abstrakt-generelle Risikoregulierungsentscheidungen treffen darf (dazu iii)). Sofern Agenturen keine abstrakt-generellen Entscheidungsbefugnisse übertragen werden dürfen, sind dennoch quasi-legislative Befugnisse der Agenturen auf ihre demokratische Relevanz zu prüfen (dazu iv)).

i) Allgemeine Grenzen der Agenturbefugnisse

Der EuGH hat bereits früh in der *Meroni*-Rechtsprechung Stellung zur Übertragung von Befugnissen auf vertragsfremde Einrichtungen genommen.¹⁸² Auf diese Rechtsprechung hat er in späteren Urteilen immer wieder Bezug genommen (dazu (1)). Es finden sich insoweit, da es bei Agenturen auch um die Tertiärebene geht, Parallelen zur Rechtsprechung bezüglich Art. 290 und 291 AEUV.

Die Kommission hat zudem in ihrer Mitteilung zu Rahmenbedingungen der Regulierungsagenturen¹⁸³ festgesetzt, welche Befugnisse Agenturen nach ihrer Auffassung ausüben können (dazu 2)). Gewisse Anhaltspunkte bietet auch die Gemeinsame Erklärung von Kommission, Parlament und Rat samt dem Gemeinsamen Konzept¹⁸⁴ (dazu (3)). Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH haben die Mitteilung der Kommission und die Gemeinsame Erklärung freilich keine von außen durchsetzbare Rechtsverbindlichkeit, sondern sind als Selbstverpflichtung einzuordnen, die allenfalls auf Basis der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu

¹⁸² EuGH, *Meroni I*, Rs. 9/56, Slg. 1958, 1, 36 ff.; EuGH, *Meroni II*, Rs. 10/56, Slg. 1958, 51, 75 ff.

¹⁸³ Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002.

¹⁸⁴ Gemeinsame Erklärung und Gemeinsames Konzept zu den dezentralen Agenturen vom 2012.

Vertrauensschutz¹⁸⁵ wegen der Selbstbindung der Verwaltung im Einzelfall Außenwirkung entfalten kann.

(1) Rechtsprechung des EuGH

(a) *Meroni-Rechtsprechung*

In den beiden *Meroni*-Urteilen aus dem Jahr 1958 hat der EuGH aus dem institutionellen Gleichgewicht Grenzen der Möglichkeiten zur Übertragung von Befugnissen auf vertragsfremde Einrichtungen (im konkreten Fall privatrechtliche Verbände, also keine Agenturen im heutigen Sinne) entwickelt. Zunächst könnten nur Befugnisse delegiert werden, die dem übertragenden Organ selbst auch zustehen; dies gelte auch für die Überprüfungsmöglichkeit durch den Gerichtshof.¹⁸⁶ Die Übertragung müsse zudem ausdrücklich geschehen.¹⁸⁷ Darüber hinaus hat er ausgeführt, dass sich eine Übertragung von Befugnissen höchst unterschiedlich auswirken kann. Sofern es sich um genau umgrenzte Ausführungsbefugnisse handele, deren Ausübung zudem einer strengen Kontrolle des delegierenden Organs im Hinblick auf die Beachtung objektiver Tatbestandsmerkmale, die von diesem Organ festgesetzt würden, unterworfen sei, sei die Delegation nicht geeignet, die Ausübung der übertragenen Befugnisse wesentlich zu beeinflussen.¹⁸⁸ „Handelt es sich dagegen um Befugnisse, die nach freiem Ermessen auszuüben sind und die einen weiten Ermessensspielraum voraussetzen“, führt die Delegation zu einer „tatsächlichen Verlagerung der Verantwortung“.¹⁸⁹ Letzteres hielt der EuGH für nicht mit dem „für den organisatorischen Aufbau der Gemeinschaft kennzeichnende[n] Gleichgewicht der Gewalten“ vereinbar.¹⁹⁰

¹⁸⁵ In der Rs. *Pfizer* führt das EuG insoweit aus: „Zwar können sich die Gemeinschaftsorgane nach ständiger Rechtsprechung bei der Ausübung ihres Ermessens durch nicht in Artikel 189 EG-Vertrag (jetzt Artikel 249 EG) vorgesehene Maßnahmen, insbesondere durch Mitteilungen, selbst binden, sofern diese Maßnahmen Regeln enthalten, denen sich die von diesen Organen zu verfolgende Politik entnehmen lässt, und nicht von Normen des Vertrages abweichen (in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 17. Dezember 1991 in der Rechtssache T-7/89, *Hercules Chemicals/Kommission*, Slg. 1991, II-1711, Randnr. 53, vom 5. November 1997 in der Rechtssache T-149/95, *Ducros/Kommission*, Slg. 1997, II-2031, Randnr. 61, und vom 30. April 1998 in der Rechtssache T-214/95, *Vlaams Gewest/Kommission*, Slg. 1998, II-717, Randnrn. 79 und 89). Unter solchen Umständen prüft der Gemeinschaftsrichter anhand des Grundsatzes der Gleichbehandlung, ob die angefochtene Maßnahme im Einklang mit der Politik steht, die sich die Organe selbst durch den Erlass und die Veröffentlichung dieser Mitteilungen vorgegeben hatten.“, EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 119 *Aus Pfizer Animal Health*, Rn. 119.

¹⁸⁶ EuGH, *Meroni I*, Rs. 9/56, Slg. 1958, 1, 40.

¹⁸⁷ EuGH, *Meroni I*, Rs. 9/56, Slg. 1958, 1, 42.

¹⁸⁸ EuGH, *Meroni I*, Rs. 9/56, Slg. 1958, 1, 43 f.

¹⁸⁹ EuGH, *Meroni I*, Rs. 9/56, Slg. 1958, 1, 43 f.

¹⁹⁰ EuGH, *Meroni I*, Rs. 9/56, Slg. 1958, 1, 44.

An dieser Stelle ist vor allem die Voraussetzung von hoher Wichtigkeit, die eine Übertragung von Befugnissen auf genau umgrenzte Ausführungsbefugnisse beschränkt, da sie für die inhaltliche Ex-ante-Legitimation der Agenturenentscheidungen relevant ist.¹⁹¹ Dem Begriff der „Ausführungsbefugnisse“ ist zu entnehmen, dass es sich um exekutive Kompetenzen handeln muss. Damit können nach der *Meroni*-Doktrin vertragsfremden Einrichtungen grundsätzlich keine Kompetenzen der europäischen Legislative übertragen werden. Aus dem Begriff ergibt sich hingegen nicht explizit, dass abstrakt-generelle Regelungen von der Delegationsmöglichkeit ausgeschlossen sind, sofern sie zur „Ausführung“ beitragen. Parallel zur oben bezüglich Art. 290 und 291 AEUV aufgezeigten Debatte stellt sich somit die Frage, wo Ausführungsbefugnisse enden und legislative Befugnisse anfangen. Im *Meroni*-Urteil geht der EuGH davon aus, dass Ausführungsbefugnisse enden, wenn freie Ermessensausübung delegiert wird.

Im Rahmen der Analyse der nachfolgenden Rechtsprechung sind demnach mehrere Fragen zu erörtern. Zum einen ist durch das *Meroni*-Urteil noch nicht die Frage beantwortet, ob die aufgestellten Kriterien der Delegation an private vertragsfremde Verbände auf Agenturdelegationen übertragbar sind.¹⁹² Des Weiteren ist zu erörtern, ob und wie der EuGH die Grenzen der Übertragung bzw. den Begriff der „Ausführungsbefugnisse“ konkretisiert, insbesondere ob er die Grenze der Delegationsmöglichkeit bei der Übertragung eines weiten Ermessensspielraums als erreicht ansieht, ob die Rechtsprechung insoweit eher parallel zur Abgrenzung zwischen Art. 290 und 291 AEUV verläuft (s.o.) oder ob er gar die Delegation abstrakt-genereller Befugnisse an Agenturen generell ablehnt.

(b) *Van-der-Vecht-Urteil*

Der EuGH beschäftigte sich nach den *Meroni*-Urteilen erstmals in der Rs. *Van der Vecht*¹⁹³ wieder mit der Übertragung von Befugnissen, dieses Mal auf die Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeiter. Diese war durch Verordnung gegründet worden und der Kommission angegliedert, sodass sie heutzutage wohl dem Begriff der Agentur unterfallen würde. Sie wurde ermächtigt, alle Verwaltungs- oder Auslegungsfragen, die sich aus den Vorschriften der Verordnung ergeben, zu regeln, unbeschadet des Rechts der beteiligten Behörden und Personen, die zuständigen Gerichte anzurufen. Im Urteil führte der EuGH aus, dass den

¹⁹¹ Das Erfordernis des gleichwertigen Rechtsschutzes kann dagegen die Rechtsstaatlichkeit der Übertragung und die Kontrolle durch das übertragende Organ die Ex-post-Legitimation erhöhen.

¹⁹² Dies merkt auch der EuGH an, vgl. EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 43.

¹⁹³ EuGH, *Van der Vecht*, Rs. 19/67, Slg. 1967, 461.

Beschlüssen der Verwaltungskommission lediglich der Rang von „Gutachten“ ohne Rechtsverbindlichkeit zukomme. Allerdings bezogen sich die Entscheidungsgründe insoweit nur darauf, dass die zuständigen Gerichte die letzte Entscheidung über Gültigkeit und Inhalt der Verordnungsbestimmungen treffen und auch treffen müssten, um eine einheitliche richterliche Auslegung der Normen des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.¹⁹⁴ Die Entscheidung bezog sich somit nicht darauf, dass der Verwaltungskommission keine rechtsverbindlichen Entscheidungen übertragen werden *dürften*, sondern nur darauf, dass solche im konkreten Fall nicht übertragen *worden seien* und dass – insoweit übereinstimmend mit einem Teilaspekt der *Meroni*-Doktrin – gerichtlicher Rechtsschutz nicht ausgeschlossen werden dürfe.¹⁹⁵ Die Entscheidung statuiert somit weder explizit die Übertragbarkeit der gesamten *Meroni*-Doktrin auf Agenturen, noch konkretisiert sie den Begriff der zulässigen „Ausführungsbefugnisse“.

(c) Stilllegungsfonds-Gutachten

Im Gutachten zum Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt wurde auf die *Meroni*-Grundsätze Bezug genommen, aber die Frage, ob es den Organen freisteht, die ihnen durch die Verträge zugewiesenen Befugnisse ganz oder teilweise auf nicht zur Gemeinschaft gehörige Organe zu übertragen, offengelassen. Denn die übertragenen Befugnisse seien im zu entscheidenden Fall so deutlich und genau umschrieben, dass es sich hier um bloße Durchführungsbefugnisse handele.¹⁹⁶ Dem Gutachten kann somit allenfalls entnommen werden, dass Ausführungsbefugnisse und Durchführungsbefugnisse sich nicht unterscheiden. Inhaltlich bringt die Formulierung „deutlich und genau umschrieben“ keine wichtigen Neuerungen gegenüber der *Meroni*-Doktrin.¹⁹⁷

(d) *Romano*-Urteil

Die Rs. *Romano*, in der es wieder um die Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeiter ging, brachte hingegen eine echte Neuerung: Der EuGH stellte fest, dass „eine Stelle wie die Verwaltungskommission vom Rat nicht ermächtigt werden kann, Rechtsakte mit normativem Charakter zu erlassen“.¹⁹⁸ Dies begründete er zum einen mit der damals

¹⁹⁴ EuGH, *Van der Vecht*, Rs. 19/67, Slg. 1967, 461, 474.

¹⁹⁵ Ebenso *Strecker*, Verwaltungsinterner Unionsrechtsschutz, 2016, S. 26; *Schneider*, ALR 61 (2009), 36; a.A. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 13 EUV, Rn. 51.

¹⁹⁶ EuGH, *Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt*, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741, Rn. 14 ff.

¹⁹⁷ Ebenfalls keine wichtigen Neuerungen brachte das zeitlich deutlich später ergangene Urteil in der Rs. *Tralli*: EuGH, *Tralli/EZB*, Rs. C-301/02 P, Slg. 2005, I-4071, Rn. 41 ff.

¹⁹⁸ EuGH, *Romano/INAMI*, Rs. 98/80, Slg. 1981, 1241, Rn. 20.

die Befugnisse der Kommission regelnden Norm des Art. 155 EWGV, zum anderen mit dem Rechtsschutzsystem, welches Rechtsschutz gem. Art. 173 und 177 EWGV allgemein nur gegen Akte der Organe ermögliche und dem EuGH die Überprüfung von Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen nur ermögliche, soweit diese Satzungen dies vorsähen.¹⁹⁹ Die Entscheidung geht insoweit über die *Meroni*-Doktrin hinaus²⁰⁰, nach der theoretisch die Delegation abstrakt-genereller Regelungen möglich gewesen wäre, sofern diese lediglich der Ausführung dienten – also solche, die heutzutage, wenn der Delegatar die Kommission und nicht eine Agentur wäre, unter Art. 291 AEUV fallen würden.

(e) ESMA-Urteil

Die *Romano*-Rechtsprechung wurde jedoch durch die Entscheidung des EuGH zur ESMA wieder revidiert.²⁰¹ Der Entscheidung lag die Ermächtigung der Regulierungsagentur ESMA, Leerverkäufe in Ausnahmesituationen teilweise auch mit allgemeiner Geltung, also abstrakt-generell, zu regulieren bzw. zu verbieten, zugrunde.²⁰² Der Gerichtshof führte zunächst bezüglich der *Meroni*-Doktrin aus, dass zu berücksichtigen sei, dass die ESMA eben kein privatrechtlicher Verband sei – gleichwohl bezieht er sich in dem Urteil maßgeblich auf die *Meroni*-Grundsätze und lehnt die Übertragbarkeit auf Agenturdelegationen nicht grundsätzlich ab.²⁰³ Vielmehr argumentiert er, dass die Ausübung der Befugnisse der ESMA an verschiedene Kriterien und Bedingungen geknüpft seien, die den Handlungsspielraum der ESMA begrenzen²⁰⁴, sodass den *Meroni*-Grundsätzen genüge getan sei.²⁰⁵ So dürfe sie u.a. nur handeln, wenn eine Bedrohung für die ordnungsgemäße Funktionsweise und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten Finanzsystems oder eines Teils davon in der Union mit grenzübergreifenden Auswirkungen bestehe.²⁰⁶ Sie habe bei der Beurteilung, ob eine solche Bedrohung vorliege, mehrere kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen zu prüfen und sei auf bestimmte Maßnahmen

¹⁹⁹ EuGH, *Romano/INAMI*, Rs. 98/80, Slg. 1981, 1241, Rn. 20.

²⁰⁰ Ähnlich *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 13 EUV, Rn. 51; a.A. *Streckert*, *Verwaltungsinterner Unionsrechtsschutz*, 2016, S. 27, der die Entscheidung als Bestätigung der *Meroni*-Grundsätze einstuft.

²⁰¹ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.

²⁰² Vgl. insbesondere Art. 28 der VO Nr. 236/2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps, ABl. 2012, Nr. L 86/1 vom 14. 03. 2012; s. auch VO Nr. 1095/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), ABl. 2010 Nr. L 331/84 vom 24. 11. 2010.

²⁰³ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 43.

²⁰⁴ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 46.

²⁰⁵ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 53.

²⁰⁶ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 46.

beschränkt.²⁰⁷ Insgesamt nehme die ESMA damit eine Tatsachenbeurteilung technischer Art vor.²⁰⁸

Zur *Romano*-Rechtsprechung führte der EuGH im Wesentlichen aus, dass die ESMA zwar nach Art. 28 der VO Nr. 236/2012 in eng umgrenzten Fällen Rechtsakte mit allgemeiner Geltung erlassen könne, aber das *Romano*-Urteil einer solchen Befugnis nicht entgegenstünde. Denn die auf das Rechtsschutzsystem bezogene Begründung dieses Urteils sei seit Erlass des AEUV nicht mehr tragfähig, weil dieser in Art. 263 Abs. 1 und Art. 277 AEUV gerade auch das gerichtliche Angreifen von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung von sonstigen Stellen der Union vorsehe.²⁰⁹ Insofern bestätigte der Gerichtshof zwar die *Meroni*-Rechtsprechung, nicht aber die Modifikation durch die *Romano*-Rechtsprechung, nach der Rechtsakte mit allgemeiner Geltung, also abstrakt-generelle verbindliche Vorschriften, nicht durch Agenturen erlassen werden dürfen.

(f) Zwischenergebnis

Auf Grundlage der EuGH-Rechtsprechung darf somit grundsätzlich auch die Befugnis zu abstrakt-generellen Regelungen an Agenturen delegiert werden, solange es sich hierbei um eng umgrenzte Durchführungsbefugnisse handelt. Es stellt sich damit eine ähnliche Problematik wie bei der Abgrenzung von Art. 290 und 291 AEUV, nämlich wann abstrakt-generelle Regeln als „Durchführungsbefugnisse“ rein exekutiven Charakter haben und wann sie vielmehr legislativer Natur sind. Positiv mit Blick auf die Sicherstellung eines hohen Legitimationsniveaus ist hierbei, dass die eng umgrenzten Durchführungsbefugnisse nach der weiterhin gültigen *Meroni*-Doktrin grundsätzlich die Determinierung der wesentlichen und unwesentlichen politischen Entscheidungen durch den Sekundärrechtsakt voraussetzen. Eine klarstellende und erweiterte Kodifikation der *Meroni*-Doktrin wäre gleichwohl wünschenswert. Diese sollte die in der *Je-desto*-Formel aufgestellten Maßstäbe aufgreifen: Die Delegation von Entscheidungen, die von Ungewissheit/Kontroverse und Verteilungskonflikten geprägt sind, auf Agenturen sollte aufgrund des hohen (Input-)Legitimationsbedürfnisses solcher Entscheidungen unzulässig sein.

Auf Bedenken stößt zudem die Formulierung des EuGH im ESMA-Urteil zur „Tatsachenbeurteilung technischer Art“. Ebenso wie der EuGH im Urteil *Pesce* bei komplexen technischen

²⁰⁷ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 48 f.

²⁰⁸ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 52.

²⁰⁹ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 63 ff.

Beurteilungen der Kommission einen Ermessensspielraum einräumte, deutet die Formulierung der „Tatsachenbeurteilung technischer Art“ bei der (durchaus hochpolitischen) Einschätzung, ob beispielsweise eine Bedrohung der Finanzmarktstabilität vorliegt, darauf hin, dass auch Agenturen in hochspezialisierten technischen Bereichen ein gewisser Einschätzungsspielraum zugestanden werden kann.

Dies ist aus Sicht der hier vertretenen These wiederum problematisch, soweit diese komplexen Beurteilungen durch ein hohes Maß an Ungewissheit und höchst divergierenden Experteneinschätzungen gekennzeichnet sind, sodass eine möglichst demokratische Entscheidung vonnöten wäre. Sofern Agenturen dennoch *ex ante* zu solchen technischen Ermessensentscheidungen ermächtigt werden, ist nach der Je-desto-Formel zumindest eine strikte demokratische Ex-post-Kontrolle wünschenswert.

(2) Mitteilung der Kommission

In der Mitteilung der Kommission zu Regulierungsagenturen aus dem Jahre 2002 beschreibt diese die verschiedenen möglichen Handlungsbefugnisse, die Regulierungsagenturen übertragen werden können.²¹⁰ So könnten reine Unterstützungsaufgaben zugewiesen werden wie z.B. die Erarbeitung von Stellungnahmen und Studien im Hinblick auf von der Kommission auszuarbeitende Legislativvorschläge. Daneben sei es denkbar, den Regulierungsagenturen unter bestimmten Voraussetzungen eigene Entscheidungsbefugnis zuzuerkennen. Insoweit „sei nachdrücklich darauf hingewiesen, dass sich aus den Grundsätzen des geltenden Rechtssystems der Gemeinschaft bestimmte Sachzwänge hinsichtlich des Umfangs einer solchen Befugnis ergeben. So können die Regulierungsagenturen lediglich dazu befugt sein, Einzelfallentscheidungen im Rahmen genau abgesteckter gemeinschaftlicher Rechtsvorschriften zu erlassen, mithin also nicht ermächtigt sein, allgemein geltende Maßnahmen mit normativer Wirkung festzulegen“²¹¹ Die Kommission geht mithin in der Mitteilung explizit davon aus, dass Regulierungsagenturen keine abstrakt-generellen Befugnisse übertragen werden können.

Ob die Kommission an dieser Aussage aus dem Jahr 2002 festhalten will, ist angesichts ihrer Mitwirkung als Initiativberechtigte an der Gründung der mit abstrakt-generellen Regulierungsbefugnissen ausgestatteten ESMA allerdings fraglich. Dies insbesondere deshalb, da der Wort-

²¹⁰ Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002.

²¹¹ Mitteilung der Kommission – Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM (2002) 718 endg. vom 11.12.2002, S. 9.

laut der Mitteilung auf Sachzwänge, die sich aus den Grundsätzen des Rechtssystems der Gemeinschaft ergeben, verweist. Da der EuGH solche Sachzwänge bezüglich abstrakt-genereller Befugnisse in der Rs. *Romano*²¹² im Jahr 1981 aufgestellt hatte und diese erst im ESMA-Urteil²¹³ 2014 revidierte, spricht einiges dafür, dass die Kommission das Verbot der Delegation abstrakt-genereller Befugnisse heutzutage nicht mehr als Sachzwang ansehen würde, der sich aus den Grundsätzen des Rechtssystems der Union ergibt.

(3) *Gemeinsame Erklärung und Gemeinsames Konzept*

Diese Einschätzung wird dadurch untermauert, dass die Gemeinsame Erklärung des Parlaments, des Rates und der Kommission nur vage von einer „Unterstützung der Entscheidungsfindung“ durch Agenturen spricht, wodurch eine eigene abstrakt-generelle Letztentscheidungsbefugnis der Agenturen weder explizit angenommen noch abgelehnt wird.²¹⁴ Im Gemeinsamen Konzept, das der Gemeinsamen Erklärung angehängt ist, finden sich dementsprechend z.B. Vorgaben zur Binnenstruktur der Agenturen und zu Transparenz- und Kontrollpflichten (dazu sogleich II.), aber keinerlei Aussagen mehr zu Grenzen der Befugnisse, die auf Agenturen übertragen werden können.²¹⁵

(4) *Zwischenergebnis*

Dementsprechend ist tendenziell nicht davon auszugehen, dass die Organe der EU künftig bei der Gründung von Agenturen strengere Grenzen der Übertragung von Befugnissen im Wege der Selbstverpflichtung einhalten wollen als vom EuGH vorgegeben. Insbesondere könnte die im ESMA-Urteil erteilte Erlaubnis des EuGH unter Einhaltung der *Meroni*-Voraussetzungen, auch abstrakt-generelle Befugnisse an Agenturen zu delegieren, zu einer geänderten Praxis in künftigen Agenturgründungsverordnungen führen, nach der immer häufiger die Befugnis übertragen wird, allgemeingültige normative Maßnahmen zu erlassen. Die Rechtsprechungsänderung des EuGH ist vor dem Hintergrund der *Je-desto*-Formel kritisch zu sehen (s.o.), sodass auch eine entsprechende Änderung der Praxis Fragen aufwerfen würde.

²¹² EuGH, *Romano/INAMI*, Rs. 98/80, Slg. 1981, 1241.

²¹³ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.

²¹⁴ Gemeinsame Erklärung und Gemeinsames Konzept zu den dezentralen Agenturen vom 2012, S. 1.

²¹⁵ Gemeinsame Erklärung und Gemeinsames Konzept zu den dezentralen Agenturen vom 2012, S. 3 ff.

ii) Vorsorgeprinzip

Womöglich ergibt sich für den speziellen Bereich der Risikoregulierung unter Ungewissheit etwas anderes – insbesondere ein mögliches Verbot, abstrakt-generelle Letztentscheidungsbe-fugnisse an Agenturen zu delegieren – aus dem Vorsorgeprinzip.

In der Praxis wird im Zuge der Risikoregulierung in der Regel zunächst ein wissenschaftli-ches Gutachten erstellt. Die Erstellung dieses Gutachtens übernehmen oftmals Agenturen. So beschäftigten sich beispielsweise zuletzt EFSA und ECHA – unter großer Beachtung der Öff-fentlichkeit – mit der wissenschaftlichen Bewertung der möglicherweise krebserregenden Wir-kung des Pflanzenschutzmittels Glyphosat. Die abschließende Entscheidung über die Zulas-sung von Glyphosat wird dagegen die Kommission treffen. Es stellt sich damit die Frage, ob die beschriebene typische institutionelle Aufgabenverteilung mit Blick auf Agenturen zwin-gend ist. Dies könnte zur Folge haben, dass die Agentur selbst nicht die Letztentscheidung im Bereich der Risikoregulierung treffen darf, sondern diese Aufgabe zwingend der Kommission obliegt.

(1) Rechtsprechung der europäischen Gerichte

Während die europäischen Gerichte dem Vorsorgeprinzip *zunächst* nur eine Handlungsbefug-nis der Organe in Fällen der Ungewissheit (dazu sogleich näher unter B.) und keine prozedura-len, institutionellen oder Begründungspflichten entnahmen²¹⁶, beinhaltet das Vorsorgeprinzip nach dem Verständnis der europäischen Gerichte *mittlerweile* auch eine prozedurale Kompo-nente dergestalt, dass bei der Risikoregulierung in aller Regel zunächst eine *wissenschaftliche Risikobewertung* durchzuführen ist, bevor vom zuständigen Organ *Risikomanagement-Maß-nahmen* getroffen werden können.²¹⁷ Diese Rechtsprechung wird als (womöglich zwingende) prozedurale Vorgabe, die den Entscheidungsspielraum ggf. beschränken kann, noch näher zu

²¹⁶ S. ausführlich zur zeitlichen Entwicklung der Rechtsprechung *Fisher*, Risk Regulation and Administrative Constitutionalism, 2007, 218 ff. bzw. 229 ff., die als Wendepunkt die Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip aus dem Jahr 2000 ansieht (dazu sogleich).

²¹⁷ EuGH, *Monsanto*, Rs. C-236/01, Slg. 2003, I-08105, Rn. 113 f.; EuGH, *Kommission/Dänemark*, Rs. C-192/01, Slg. 2003, I-9693, Rn. 49; EuGH, *Greenham und Abel*, Rs. C.95/01, Slg. 2004, I-01333, Rn. 42; EuGH, *Kommission/Frankreich*, Rs. C-24/00, Slg. 2004, I-1277, Rn. 55 f.; EuGH, *Kommission/Frankreich*, Rs. C-333/08, Slg. 2010, I-00757, Rn. 92 f.; EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 139 ff.; EuG, *Artogodan GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 192; EuG, *Alapharma/Rat*, Rs. T-70/99, Slg. 2002, II-3495; s. auch *Sadeleer*, in: ders. (Hrsg.), Implementing the precautionary principle, 2007, S. 10, 21 f.

betrachten sein (B.). An dieser Stelle ist der Fokus jedoch zunächst auf die institutionell-prozedurale Vorgabe zu richten, dass eine Risikobewertung nach der Rechtsprechung in der Regel durchzuführen ist und auch in der Praxis durchgeführt wird.

Die wissenschaftliche Risikobewertung muss laut EuG in der Rs. *Pfizer Animal Health* wissenschaftlichen Experten übertragen werden, die der zuständigen öffentlichen Stelle nach Abschluss des wissenschaftlichen Verfahrens Gutachten vorlegen.²¹⁸ Die zuständige öffentliche Stelle kann sodann beim Risikomanagement mit entsprechender Begründung von dem Gutachten abweichen. Dies begründet das EuG mit der demokratischen Legitimation der zuständigen öffentlichen Stelle – in diesem Fall der Kommission:

„Dies rechtfertigt sich auch durch grundsätzliche Überlegungen zur politischen Verantwortung und demokratischen Legitimation der Kommission. Während die Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Kommission gemäß Artikel 155 EG-Vertrag (jetzt Artikel 211 EG) durch die politische Kontrolle des Europäischen Parlaments legitimiert ist, sind die Mitglieder des SCAN [wissenschaftlicher Futtermittelausschuss, engl. Scientific Committee for Animal Nutrition; *Anm. d. Autorin*] zwar fachlich, nicht aber demokratisch legitimiert und tragen keine politische Verantwortung. Eine fachliche Legitimation reicht aber nicht aus, um die Ausübung von Hoheitsgewalt zu rechtfertigen.“²¹⁹

Hieraus ergibt sich neben der grundsätzlichen prozeduralen Anforderung einer Risikobewertung auch eine verpflichtende institutionelle Arbeitsteilung: Wissenschaftliche Experten übernehmen die Risikobewertung, während demokratisch legitimierte Institutionen die (abstrakt-generelle) Letztentscheidung treffen. Aus dieser Arbeitsteilung könnte ein Verbot entnommen werden, die Letztentscheidung den wissenschaftlichen Experten, und damit den Agenturen, zu überlassen. Der in *Pfizer Animal Health* beratende wissenschaftliche Futtermittelausschuss, welcher bis zur Gründung der EFSA im Jahre 2003²²⁰ die Kommission „auf deren Ersuchen bei der Klärung wissenschaftlicher Fragen bezüglich der Verwendung von Zusatzstoffen in der Tierernährung“²²¹ unterstützte, kann jedoch nicht ohne Weiteres mit einer Agentur gleichgesetzt werden. Denn nach der oben vorgenommenen Kategorisierung verfügt eine Agentur durch ihren vom Unionsgesetzgeber getragenen Gründungsakt über eine höhere demokratische Legitimation als der SCAN, der als Expertengruppe der Europäischen Kommission einzuordnen ist und damit allenfalls über ein äußerst geringes demokratisches Legitimationsniveau (laut EuG in *Pfizer Animal Health* sogar über gar keines, s. Zitat) verfügt.

²¹⁸ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 157.

²¹⁹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, 201.

²²⁰ Vgl. https://ec.europa.eu/food/sci-com_en.

²²¹ Vgl. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 27 mit Verweis auf die einschlägigen Richtlinien.

Für eine Übertragung dieser (zwingenden) institutionellen Arbeitsteilung auf Agenturen spricht, dass Agenturen mittlerweile in bestimmten Bereichen die Aufgaben übernommen haben, die zuvor wissenschaftliche Ausschüsse wahrnahmen²²², und dass auch Agenturen im Vergleich zur Kommission oder zum Unionsgesetzgeber genauso wie Expertengruppen über deutlich geringere demokratische Legitimation, aber höhere fachspezifische Expertise verfügen. Ein Urteil, welches die Aussagen des EuG bezüglich der institutionellen Arbeitsteilung zwischen wissenschaftlichen Ausschüssen und Kommission auf Grundlage des Vorsorgeprinzips explizit auch auf Agenturen erstreckt, gibt es jedoch soweit ersichtlich nicht.

Ein eindeutiges Verbot, die abstrakt-generelle Letztentscheidungsbefugnis auf Agenturen zu übertragen, ergibt sich aus der Rechtsprechung zum Vorsorgeprinzip somit nicht. Da *Pfizer Animal Health* zu einem Zeitpunkt entschieden wurde, in dem Agenturen auch allgemein vom EuGH die Befugnis zur abstrakt-generellen Letztentscheidung abgesprochen wurde (s.o. *Rs. Romano*), ist die Entscheidung – selbst wenn man die institutionelle Ähnlichkeit des SCAN zu Agenturen grundsätzlich bejaht – nicht ohne Weiteres auf die heutige Rechtslage nach der ESMA-Entscheidung zu übertragen.

(2) Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip

Die Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip enthält zwar ebenfalls die grundsätzliche prozedurale Vorgabe, „sofern dies machbar ist“ vor Risikomanagement-Maßnahmen eine wissenschaftliche Risikobewertung vorzunehmen.²²³ Aussagen zur institutionellen Aufgabenverteilung zwischen Experten (aus Agenturen) und Gemeinschaftsorganen enthält die Mitteilung nicht. Vielmehr scheint die Mitteilung es insgesamt der konkreten sekundärrechtlichen Ausgestaltung zu überlassen, wer auf welche Weise ein Risiko bewertet – es könne z.B. auch sekundärrechtlich vorgesehen werden, dass der jeweilige Risikoverursacher das Risiko widerlegen muss.²²⁴ Bei einer solchen sekundärrechtlich vorgesehenen Beweislastumkehr ist es denkbar, dass die Agenturen keine eigene Rolle bei der Risikobewertung spielen, sondern das jeweils demokratisch legitimierte Organ auf Grundlage des durch Private vorgelegten Beweismaterials

²²² Vgl. zur Verlagerung von wissenschaftlichen Beratungsaufgaben im Bereich der Lebensmittelsicherheit: https://ec.europa.eu/food/sci-com_en (zuletzt geprüft am 05.08.2018); allgemein ist die Verlagerung wissenschaftlicher Beratungsaufgaben auf Agenturen seit dem Weißbuch "Europäisches Regieren", KOM (2001), 428, der Kommission zu beobachten, vgl. *Groß*, JZ 67 (2012), 1087.

²²³ Vgl. Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, 5.1.1. und 5.1.2.

²²⁴ Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, S. 25.

entscheidet. Aus der Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip ergibt sich folglich keine zwingende Aufgabenverteilung, die Agenturen stets die wissenschaftliche Risikobewertung zuschreibt und die Letztentscheidung verbietet.

(3) Zwischenergebnis

Wenngleich die Rechtsprechung der europäischen Gerichte zum Vorsorgeprinzip tendenziell eine institutionelle Aufgabenverteilung nahelegt und fordert, dass dabei Experten (z.B. aus Agenturen) die wissenschaftliche Risikobewertung vornehmen und Unionsgesetzgeber oder (in den Fällen der Art. 290 und 291 AEUV) die Kommission die Risikomanagement-Entscheidung treffen, was auch einer weitverbreiteten Praxis entspricht, ist über diese Aufgabenverteilung bezüglich Agenturen nicht eindeutig und zwingend entschieden worden. Dementsprechend hindert die momentane Rechtsprechung zum (prozeduralen) Vorsorgeprinzip nicht die Übertragung von abstrakt-generellen Letztentscheidungsbefugnissen auf Agenturen. Aus der *Pfizer-Animal-Health*-Entscheidung kann allenfalls geschlossen werden, dass der zuständige Entscheider über demokratische Legitimation verfügen muss (was sich jedoch schon aus dem Demokratieprinzip des Art. 10 EUV ergeben dürfte), nicht aber, *welches Maß* an demokratischer Legitimation nötig ist. Hier böte die Je-desto-Formel aus Teil 1 Möglichkeiten zur Konkretisierung der prozedural-institutionellen Komponente des Vorsorgeprinzips (dazu Teil 3).

iii) Sekundärrechtlich übertragene Befugnisse

Für die vier wichtigsten Agenturen im Bereich der Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken, nämlich EEA, EFSA, EMA und ECHA, sollen nun überblicksartig die sekundärrechtlich übertragenen Befugnisse dargestellt werden, um insbesondere festzustellen, ob abstrakt-generelle Letztentscheidungsbefugnisse *tatsächlich* auf sie *übertragen wurden* – die beiden vorigen Abschnitte betrafen die Frage, ob Unionsgesetzgeber bzw. Kommission solche Befugnisse übertragen *dürfen*, was seit dem ESMA-Urteil des EuGH dem Grunde nach zu bejahen ist.

In Artikel 2 der Verordnung über die Europäische Umweltagentur und das Europäische Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetz sind die Aufgaben der EEA aufgezählt. Diese umfassen neben der Koordinierung nationaler Umweltinformationsstellen insbesondere die

Sammlung und Bewertung von umweltrelevanten Daten und Informationen sowie deren Bereitstellung für EU und Mitgliedstaaten.²²⁵ Ihr wurden weder letztverbindliche Entscheidungsbefugnisse im Einzelfall noch solche abstrakt-genereller Natur übertragen. Auch sind ihre Gutachten nicht auf konkrete Produktzulassungen gerichtet, sodass eine De-facto-Bindungswirkung kaum zu befürchten ist. Schließlich erlässt sie keine quasi-regulatorischen Leitlinien. In der Kategorisierung von *Craig* handelt es sich um eine Informations- und Koordinierungsagentur.²²⁶ Problematisch könnte mit Blick auf die zuvor bereits genannte Einschätzung, dass die Maßstabssetzung für die wissenschaftliche Bewertung grundsätzlich auch eine stark wertende Komponente beinhaltet, allenfalls sein, dass die EEA laut Art. 2 lit. e) der VO auch für die Aufstellung einheitlicher Bewertungskriterien für Umweltdaten zuständig ist. Faktisch scheint die EEA diese Befugnis allerdings so zu interpretieren, dass sie Daten sammelt und durch einheitliche Berichterstattungskriterien vergleichbar macht, um politischen Entscheidungsträgern die Aufstellung von Benchmark-Zielen und Indikatoren möglich zu machen. Ihre Tätigkeit stellt damit aus der hier relevanten demokratietheoretischen Perspektive eine unproblematische wissenschaftliche Politikberatung dar, für die grundsätzlich keine demokratische Legitimation nötig ist.

Die EFSA besitzt laut Art. 22 und 23 der VO zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit ebenfalls keine konkret-individuellen oder abstrakt-generellen Letztentscheidungsbefugnisse. Gleichwohl ist gem. Art. 22 Abs. 2 ihre Aufgabe die wissenschaftliche Beratung sowie die wissenschaftliche und technische Unterstützung für die Rechtsetzung und Politik der Gemeinschaft in allen Bereichen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf die Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit auswirken. Dabei erstellt sie die wissenschaftlichen Risikobewertungsgutachten, die im Rahmen des in Art. 6 beschriebenen Risikoanalyseverfahrens die Grundlage für die Risikomanagement-Maßnahmen der Kommission bzw. des Unionsgesetzgebers sind (vgl. Art. 6 Abs. 3, Art. 22 Abs. 6 und Art. 23 lit. a, c der VO). Insofern besteht eine direkte und enge Verknüpfung zwischen dem Ratschlag der EFSA und den darauf basierenden regulatorischen Maßnahmen der Unionsorgane. Wenngleich die Unionsorgane entsprechend dem zuvor analysierten Vorsorgeprinzip nicht an den Ratschlag der EFSA gebunden sind, geht von den Gutachten beachtliche faktische Bindungswirkung aus. Dementsprechend klassifiziert *Craig* die EFSA als quasi-

²²⁵ Vgl. VO Nr. 401/2009 über die Europäische Umweltagentur und das Europäische Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsrecht, ABl. 2009, Nr. L 126/13 vom 23.04.2009, Art. 2.

²²⁶ *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 151 f.

regulatorische Agentur (zur entsprechenden Problematik sogleich).²²⁷ Im Gegensatz zur EEA „fördert und koordiniert“ die EFSA lediglich die Erarbeitung einheitlicher Risikobewertungsverfahren. *De facto* hat sie allerdings diverse Leitlinien zur Risikobewertung veröffentlicht, u.a. die Leitlinien hinsichtlich der Bewertung gentechnisch veränderter Organismen.²²⁸ In diesen wird als Prüfmaßstab davon ausgegangen, dass gentechnisch veränderte Organismen und der Ursprungsorganismus zunächst vergleichbar sind, sodass nur die Ungefährlichkeit der jeweiligen gentechnischen Änderungen nachgewiesen werden muss („wesentliche Gleichwertigkeit“ bzw. „substantielle Äquivalenz“).²²⁹ Hierbei handelt es sich um eine wissenschaftlich durchaus streitige Frage, die grundsätzlich ausreichend demokratisch beschlossen werden sollte. Abgemildert wird diese kritische Einschätzung der Risikobewertungs-Leitlinien lediglich dadurch, dass es sich um rechtlich unverbindliches *soft law* handelt (dazu sogleich).

Ähnlich ist die Lage bei der EMA, die im Zuge des Zulassungsverfahrens für Human- und Tierarzneimittel ebenfalls Gutachten erstellt, auf deren Grundlage die Kommission über die Zulassung entscheidet, vgl. Art. 7, 10 sowie 32, 35 der VO²³⁰. In der Einteilung von *Craig* handelt es sich damit ebenfalls um eine quasi-regulatorische Agentur²³¹ (zur Problematik sogleich). Zwar handelt es sich bei der Arzneimittelzulassung um administrative Einzelfallentscheidungen, die jedoch im speziellen Bereich der Arzneimittelindustrie aufgrund des Regelfalls der Patentierung neuer Medikamente quasi allgemeinverbindlich wirken, sodass der Begriff „quasi-regulatorisch“ nicht verfehlt ist. Eine echte abstrakt-generelle Entscheidungsbefugnis stellt die Änderung der Nr. 3 des Anhangs der VO dar, in der die Voraussetzungen für die Genehmigungspflicht aufgestellt sind. Solche Änderungen beschließt allerdings nicht die EMA, sondern der Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission, welche wiederum zuvor die EMA anzuhören hat. Durch diese Vorkehrung wird ein vertretbares Maß an demokratischer Legitimation über den mitgliedstaatlichen Legitimationsstrang sichergestellt.

²²⁷ *Ders.*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 150 f.

²²⁸ Guidance for risk assessment of food and feed from genetically modified plants, EFSA Journal 5 vom 2011, S. 2150 f.

²²⁹ Guidance for risk assessment of food and feed from genetically modified plants, EFSA Journal 5 vom 2011, S. 2150, S. 5.

²³⁰ VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004.

²³¹ *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 150 f.

Bei den Befugnissen der ECHA nach der REACH-VO²³² ist zu differenzieren: Es gibt einerseits die allgemeine Pflicht, (weniger gefährliche) chemische Stoffe bei der ECHA zu registrieren. Insoweit ist die ECHA dafür zuständig, das eingereichte Registrierungsdossier zu bewerten. Zu Versuchsvorschlägen und bezüglich der Frage, ob der Registrierungsantrag vollständig ist und den gesetzlichen Bestimmungen entspricht, kann die ECHA verbindliche Einzelentscheidungen treffen, insbesondere zusätzliche Informationen einfordern. Ihre diesbezüglichen konkret-individuellen Entscheidungsvorschläge erlangen aber nur dann Rechtsverbindlichkeit, wenn die Mitgliedstaaten diesen einstimmig zustimmen. Sofern keine Einigkeit der Mitgliedstaaten erzielt werden kann, entscheidet die Kommission nach dem Komitologie-Verfahren. In diesem Bereich besitzt die ECHA insofern zwar eigene Entscheidungsbefugnisse, diese sind jedoch zum einen nicht abstrakt-genereller Natur und zum anderen durch das Einstimmigkeitserfordernis der Mitgliedstaaten bzw. die Übertragung der Befugnis auf die Kommission demokratisch rückgekoppelt. Für bestimmte (gefährlichere) chemische Stoffe gibt es darüber hinaus eine Zulassungspflicht. In diesem Bereich erstellt die ECHA Gutachten für die wissenschaftliche Risikobewertung, jedoch trifft die Kommission die abschließende Entscheidung. Es handelt sich jedoch auch hierbei um konkret-individuelle Entscheidungen, die nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind.

Abstrakt-generelle Entscheidungen im Bereich der REACH-VO sind die Aufnahme von Stoffen in Anhang XIV (zulassungspflichtige Stoffe) oder Anhang XVII (Beschränkungen der Herstellung, des Inverkehrbringens und der Verwendung). Diese erfolgen ebenfalls nach Erstellung einer wissenschaftlichen Empfehlung der ECHA durch Durchführungsverordnungen der Kommission, die im Komitologie-Verfahren erlassen werden²³³ (zu der diesbezüglichen Problematik bereits oben zu Art. 291 AEUV). Problematisch könnte allerdings die Befugnis des Sekretariats der ECHA sein, Leitlinien für die Anwendung der REACH-VO für Industrie und Behörden der Mitgliedstaaten zu erlassen (vgl. Art. 77 Abs. 2 lit. g, h REACH-VO), da von ihnen ebenfalls quasi-regulatorische Wirkung ausgehen kann (dazu sogleich). Positiv ist hervorzuheben, dass die Kriterien für die Bewertung von Stoffen bereits in den Anhängen der

²³² VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, Abl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006.

²³³ Vgl. VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, Abl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006, Art. 113 Abs. 4 i.V.m. Beschluss zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, Abl. 1999, Nr. L 184/23 vom 28. 06. 1999.

REACH-VO detailliert niedergelegt sind und diese (politische) Entscheidung nicht der ECHA selbst (etwa in Form von Leitlinien) überlassen wird.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass keine der Agenturen im Bereich der Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken bislang mit abstrakt-generellen Letztentscheidungsbefugnissen ausgestattet wurde, was aus der hier vertretenen Perspektive zu begrüßen ist. Kritisch ist allerdings zum einen die quasi-regulatorische Agenturtätigkeit zu bewerten (dazu sogleich).

Darüber hinaus ist der Mechanismus der Agenturen zur Auflösung wissenschaftlicher Konflikte noch kritisch zu erwähnen, wenngleich es sich hierbei nicht im engeren Sinne um eine Aussage zu Agenturbefugnissen handelt. EFSA, EMA und ECHA sind nämlich jeweils gehalten, frühzeitig potentielle Quellen eines Konfliktes zwischen ihren Auffassungen und denen anderer nach dem Gemeinschaftsrecht eingesetzter Stellen mit vergleichbaren Aufgaben in Fragen von gemeinsamem Interesse zu ermitteln. Stellt die Agentur eine potenzielle Konfliktquelle fest, so soll sie mit der betreffenden Stelle Kontakt aufnehmen, um sicherzustellen, dass alle relevanten wissenschaftlichen oder technischen Informationen ausgetauscht werden, und festzustellen, bei welchen wissenschaftlichen oder technischen Fragen ein Konflikt auftreten könnte.²³⁴ Bis zu diesem Schritt ist gegen das Verfahren nichts einzuwenden. Sofern eine grundlegende Meinungsverschiedenheit in wissenschaftlichen oder technischen Fragen festgestellt wird, sollen beide Stellen zusammenarbeiten und den Konflikt lösen. Nur falls dies nicht gelingt, müssen sie der Kommission ein gemeinsames Dokument zur Erläuterung der wissenschaftlichen und/oder technischen Konfliktpunkte vorlegen. Aus der hier vertretenen Perspektive ist ein grundlegender Konflikt zwischen zwei höchst sachkundigen Einrichtungen über wissenschaftliche oder technische Fragen ideales Indiz dafür, dass es sich um eine Entscheidung unter Ungewissheit handelt, die unter größtmöglicher demokratischer Beteiligung gelöst werden sollte. Das „Lösen“ des Konflikts, nachdem die wissenschaftliche Meinungsverschiedenheit bereits festgestellt wurde, klingt nach „Hinterzimmermauschelei“, in der beispielsweise die Agentur der anderen Stelle erläutert, warum sie wegen der Interessen eines wichtigen Lobby-Verbandes nicht von ihrer Position abrücken kann, und in der sodann ein sachfremder

²³⁴ Vgl. Art. 30 der VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002; Art. 59 der VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004; Art. 95 der VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, ABl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006.

Deal geschlossen wird. Wünschenswert sind daher stattdessen die sofortige Transparentmachung des Konfliktes und die Verweisung an ein demokratisches Gremium (dazu Teil 3).

iv) *Quasi-regulatorische Agenturtätigkeit*

Aus demokratischer Perspektive ist die quasi-regulatorische Agenturtätigkeit durch Leitliniengebung²³⁵ (insbesondere hinsichtlich einheitlicher Risikobewertungsmaßstäbe und -verfahren) deutlich weniger problematisch als eine verbindliche Letztentscheidungsbefugnis der Agenturen.

Gleichwohl bergen Leitlinien die Gefahr, dass sie als quasi-verbindliches Dokument aufgefasst werden und eine Abweichung von diesen Leitlinien zur Konfliktvermeidung und Beschleunigung eines Registrierungs- oder Genehmigungsverfahrens um jeden Preis vermieden wird. Als Selbstbindung der Agentur bei der Vornahme ihrer Risikobewertung könnte Leitlinien zudem im Einzelfall nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte auch Außenwirkung auf Grundlage des Gleichheitsgebots zukommen (s.o.). Dieser hohen faktischen Steuerungswirkung steht die schwache primärrechtliche Verankerung der Agenturen und deren schwache personelle demokratische Ex-ante-Legitimation gegenüber. Bei einer Entwicklung von Leitlinien in Zusammenarbeit mit einem mitgliedstaatlichen Behördennetzwerk kann außerdem die klare Verantwortungszurechnung leiden.²³⁶ Transparenz, Deliberation und abgewogen die Interessen widerspiegelnde Partizipation sind daher für Agenturen zum „Ausgleich“ der geringen Ex-ante-Legitimation besonders wichtig. Die allgemeine Thematik des europäischen *soft law* wurde aus dieser Untersuchung durch die grundsätzliche Beschränkung auf rechtlich verbindliche, abstrakt-generelle Entscheidungen ausgeklammert.²³⁷ Leitlinienggebung von Agenturen ist daher nur ausnahmsweise für den speziellen Bereich des Umgangs mit Ungewissheit und Verteilungskonflikten zu betrachten, soweit nämlich Agenturen in Form von *soft law* Vorgaben für Bewertungsmaßstäbe im Rahmen der wissenschaftlichen Risikobewertung machen. Hierbei entscheiden sie teilweise über vorgelagerte politische Wertfragen, beispielsweise welche Verfahren als zuverlässig angesehen werden und welche Kriterien für die

²³⁵ Leitlinien werden neben Agenturen oft auch von der Kommission selbst erlassen. Dies ist allerdings primärrechtlich zumindest punktuell vorgesehen (Art. 156, 168, 173 Abs. und 183 Abs. 2) und angesichts der höheren demokratischen Legitimation, die grundsätzlich sogar Letztentscheidungsbefugnisse zulässt, hier nicht weiter zu vertiefen. Die Problematik ist insoweit oft eher „vertikal“, indem Befugnisse im Verwaltungsverbund auf die Kommission verlagert werden können, über die sie eigentlich nicht verfügt, so Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 102 m.w.N. zur allgemeinen Problematik des *soft law*.

²³⁶ Ders., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 102.

²³⁷ S. zur *soft law*-Thematik z.B. Schwarze, EuR 2011, 3 und allgemein zu Agenturen Groß, JZ 67 (2012) sowie ausführlich Busuioc, European Agencies, 2013.

Bewertung des Risikos herangezogen werden sollen. Solche Fragen sind teilweise hochpolitisch und sollten daher idealerweise bereits im Sekundärrechtsakt entschieden werden (wie z.B. in der REACH-VO). Eine rechtliche Verpflichtung hierzu könnte z.B. in die *Meroni*-Rechtsprechung bzw. deren wünschenswerter Kodifikation inkorporiert werden (dazu näher Teil 3).

dd) Expertengruppen

Wie oben bereits beschrieben werden Expertengruppen von der Kommission u.a. zur Unterstützung bei der Ausübung ihres Initiativrechts und zur Vorbereitung delegierter Rechtsetzung, also im abstrakt-generellen Regulierungsbereich eingesetzt. Funktional ersetzen sie für den Bereich des Art. 290 AEUV die Komitologie-Ausschüsse, die nunmehr nur noch im Bereich des Art. 291 AEUV tätig sind.²³⁸ Ebenso wie bei Agenturen stellt sich die Frage, ob Expertengruppen eigene Letztentscheidungsbefugnisse haben und haben dürfen.

i) Grenzen der Befugnisse

Nach dem Selbstverständnis der Kommission, welche die Expertengruppen ins Leben ruft, üben Expertengruppen nur beratende Tätigkeit aus.²³⁹ Soweit ersichtlich haben die Europäischen Gerichte über die allgemeinen Grenzen der auf Expertengruppen übertragbaren Befugnisse bislang nicht geurteilt, was daran liegen dürfte, dass ihnen bislang keine über Beratungsbefugnisse hinausgehenden Kompetenzen erteilt wurden. Aus der *Meroni*-Rechtsprechung sowie der nachfolgenden Rechtsprechung zu Agenturen lässt sich jedoch aus der hier vertretenen *Je-desto*-Formel ein Erst-recht-Schluss ziehen: Wenn Agenturen, die immerhin durch einen sekundärrechtlichen Gründungsakt geschaffen wurden, nur eng umgrenzte Durchführungsbefugnisse übertragen werden dürfen, gilt dies erst recht für Expertengruppen.

ii) Vorsorgeprinzip

Im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips lassen sich demgegenüber eindeutige Befugnisgrenzen von Expertengruppen ausmachen. Denn die bereits beschriebene *Pfizer-Animal-*

²³⁸ Ausführlich *Christiansen/Dobbels*, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), *Rulemaking by the European Commission*, 2016, S. 87, 94 ff.

²³⁹ Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 3.

Health-Entscheidung des EuG²⁴⁰, die für Agenturen keine unmittelbar passenden Aussagen enthielt, befasste sich direkt mit dem Verhältnis des von der Kommission gegründeten Expertenausschusses SCAN zur Kommission. Wie bereits erörtert sah das EuG die institutionelle Aufteilung, die die wissenschaftliche Risikobewertung dem SCAN zuschrieb, diesem aber mangels demokratischer Legitimation keine Ausübung von Hoheitsbefugnissen erlaubte, sondern die rechtsverbindlichen Risikomanagement-Maßnahmen der Kommission vorbehielt, als zwingend an.²⁴¹

c) Zwischenergebnis zur Ex-ante-Legitimation

Zusammenfassend sind zur Ex-ante-Legitimation verschiedene Punkte festzuhalten. Zunächst sind Gesetzgebungsakte, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden, auf Basis der spezifischen dualen Legitimationsstruktur der EU als besonders demokratisch einzustufen. Es ist folglich wünschenswert, dass Entscheidungen unter großer Ungewissheit und über Verteilungskonflikte (schwere, irreversible Schäden gewichtiger Rechtsgüter betreffend) primär in diesem Verfahren getroffen werden. Das besondere Gesetzgebungsverfahren nach Art. 192 Abs. 2 AEUV ist demgegenüber aus demokratischer Perspektive etwas problematischer, da der Rat über eine geringere Ex-ante-Legitimation verfügt als das EP. Stärkere demokratische Legitimation kann insoweit aufgrund der erforderlichen Einstimmigkeit des Ratsbeschlusses insbesondere durch Kontrolle der nationalen Parlamente herbeigeführt werden.

Bei der Tertiärrechtsetzung durch die Kommission ist zu differenzieren. Delegierte Rechtsetzung der Kommission gem. Art. 290 AEUV weist zwar selbst über eine geringere demokratische Legitimation auf als Gesetzgebungsakte²⁴², aber durch das Wesentlichkeitskriterium ist zumindest theoretisch sichergestellt, dass wesentliche Entscheidungen im stärker legitimierten Sekundärrechtsakt getroffen werden. Insofern wäre allerdings eine genauere Präzisierung des Wesentlichkeitsbegriffs durch die Rechtsprechung, insbesondere die explizite Nennung von Entscheidungen unter großer wissenschaftlicher Ungewissheit/Kontroverse und über Verteilungskonflikte, wünschenswert. Hinsichtlich der Formulierung, dass „Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisse“ der Kommission im Sekundärrechtsakt festzulegen sind, ist zu erwägen, im Bereich der Risikoregulierung Methoden und Maßstäbe unter den Begriff des

²⁴⁰ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305.

²⁴¹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 201.

²⁴² Zumindest wenn man – wie dieses Arbeit – einer parlamentszentrierten Demokratietheorie auch für die EU zuneigt, nach der gubernative Rechtsetzung nicht legitimatorisch gleichwertig wie parlamentarische Rechtsetzung ist.

„Inhaltes“ zu fassen. Denn die Maßstabssetzung und Methodenfestlegung für die wissenschaftliche Risikobewertung durch die Kommission inklusive der durch sie beauftragten Expertengruppen sind wertende, teils hochpolitische Fragen, die insbesondere nicht den Expertengruppen überlassen werden sollte (näher zur Konkretisierung dieser Aspekte in Teil 3). Gleichwohl ist bei den vorhandenen Ex-ante-Absicherungen des Legitimationsniveaus problematisch, dass weder von Parlament und Rat noch vom EuGH stets vorab beurteilt werden kann, welche Fragen aufgrund der mit ihnen verbundenen Ungewissheit hochpolitische – wesentliche – Fragen sind.²⁴³ Insofern sind die Ex-post-Kontrollmechanismen unentbehrlich, um im Einzelfall die Legitimation kontroverser wissenschaftlicher Entscheidungen sicherzustellen (dazu sogleich unter II.).

Durchführungsrechtsetzung ist als exekutive Maßnahme demokratisch grundsätzlich weniger legitimationsbedürftig und somit unproblematisch, solange tatsächlich nur bereits Entschiedenes umgesetzt wird und keine kontroversen politischen Ermessensentscheidungen getroffen werden. Beispielsweise bei der Änderung des Katalogs zulassungspflichtiger oder Beschränkungen unterliegender Chemikalien durch Durchführungsverordnungen zur Änderung der Anhänge der REACH-VO werden allerdings durchaus hochpolitische und wissenschaftlich sehr umstrittene Entscheidungen gefällt. Durch eine Konkretisierung der Abgrenzungskriterien von legislativen Kompetenzen nach Art. 290 AEUV und exekutiven Kompetenzen nach Art. 291 AEUV könnte die Übertragung politischer Ermessensentscheidungen auf Durchführungsrechtsetzung reduziert werden. Zu erörtern sind insoweit Ausmaß und Inhalt der gerichtlichen Kontrolle sowie institutionelle Möglichkeiten zur (parlamentarischen) Kontrolle, dass die Kommission ihre Durchführungsbefugnisse nicht überschreitet (dazu genauer Teil 3). Die bereits vorhandene Kontrolle durch die Komitologie-Ausschüsse und ihre mögliche Auswirkung auf das Legitimationsniveau der Entscheidung durch Ex-post-Kontrolle wird sogleich unter II. angesprochen.

Da die an der Risikoregulierung im Umwelt- und Gesundheitsbereich beteiligten Agenturen derzeit (noch) nicht mit abstrakt-generellen Letztentscheidungsbefugnissen ausgestattet sind, ist ihre verhältnismäßig geringe demokratische Ex-ante-Legitimation unproblematisch, solange die Letztentscheidung von einem besser legitimierten Organ getroffen wird, welches die Risikobewertung der Agentur selbstständig prüft und beim Risikomanagement ggf. auch von der Empfehlung der Agentur abweicht und abweichen darf (zu Letzterem sogleich B.). Problema-

²⁴³ Ebenso kritisch *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 128 f.

tisch ist allerdings, dass mehrere Agenturen oder Einrichtungen, zwischen denen wissenschaftliche Kontroversen festgestellt werden, gehalten sind, diese zunächst unter sich zu lösen, was intransparent und undemokratisch wirken und sein kann. Zu erwägen wäre insofern auf Grundlage der Je-desto-Formel, die Kontroverse als Grund zu nehmen, eine demokratisch besonders legitimierte Entscheidung herbeizuführen (dazu näher Teil 3). Allgemein steht der hohen faktischen Präjudiz-Wirkung der Risikobewertung durch Agenturen, insbesondere bezüglich der Auflösung wissenschaftlicher Kontroversen, die geringe demokratische Legitimation gegenüber. Zwar ist – wie gesagt, mangels momentaner Letztentscheidungsbefugnis – eine solche demokratische Legitimation auf Grundlage der Je-desto-Formel nicht absolut zwingend, gleichwohl veranlasst die faktische, womöglich auch rechtliche (sogleich B.), Bindungswirkung und die quasi-regulatorische Tätigkeit der Agenturen dazu, ein gewisses Legitimationsniveau der Agenturen als wünschenswert einzustufen. Die Ex-post-Kontrolle der Agenturen durch Kommission, Parlament und Rat sowie Transparenz und Partizipation bei der Agenturtätigkeit zur Erhöhung der Kontrolle durch die Öffentlichkeit sind daher sogleich unter II. zu erörtern. Für die künftige Entwicklung, in der die Übertragung abstrakt-genereller Letztentscheidungsbefugnisse auf weitere (Risikoregulierungs-)Agenturen denkbar ist, ist zudem eine Konkretisierung (und Kodifizierung) der *Meroni*-Doktrin wünschenswert, in der Entscheidungen unter großer wissenschaftlicher Ungewissheit und über Verteilungskonflikte von der Übertragung auf Agenturen ausgeklammert sind. Insofern bietet sich an, allgemein für die Übertragung von Befugnissen in Sekundärrechtsakten auf Kommission und Agenturen abgestufte Kriterien aufzustellen, die sich für Entscheidungen unter Ungewissheit und über Verteilungskonflikte an der Je-desto-Formel orientieren (näher dazu Teil 3).

Expertengruppen der Kommission können aufgrund der Rechtsprechung zum Vorsorgeprinzip im Bereich der Risikoregulierung keine Letztentscheidungskompetenzen, sondern lediglich Beratungskompetenzen übertragen werden. Wie bei Agenturen kann der faktischen präjudiziellen Wirkung ihrer Ratschläge, die im Gegensatz zu ihrer geringen demokratischen Legitimation steht, durch Ex-post-Kontrolle, Transparenz und Partizipation begegnet werden (dazu sogleich II. für bestehende Mechanismen und Teil 3 für Verbesserungsvorschläge).

II. Demokratische Ex-post-Kontrollmechanismen

Nachdem nun Punkte herauskristallisiert wurden, bei dem die demokratische Ex-ante-Legitimation Schwächen aufweist, ist zu fragen, ob und inwieweit diese Schwächen durch die Kontrolle demokratischerer Institutionen (dazu 1.) und durch Transparenz und Partizipation, die auf

eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit hinauslaufen und dem *Habermas'schen* deliberativen Demokratiemodell entsprechen (dazu 2.), ausgeglichen werden. Hierbei soll die gerichtliche Kontrolle grundsätzlich ausgeklammert werden, weil diese als rechtliche Grenze des inhaltlichen Gestaltungsspielraums der Entscheidungsträger in Abschnitt B zentrale Bedeutung haben wird. Die gerichtliche Kontrolle erhöht zudem, wenn die demokratische Legitimation des primären Entscheidungsträgers die des kontrollierenden Gerichts übersteigt, nicht die *demokratische* Legitimation der Entscheidung, sondern deren Rechtsstaatlichkeit.

1. Kontrolle durch demokratischere Institutionen

a) Kontrolle der delegierten Rechtsetzung durch Parlament und Rat

Art. 290 AEUV statuiert die Möglichkeit, zwei verschiedene Kontrollmechanismen des Parlaments und des Rates im jeweiligen Sekundärrechtsakt vorzusehen: zum einen die Möglichkeit, die Delegation *in toto* zu widerrufen, zum anderen die Vetomöglichkeit gegen delegierte Akte der Kommission.²⁴⁴ Diese beiden Kontrollmechanismen können Parlament und Rat – im Gegensatz zu einer „echten“ Änderung des Sekundärrechtsakts im Gesetzgebungsverfahren – ohne Initiative der Kommission und jeweils separat voneinander ausüben, wodurch die Hürden gesenkt werden.²⁴⁵ Das Parlament entscheidet dabei mit der Mehrheit seiner Mitglieder und der Rat mit qualifizierter Mehrheit. Hierdurch wird dem Grunde nach ermöglicht, dass Parlament und Rat eine Ex-post-Feinabstimmung durchführen können, ob die delegierte Rechtsetzung der Kommission ihren politischen Präferenzen entspricht, insbesondere die Entscheidungen über Verteilungskonflikte oder unter wissenschaftlicher Ungewissheit in ihrem Sinne fällt. Hierdurch steigt dem Grunde nach die mittelbare demokratische Legitimation der delegierten Rechtsetzung.²⁴⁶

Die Kontrollmechanismen leiden jedoch an einer Vielzahl an Problemen: Zum einen ist die Festlegung eines Kontrollmechanismus im Sekundärrechtsakt möglich, aber nicht zwingend.²⁴⁷ Sofern im Sekundärrechtsakt folglich gegen einen Kontrollmechanismus entschieden wurde, ist auch die Feinabstimmung bei auftretenden wissenschaftlichen Kontroversen ausgeschlossen und die „groben“ Mechanismen der Ex-ante-Beschränkung der Delegation (s.o.) bleiben die einzigen Garanten der inhaltlichen Legitimation. Zudem lässt sich eine Praxis ausmachen, in

²⁴⁴ Ausführlich zu beiden Möglichkeiten *Fabricius*, ZEuS 14 (2011), 583 ff.

²⁴⁵ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, S. 61.

²⁴⁶ Vgl. *Gellermann*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290, Rn. 7.

²⁴⁷ *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 128.

der der Unionsgesetzgeber das Widerrufsrecht vorab auf noch nicht in Kraft getretene delegierte Rechtsakte beschränkt, wodurch in Kraft getretene Rechtsakte einer wirksamen Kontrolle entzogen werden.²⁴⁸

Generell sind die spezifischen Kontrollmöglichkeiten für eine echte Feinabstimmung nur begrenzt geeignet. Der komplette Widerruf der Delegation ist als letztes Mittel bei völliger Dissonanz der Kommissionsrechtsetzung mit den Vorstellungen von Parlament oder Rat geeignet, nicht aber für die Auflösung von Kontroversen im Detail.²⁴⁹ Auch das Veto-Recht bezieht sich auf den gesamten delegierten Rechtsakt, nicht aber auf einzelne Punkte, sodass es zur demokratischeren Entscheidung einzelner wissenschaftlich kontroverser oder Verteilungskonflikte betreffender Punkte in einzelnen Paragraphen oder Abschnitten ungeeignet ist.²⁵⁰

Schließlich sind keine Informationspflichten und keine Möglichkeit zur Beteiligung des Parlaments und des Rates *während* des Rechtsetzungsprozesses vorgesehen – dies ist insoweit anders als zuvor im Komitologie-Verfahren, in dem die mitgliedstaatlich besetzten Komitologie-Ausschüsse von Anfang an in die Rechtsetzung einbezogen wurden.²⁵¹ Sowohl Parlament als auch Rat können aber nur sinnvoll ihre Kontrollrechte ausüben, wenn sie die problematischen, (wissenschaftlich oder (verteilungs-)politisch) kontroversen Aspekte der delegierten Rechtsetzung erkennen und verstehen.

Es stellt sich insoweit zum einen die Frage, ob die in Art. 290 AEUV aufgezählten Kontrollmechanismen abschließend zu verstehen sind oder ob sich Parlament und Rat im Sekundärrechtsakt auch z.B. (informelle) Beteiligungsrechte absichern können, die das Verständnis und die frühzeitige Einflussnahme im Detail ermöglichen. Diese Frage ist – auch zwischen Parlament und Kommission – umstritten.²⁵² Während die deutsche Sprachfassung insoweit eher nach einer abschließenden Aufzählung klingt, kann insbesondere die englische Sprachfassung als beispielhafte Aufzählung interpretiert werden („may be as follows“).²⁵³ Die herrschende Meinung in der Literatur geht von einer abschließenden Aufzählung aus.²⁵⁴ Sie beruft sich auf die

²⁴⁸ Kritisch hierzu *Fabricius*, ZEuS 14 (2011), 591 ff.

²⁴⁹ *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 129.

²⁵⁰ *Ders.*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 129.

²⁵¹ *Ders.*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 129.

²⁵² Vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 16a; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, S. 66.

²⁵³ Vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, 16a.

²⁵⁴ *Fabricius*, ZEuS 14 (2011), 584 f.; *Kröll*, ZÖR 66 (2011), 275; *Craig*, in: Griller/Ziller (Hrsg.), The Lisbon Treaty, 2008, 115 ff.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 66; *Schmidt*, in: GSH, EU-Recht, Art. 290 AEUV, Rn. 32; *Schütze*, Modern Law Review 74 (2011), 686; *Kotzur*, in: GKK, Art. 290 AEUV, Rn. 7; *Driessen*, ELR 2010, 847.

detaillierte Regelung des Art. 290 Abs. 2, die überflüssig wäre, wenn ohnehin beliebige Kontrollmechanismen sekundärrechtlich vorgesehen werden könnten.²⁵⁵ Zudem verschwimme die Grenze zwischen Art. 290 und 291 AEUV erst recht, wenn auch für delegierte Rechtsetzung komitologieähnliche Kontrollverfahren vorgesehen werden könnten.²⁵⁶ Schließlich schaffe Art. 290 AEUV bewusst einen Ausgleich zwischen effizienter und flexibler Kommissionsrechtsetzung und demokratischer Legitimation, der nicht ohne Weiteres zugunsten der demokratischen Kontrolle verschoben werden dürfe.²⁵⁷

Dem ersten Argument kann nicht zugestimmt werden, da Regelbeispiele eine gebräuchliche Normierungstechnik darstellen, die durch die Konkretisierung des Denkbaren nicht obsolet sind und auch nicht zwingend durch das Wort „insbesondere“ gekennzeichnet werden müssen.²⁵⁸ Die Abgrenzungsschwierigkeit zwischen Art. 290 und 291 AEUV soll nicht in Abrede gestellt werden. Würde man allerdings die Abgrenzung anhand der vorgesehenen Kontrollmechanismen vornehmen, würde man „das Pferd von hinten aufzäumen“. Die legislative bzw. exekutive Natur der Maßnahme hat darüber zu entscheiden, welche Kontrolle möglich ist, und nicht umgekehrt. Zuzugeben ist gleichwohl, dass eine Kontrolle delegierter Rechtsetzung durch mitgliedstaatliche Ausschüsse einen Fremdkörper darstellen würde. Sinnvoll ist insofern eine Interpretation dahingehend, dass die Aufzählung hinsichtlich der kontrollierenden Organe abschließend ist, nicht aber hinsichtlich der möglichen Kontrollmechanismen. Durch flexiblere Kontrollmechanismen des Parlaments (insbesondere Teilnahme-/Informationsrechte an Sitzungen der Kommission, teilweises Veto) könnten die oben beschriebenen Probleme behoben werden. Dem letzten Argument, dass sich für ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen demokratischer Kontrolle und Flexibilität der delegierten Rechtsetzung entschieden wurde, welches im Sekundärrecht nicht einfach geändert werden kann, ist zu entgegnen, dass ohnehin vorgesehen ist, dass der Unionsgesetzgeber dieses Gleichgewicht im Sekundärrecht selbst festlegt, indem er einen, beide oder keinen Kontrollmechanismus vorsieht. Zuzugeben ist wiederum, dass eine Kontrolle, die an der Verfahrensintensität dem Gesetzgebungsverfahren gleichkommt, die Delegation relativ sinnlos machen würde. Dass der Unionsgesetzgeber sich aber immer dafür entscheiden kann, gar nichts zu delegieren, spricht aber dafür, dass er sich auch für eine (sinnlose, weil unflexible und extrem stark kontrollierte) Delegation entscheiden kann. Insofern sollte die

²⁵⁵ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, 16a.

²⁵⁶ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 66; Dougan, CMLR 2008, 650.

²⁵⁷ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, S. 66; als notwendig und hinreichend sehen auch Möllers/Achenbach, EuR 2011, 56 die vorgesehene demokratische Kontrolle an.

²⁵⁸ A.A. Fabricius, ZEuS 14 (2011), 585, der aus dem fehlenden Wort auf die abschließende Aufzählung schließt.

Aufzählung lediglich hinsichtlich der Organe, nicht aber hinsichtlich der Kontrollmechanismen als abschließend betrachtet werden.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob Parlament und Rat überhaupt die Kapazitäten haben, jede delegierte Rechtsetzung im Detail zu verfolgen.²⁵⁹ *Craig* zweifelt dies an und sagt die Bildung neuer Expertengruppen zur Beratung von Parlament und Ratsvertretern voraus²⁶⁰, was wiederum keine echte Demokratisierung der Entscheidung, sondern eine Verlagerung von den einen Experten auf die anderen Experten bedeuten würde.²⁶¹ Dies betrifft ein von *Beck* schon abstrakt thematisiertes Problem, nämlich dass der Mensch in seinen eigenen Belangen unwissend ist und der Entscheidung unfähig. Über Mechanismen, wie die demokratische Kontrolle der delegierten Rechtsetzung ggf. auch durch partizipative Mechanismen zur Ergänzung der parlamentarischen Kontrolle oder durch Rückverweispflichten der Kommission verbessert werden kann, ist daher in Teil 3 nachzudenken.²⁶² Zentral dürfte es zudem sein sicherzustellen, dass Experten auch gegenüber Parlament und Rat eine beratende, aber keine entscheidende Funktion ausüben.

b) Kontrolle der Durchführungsrechtsetzung durch Komitologie und EP

Komitologie-Ausschüsse wirken – wie bereits angedeutet – an Schaffung und Kontrolle der Durchführungsrechtsetzung der Kommission mit. Dabei muss die Kommission ihre Stellungnahmen teilweise nur soweit möglich berücksichtigen (Beratungsverfahren), in Bereichen der Umwelt- und Gesundheitspolitik haben die Ausschüsse sogar ein echtes Veto-Recht gegen die Durchführungsrechtsetzung der Kommission (Prüfverfahren).²⁶³

Diese Kontrolle durch die Komitologie-Ausschüsse ist zwar aus vertikaler Sicht für die Mitgliedstaaten wichtig, um ihre grundsätzliche Vollzugszuständigkeit abzusichern²⁶⁴, die demokratische Legitimation der Durchführungsrechtsetzung wird durch die Ex-post-Kontrolle dieser Ausschüsse allerdings nicht per se erhöht, da es sich um Gremien handelt, deren demokratische

²⁵⁹ Skeptisch auch *Christiansen/Dobbels*, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), *Rulemaking by the European Commission*, 2016, S. 87, 103.

²⁶⁰ *Craig*, *EU administrative law*, 2. Aufl. 2012, 129 f.

²⁶¹ Angesprochen ist damit auch die bereits in der Einleitung postulierte Problematik der Aufhebung der Gewaltenteilung durch Abhängigkeit von Experteneinschätzungen.

²⁶² Ideen hierzu auch bei *Möllers/Achenbach*, *EuR* 2011, 56 f. Sie werden in Teil 3 ausführlicher besprochen.

²⁶³ S. zu Komitologie-Ausschüssen z.B. *Ruffert*, in: Schumann (Hrsg.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, 2015, S. 97, 107 ff.; ausführlich *Craig*, *EU administrative law*, 2. Aufl. 2012, 130 ff.

²⁶⁴ S. insbesondere zum Kontrollmechanismus des *Appeal Committee*: *Christiansen/Dobbels*, in: Bergström/Ritleng (Hrsg.), *Rulemaking by the European Commission*, 2016, S. 87, 99 ff.

Legitimation nicht über dem der Kommission anzusiedeln ist, da sie sich aus mitgliedstaatlichen Experten zusammensetzen, die der jeweiligen mitgliedstaatlichen Exekutive entstammen – mit entsprechend langer und ggf. unterbrochener Legitimationskette (s.o.). Einen gewissen informellen Einfluss erhält hierdurch freilich der Rat, da die mitgliedstaatlichen Experten oftmals dem jeweiligen Ratsvertreter untergeordnete Ministerialbeamte sind.²⁶⁵ Dieser informelle Einfluss erhöht allerdings aufgrund seiner Intransparenz die demokratische Legitimation nicht.

Denkbar ist eine Erhöhung der demokratischen Legitimation durch Deliberation, wenn man die Komitologie-Ausschüsse als Ort des Austauschs von Gründen und Gegengründen ansieht, um ein sinnvolles Ergebnis herbeizuführen.²⁶⁶ Zum einen ist jedoch anzuzweifeln, ob eine solche Interpretation der Komitologie-Ausschüsse der Realität entspricht.²⁶⁷ Darüber hinaus wird der output-orientierte deliberative Legitimationsansatz für bestimmte Entscheidungen gerade nicht zugrunde gelegt, weil bei Entscheidungen unter Ungewissheit und über Verteilungskonflikte die Richtigkeit des Ergebnisses nicht sinnvoll antizipiert werden kann – auch nicht beim Austausch von Gründen und Gegengründen (s.o. Kapitel 3) und weil – Möllers folgend – allgemein die Rationalisierungsleistung nicht ohne Weiteres mit demokratischer Legitimation gleichgesetzt werden kann.²⁶⁸ Auf Grundlage der hier präferierten kritischen deliberativen Demokratietheorie von *Habermas*, die über das kritische Input die Legitimation erhöht, ist immer auch Transparenz und vielfältige Partizipation notwendig, um Legitimation durch Deliberation zu schaffen. Das Komitologie-Verfahren steht aber gerade wegen seiner Intransparenz in der Kritik, sodass es die demokratische Legitimation nicht erhöht.²⁶⁹

Das EP ist bei der Kontrolle der Durchführungsrechtsetzung auf Informations- und Hinweisrechte beschränkt²⁷⁰, welche die demokratische Legitimation der Entscheidung nicht nennenswert erhöhen.

Da die demokratische Legitimation der Entscheidungen, die als Durchführungsrechtsetzung ergehen, nicht signifikant durch Ex-post-Kontrolle erhöht wird, bleibt es bei dem zur Ex-ante-

²⁶⁵ Vgl. zur Natur der Komitologie-Ausschüsse und der informellen Einflussmöglichkeit des Rates *Craig*, *EU administrative law*, 2. Aufl. 2012, 132 f.

²⁶⁶ So *Joerges/Neyer*, *European Law Journal* 3 (1997), 273.

²⁶⁷ Ebenso *Möllers/Achenbach*, *EuR* 2011, 54.

²⁶⁸ *Dies.*, *EuR* 2011, 54; *Möllers*, *Die drei Gewalten*, 2008, 63 ff.

²⁶⁹ Es soll freilich nicht in Abrede gestellt werden, dass es andere Vorzüge haben mag, wie die gelungene Kooperation zwischen EU und Mitgliedstaaten beim Vollzug und die fachkundige Information der Kommission durch die sachnahen mitgliedstaatlichen Behördenvertreter.

²⁷⁰ Vgl. Art. 10 Abs. 3 und Art. 11 der VO Nr. 182/2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, *ABl.* 2011, Nr. L 55/13 vom 16.02.2011; *Ruffert*, in: *Schumann (Hrsg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, 2015, S. 97, S. 109.

Legitimation gefundenen Ergebnis, dass in der Durchführungsrechtsetzung keine Entscheidungen unter großer Ungewissheit/Kontroverse oder über Verteilungskonflikte getroffen werden sollten (s. näher Teil 3).

c) Allgemeine Kontrolle der Kommission durch das Parlament

Wenngleich die Kommission ursprünglich als technokratische Institution einer europäischen Elite konzipiert und im Wesentlichen durch professionelle und rechtliche Verantwortlichkeit gebunden war, nicht aber demokratischer Verantwortlichkeit unterlag, hat sich dies im Zuge der europäischen Integration gewandelt.²⁷¹ Die beschriebenen direkten inhaltlichen Einflussmöglichkeiten des Europäischen Parlaments im Zuge der delegierten Rechtsetzung stellen nur ein Beispiel für die fortschreitende demokratische Verantwortung und Kontrolle der Kommission dar. Bereits benannt wurden die Rolle des EP bei der Investitur der Kommission (s.o.); die Möglichkeit des Misstrauensvotums gem. Art. 234 AEUV gegen die gesamte Kommission, welches mit Zweidrittelmehrheit der abgegebenen Stimmen und der Mehrheit der Mitglieder des Parlaments erfolgreich ist; das Recht auf parlamentarische Anfragen gem. Art. 230 AEUV, die schriftlich oder mündlich (z.B. im Rahmen der regelmäßigen Fragestunde) erfolgen können und auf die die Kommission antworten muss.²⁷² Schließlich kann das EP auch Untersuchungsausschüsse für einzelne mutmaßliche Verstöße gegen das Unionsrecht oder Missstände bei dessen Umsetzung einsetzen, vgl. Art. 226 AEUV.

Innerhalb der Kommission wurde im Vertrag von Amsterdam die Legitimationskette dadurch verdichtet, dass der Kommissionspräsident nicht mehr der „Erste unter Gleichen“ ist, sondern den anderen Kommissaren ihre Portfolios (neu) zuweisen kann und sogar den Rücktritt verlangen kann.²⁷³

Viele dieser Mechanismen sind freilich grundsätzlich nur für ein „grobe“ demokratische Kontrolle geeignet, da sie gravierende Sanktionen vorsehen und eher für massive Verfehlungen der Kommission oder einzelner Kommissare geeignet sind. Für eine Feinabstimmung hinsichtlich einzelner wissenschaftlich hochkontroverser Punkte im Bereich der Risikoregulierung eignen sich die vorgesehenen Sanktionen weniger. Auf einer informellen Ebene ist die stetig steigende Einbeziehung des EP positiv zu bewerten: So werden Kommissions-Positionen zu einzelnen Punkten aufgrund parlamentarischer Nachfragen womöglich eher hinterfragt und eine

²⁷¹ Ausführlich zu diesem Prozess *Wille*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 63, 64 f.

²⁷² Vgl. auch *dies.*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 63, 68.

²⁷³ Vgl. *dies.*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 63, 68.

frühzeitige Abstimmung mit dem Parlament als Verhandlungsstrategie der Kommission gegenüber dem Rat verwendet, da eine gemeinsame Position mehr Gewicht hat.²⁷⁴ Diese informellen Kontrollmechanismen setzen zur Wirksamkeit wiederum eine gute Information und fachliche Kompetenz der Abgeordneten voraus, um überhaupt kontroverse, wissenschaftlich ungewisse Entscheidungen zu erkennen. Dies kann in Pioniergebieten der technischen Entwicklung schwerlich erwartet werden. Dieses Dilemma und mögliche Lösungsansätze sind in Teil 3 näher zu betrachten.

d) Kontrolle der Agenturen durch EP und Kommission

Ebenso wie Parlament und Rat bei der Gründung der Agenturen eine gewisse Ex-ante-Legitimation der Agenturen bewerkstelligen, indem sie ihnen im Gründungsakt begrenzte Befugnisse verleihen, behält sich im Bereich der ehemals ersten Säule, zu dem auch Umwelt- und Gesundheitspolitik zählen, das EP bestimmte Kontrollmechanismen gegenüber Agenturen vor, die die Legitimation *ex post* erhöhen können.²⁷⁵ Hierzu gehört in aller Regel die Pflicht der Agenturen, dem EP ein Arbeitsprogramm und/oder einen Jahresbericht vorzulegen.²⁷⁶ Darüber hinaus ist das EP bei diesen Agenturen für die Haushaltsentlastung zuständig, sodass es über die finanzielle Rechenschaftspflicht der Agenturen wacht.²⁷⁷ Bei vielen jüngeren Agenturen kommen Anhörungen des jeweiligen Agentur-Direktors vor dem zuständigen Ausschuss des Parlaments (für den hier relevanten Bereich v.a. der Ausschuss für Umweltfragen, öffentliche Gesundheit

²⁷⁴ Mit Zitaten von Kommissions-Mitarbeitern *dies.*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 63, 75 ff.

²⁷⁵ Im Bereich der ehemals ersten Säule der EU besitzt der Rat oft nur minimale Kontrollmechanismen wie die Pflicht der Agenturen, ihm ein Arbeitsprogramm und einen Jahresbericht vorzulegen, anders als für Agenturen der ehemals zweiten und dritten Säule (z.B. Europol und Eurojust), vgl. hierzu *Busuioc*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 87, 99 ff.

²⁷⁶ *Dies.*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 87, 99; z.B. für die EMA: Art. 65 Abs. 9 & 10 VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004; für die EFSA Art. 26 Abs. 3 VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002.

²⁷⁷ Z.B. für die EFSA Art. 44 Abs. 4 VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002; Art. 68 Abs. 10 VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004; vgl. auch *Busuioc*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 87, 100.

und Lebensmittelsicherheit, ENVI) hinzu – zum einen vor Amtsantritt des Direktors, zum anderen regelmäßig über die Ausübung der Aufgaben der Agentur.²⁷⁸ Mitglieder des EP sitzen zudem in den Verwaltungsräten vieler Agenturen²⁷⁹ oder können zumindest den Verwaltungsrat (teilweise²⁸⁰) ernennen²⁸¹ und haben so Einfluss auf eine Vielzahl interner Bestimmungen, die teilweise auch direkt für die vorliegende Untersuchung relevant sind, z.B. Verfahrensbestimmungen für wissenschaftliche Dienstleistungen, Bestimmungen für die Unterstützung der Agentur durch Industrieunternehmen, Bestimmungen für die Veröffentlichung von Informationen.²⁸² Über die Ergebnisse der Identifizierung neu auftretender Risiken, der Datenerhebungen und wissenschaftlicher Studien der Agenturen wird das Parlament informiert – auch dann, wenn es sie nicht selbst in Auftrag gegeben hat.²⁸³

Das EP verfügt folglich gegenüber Agenturen vor allem über Informationsrechte und in sehr begrenztem Umfang über v.a. personelle und finanzielle Einflussmöglichkeiten.²⁸⁴ Daneben bleibt dem EP (gemeinsam mit dem Rat) auf Grundlage sekundärrechtlich überwiegend vorgesehener Evaluationsmechanismen die „harte Waffe“ der Änderung des Mandats oder Abschaffung der Agentur durch Sekundärrecht.²⁸⁵

²⁷⁸ Vgl. Art. 64 Abs. 1 VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004; Art. 26 Abs. 1 und 2 h) VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002; Art. 84 Abs. 1 UAbs. 4 VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, Abl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006; dazu und zur tatsächlichen Nutzung dieser Rechte durch das EP *Busuioc*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 87, 100 ff.

²⁷⁹ Z.B. für die EMA: Art. 65 Abs. 1 VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004.

²⁸⁰ Art. 79 Abs. 1 VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, Abl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006.

²⁸¹ Z.B. für die EFSA: Art. 25 Abs. 1 VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002.

²⁸² Z.B. für die EMA: Art. 66 VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004.

²⁸³ Vgl. Art. 32 Abs. 2 VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002.

²⁸⁴ Zu Letzterem *Busuioc*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 87, 106 f.

²⁸⁵ *Dies.*, in: Bovens/Curtin/Hart (Hrsg.), *The real world of EU accountability*, 2010, S. 87, 107.

Die Regelungen zur Kontrolle der Agenturen durch die Kommission sind vielfach diffus und beschränken sich auf Berichtspflichten gegenüber der Kommission. Rechts- und fachaufsichtliche Weisungsbefugnisse müssten weitgehend durch Auslegung aus den jeweiligen Gründungsakten entnommen werden.

Dieses Fehlen direkter inhaltlicher Kontrollmechanismen des Parlaments (und der Kommission) ist jedoch im Bereich der Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken wünschenswert, solange Agenturen keine eigenen abstrakt-generellen Letztentscheidungsbefugnisse haben, sondern lediglich beratend auftreten. Denn eine direkte Einflussmöglichkeit des Parlaments oder der Kommission im Detail würde die Grenze zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Risikomanagement verwischen, was aus Transparenz-Gründen (dazu allgemein sogleich) nicht zu befürworten wäre. Zudem benötigt die Demokratie Möllers folgend Bereiche der offenen Wissensproduktion (s.o. Kapitel 2). Kontrolle durch Information ist für Agenturen, die inhaltlich gerade wissenschaftlich unabhängig arbeiten sollen, das adäquate Mittel. Durch die „harte Waffe“, die das Parlament in der Hinterhand hat, kann verhindert werden, dass eine Agentur insgesamt und dauerhaft in eine politisch nicht erwünschte Richtung arbeitet.

e) Kontrolle der Expertengruppen

Expertengruppen der Kommission werden von der – ihrerseits nur mittelbar demokratisch legitimierten Kommission – eingesetzt. In ihrem allenfalls punktuell eine rechtlich relevante Selbstverpflichtung auslösenden Dokument zu Expertengruppen ist als Kontrollmechanismus der Kommission vorgesehen, dass ein Vertreter der Kommission den Vorsitz innehat, der Vorsitzende von der Kommission ernannt wird oder zumindest die Kommission beschließen kann, dass die Gruppe ihren Vorsitzenden selbst wählt.²⁸⁶ Zudem gibt die Kommission der Expertengruppe erst Auftrag und Befugnis und kann deren Tätigkeit (gerade bei informellen Expertengruppen) auch jederzeit einstellen.²⁸⁷ Im Gegensatz zu Agenturen ist somit die personelle Kontrolle der Kommission bei Expertengruppen höher. Da Expertengruppen aber eine ähnliche Funktion in der Risikoregulierung ausüben wie Agenturen, stellt sich insbesondere auch die Frage nach Informationsrechten des Parlaments. Dem Parlament werden nur unter bestimmten Bedingungen (Expertengruppe schließt Vertreter aller Mitgliedstaaten ein und verhandelt

²⁸⁶ Bestimmung 11 Abs. 1 der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 12.

²⁸⁷ Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg.

Rechtsetzungsvorschläge inkl. *soft law*) Informationsrechte gewährt.²⁸⁸ Diese Bedingtheit des Informationsrechts ist nur teilweise gerechtfertigt. Die Beschränkung auf Sitzungen, in denen Rechtsetzungsvorschläge verhandelt werden, macht aus institutioneller Perspektive Sinn, da nur solche in den eigentlichen Kompetenzbereich des Parlaments fallen. Die weitere Beschränkung, dass eine Information des Parlaments nur dann stattfindet, wenn Vertreter aller Mitgliedstaaten in der Expertengruppe sind, lässt sich wohl historisch wegen der Ähnlichkeit zu Komitologie-Ausschüssen begründen, macht aber in der neuen Dogmatik des Art. 290 und 291 AEUV keinen Sinn. Denn in der delegierten Rechtsetzung ist das EP die zentrale Kontrollinstanz und gerade nicht mehr die Mitgliedstaaten. Dementsprechend muss die Kontrolle auch dann wirksam durch Informations-/Teilnahmerechte des EP ermöglicht werden, wenn keine mitgliedstaatlichen Vertreter in der Expertengruppe sind (näher dazu Teil 3).

Darüber hinaus wäre eine sekundärrechtliche Verankerung der Aufgaben, Befugnisse und Informationspflichten der Expertengruppen wünschenswert, um Kontrollbefugnisse des Parlaments allgemeinverbindlich festzuhalten. Eine solche Verordnung wäre schon aus Transparenzgründen zu befürworten (s. sogleich).²⁸⁹

f) Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Kontrollmöglichkeiten, die demokratischere Institutionen gegenüber vergleichsweise weniger demokratisch legitimierten Institutionen innehaben, ist zwischen der Kontrolle im Bereich der Risikobewertung und der Kontrolle im Bereich des Risikomanagements zu unterscheiden.

Tätigkeiten im Bereich der Risikobewertung werden im Wesentlichen von Agenturen und Expertengruppen wahrgenommen (s.o. zur Ex-ante-Legitimation). Die Kontrollmöglichkeiten von Parlament, Kommission und Rat sind insoweit allgemein gesprochen im Wesentlichen auf Informationsrechte, generelle finanzielle Kontrollmechanismen und die Möglichkeit, Agenturen und Expertengruppen einzusetzen und aufzulösen, beschränkt. Das Fehlen direkter inhaltlicher Kontrollmechanismen ist allerdings angemessen, soweit Agenturen und Expertengruppen eben nur beratend tätig werden. Wie schon ausgeführt würde eine direkte Einflussmöglichkeit des Parlaments oder der Kommission im Detail die Grenze zwischen wissenschaftlicher

²⁸⁸ Bestimmung 12 und 13 der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg., S. 13.

²⁸⁹ Ebenso *Pilniok*, EuR 2014, 80.

Risikobewertung und Risikomanagement verwischen. Dies verringert zum einen die Transparenz, zum anderen würde es einen politischen Eingriff in einen Bereich bedeuten, der zur offenen Wissensproduktion geschaffen wurde. Solche Bereiche sind in einer Demokratie aber ebenso notwendig wie politische Bereiche (s.o. Kapitel 2). Kontrolle durch Information ist für den Bereich der Risikobewertung durch Agenturen und Expertengruppen, die inhaltlich gerade wissenschaftlich unabhängig arbeiten sollen, das adäquate Mittel. Die Informationsrechte des EP gegenüber Agenturen und Expertengruppen könnten insoweit allerdings zum einen allgemein sekundärrechtlich verankert und jedenfalls hinsichtlich Expertengruppen ausgeweitet werden (näher dazu Teil 3). Die „letzte“ Möglichkeit der Auflösung einer Agentur durch den Unionsgesetzgeber bzw. die Auflösung einer Expertengruppe durch die Kommission verhindert, dass diese Einheiten langfristig in eine politisch nicht erwünschte Richtung arbeiten.

Im Bereich des Risikomanagements werden letztverbindliche Entscheidungen unter Ungewissheit und über Verteilungskonflikte getroffen, sodass eine starke demokratische Kontrolle angezeigt ist. Da Risikomanagement-Entscheidungen, die als Gesetzgebungsakte verabschiedet werden, bereits über eine hinreichende Ex-ante-Legitimation verfügen, ist der Blick insoweit v.a. auf die Kontrolle der Kommission und des durch sie erlassenen Tertiärrechts zu lenken²⁹⁰ Hinsichtlich der delegierten Rechtsetzung sind die in Art. 290 AEUV explizit vorgesehenen Möglichkeiten des Widerrufs der Delegation oder des Vetos nicht geeignet, um einzelne inhaltliche Punkte, die besonders legitimationsbedürftig erscheinen, zu löschen oder auszubessern, ohne dabei den gesamten delegierten Rechtsakt scheitern zu lassen. Die explizit in Art. 290 AEUV genannten Kontrollmöglichkeiten sollten daher nicht als abschließend interpretiert werden. Im Bereich der Durchführungsrechtsetzung ist keine Kontrolle durch nennenswert demokratischere Institutionen vorgesehen, sondern nur durch die Komitologie-Ausschüsse. Dieser Zustand ist am Maßstab der Je-desto-Formel gemessen nur akzeptabel, wenn in der Durchführungsrechtsetzung eben nur Präzisierungen des Sekundärrechts vorgenommen werden (s. bereits oben zur Ex-ante-Legitimation und vertiefend Teil 3). Allgemein setzt die wirksame Kontrolle der Kommission bei der Risikoregulierung (z.B. durch Fragerechte) Information und Kompetenz der Parlamentarier voraus. Gerade in Pioniergebieten der wissenschaftlich-technischen Entwicklung kann das selbstständige, proaktive Erarbeiten der relevanten wissenschaftlichen Kontroversen und Verteilungskonflikte für einen Parlamentarier kaum zu leisten sein.

²⁹⁰ Könnten Agenturen im Umwelt- und Gesundheitsbereich abstrakt-generelle Regelungen erlassen, was aber z.Zt. nicht der Fall ist, wäre auch diesbezüglich eine starke (inhaltliche) demokratische Kontrolle wünschenswert.

Verbesserungen könnten sich beispielsweise durch (stille) Teilnahmerechte für Parlamentarier an Sitzungen der Kommission mit Agenturen oder Expertengruppen ergeben (s. Teil 3).

2. Kontrolle durch die Öffentlichkeit

In der EU wird die Möglichkeit des Parlaments, demokratische Legitimität herzustellen, seit jeher angezweifelt (s.o.). Wenngleich ein starker legitimatorischer Beitrag des Parlaments in dieser Arbeit grundsätzlich angenommen wird, ist gerade in der EU auch die Kontrolle durch die Öffentlichkeit essentiell, vgl. Art. 10 Abs. 3 EUV.²⁹¹ Dementsprechend sind Transparenz, Partizipation und Bürgernähe primärrechtlich in Art. 10 Abs. 3 EUV, Art. 11 Abs. 2, 3 EUV, Art. 15 AEUV/Art. 42 GRCh und Art. 298 Abs. 1 AEUV verankert. Kontrolle durch die Öffentlichkeit trägt darüber hinaus dem *Habermas'schen* kritisch-deliberativen Demokratiemodell Rechnung, indem sowohl Transparenz als auch Partizipation ein kritisches Hinterfragen des staatlichen Handelns durch die Öffentlichkeit und die Entscheidungsträger selbst anregen und so zu einem freien Austausch von Gründen und Gegengründen beitragen (s.o.).²⁹²

Zunächst sollen allgemeine Möglichkeiten für Transparenz und Partizipation überblicksartig dargestellt werden (a)), bevor auf Transparenz und Partizipationsmöglichkeiten in den einzelnen bereits thematisierten Verfahren zur Schaffung abstrakt-genereller Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken eingegangen wird: b) Gesetzgebungsakte und c) Tertiärrechtsetzung der Kommission.

In besonderem Maße relevant ist die Öffentlichkeit auch für Agenturen und Expertengruppen. Diese weisen eine geringe Ex-ante-Legitimation und kaum inhaltliche Kontrollmechanismen durch demokratischere Organe auf. Dies ist freilich ihrer Funktion geschuldet, die ein großes Maß an inhaltlicher Unabhängigkeit von politischen Institutionen erfordert: Expertengruppen und Agenturen sollen gerade nicht aufgrund politischer Stimmungen und Gemengelagen, sondern aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse handeln. Ihre Funktion als wissenschaftliche Beratungsgremien können sie nicht sinnvoll ausüben, wenn sich die beratene Institution vor-

²⁹¹ Wenngleich die Existenz *einer* europäischen Öffentlichkeit ebenfalls angezweifelt wird, kann Transparenz und Partizipation auch dann demokratiestärkend wirken, wenn fragmentierte Öffentlichkeiten angesprochen werden und die Adressierung ihrer Belange durch die Entscheidungsträger einfordern und kontrollieren können. Dem entspricht wohl auch die Einordnung der Forderung nach Offenheit in den Festlegungen zum europäischen Demokratieprinzip des Art. 10 EUV, vgl. ausführlich zum Demokratieverständnis und der Forderung nach Offenheit im staatlichen und EU-Kontext *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 10 EUV, Rn. 90 ff.

²⁹² Zur Legitimationsverstärkung durch Partizipation und Deliberation s. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV, Rn. 3 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992.

zeitig inhaltlich einmischt. Eine gewisse inhaltliche Kontrolle der Agenturen und Expertengruppen kann folglich sinnvoll nur durch die Öffentlichkeit erfolgen. Nach der Je-desto-Formel ist durch Transparenz und Partizipation sicherzustellen, dass Agenturen und Expertengruppen keine wissenschaftlich kontroversen oder mit Verteilungskonflikten beladenen Letztentscheidungen (*de facto*) treffen. Dies droht zum Beispiel, wenn Agenturen bewusst oder unbewusst in ihren Schlussfolgerungen gegenläufige Studien nicht in das Abschluss-Gutachten oder dessen Begründung einbeziehen, wodurch für das politische Entscheidungsorgan der Ratschlag wissenschaftlich unumstritten erscheint und eine stärkere De-facto-Bindungswirkung auslöst. Partizipation kann insoweit Erkenntnislücken der Agenturen/Expertengruppen schließen, Transparenz die bewusste „Vertuschung“ bestimmter Studien den kritischen Augen der Öffentlichkeit zugänglich machen. Daher ist im Folgenden auch auf Transparenz und Partizipation bei Agenturen und Expertengruppen einzugehen (d) und e)).

a) Allgemeine Transparenz- und Partizipationsvorgaben

Zentrale Instrumente der Herstellung von Transparenz in der EU neben Öffentlichkeits- und Partizipationsmöglichkeiten in Rechtsetzungsverfahren (dazu sogleich) sind der Anspruch auf Zugang zu Dokumenten aus Art. 15 AEUV, Art. 42 GRCh²⁹³ (dazu aa)) sowie die Veröffentlichungspflicht aus Art. 297 AEUV und die Begründungspflicht aus Art. 296 Abs. 2 AEUV (dazu bb)). Alle drei Aspekte stärken die Nachvollziehbarkeit der europäischen Entscheidungen für den Bürger und damit die Transparenz. Das Vorsorgeprinzip enthält durch seine Trennung in Risikobewertung und Risikomanagement ebenfalls einen transparenzstiftenden Gehalt (dazu cc)).

In Art. 11 EUV finden sich allgemein formulierte Zielsetzungen für die Partizipation von Bürgern und Verbänden. Diese begründen jedoch keine konkreten, verbindlichen Ansprüche auf Beteiligung.²⁹⁴ Konkretisiert wurde Art. 11 EUV allerdings für Gesetzgebungsverfahren und Tertiärrechtsetzung durch (rechtlich unverbindliche) Kommissionsdokumente – zunächst

²⁹³ Das Anhörungs-, Akteneinsichtsrecht aus Art. 41 GRCh greift dagegen in den hier untersuchten Konstellationen mangels individueller Maßnahmen nicht, vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 14, 16. Hinsichtlich der Begründungspflicht ist Art. 296 Abs. 2 AEUV für die hier in den Blick genommenen Rechtsakte nach Art. 288 AEUV *lex specialis*, vgl. ders., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 18. Art. 41 GRCh dient allgemein vor allem der Sicherung des Rechtsstaatsprinzips und ist nicht auf die Herstellung einer allgemeinen Öffentlichkeit i.S. demokratischer Transparenz gerichtet, vgl. ders., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 41 GRCh, Rn. 16.

²⁹⁴ Vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV, Rn. 8.

das Weißbuch „Europäisches Regieren“²⁹⁵, durch das ein Prozess in Gang gesetzt wurde²⁹⁶, als dessen aktuelle Ausprägung die Mitteilung „Bessere Rechtsetzung“ der Kommission²⁹⁷ gesehen werden kann. Mangels verallgemeinerbarer Ansprüche auf Beteiligung sind Partizipationsvorgaben nicht allgemein, sondern verfahrensspezifisch im Anschluss zu erörtern.

aa) Anspruch auf Zugang zu Dokumenten

Der Anspruch auf Zugang zu Dokumenten ist mittlerweile bereichsübergreifend und primärrechtlich in Art. 15 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 42 GRCh normiert.²⁹⁸ Umstritten ist, ob die primärrechtliche Normierung einen unmittelbar anwendbaren Anspruch darstellt, da sie unter dem Vorbehalt der sekundärrechtlich festzulegenden Einschränkungen steht.²⁹⁹ Jedenfalls folgt der Anspruch für Kommission, Parlament und Rat aus Art. 2 Abs. 1 Informationszugangs-VO³⁰⁰. Da sich dieser sekundärrechtliche Anspruch auch auf die sonstigen hier thematisierten Einrichtungen, namentlich Agenturen und Expertengruppen, erstreckt (s. sogleich), ist dieser Streit nicht zu vertiefen.

Jeder Unionsbürger oder jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat kann demnach bei den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union den Zugang zu Dokumenten verlangen. Dies setzt laut EuG die bereits vorhandene, irgendwie geartete Verkörperung der Information voraus.³⁰¹ Ein Informationsbeschaffungsanspruch ist somit nicht enthalten. Um Missbrauch der Organe dadurch vorzubeugen, dass sie ihre Informationen nicht verkörpert, hat das EuG entschieden, dass das Transparenzprinzip in aller Regel die Organe verpflichtet, ihre Tätigkeiten zu dokumentieren und die Dokumentation aufzubewahren. Die Protokollierung von Sitzungen kann nur dann unterbleiben, wenn sie reinen

²⁹⁵ Mitteilung der Kommission "Europäisches Regieren - Ein Weißbuch" vom 25.07.2001.

²⁹⁶ Für Konsultationen war vor der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ insbesondere relevant die Mitteilung der Kommission: Hin zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs - Allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien durch die Kommission, KOM (2002) 704 endg. vom 11. 12. 2002; vgl. dazu auch *Ullner*, EuR 2014, 347 ff.

²⁹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung - Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final vom 19.05.2015.

²⁹⁸ *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 15 AEUV, Rn. 25; zur Entstehung ausführlich *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, Rn. 8 ff.

²⁹⁹ Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 15 AEUV, Rn. 37; dafür *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, Rn. 11.

³⁰⁰ VO Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001, Nr. L 145/45.

³⁰¹ Zum Vorhandensein EuG, *Meyer/Kommission*, Rs. T-106/99, Slg. 1999, II-3273, Rn. 35 f.; zur Verkörperung EuG, *WWF/Rat*, Rs. T-264/04, Slg. 2007, II-911, 75 ff.

Informationscharakter haben und keine Maßnahmen veranlassen.³⁰² Dokumente Dritter sind gem. Art. 4 Abs. 4 Informationszugangs-VO vom Anspruch grundsätzlich umfasst, wobei sie vor Herausgabe zu konsultieren sind.³⁰³ Die Konsultation ist aber lediglich eine Beurteilungshilfe; die jeweilige Unionsstelle kann das Dokument – unter Beachtung der Ausnahmenvorschriften der Informationszugangs-VO – aber auch ohne Zustimmung des Dritten herausgeben.³⁰⁴ Etwas anderes gilt nur für Dokumente der Mitgliedstaaten, vgl. Art. 4 Abs. 5 Informationszugangs-VO. Die Weigerung eines Mitgliedstaates ist für das Unionsorgan bindend.³⁰⁵ Gleichzeitig darf der Mitgliedstaat aber nur dann seine Zustimmung verweigern, wenn ein unionsrechtlicher Ausnahmetatbestand vorliegt, und muss seine Entscheidung entsprechend begründen.³⁰⁶

Von dem Anspruch auf Zugang zu Dokumenten gibt es zwei Gruppen von Ausnahmen: zum einen absolute und zum anderen relative, die nur dann greifen, wenn die schützenswerten Belange in einer konkreten Abwägung überwiegen (Art. 4 Abs. 2 Informationszugangs-VO).³⁰⁷

Zu absoluten, nicht der Abwägung zugänglichen Ausnahmegründen zählen öffentliche Sicherheit, Verteidigung und militärische Belange, internationale Beziehungen, Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik der Union oder eines Mitgliedstaates sowie die Privatsphäre und Integrität eines Einzelnen, insbesondere gemäß den Rechtsvorschriften der Union über den Schutz personenbezogener Daten, vgl. Art. 4 Abs. 1 Informationszugangs-VO. Die letztgenannte Ausnahme ist in der vorliegenden Arbeit insbesondere für die Offenlegung von Namen bestimmter Industrievertreter oder Experten relevant, wenn diese am Risikoregulierungsprozess beteiligt werden. Nach der Rechtsprechung des EuG ist die Ausnahme nur dann gegeben, wenn die Nennung der Namen geeignet ist, Privatsphäre oder Integrität des Einzelnen konkret und tatsächlich zu beeinträchtigen. Die bloße Tatsache, dass ein Name ein Datum im Sinne der Datenschutzverordnung³⁰⁸ darstelle, reiche dagegen nicht aus – insbesondere dann nicht, wenn die Personen lediglich als Vertreter eines kollektiven Interesses aufgetreten seien.³⁰⁹ Der EuGH

³⁰² EuG, *WWF/Rat*, Rs. T-264/04, Slg. 2007, II-911, 61 ff.

³⁰³ EuG, *Interporc II/Kommission*, Rs. T-92/98, Slg. 1999, II-3521, 65 ff.

³⁰⁴ Vgl. *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 15 AEUV, Rn. 51; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, Rn. 18.

³⁰⁵ EuG, *IFAW/Kommission*, Rs. T-168/02, Slg. 2004, II-4135, Rn. 50 ff.; zustimmend EuGH, *Schweden/Kommission, IFAW*, Rs. C-64/05 P, Slg. 2007, I-11389, 43 ff.; kritisch zu dieser Rechtsprechung *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, Rn. 21.

³⁰⁶ EuGH, *Schweden/Kommission, IFAW*, Rs. C-64/05 P, Slg. 2007, I-11389, Rn. 87.

³⁰⁷ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, Rn. 23.

³⁰⁸ VO Nr. 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. 2001, Nr. L 8/1 vom 18.12.2000.

³⁰⁹ EuG, *Bavarian Lager/Kommission*, Rs. T-194/04, Slg. 2007, II-4523, 122 ff.; EuG, *Borax*, Rs. T-121/05, Slg. 2009, II-27, Rn. 31 ff.

vertritt dagegen eine extensivere Auslegung der Ausnahme. Sie sei generell gegeben, wenn die Daten nach der Datenschutzverordnung³¹⁰, insbesondere deren Art. 8 und 18, geschützt seien, da die Herausgabe der Dokumente unter den Begriff der Verarbeitung aus Art. 5 der Datenschutzverordnung falle.³¹¹ Auf diese Kontroverse bezieht sich auch ein Teil der Reform der Informationszugangs-VO, die aber zurzeit noch nicht verabschiedet ist.³¹² Zumindest für den Umweltbereich ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 S. 2 der Umsetzungs-VO der Århus-Konvention³¹³, dass die Ausnahmen des Art. 4 der Informationszugangs-VO eng auszulegen sind, was zumindest für diesen Bereich für die Sichtweise des EuG spräche.

Zu den relativen Zugangsverweigerungsgründen zählen der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums, sowie Aspekte der Rechtsberatung, die wegen der hier vorgenommenen Fokussierung auf Rechtsetzung nicht zu vertiefen sind.³¹⁴ Die geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person können im Bereich der Risikoregulierung interessant sein, wenn z.B. ein Produkt und diesbezügliche Studien gleichzeitig dem geistigen Eigentum eines Privaten unterfallen und Anlass für eine Risikoregulierung bieten. Grundsätzlich ist insoweit eine konkrete Abwägung im Einzelfall vorzunehmen, bei der die geschäftlichen Interessen zurückstehen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht. Modifiziert wird diese Abwägung wiederum im Umweltbereich, indem Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Umsetzungs-VO der Århus-Konvention vorgibt, dass immer dann ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht, wenn die angeforderten Informationen Emissionen in die Umwelt betreffen. Dies stellt für den Umweltbereich eine nennenswerte Verschiebung zulasten geschäftlicher Interessen und zugunsten der Transparenz dar. In der vielbeachteten Glyphosat-Entscheidung hat der EuGH den Begriff der „Emissionen in die Umwelt“ zudem weit ausgelegt³¹⁵, sodass die Bestimmung

³¹⁰ VO Nr. 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. 2001, Nr. L 8/1 vom 18.12.2000; der Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung (VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl. 2016, Nr. L 119/1 vom 27.04.2016) erstreckt sich nicht auf Maßnahmen der Organe, Agenturen und Institutionen der EU, es bleibt insoweit bei der Geltung der Datenschutzverordnung.

³¹¹ EuGH, *Kommission/Bavarian Lager*, Rs. C-28/08 P, Slg. 2010, I-06055, 63 f.; ebenso EuGH, *Strack/Kommission*, Rs. C-127/13 P, ECLI:EU:C:2014:2250, Rn. 101 ff.

³¹² S. ausführlich dazu *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, S. 26.

³¹³ VO Nr. 1367/2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. 2006, Nr. L 264/13 vom 06.09.2006.

³¹⁴ S dazu ausführlich *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 15 AEUV, 63 ff.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, 27 ff.

³¹⁵ EuGH, *Kommission/Stichting Greenpeace Nederland*, Rs. C-673/13 P, ECLI:EU:C:2016:889, Rn. 50 ff.

nunmehr auf viele der für die vorliegende Untersuchung relevanten Bereiche (insbesondere Regulierung von Chemikalien, Pflanzenschutzmitteln und landwirtschaftlichen Produkten) Anwendung findet. Konkret stellte der EuGH fest, dass der Begriff „Emissionen in die Umwelt“ weder auf Emissionen aus Industrieanlagen noch auf tatsächlich geschehene Emissionen beschränkt sei.³¹⁶ Rein hypothetische Emissionen genügten zwar nicht, jedoch reiche es aus, dass die Informationen die Zulassung eines Produkts (wie des Pflanzenschutzmittels Glyphosat) betreffen, welches seiner Funktion und Bestimmung nach in der Umwelt freigesetzt werde.³¹⁷ Gleichwohl reiche nicht irgendein Bezug zwischen der Information und der Emission – dann wären alle in der VO genannten Umweltinformationen umfasst, was systematisch fragwürdig ist –, sondern die Information müsse direkt die tatsächlichen oder zu erwartenden Emissionen betreffen.³¹⁸

Gem. Art. 4 Abs. 3 der Informationszugangs-VO kann der Zugang schließlich verweigert werden für ein Dokument, das von einem Organ für den internen Gebrauch erstellt wurde oder bei ihm eingegangen ist und das sich auf eine Angelegenheit bezieht, in der das Organ noch keinen Beschluss gefasst hat. Dies kann auch dann gelten, wenn der Beschluss bereits gefasst worden ist. Voraussetzung ist jedoch, dass eine Verbreitung des Dokuments den Entscheidungsprozess ernstlich beeinträchtigen würde und kein überwiegendes öffentliches Interesse an dieser Verbreitung besteht. Diese Konstellation ist für die vorliegende Untersuchung besonders relevant, da Dokumente der Agenturen, Expertengruppen und sonstigen Beratungsgremien, die einen wissenschaftlichen Ratschlag abgeben, in der Regel als intern zu gebrauchende Dokumente z.B. an die Kommission übermittelt werden, die auf deren Grundlage Risikomanagement-Maßnahmen ergreift oder vorschlägt. Das EuG ist in der *Borax*-Entscheidung, in der es u.a. um die Preisgabe der Protokolle einer wissenschaftlichen Ausschusssitzung ging, davon ausgegangen, dass wissenschaftliche Einschätzungen, die von einer Institution eingeholt werden, um Gesetzgebung vorzubereiten, im Allgemeinen veröffentlicht werden müssen, auch wenn sie Kontroversen hervorrufen oder die jeweiligen Experten von der Abgabe ihrer Meinung abhalten können. Diese „Risiken“ seien typisch und einbezogen worden, als man ein Recht auf Zugang zu Dokumenten etabliert habe.³¹⁹ Nur, wenn eine konkrete und spezifische

³¹⁶ EuGH, *Kommission/Stichting Greenpeace Nederland*, Rs. C-673/13 P, ECLI:EU:C:2016:889, Rn. 56 ff; 71 ff.

³¹⁷ EuGH, *Kommission/Stichting Greenpeace Nederland*, Rs. C-673/13 P, ECLI:EU:C:2016:889, 74 f.

³¹⁸ EuGH, *Kommission/Stichting Greenpeace Nederland*, Rs. C-673/13 P, ECLI:EU:C:2016:889, Rn. 77.

³¹⁹ EuG, *Borax*, Rs. T-121/05, Slg. 2009, II-27, Rn. 70.

Gefährdung des Entscheidungsfindungsprozesses durch externe Einflussnahme auf Experten etabliert werden könne, greife Art. 4 Abs. 3 der Informationszugangs-VO.³²⁰

Zusammenfassend lässt sich damit sagen, dass der Anspruch auf Zugang zu Informationen weitgehende Transparenz ermöglicht und von der Rechtsprechung durch grundsätzlich restriktive Auslegung der hier relevanten Ausnahmen insbesondere im Umweltbereich noch gestärkt wurde. Zudem ist die vom EuG aufgestellte Regel, dass wissenschaftliche Gutachten, die Rechtsetzung vorbereiten, auch bei womöglich hervorrufbaren Kontroversen, grundsätzlich zugänglich zu machen sind, für die vorliegende Untersuchung äußerst positiv zu bewerten. Somit wird die rechtliche Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Zugang zu Dokumenten der Organe in der weiteren Untersuchung für den hier untersuchten Bereich der Rechtsetzung im Umwelt- und Gesundheitsbereich als hinreichend betrachtet.³²¹

bb) Veröffentlichungs- und Begründungspflicht für Rechtsakte

Eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union ist gem. Art. 297 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV zunächst für alle Gesetzgebungsakte vorgesehen. Für Rechtsakte ohne Gesetzescharakter trifft Art. 297 Abs. 2 AEUV eine differenzierte Regelung. Demnach sind nur solche Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, die als Verordnung, als Richtlinie, die an alle Mitgliedstaaten gerichtet ist, oder als Beschluss, der an keinen bestimmten Adressaten gerichtet ist, im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Bei dieser Aufzählung handelt es sich um abstrakt-generelle Rechtsakte, auf die sich die vorliegende Arbeit beschränkt. Dementsprechend gilt für alle hier betrachteten Rechtsakte eine Veröffentlichungspflicht gem. Art. 297 AEUV. Dies trägt zur Transparenz – aber auch zur Rechtsstaatlichkeit – des Unionshandelns erheblich bei. Allgemeine Vorschriften zur Veröffentlichungspflicht betreffen allerdings nur Rechtsakte und damit nicht die im Bereich der Risikoregulierung ebenfalls äußerst relevanten Gutachten oder Leitlinien, sodass es diesbezüglich auf die speziellen Vorschriften der Agenturen etc. ankommt (s. sogleich).

³²⁰ EuG, *Borax*, Rs. T-121/05, Slg. 2009, II-27, 63, 71.

³²¹ Die faktische Missbrauchsmöglichkeit durch inoffizielle Absprachen ohne Dokumentation und Kontrolle kann mit hier untersuchten rechtlichen Mitteln ohnehin kaum adressiert werden und andere nennenswerte Kritikpunkte an der Rechtsprechung des EuGH betreffen vor allem das Verhältnis zu Dokumenten der Mitgliedstaaten und Gerichtsdokumenten/Rechtsgutachten, hierzu aber z.B. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, Rn. 21 ff.

Ebenfalls Transparenz soll Art. 296 Art. 2 AEUV durch die dort normierte Begründungspflicht gewährleistet werden. Die Transparenz ist insoweit notwendige Voraussetzung effektiver Kontrolle unionaler Maßnahmen.³²² Inhaltlich verlangt die Rechtsprechung der europäischen Gerichte, dass die „wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen“, auf denen die Maßnahme beruht und die für das Verständnis der Gedankengänge der erlassenden Organe erforderlich sind, in der Begründung enthalten sind.³²³ Es ist nicht erforderlich, dass sämtliche tatsächlich und rechtlich erheblichen Gesichtspunkte enthalten sind.³²⁴ Bei Normativakten genügt hinsichtlich des Umfangs der Begründung laut EuGH die Beschreibung der Gesamtlage, die die Maßnahme nötig gemacht hat, sowie der allgemeinen Ziele.³²⁵ Zudem hat der EuGH in mehreren Urteilen einen Zusammenhang zwischen Ermessen und Umfang der Begründungspflicht hergestellt, nach dem die Begründung bei weitem Ermessen umfangreicher ausfallen muss.³²⁶

Für den hier untersuchten Bereich der Risikoregulierung ist insbesondere relevant, dass die Begründungspflicht laut einem sehr frühen Urteil des EuGH nur die eigene Auffassung des jeweiligen Organs umfasst.³²⁷ Die Organe sind zudem laut einem Urteil des EuGH aus den 1990er Jahren gerade nicht verpflichtet, wissenschaftliche Erkenntnisse anzuführen oder wissenschaftliche Beweise zu erbringen.³²⁸ Auch im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips reicht die Begründungspflicht laut dem jüngeren *Pesce*-Urteil nicht weiter, sondern die bereits genannten Maßstäbe für die Begründung werden auch insoweit wiederholt und geringfügig folgendermaßen präzisiert:

„Lässt sich dem angegriffenen Rechtsakt der von dem Organ verfolgte Zweck in seinen wesentlichen Zügen entnehmen, wäre es folglich unnötig, eine besondere Begründung für jede der fachlichen Entscheidungen zu verlangen, die das Organ getroffen hat (vgl. u. a. Urteil vom 18. Juni 2015, *Estland/Parlament und Rat*, C-508/13, EU:C:2015:403, Rn. 60).“³²⁹

³²² Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 296 AEUV, Rn. 10 ff.

³²³ EuG, *British Airways u.a./Kommission*, verb. Rs. T-371/94 u. T 394/94, Slg. 1998, II-2405, Rn. 87; EuG, *Sogelma/EAR*, Rs. T-411/06, Slg. 2008, II-2771, Rn. 120.

³²⁴ St. Rspr., zuletzt EuGH, *Kommission/Irland u.a.*, Rs. 89/08 P, Slg. 2009, I-11245, Rn. 77; EuGH, *Polen/Kommission*, Rs. C-335/09 P, ECLI:EU:C:2012:385, 214 ff.; EuGH, *Kommission/Rat*, Rs. C-63/12, ECLI:EU:C:2013:752, 98.

³²⁵ EuGH, *Océ van der Grinten NV/Kommission*, Rs. C-58/01, Slg. 2003, I-9809, Rn. 97; EuGH, *Kik/HABM*, Rs. C-361/01 P, Slg. 2003, I-8283, Rn. 102.

³²⁶ EuGH, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft*, Rs. 36/59, Slg. 1960, 885, 921 f.; EuGH, *Usinor*, Rs. 185/85, Slg. 1986, 2079, Rn. 20 ff.

³²⁷ EuGH, *BAT*, Rs. 142/84, Slg. 1987, 4487, Rn. 73.

³²⁸ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755, 78 ff.

³²⁹ EuGH, *Pesce*, verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, Rn. 90.

Fraglich ist insofern allerdings, wie sich diese Rechtsprechung zu der Pflicht, auf in den Verträgen vorgesehene Vorschläge, Initiativen, Empfehlungen, Anträge oder Stellungnahmen Bezug zu nehmen, verhält. Das in Art. 191 AEUV normierte Vorsorgeprinzip verlangt nach der Rechtsprechung des EuGH prozedural regelmäßig eine wissenschaftliche Risikobewertung, auf die eine Risikomanagement-Maßnahme folgen kann. Die Risikobewertung könnte als Empfehlung oder Stellungnahme des jeweiligen wissenschaftlichen Gremiums betrachtet werden. In diesem Fall ergäbe sich eine Pflicht, in der Begründung des Rechtsakts auf diese Empfehlung bzw. Stellungnahme Bezug zu nehmen, d.h. sich materiell mit ihr auseinanderzusetzen. Hieraus ergäbe sich ein gewisser Widerspruch zu der bereits zitierten Rechtsprechung, nach der die Begründung nur die eigene Auffassung des Organs umfassen muss. Eine solche Interpretation der Begriffe „Empfehlung“ oder „Stellungnahme“ entspricht aber wohl nicht der naheliegenderen, am Wortlaut und der Systematik orientierten Auslegung. Gemeint sind wohl nur solche Empfehlungen und Stellungnahmen, die explizit als solche in den Verträgen bezeichnet und für bestimmte Fälle vorgesehen sind.³³⁰

Aus Transparenzgründen wäre es insofern wünschenswert, wenn das entscheidende Organ auf die Risikobewertung mindestens in groben Zügen eingehen müsste, um auch die Entscheidung über Ungewissheiten, Kontroversen und Verteilungskonflikte explizit zu machen. Gleichzeitig sollte aus dieser Begründungsanforderung keine inhaltliche Einschränkung des Entscheidungsspielraumes folgen (s. Abschnitt B.)

cc) Vorsorgeprinzip

Auch dem Vorsorgeprinzip in seiner bereits beschriebenen prozedural-institutionellen Gestalt wohnt ein Transparenzgedanke inne: Die institutionelle Trennung, die grundsätzlich zunächst eine abschließende wissenschaftliche Einschätzung des Risikos von einem unabhängigen wissenschaftlichen Gremium verlangt und im Anschluss Risikomanagement-Maßnahmen eines demokratisch verantwortlichen Organs, stellt sicher, dass naturwissenschaftliche Begründungen einerseits und ethisch-moralische/politische Begründungen andererseits nachvollziehbar voneinander getrennt bleiben. Voraussetzung der Transparenzfunktion des Vorsorgeprinzips ist freilich, dass sowohl die wissenschaftlichen Gutachten inklusive Begründung als auch die Risikomanagement-Maßnahmen inklusive Begründung veröffentlicht werden. Dass Letzteres der

³³⁰ Selbstverständlich so *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 296 AEUV, Rn. 34.

Fall ist, wurde soeben dargelegt. Wissenschaftliche Gutachten zur Vorbereitung der Risikomanagement-Entscheidung unterfallen laut dem bereits zitierten *Borax*-Urteil des EuG³³¹ ebenfalls dem Anspruch auf Zugang zu Dokumenten. In der Entscheidung wurde durch den Zugriff auf das Protokoll der Expertensitzung auch die Nachvollziehbarkeit der Begründung und die Offenlegung eventueller Kontroversen gewährleistet. Inwieweit wissenschaftliche Risikobewertungsgutachten der Agenturen und Expertengruppen generell über den Informationszuganganspruch oder proaktiv der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden müssen, ist sogleich zu erörtern.

b) Gesetzgebungsakte

Gesetzgebungsakte verfügen aufgrund der gemeinsamen Letztentscheidungsbefugnis von Parlament und Rat grundsätzlich bereits über ein ausreichendes Ex-ante-Legitimationsniveau nach der postulierten Je-desto-Formel. Dieses Legitimationsniveau ist aber davon abhängig, dass die Entscheidungen der Parlamentarier und der Ratsvertreter grundsätzlich öffentlich nachvollzogen werden können, um bei der nächsten Wahl das Entscheidungsverhalten durch Wiederwahl zu „belohnen“ oder durch Abwahl zu „bestrafen“. Ohne ein Mindestmaß an Transparenz wird – zumindest auf Dauer – die Legitimationskette zum Volk unterbrochen.³³²

In der EU ist die Transparenz des Gesetzgebungsverfahrens zusätzlich zum allgemeinen Anspruch auf Zugang zu Dokumenten (s.o.) dadurch abgesichert, dass die Sitzungen des Parlaments immer öffentlich sind und auch die Sitzungen des Rates öffentlich sind, wenn er über Gesetzgebungsakte berät oder abstimmt, vgl. Art. 15 Abs. 2 AEUV. Darüber hinaus tragen Parlament und Rat – aktiv und antragsunabhängig und damit über die oben beschriebenen allgemeinen Transparenzvorgaben hinausgehend – Sorge dafür, dass die Dokumente, die die Gesetzgebungsverfahren betreffen, öffentlich zugänglich gemacht werden, vgl. Art. 15 Abs. 3 UAbs. 5 AEUV.³³³ Durch dieses Bündel an Maßnahmen wird dem Bürger ermöglicht, sich ein Urteil über das Abstimmungsverhalten seiner Repräsentanten zu bilden und die Legitimationskette dauerhaft hergestellt und abgesichert.

³³¹ EuG, *Borax*, Rs. T-121/05, Slg. 2009, II-27.

³³² Ähnlich zur notwendigen Überbrückung der Distanz zwischen Bürger und Entscheidungsträger *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 10 EUV, Rn. 91.

³³³ Zur Öffentlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 AEUV, Rn. 2 ff.

Problematisch kann allerdings das nichtöffentliche Tagung des Vermittlungsausschusses eingestuft werden.³³⁴ Dieses wird aber dadurch relativiert, dass das Vermittlungsergebnis durch Parlament und Rat in einer dritten Lesung bestätigt werden muss.³³⁵ Kritisch wird zudem die Praxis eingeordnet, Gesetzgebungsvorschläge oftmals im informellen Trilog-Verfahren zu erarbeiten und dann in einer Lesung des EP zu verabschieden.³³⁶

Positiv ist insoweit allerdings der Aspekt der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ der Kommission zu sehen, in denen Partizipationsmöglichkeiten inklusive entsprechender Dokumentveröffentlichung auf verschiedene Stadien des Gesetzgebungsprozesses erweitert werden, vor allem auf die frühzeitige Debatte der Entwürfe der Kommission vor deren Verabschiedung durch dieselbe.³³⁷ Für den Bereich der Risikoregulierung ist besonders die Möglichkeit der Partizipation bezüglich Folgenabschätzungen der Anfangsphase (*inception impact assessments*) positiv hervorzuheben. Dies ist geeignet, die Öffentlichkeit darauf aufmerksam zu machen, wenn die Kommission sich beispielsweise aus Ungewissheit über bestimmte Risiken dagegen entscheidet, überhaupt eine die Technologie beschränkende Gesetzesinitiative auf den Weg zu bringen, und die Problematik damit nie Parlament und Rat erreicht. Durch die frühzeitige Partizipationsmöglichkeit wird auch die womöglich problematische Vorfestlegung im Trilog-Verfahren abgeschwächt. Diese generelle Selbstverpflichtung der Kommission ist für den Umweltbereich gem. Art. 9 Abs. 1 der Umsetzungsverordnung der Århus-Konvention³³⁸ sogar rechtsverbindlich vorgeschrieben. S. 2 verlangt nämlich insbesondere bei der Ausarbeitung von Vorschlägen für umweltbezogene Pläne oder Programme, die anderen Organen oder Einrichtungen der Gemeinschaft zur Entscheidung vorgelegt werden – worunter Gesetzgebungsakte fallen –, die Beteiligung der Öffentlichkeit in dieser Vorbereitungsphase.

³³⁴ Vgl. *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 15 AEUV, Rn. 22.

³³⁵ *Dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 15 AEUV, Rn. 22.

³³⁶ Kritisch z.B. *Europäische Bewegung Deutschland*, Repräsentative Demokratie (<https://www.netzwerk-ebd.de/aktivitaeten/politik-2015-16/repraesentative-demokratie-transparenz-durch-ordentliche-gesetzgebungsverfahren-und-bessere-rechtsetzung/>) (geprüft am 11.07.2017); *Leeuw*, ELRev 2007, 314.

³³⁷ Punkt 2.1 der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung - Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final vom 19.05.2015, S. 4.

³³⁸ VO Nr. 1367/2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. 2006, Nr. L 264/13 vom 06.09.2006.

Auch nach der Verabschiedung einer Initiative durch die Kommission haben nationale Parlamente, Bürger und Interessenvertreter erneut die Möglichkeit zur Stellungnahme. Die Kommissionsinitiativen werden gemeinsam mit diesen Stellungnahmen Parlament und Rat weitergeleitet, sodass die Beiträge in die Debatte einfließen können.³³⁹

Insgesamt sind Gesetzgebungsakte durch die hohe Ex-ante-Legitimation, die weitgehende Transparenz und die mittlerweile das Gesetzgebungsverfahren von Beginn an durchziehenden Partizipationsmöglichkeiten als unproblematisch einzuordnen.

c) Tertiärrechtsetzung der Kommission

Relevanter ist öffentliche Kontrolle für die Tertiärrechtsetzung der Kommission, deren Ex-ante-Legitimation und sonstige demokratische Kontrollmechanismen Schwächen aufweisen (s.o.). Der allgemeine Anspruch auf Zugang zu Dokumenten aus der o.g. VO Nr. 1049/2001³⁴⁰ sowie die Begründungspflicht aus Art. 296 Abs. 2 AEUV besteht zunächst auch für Dokumente der Kommission die Tertiärrechtsetzung betreffend. Im Gegensatz zum Gesetzgebungsverfahren tagt die Kommission bei ihren Beratungen über Tertiärrechtsetzung allerdings nicht öffentlich und muss grundsätzlich auch nicht aktiv, sondern nur antragsbezogen die betreffenden Dokumente veröffentlichen.

Eine für die hier untersuchten Bereiche des Umwelt- und Gesundheitsschutzes relevante Ausnahme gilt nach der Umsetzungs-VO der Århus-Konvention³⁴¹ für Umweltinformationen. Diese sind gemäß Art. 4 Abs. 1 der Verordnung durch Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft zu verwalten, um sie aktiv und systematisch in der Öffentlichkeit zu verbreiten. Zu diesem Zweck speisen sie in ihrem Besitz befindliche Umweltinformationen (aktiv) in Datenbanken ein und versehen diese mit Suchhilfen für die Öffentlichkeit. Zu Umweltinformationen gehören gem. Art. 2 Abs. 1 d) der Verordnung u.a. Maßnahmen wie z.B. Politiken, Rechtsvorschriften, Pläne, Programme, Umweltvereinbarungen und Tätigkeiten (iii), die sich auf Umweltbestandteile wie Luft, Wasser, Boden etc. (i), auf Faktoren wie Energie, Lärm, Abfall, Emissionen etc. (ii) oder auf den Zustand der menschlichen Gesundheit und Sicherheit (vi)

³³⁹ Punkt 2.1. der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung - Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final vom 19.05.2015, S. 4.

³⁴⁰ VO Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001, L 145/43 vom 30.05.2001.

³⁴¹ VO Nr. 1367/2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. 2006, Nr. L 264/13 vom 06.09.2006.

auswirken, wahrscheinlich auswirken oder die Bestandteile schützen sollen. Zudem sind Kosten-Nutzen-Analysen und sonstige wirtschaftliche Analysen und Annahmen, die im Rahmen der Maßnahmen und Tätigkeiten verwendet werden, zu veröffentlichen. Dies ermöglicht jedenfalls umfassende und aktive Ex-post-Transparenz für Umweltinformationen im Bereich der Tertiärrechtsetzung.

Für die Tertiärrechtsetzung bleibt insoweit allerdings offen, zu welchem Zeitpunkt Informationen zu Rechtsvorschriften aktiv zu veröffentlichen sind, ob also eine Veröffentlichungspflicht für *Rechtsetzungsvorschläge* aus Art. 4 Abs. 1 der Verordnung folgt. Nur hierdurch würde neben Transparenz auch Partizipation ermöglicht. Insoweit greift Art. 9 Abs. 1 der Verordnung, der für umweltbezogene Pläne und Programme eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung erfordert. Nicht ganz eindeutig lässt sich auf Grundlage des Art. 2 Abs. 1 e) der Verordnung beantworten, ob Tertiärrechtsetzung auch unter umweltbezogene Pläne und Programme fällt. Eine eindeutige positive Antwort gibt aber die völkerrechtskonforme Auslegung, die Art. 8 der Århus-Konvention in den Blick nimmt.³⁴² Demzufolge ist eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung während der durch Behörden erfolgenden Vorbereitung exekutiver Vorschriften und sonstiger allgemein anwendbarer rechtsverbindlicher Bestimmungen zu fördern. Explizit wird in Art. 8 Abs. 1 b) gefordert, dass Vorschriftenentwürfe veröffentlicht werden sollen.

Mit der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ hat die Kommission zudem diesbezüglich jüngst eine nicht auf den Umweltbereich beschränkte Selbstverpflichtung erklärt. Danach werden die Vorschläge der Kommission zur delegierten Rechtsetzung sowie zu „wichtigen“ Durchführungsrechtsakten erstmals vier Wochen auf der Website der Kommission veröffentlicht, was die Transparenz erhöht. Ebenso wird Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, was aktive Partizipation ermöglicht. Dieses Verfahren wird zeitgleich mit Sachverständigen-Konsultationen stattfinden. Im Fall der Durchführungsrechtsetzung werden die eingegangenen Kommentare dem jeweiligen Komitologie-Ausschuss vorgelegt, bevor dieser seine Stellungnahme abgibt. Insgesamt werden so Transparenz und Partizipationsmöglichkeiten geschaffen, was zumindest theoretisch einen gedanklichen Austausch zwischen Bürgern, Kommission und Experten möglich macht. Geplante Rechtsakte werden zudem in einer Liste veröffentlicht, sodass interessierte Kreise ihre Partizipation frühzeitig planen können.³⁴³

³⁴² Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten vom 25. 06.1998, Inkrafttreten am 30. 10. 2001.

³⁴³ Punkt 2.1. der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung - Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final vom 19.05.2015, S. 4 f.

Diese Aspekte der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ sind grundsätzlich sehr positiv zu bewerten. Hinsichtlich der rechtlichen Verbindlichkeit und eventueller Möglichkeiten zur besseren Hervorhebung wissenschaftlicher Kontroversen besteht allerdings noch Verbesserungspotential, welches in Teil 3 zu erörtern ist.

d) Agenturen

Für die hier relevanten Agenturen gilt durch Veränderungsverordnungen die VO Nr. 1049/2001 bezüglich des Zugangs zu Dokumenten ebenfalls.³⁴⁴ Hinsichtlich aktiv zur Verfügung zu steller Informationen ergibt sich dagegen kein einheitliches Bild.

Bezüglich solcher Gutachten, die für Maßnahmen im Umweltbereich verwendet werden und unter Art. 2 Abs. 1 d) v) der Umsetzungs-VO der Århus-Konvention fallen (s.o.), gilt eine aktive Veröffentlichungspflicht gem. Art. 4 Abs. 1 der Verordnung. Wenngleich Art. 2 Abs. 1 d) v) von „Kosten/Nutzen-Analysen und sonstige[n] wirtschaftliche[n] Analysen und Annahmen“ spricht, ist dieser Begriff völkerrechtskonform weit auszulegen. Die Århus-Konvention selbst geht nämlich in Art. 5 Abs. 7 a) von einer Veröffentlichungspflicht hinsichtlich solcher „Tatsachen und Tatsachenanalysen“ aus, die nach Ansicht der Vertragspartei „bei der Ausarbeitung wichtiger umweltpolitischer Vorschläge relevant und wesentlich sind“. Insoweit sollten alle (natur-)wissenschaftlichen oder wirtschaftlichen Gutachten und Analysen, die eine rechtliche Maßnahme vorbereiten, erfasst sein. Damit dürften die meisten Gutachten der hier besprochenen Agenturen umfasst sein, da sie entweder Umwelt-Bestandteile oder Umwelt-Faktoren oder die menschliche Gesundheit und Sicherheit betreffen, vgl. Art. 2 Abs. 1 d) i), ii), vi) der Verordnung. Dennoch soll ein Blick auf die spezielleren Gründungsverordnungen der Agenturen geworfen werden.

Die ECHA muss gem. Art. 119 Abs. 1 der REACH-VO u.a. gefährliche Stoffe, Leitlinien zur sicheren Verwendung, physikalisch-chemische Eigenschaften des Stoffes, Ergebnisse der

³⁴⁴ Vgl. die Änderungsverordnungen in ABl. 2003, L 245/1 ff. für EEA, EFSA und EMA. Für die ECHA ist dies in Art. 118 Abs. 1 VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, Abl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006 geregelt, wobei in den folgenden Absätzen näher konkretisiert wird, wann i.d.R. Geschäftsinteressen beeinträchtigt sind.

einzelnen toxikologischen und ökotoxikologischen Studien im Internet zur Verfügung stellen.³⁴⁵ Die EFSA muss u.a. Tagesordnungen und Protokolle der Sitzungen des Wissenschaftlichen Ausschusses und der Wissenschaftlichen Gremien, die Gutachten des Wissenschaftlichen Ausschusses und der Wissenschaftlichen Gremien sofort nach ihrer Annahme, unter Beifügung der Positionen von Minderheiten, sowie Informationen, auf die sich ihre Gutachten stützen (wobei ein Vertraulichkeitsvorbehalt besteht) zur Verfügung stellen, ebenso Interessenerklärungen der wichtigsten Mitarbeiter der Agentur, Ergebnisse der wissenschaftlichen Studien, abgelehnte oder geänderte Ersuchen der Organe um wissenschaftliche Gutachten sowie Gründe für die Ablehnung bzw. Änderung. Der Verwaltungsrat tagt zudem in der Regel öffentlich und kann Verbrauchervertreter oder sonstige Beteiligte ermächtigen, bestimmte Tätigkeiten der Behörde zu beobachten.³⁴⁶ Die EMA ist verpflichtet, Informationen über die Versagung einer Arzneimittel-Genehmigung samt Gründen sowie das Gutachten des Ausschusses für Human- und Tierarzneimittel bei Meinungsverschiedenheiten im Zuge der gegenseitigen Anerkennung von Arzneimitteln zu veröffentlichen.³⁴⁷ Ihrer Website ist jedoch zu entnehmen, dass sie auf freiwilliger Basis deutlich mehr Informationen, wie beispielsweise klinische Studien der Industrie, die im Zusammenhang mit einem Arzneimittel-Zulassungsantrag eingereicht werden, oder Protokolle der Sitzungen der wissenschaftlichen Ausschüsse, veröffentlicht, soweit nicht Persönlichkeitsrechte oder vertrauliche Betriebsgeheimnisse betroffen sind.³⁴⁸

Die wissenschaftlichen Gutachten der Agenturen werden damit größtenteils aktiv veröffentlicht, was auch der Aarhus-Umsetzungs-VO entsprechen dürfte, unterfallen aber jedenfalls dem Zugangsanspruch zu Dokumenten, sodass hinsichtlich Agenturen die Transparenzfunktion des Vorsorgeprinzips greift. Besonders positiv sind die verbindlichen Transparenz-Vorschriften für die EFSA einzuordnen, die zusätzlich zu den Gutachten in angemessenem Umfang die öffentliche Kenntnisnahme über debattierte (kontroverse) Themen und die relevanten, den Gutachten

³⁴⁵ Art. 119 der VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, Abl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006, Art. 119.

³⁴⁶ Art. 38 der VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002, Art. 38.

³⁴⁷ Art. 5 Abs. 3 S. 3, 4; Art. 30 Abs. 3 S. 3, 4; Art. 12 Abs. 3 der VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004.

³⁴⁸ Transparency,

zugrunde liegenden Studien ermöglichen.³⁴⁹ So wird der interessierten Öffentlichkeit die Ausmachung wissenschaftlicher Kontroversen ermöglicht, die notwendig ist, um entsprechende Kritik gegenüber der jeweiligen Empfehlung der Agentur bzw. gegenüber den Risikomanagement-Maßnahmen der Organe zu formulieren. Eine Übernahme solcher Bestimmungen für andere Agenturen und die spezielle Verbesserung der Transparenz bei wissenschaftlichen Kontroversen ist in Teil 3 anzusprechen.

Hinsichtlich Partizipationsmechanismen, die eine frühzeitige selbstständige Einmischung der Bürger ermöglichen, ergibt sich ein gemischtes Bild. So ist beispielsweise die EFSA gehalten, bei „der Erarbeitung, Bewertung und Überprüfung des Lebensmittelrechts [...] unmittelbar oder über Vertretungsgremien in offener und transparenter Weise eine Konsultation der Öffentlichkeit durchzuführen, es sei denn, dies ist aus Dringlichkeitsgründen nicht möglich“.³⁵⁰ Dagegen sorgt bei der EMA der Verwaltungsrat lediglich „für geeignete Kontakte zwischen der Agentur und den Vertretern der Industrie, der Verbraucher und der Patienten sowie der Gesundheitsberufe“. Teilnahme an bestimmten Arbeiten der Agentur ist im Einvernehmen mit der Kommission ebenfalls möglich. Die wissenschaftlichen Ausschüsse und Gruppen der EMA nehmen in allgemeinen Angelegenheiten ebenso Kontakt zu betroffenen Gruppen auf.³⁵¹ Die Konsultation interessierter Kreise erfolgt nur für die speziellen Bereiche der Erstellung eines Leitfadens für die Form der Genehmigungsanträge und für die Sammlung, Überprüfung und Präsentation von Nebenwirkungen.³⁵² Die Mechanismen sind somit bei der EMA zum einen stärker durch Assoziation als durch bürgerschaftliche Partizipation geprägt und zum anderen durch die Initiative bei der jeweiligen Agentur. Die EFSA ermöglicht dagegen grundsätzlich auch bürgerschaftliche Partizipation – allerdings muss die Initiative ebenfalls von ihr ausgehen. Ob und in welchem Format aktive und bürgerschaftliche Partizipation an Agenturhandlungen der Je-desto-Formel besser gerecht wird als die derzeitigen Bestimmungen, ist daher in Teil 3 zu erörtern.

³⁴⁹ Die EFSA ebenfalls als besonders transparent einordnend *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 166.

³⁵⁰ Art. 9 der VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002.

³⁵¹ Art. 78 der VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004.

³⁵² Art. 6 Abs. 4, 26 Abs. 1, 31 Abs. 4, 51 Abs. 1 der VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004.

d) Expertengruppen

Der oben beschriebene Anspruch auf Zugang zu Dokumenten, der jedenfalls in seiner sekundärrechtlichen Ausformung³⁵³ unmittelbar berechtigt, gilt laut EuG nicht nur für die Kommission selbst, sondern auch für bestimmte, der Kommission zuarbeitende Ausschüsse. Dies insbesondere dann, wenn die Hauptaufgabe des Ausschusses die Unterstützung der Kommission ist und diese den Vorsitz und das Sekretariat des Ausschusses führt, was die Aufnahme der von diesem angenommenen Protokoll umfasst, und wenn der Ausschuss weder über eine eigene Verwaltung noch über ein Budget, ein Archiv oder Räumlichkeiten oder auch nur über eine eigene Anschrift verfügt.³⁵⁴

Diese Merkmale dürften auf die meisten Expertengruppen der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission zu Expertengruppen zufolge zutreffen.³⁵⁵ Dementsprechend unterfallen Dokumente der Expertengruppen ebenfalls dem Anspruch auf Zugang zu Dokumenten – unabhängig davon, ob man einen unmittelbaren Anspruch aus Art. 15 AEUV bzw. 42 GRCh bejaht (s.o.). Aktiv veröffentlicht die Kommission aufgrund ihrer rechtlich unverbindlichen Mitteilung zudem im Register eine Liste der Expertengruppen samt der ihnen zugehörigen *ad personam* ernannten Mitglieder und der Organisationen.³⁵⁶ Vertretene mitgliedstaatliche Behörden und ständige Vertreter von Behörden oder Organisationen *können* veröffentlicht werden.³⁵⁷ Ebenso veröffentlicht die Kommission „durchgeführte Tätigkeiten“ der Expertengruppen.³⁵⁸ Dieser Begriff ist freilich sehr offen und macht nicht deutlich, ob auch die inhaltlich besprochenen Punkte der Sitzungen veröffentlicht werden. Dagegen spricht, dass diese nicht einmal dem EP umfassend zur Verfügung gestellt werden (s.o.). Demnach kann ein Bürger nur gem. Art. 2 Abs. 1 Informationszugangs-VO Zugang zu von Expertengruppen erstellten Gutachten und Empfehlungen in Dokumentform verlangen und auf den Inhalt der Sitzungen nur zugreifen, wenn diese protokolliert wurden, was nach der Rechtsprechung aber grundsätzlich zu gesche-

³⁵³ VO Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001, L 145/43 vom 30.05.2001.

³⁵⁴ EuG, *British American Tobacco International/Kommission*, T-111/00, Slg. 2001, II-02997, Rn. 37 f.; zu Komitologie-Ausschüssen EuG, *Rothmans / Kommission*, Rs. T-188/97, Slg. 1999, II-02463, Rn. 53 ff.

³⁵⁵ Vgl. z.B. zu Vorsitz, Aufgabe und Sekretariat Bestimmung 11 Abs. 1, 2 und 6 sowie zu den Räumlichkeiten Bestimmung 14 der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg.

³⁵⁶ Bestimmung 17 und 18 der Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg.; zu Transparenzmängeln bezüglich des Registers s. genauer Ullner

³⁵⁷ Kritisch daher *Pilniok*, EuR 2014, 81 f.

³⁵⁸ Bestimmung 19 Mitteilung des Präsidenten an die Kommission – Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission, K (2010) 7649 endg.

hen hat. Es kann dagegen im Allgemeinen nicht darauf vertraut werden, dass Abschlussempfehlungen der Expertengruppen durchgängig aktiv von der Kommission veröffentlicht werden, wenngleich die aktive Veröffentlichung oft im Interesse der Kommission liegen mag.³⁵⁹ Etwas anderes gilt jedoch wiederum für den Umwelt- und Gesundheitsbereich, in dem die Veröffentlichungspflicht bezüglich wissenschaftlicher Analysen aus Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 d) v) der Århus-Umsetzungs-VO greift (dazu genauer bereits oben bei Agenturen). Insgesamt ist bei Expertengruppen daher die Transparenz-Funktion des Vorsorgeprinzips weniger ausgeprägt gegeben als bei Agenturen, wenngleich für die meisten hier besprochenen Bereiche wegen des Umwelt- und Gesundheitsbezugs zumindest die abschließenden Analysen zu veröffentlichen sind. Wünschenswert wäre insoweit eine Klarstellung in der Mitteilung der Kommission. Daneben wäre auch die aktive Veröffentlichung besonders kontroverser Punkte der Sitzungen in Erwägung zu ziehen (dazu Teil 3).

Partizipation im Sinne von Assoziation ist in begrenztem Umfang dadurch gewährleistet, dass Vertreter eines gemeinsamen Interesses sowie Organisationen im weiten Sinne (Unternehmen, Verbände, NGOs, Gewerkschaften, Forschungsinstitute) in die Expertengruppen berufen werden können. Dagegen ermöglicht die vorgesehene Transparenz *ex post* (statt währenddessen) gerade keine Partizipation beliebiger interessierter Bürger.³⁶⁰ Die für Expertengruppen vorgesehene Form der Assoziation und Partizipation als Experte ist aber gerade nicht diejenige, die auf Grundlage der Je-desto-Formel für Entscheidungen unter Ungewissheit allein wünschenswert ist. Neben der Problematik, dass in Expertengruppen selten eine ausgewogene Vertretung verschiedener Interessen aufzufinden ist, sondern Wirtschaftsvertreter in der Regel den mit Abstand größten Anteil der Experten stellen³⁶¹, geht es bei der in dieser Arbeit wünschenswerten Partizipation gerade darum, an solchen Entscheidungen auch den „Otto Normalbürger“ zu beteiligen (s.o. Kapitel 3). Über dahingehende Möglichkeiten ist daher in Teil 3 nachzudenken.

e) Zwischenergebnis zur Kontrolle durch die Öffentlichkeit

Auch hinsichtlich der Kontrolle durch die Öffentlichkeit ist zwischen dem Bereich der Risikobewertung und dem Bereich des Risikomanagements zu unterscheiden.

³⁵⁹ So *Pilniok*, EuR 2014, 82 f.

³⁶⁰ *Ders.*, EuR 2014, 83.

³⁶¹ Beispielfür die Securities Law Directive *Ullner*, EuR 2014, 361 f.

Transparenz ist in beiden Bereichen zumindest im hier interessierenden Umwelt- und Gesundheitsbereich v.a. durch den Einfluss der Århus-Konvention weitgehend als hinreichend einzustufen. Für den Bereich der Risikobewertung gibt es zum einen den Anspruch auf Zugang zu Informationen nach Art. 4 der Informationszugangs-VO. Das EuG geht insofern davon aus, dass wissenschaftliche Einschätzungen, die von einer Institution eingeholt werden, um Gesetzgebung vorzubereiten, im Allgemeinen veröffentlicht werden müssen, auch wenn sie Kontroversen hervorrufen oder die jeweiligen Experten von der Abgabe ihrer Meinung abhalten könnten. Größtenteils sind aufgrund der Århus-Konvention Dokumente mit Bezug zum Umwelt- und Gesundheitsschutz zudem aktiv und systematisch der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Dies bezieht sich auch auf Kosten-Nutzen-Analysen und sonstige wirtschaftliche Analysen und Annahmen. Es bleiben nur kleinere Aspekte, die verbessert werden können, wie z.B. die aktive Veröffentlichung kontroverser Aspekte in Sitzungen der Expertengruppen.

Im Bereich des Risikomanagements wird Transparenz neben dem Anspruch auf Zugang zu Informationen durch aktive und antragsunabhängige Veröffentlichung der Dokumente, die die *Gesetzgebungsverfahren* betreffen, gewährleistet, vgl. Art. 15 Abs. 3 UAbs. 5 AEUV. Für Tertiärrecht besteht diese aktive Veröffentlichungspflicht nicht unmittelbar aus dem AEUV, jedenfalls im Umwelt- und Gesundheitsbereich folgt sie aber wiederum aus der Århus-Konvention bzw. ihrer Umsetzungsverordnung, wonach Maßnahmen, wie z.B. Politiken, Rechtsvorschriften, Pläne, Programme, Umweltvereinbarungen und Tätigkeiten, der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen sind. Die Kommission hat sich zudem in der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ selbst verpflichtet, Vorschläge der Kommission zur delegierten Rechtsetzung sowie zu „wichtigen“ Durchführungsrechtsakten für vier Wochen auf der Website der Kommission zu veröffentlichen.

Partizipation ist im Bereich der Risikobewertung nur in Ansätzen möglich. So hat die EFSA beispielsweise die Öffentlichkeit bei der Erarbeitung, Bewertung und Überprüfung des Lebensmittelrechts zu konsultieren, die EMA nimmt dagegen nur in bestimmten Fällen Kontakt mit interessierten Kreisen auf. In Expertengruppen können Vertreter eines bestimmten Interesses berufen werden. Insgesamt fällt auf, dass bei der Partizipation im Bereich der Risikobewertung im Wesentlichen auf assoziative Beteiligung statt auf bürgerschaftliche Partizipation gesetzt wird, was angesichts der ungleichen realen Beteiligungsmöglichkeiten und des bereits in Kapitel 3 thematisierten „Korporatismusverdachts“ Fragen aufwirft. Wie kritische Partizipation des „Otto Normalbürgers“ gewährleistet werden kann, ist daher in Teil 3 näher zu erörtern.

Im Bereich des Risikomanagements ist Partizipation stärker gewährleistet. Besonders hervorzuheben ist, dass nach der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ Partizipationsmöglichkeiten

schon bei der Folgenabschätzung im Vorfeld eines Gesetzgebungsverfahrens gegeben sind. Hierdurch wird gewährleistet, dass die Öffentlichkeit einbezogen wird, auch wenn es letztlich nicht zu einem Gesetzgebungsvorschlag kommt. Für das Tertiärrecht ist Partizipation im Umwelt- und Gesundheitsbereich wiederum auf Grundlage der Århus-Konvention zu ermöglichen: So ist eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung während der durch Behörden erfolgenden Vorbereitung exekutiver Vorschriften und sonstiger allgemein anwendbarer rechtsverbindlicher Bestimmungen zu fördern. Nach der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ wird zudem bei den aktiv veröffentlichten delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Diese Öffentlichkeitskonsultation findet gleichzeitig mit den Sachverständigen-Konsultationen statt und die Ergebnisse werden der Kommission und den Komitologie-Ausschüssen vorgelegt. Im Bereich des Risikomanagements wurden insofern grundsätzlich hinreichende Partizipationsmöglichkeiten geschaffen, wobei eine bessere sekundärrechtliche Verankerung wünschenswert wäre.

Problematisch bleibt zudem, dass sich die Öffentlichkeit für europäische Themen im Bereich der Risikoregulierung erst nach und nach zu interessieren beginnt. Neben außerinstitutionellen Mechanismen (z.B. Stärkung der europäischen Medienlandschaft), die nicht Gegenstand dieser Arbeit sind, ist daher in Teil 3 auch über Mechanismen nachzudenken, wie die Öffentlichkeit auch ohne intrinsisches Interesse an den Themen zur Teilhabe bewegt werden kann. Einen Weg können insoweit insbesondere geloste Bürgergremien auf Grundlage der repräsentativen Losdemokratie (s.o. Kapitel 3) darstellen.

III. Schlussfolgerungen zur institutionellen Aufgabenverteilung

Insgesamt ist festzuhalten, dass mit dem Vertrag von Lissabon, aber auch mit der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ der Kommission die demokratische Legitimation des europäischen Entscheidungssystems erhöht wurde – auch und gerade im Bereich der Risikoregulierung, was aufgrund der hier bestehenden Ungewissheit und Verteilungskonflikte am Maßstab der Jedito-Formel positiv zu bewerten ist. Im Einzelnen bestehen aber nach wie vor Schwächen.

Zunächst ist das nunmehr etablierte Stufenverhältnis von Sekundärrecht, delegierter Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung zu begrüßen. Die „wesentlichen“ politischen Wertentscheidungen sind im Sekundärrecht zu treffen, unwesentliche Bereiche eines Rechtsgebiets können durch delegierte Rechtsetzung ausgestaltet werden, bloße Präzisierungen, ohne dabei das Sekundärrecht zu ändern oder zu ergänzen, können durch Durchführungsrechtsetzung erfolgen. Verbesserungsfähig ist insoweit aber die Abgrenzung zwischen den Stufen. So sollten

die Begriffe der „Wesentlichkeit“ und der „Präzisierung“ konkretisiert werden. Wünschenswert wäre eine Konkretisierung der Grenzen zwischen den Stufen im Sinne der Je-desto-Formel, die auch explizit das Problem der Ungewissheit adressiert (dazu näher Teil 3).

Bei der Konkretisierung ist freilich zu beachten, welches Organ den Begriff jeweils konkretisiert. Der europäische Gesetzgeber verfügt in der EU über die höchste demokratische Legitimation, sodass ihm weitgehend zuzugestehen ist, selbst zu entscheiden, welche Bereiche er für „wesentlich“ hält und welche er zur Ergänzung oder Präzisierung aus der Hand gibt. Andersherum verfügt die Kommission lediglich über abgeleitete Legitimation. Wenn sie Aspekte eines Rechtsbereichs, die der Unionsgesetzgeber für wesentlich hält, im Wege delegierter Rechtsetzung regelt oder bei der Durchführungsrechtsetzung die Grenzen der Präzisierung überschreitet, muss dem Unionsgesetzgeber eine nachträgliche Korrektur möglich sein. Da dieser bei der delegierten Rechtsetzung zumindest nach herrschender Meinung³⁶² nur über die „groben“ Kontrollmechanismen des Widerrufs und des Vetos verfügt – die herrschende Meinung wurde oben bereits abgelehnt – und bei der delegierten Rechtsetzung sogar gar keine direkten Kontrollmechanismen hat, ist insoweit eine gerichtliche Kontrolle im Wege der Nichtigkeitsklage, die u.a. EP oder Rat anstrengen können, unerlässlich. Wirksame Kontrolle verlangt insoweit die volle gerichtliche Überprüfung der Kommissionsentscheidungen. Soweit der EuGH der Kommission auch in der Durchführungsrechtsetzung daher im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips einen Ermessensspielraum hinsichtlich politischer Entscheidungen und komplexer technischer Beurteilungen zubilligen will, ist dies auf Basis der Je-desto-Formel zu kritisieren: Bei politischen Entscheidungen über Verteilungskonflikte und bei technischen Beurteilungen unter Ungewissheit ist die Kontrolle durch das demokratisch unmittelbar legitimierte EP sicherzustellen – sei es auch durch gerichtliche Kontrolle.

Grundsätzlich positiv zu bewerten ist auch die vorgesehene Aufgabenverteilung zwischen Agenturen/Expertengruppen und Kommission/Unionsgesetzgeber: Die Experten in Agenturen und Expertengruppen sollen Risiken aufdecken und bewerten, was dem prozeduralen Gehalt der Je-desto-Formel entspricht; die stärker demokratisch legitimierte Entscheidungsträger Kommission bzw. Unionsgesetzgeber sollen die Entscheidung treffen. Dies gewährleistet nicht nur die hinreichende persönliche demokratische Legitimation der Entscheidungsträger, sondern trägt zur transparenten Debatte über die jeweiligen Alternativen zum Expertenratschlag bei – auch unter Berücksichtigung der Verteilungskonflikte. Damit die hinreichende Information und Kompetenz der demokratischen Entscheidungsträger gewährleistet werden kann, wäre insofern

³⁶² Hier wird insoweit eine andere Auffassung vertreten, s.o. Dies wird auch in Teil 3 aufgegriffen.

über (stille) Teilnahmerechte einzelner Parlamentarier an Sitzungen der Expertengruppen und Agenturen nachzudenken. Dies sichert die Identifikation von Kontroversen und Verteilungskonflikten ab. Die stille Teilnahme ist einer (politischen) Einflussnahme vorzuziehen, um den Bereich der offenen Wissensproduktion nicht zu gefährden.

Sehr kritisch zu sehen ist die jüngere Entwicklung, nach der der EuGH zumindest Agenturen auch selbst abstrakt-generelle Letztentscheidungsbefugnisse zubilligt. Die demokratische Legitimation der Agenturen ist gering und die angesprochene Transparenz der Debatte wird verringert, wenn sie nur innerhalb der Agentur statt mit Kommission und Unionsgesetzgeber geführt wird.

Die Transparenz ist insgesamt im Umwelt- und Gesundheitsbereich, der durch die Århus-Konvention geprägt ist, angemessen. Jedenfalls im Nachhinein wird so eine wirksame Kontrolle durch die Öffentlichkeit weitgehend gewährleistet. Neben Transparenz ist aber auch Partizipation wünschenswert, um die deliberative Debatte nicht nur *ex post* zu überprüfen, sondern währenddessen beeinflussen zu können. Die Partizipationsmechanismen haben sich seit der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ der Kommission maßgeblich verbessert. Gleichwohl wird jedenfalls im Bereich der Risikobewertung weitgehend auf assoziative Partizipation gesetzt, die organisierten Interessengruppen die Einflussnahme ermöglicht, aber dem demokratischen Grundsatz „gleicher Freiheit“ nicht Rechnung trägt. Insofern wäre es wünschenswert, in den Prozessen – insbesondere bei Beratungen der schwach legitimierten Agenturen und Expertengruppen – auch Parlamentsvertreter oder geloste Bürgergremien (jedenfalls still) zu beteiligen, die nicht ein bestimmtes Interesse, sondern die Allgemeinheit repräsentieren. Dies ermöglicht im nachgelagerten Risikomanagement-Prozess informierte Entscheidungen in Kenntnis bestehender Kontroversen und Verteilungskonflikte und schwächt insgesamt den „Korporatismus“-Verdacht.

B. Inhaltlicher Entscheidungsspielraum

Nachdem das institutionelle Gefüge der EU im Bereich der Risikoregulierung genauer beleuchtet wurde und problematische Aspekte herausgearbeitet wurden, ist nun der Blick auf den inhaltlichen Entscheidungsspielraum der Institutionen zu richten, die in diesem institutionellen Gefüge Letztentscheidungsbefugnisse innehaben. Die Forderung der Je-desto-Formel ist insoweit, dass mit Blick auf technologische Entwicklungen, die von Ungewissheit über Chancen und Risiken und Verteilungskonflikten geprägt sind und bei denen sich die „richtige“ (output-legitimierte) Lösung daher nicht ausmachen lässt, ein möglichst umfassender (rechtlicher)

Handlungsspielraum bestehen sollte, der ein Abwägen und Diskutieren verschiedener Alternativen und die anschließende weitgehend freie Entscheidung – auch gegen eine Technologie – ermöglicht. Einschränkungen der Forderung nach einem umfassenden Handlungsspielraum ergeben sich nach den Ausführungen in Kapitel 3 B. aus der Annahme gleicher Freiheit, die Vorbedingung der Demokratie ist. Hieraus folgt zum einen das *Willkürverbot* und zum anderen die Achtung *demokratischer* Freiheitsrechte und die Gleichheit dieser Rechte.

Letztere spielen im Themenbereich der Risikoregulierung keine hervorgehobene Rolle: Durch das Verbot einer Technologie sind typischerweise Meinungsfreiheit, Zugang zu öffentlichen Ämtern, Versammlungsfreiheit oder Wahlrechte nicht betroffen. Vielmehr sind in der Regel andere Grundrechte, wie unternehmerische Freiheitsrechte auf der einen Seite und Schutzpflichten für Gesundheit oder Umwelt auf der anderen Seite, durch Risikoregulierungsentscheidungen betroffen. Wie in Kapitel 3 B. herausgearbeitet wurde, liegt der Grund für den Schutz dieser Grundrechte nicht in der Demokratie selbst, sondern in dem erwünschten Output, das der Schutz solcher Rechte mit sich bringt. Wie ebenfalls herausgearbeitet wurde, vermag Output-Legitimation in vielen Konstellationen der Risikoregulierung aufgrund der bestehenden Ungewissheit oder der verbundenen Verteilungskonflikte nicht zu überzeugen. Die genannten Grundrechte sollten insofern den Handlungsspielraum bei Entscheidungen unter Ungewissheit und über Verteilungskonflikte als *absolute* Grenze nur in Gestalt des aus der Demokratie selbst folgenden Willkürverbots einschränken.³⁶³

Sofern Grundrechte über ein Willkürverbot hinaus den Entscheidungsspielraum eines demokratisch legitimierten Entscheidungsträgers einschränken, kann dies vor dem Maßstab der Jесто-Formel nur überzeugen, sofern entweder Output-Legitimation verfügbar ist (etwa, weil relative Gewissheit über positive Effekte einer Regulierung vorliegt und eventuelle Nachteile kompensiert werden) oder ein noch demokratischerer Entscheidungsträger (z.B. die verfassungsgebende Gewalt) den Schutz angeordnet hat. Letzteres ist hinsichtlich der abstrakten Anordnung des Schutzes bestimmter Grundrechte in der Regel gegeben. Die konkrete Abwägungsentscheidung insbesondere bei „mehrpolygonen Verfassungsrechtsverhältnissen“³⁶⁴ wird hingegen in der Regel nicht bereits durch die verfassungsgebende Gewalt getroffen, sondern erst durch ein Verfassungsgericht, welches als nicht majoritäre Institution oftmals nicht über

³⁶³ Entscheidungen unter Ungewissheit wohnt freilich stets eine gewisse Nähe zur Willkür inne. Diese Problematik beleuchtet *Calliess* vor allem für das deutsche Recht aus rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Perspektive: *Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001.

³⁶⁴ Den Begriff prägend *ders.*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001.

eine höhere demokratische Legitimation verfügt als der Entscheidungsträger – besonders wenn das Parlament selbst entscheidet.

Aus der Je-desto-Formel folgt nur das Gebot des möglichst großen inhaltlichen Entscheidungsspielraums mit den genannten Einschränkungen. Dagegen sind prozedurale Erfordernisse wie die Einholung einer Risikobewertung, insbesondere wenn sie von Transparenz und Partizipationsmöglichkeiten flankiert werden, grundsätzlich positiv einzuordnen, solange sie nicht Entscheidungen stets so lange hinauszögern, dass eine effektive Regulierung von Technologien unmöglich gemacht wird. Insoweit sind aber nur Extremfälle relevant. Indirekt können freilich auch prozedurale Erfordernisse den inhaltlichen Entscheidungsspielraum beschränken, wenn nämlich z.B. bei Abweichen von der wissenschaftlichen Risikobewertung sehr hohe, schwer zu erfüllende Begründungspflichten auferlegt werden.

Auf Grundlage dieses Maßstabs ist im Folgenden für den Unionsgesetzgeber einerseits und für die Kommission bei der Tertiärrechtsetzung andererseits das Ausmaß des vorhandenen demokratischen Entscheidungsspielraums zu beleuchten und zu bewerten. Der Entscheidungsspielraum von Agenturen und Expertengruppen ist dagegen nicht näher zu betrachten, da diese – zumindest derzeit im Umwelt- und Gesundheitsbereich – wie beschrieben keine Letztentscheidungsbefugnisse innehaben. Zunächst wird dargestellt, welche rechtlichen Vorgaben und Prinzipien die handelnden Organe der EU binden und wie die diesbezügliche gerichtliche Kontrolle erfolgt.

Sowohl Unionsgesetzgeber als auch Kommission sind an die Verträge sowie allgemeine ungeschriebene Prinzipien primärrechtlichen Rangs gebunden³⁶⁵, wodurch ihr inhaltlicher Entscheidungsspielraum eingeschränkt wird. Für den Bereich der Risikoregulierungsentscheidung unter Ungewissheit kommt dem Vorsorgeprinzip aus Art. 191 AEUV einerseits und dem als allgemeines unionsrechtliches Prinzip mit Primärrechtsrang³⁶⁶ anerkannten Verhältnismäßigkeitsprinzip (in Verbindung mit relevanten Grundrechten) andererseits zentrale Bedeutung zu. Dabei schränkt das Verhältnismäßigkeitsprinzip tendenziell den demokratischen Handlungsspielraum zugunsten des rechtsstaatlichen Schutzes individueller Rechte ein, das Vorsorgeprinzip weitet den Spielraum für bestimmte Situationen unter Ungewissheit wieder aus. Zu beach-

³⁶⁵ Zur Bindung aller Gewalten an das Verhältnismäßigkeitsprinzip *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 196.

³⁶⁶ Zur Entwicklung der dahin führenden Rechtsprechung sowie zu der Frage, ob es sich um einen verfassungsrechtlichen Grundsatz mit Rang über dem Primärrecht handelt, *ders.*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, 193 ff.

ten ist insoweit, dass das Vorsorgeprinzip durch den demokratisch besonders legitimierten Primärrechtsgeber etabliert wurde, während das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte, die lediglich auf mittelbare Legitimation zurückgreifen können, etabliert wurde.

Rechtlich durchsetzbar und damit den Handlungsspielraum faktisch beschränkend sind beide Vorgaben allerdings nur mit Hilfe der europäischen Gerichte, welche wiederum Maßstäbe für die gerichtliche Prüfungsintensität aufstellen.³⁶⁷ Rechtsfragen werden dabei grundsätzlich vollumfänglich gerichtlich überprüft³⁶⁸, es sei denn, aus der Norm ergibt sich, dass dem entscheidenden Organ Ermessen eingeräumt ist. Die europäischen Gerichte verwenden den Begriff des Ermessens insofern weiter als die deutschen Gerichte und umfassen mit dem Begriff die deutschen Begriffe des Beurteilungsspielraums auf Tatbestandsseite und des „klassischen“ Ermessens auf Rechtsfolgenseite.³⁶⁹ Sofern dem Entscheidungsträger Ermessen eingeräumt worden ist, überprüfen die Gerichte grundsätzlich nur, ob das Ermessen offensichtlich fehlerhaft ausgeübt oder missbraucht worden ist oder ob der Entscheidungsträger die Grenzen seines Ermessens offensichtlich überschritten hat. Das Ermessen bezieht sich jedenfalls³⁷⁰ bei der Notwendigkeit komplexer Bewertungen auch auf die Tatsachengrundlage.³⁷¹ Bei solchen Tatsachenfragen wird die Einschätzung des zuständigen Entscheidungsträgers ebenfalls nicht voll überprüft, sondern nur auf die genannten Ermessensfehler.³⁷²

Die Aspekte der Bestimmung des Handlungsspielraums durch die geschriebenen Verträge und allgemeinen Rechtsprinzipien einerseits und der (begrenzten) gerichtlichen Prüfungsintensität andererseits sind eng verknüpft, bedingen sich teilweise gegenseitig und haben beide Einfluss auf das Ergebnis des inhaltlichen Entscheidungsspielraums der Organe. Gleichwohl sind sie voneinander zu trennen. So beeinflusst Ersteres den Maßstab, der für den (primären) Entscheidungsträger vorgegeben ist (z.B. dass eine Gefahr möglich, wahrscheinlich, höchstwahrscheinlich etc. sein muss). Letzteres ist für die Frage relevant, ob und in welchem Umfang dem

³⁶⁷ Hierzu allgemein und ausführlich *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 400 ff.

³⁶⁸ *Ders.*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 405 m. Verweis auf die Rspr.

³⁶⁹ *Ollinger*, Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht, 2019 (im Erscheinen), Manuskript S. 64ff.

³⁷⁰ *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 408 geht sogar von einem allgemeinen Mantra aus, dass Fakten und Ermessen nur beschränkt gerichtlich überprüft würden.

³⁷¹ EuGH, *Roquettes Freres/Rat*, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333, Rn. 25; EuGH, *Woodcock District Council/Bakers of Nailsea*, Rs. C-27/95, Slg. 1997, I-1847, Rn. 32; EuGH, *Northern Ireland Fish Producers' Association and Northern Ireland Fishermen's Federation/Department of Agriculture for Northern Ireland*, Rs. C-4/96, Slg. 1998, I-681, Rn. 41 f.

³⁷² So die bereits zitierte Leitentscheidung im Bereich der Risikoregulierung EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 169.

Entscheidungsträger ein Einschätzungsspielraum (z.B. hinsichtlich seiner Einschätzung, dass ein Schaden aufgrund der verfügbaren Tatsachen möglich erscheint) zuerkannt wird, der gerichtlich nicht überprüft wird.³⁷³

Wenngleich also grundsätzlich dieselben Bestimmungen des Unionsrechts, nämlich das Vorsorgeprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (i.V.m. Grundrechten), für Unionsgesetzgeber und Kommission gelten, so ist doch denkbar, dass die Unionsgerichte für beide Organe unterschiedliche Kontrollmaßstäbe ansetzen – Grund für einen unterschiedlichen Maßstab könnte die unterschiedliche demokratische Legitimation dieser Organe sein. Dementsprechend ist für das Verhältnismäßigkeitsprinzip (I.) und das Vorsorgeprinzip (II.) jeweils zunächst die Definition und Konkretisierung (der Verträge bzw. des ungeschriebenen Gemeinschaftsrechts) durch die Gerichte zu betrachten (jeweils I.1. und II.1.), bevor untersucht wird, ob und inwieweit den Organen Einschätzungsspielräume gewährt werden (jeweils I.2. und II.2.). Sofern die Gerichte insoweit Unionsgesetzgeber und Kommission (offensichtlich oder explizit) unterschiedlich behandeln, ist dies – aufgrund ihres unterschiedlichen demokratischen Legitimationsniveaus – hervorzuheben.

Für die Kommission gelten neben den genannten Vertragsbestimmungen zudem die jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen des risikoregulierenden Sekundärrechts. Diese können angesichts ihrer Fülle und Diversität jedoch in dieser Arbeit nicht nachvollzogen werden, zumal das Sekundärrecht vielfach für die Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken ohnehin auf das Vorsorgeprinzip verweist.³⁷⁴ Relevant für die vorliegende Untersuchung wäre das Sekundärrecht ohnehin nur, soweit es Bestimmungen für die Tertiärrechtsetzung der Kommission und nicht für die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten enthält.

Es besteht jedoch eine allgemeingültige verwaltungsinterne Vorgabe, die die Kommission im Wege der Selbstverpflichtung zu beachten hat, die jedoch nicht justiziabel ist: Die *Better-Regulation*-Strategie der Kommission ist für den Bereich der Regulierung unter Ungewissheit insofern relevant, als dass sie eine grundsätzliche Pflicht zur Durchführung einer Kosten-Nutzen-Analyse inklusive eines Kontrollmechanismus etabliert (III.). Diese Pflicht ist womöglich ebenfalls geeignet, den Handlungsspielraum der Kommission – wenngleich nicht justiziabel – einzuschränken.

³⁷³ S. zu dieser Unterscheidung *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 431 ff.

³⁷⁴ Zur Interpretation des Sekundärrechts im Lichte des Vorsorgeprinzips *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, 173 ff.

I. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist als allgemeines Rechtsprinzip der Unionsrechtsordnung anerkannt. Es wirkt einerseits in Form eines objektiven, selbstständigen Prinzips als allgemeine Handlungsschranke für alle Unionsorgane unabhängig von einer Grundrechtsbeeinträchtigung³⁷⁵, weshalb es für die hier vorzunehmende Bestimmung des Maßes des demokratischen Handlungsspielraums richtungsweisend ist. Zweitens ist es auch als Schranke für Eingriffe in europäische Grundrechte etabliert.³⁷⁶ Schließlich entfaltet das Verhältnismäßigkeitsprinzip Wirkung als Auslegungsmaßstab sowohl für Unionsorgane als auch für die Mitgliedstaaten.³⁷⁷

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist hinsichtlich seiner kompetenziellen Ausprägung (s.o.) in Art. 5 Abs. 4 EUV verankert.³⁷⁸ Im Bereich der Risikoregulierung spielt aber gerade nicht die kompetenzielle, sondern die inhaltliche, individualschützende Variante eine Rolle, da es typischerweise um einen Ausgleich wirtschaftlicher Interessen der Technologiekonzerne mit allgemeinen Umwelt- und Gesundheitsinteressen geht. Darüber hinaus geht es für die vorliegende Arbeit auch nur um die Beschränkung des Handelns der Unionsorgane durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, nicht aber um die Beschränkung des Handelns der Mitgliedstaaten etwa, wenn sie Grundfreiheiten beeinträchtigende Maßnahmen erlassen oder Unionsrecht unverhältnismäßig auslegen und anwenden.³⁷⁹ Die individualschützende Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist nach wie vor nicht normiert, sondern sein Inhalt (und selbstverständlich seine gerichtliche Überprüfungsichte) wurde von den europäischen Gerichten näher definiert.³⁸⁰

1. Inhalt

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wurde in seiner Stufenprüfung aus dem deutschen Recht grundsätzlich rezipiert.³⁸¹ In den Ausführungen der europäischen Gerichte zur Verhältnismäßigkeit finden sich daher i.d.R. Angaben zu den geschützten Gütern und sodann Erörterungen

³⁷⁵ *Pache*, NVwZ 1999, 1036 f.

³⁷⁶ *Ders.*, NVwZ 1999, 1037.

³⁷⁷ *Ders.*, NVwZ 1999, 1037 f.

³⁷⁸ Dazu *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 266 ff.

³⁷⁹ Dazu *dies.*, EuR 2012, 275 ff.; *Pache*, NVwZ 1999, 1037 f.

³⁸⁰ Spätestens seit EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125; Näher dazu *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, 690 f.; *Pache*, NVwZ 1999, 1034.

³⁸¹ Spätestens in EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125; s. dazu auch *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 590 f.; a.A. allerdings im Jahre 2003 *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 204.

der Geeignetheit und Erforderlichkeit der getroffenen Maßnahme.³⁸² Nicht völlig eindeutig wurde hingegen das Kriterium der Angemessenheit bzw. der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne aus dem deutschen Recht übernommen. Die Gerichte sprechen dieses seit den 90er Jahren in der Regel an, besonders wenn es von einer Partei vorgetragen wurde, Beobachter aus der Literatur konstatieren jedoch insoweit keine ganz einheitliche Linie.³⁸³ In jüngeren Urteilen findet sich zumeist eine Formulierung, die eine Angemessenheitsprüfung beinhaltet, oft auch mit dem Verweis auf eine ständige Rechtsprechung.³⁸⁴ Danach dürfen „Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung des mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die verursachten Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.“³⁸⁵ Es wird folglich mittlerweile in aller Regel eine vierstufige Betrachtung vorgenommen, die zunächst nach legitimen Zielen und sodann nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit fragt.

Für den Bereich der hier betrachteten Risikoregulierung sind die verfolgten Ziele typischerweise Umweltschutz, der in Art. 11, 191 AEUV und Art. 37 GRCh mit primärrechtlichem Gewicht ausgestattet wurde, sowie Schutz der menschlichen Gesundheit, dem in Art. 168 AEUV und Art. 2 und 3 GRCh eine wichtige Stellung eingeräumt wurde. Diese Ziele dürfen damit zulässigerweise von der EU verfolgt werden, sodass sich aus dem Erfordernis eines legitimen Ziels keine nennenswerte – und jedenfalls keine zu verurteilende – Einschränkung des demokratischen Handlungsspielraums ergibt.

Interessant für den hier betrachteten Handlungsspielraum der Organe ist vielmehr das Kriterium der Geeignetheit verbunden mit der Frage, wie die Kausalbeziehung zwischen Zweck und Mittel beschaffen sein muss. Wenn z.B. das Verbot einer Technologie *geeignet* zum Umweltschutz sein soll, muss grundsätzlich *denkbar* oder sogar *nachweisbar* sein, dass diese Technologie Umweltrisiken mit sich bringt. Es stellt sich insofern die Frage, ob und in welchem Ausmaß das Verhältnismäßigkeitsprinzip (i.V.m. anderen Vertragsbestimmungen) vom primären

³⁸² Craig, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 591.

³⁸³ Ders., EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 591 f.; Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, 217 ff.

³⁸⁴ So z.B. mit Verweis auf die „ständige Rechtsprechung“ EuGH, *Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 78.

³⁸⁵ EuGH, *Fedesa u.a.*, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Rn. 13; EuGH, *National Farmers' Union*, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-2211, Rn. 60; EuGH, *Vereinigtes Königreich/Kommission (BSE)*, Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Rn. 96; EuGH, *Omega Air u.a.*, Verb. Rs. C-27/00 und 122/00, Slg. 2002, I-2569, Rn. 62; EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 411; EuGH, *Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 78; ebenso schon früher.

Entscheidungsträger verlangt, Risiken nachzuweisen, oder ob ein theoretisch denkbarer Zusammenhang ausreicht – ein nicht einmal theoretisch denkbarer Zusammenhang widerspräche jedenfalls dem Willkürverbot. Aus der Rechtsprechung der europäischen Gerichte lässt sich diese Frage nicht eindeutig beantworten, weil sie nicht präzise den Maßstab für den unionalen Entscheidungsträger definieren, sondern sofort auf dessen Einschätzungsspielraum und die beschränkte gerichtliche Überprüfung zu sprechen kommen. Die Frage nach dem Entscheidungsmaßstab für die primären Entscheidungsträger und die Frage nach der gerichtlichen Überprüfung lassen sich folglich – da für das richterrechtlich herausgebildete Verhältnismäßigkeitsprinzip kein geschriebener Maßstab herangezogen werden kann – nicht sauber trennen. Die Frage ist sogleich unter 2. aufzugreifen.

Im Zuge der Erforderlichkeitsprüfung stellt sich ebenfalls die Frage, ob Ungewissheit hinsichtlich der Frage, ob ein milderes Mittel (z.B. Kennzeichnungspflicht) ebenso effektiv wäre, den Entscheidungsträger ermächtigt, das rigidere Mittel (z.B. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) zu wählen, oder ob er das rigidere Mittel nur bei wissenschaftlichen Anhaltspunkten, dass das mildere Mittel weniger Wirkung verspricht, gewählt werden darf. Auch hier ist insofern das Ausmaß der wissenschaftlichen Beweisbarkeit, welches der Entscheidungsträger für sich selbst ansetzen muss, um eine Maßnahme zu ergreifen, fraglich. Allerdings spielt bei der Erforderlichkeit weniger die (natur-)wissenschaftliche Ungewissheit über Risiken eine Rolle, sondern die Ungewissheit über politische Wirksamkeit von Maßnahmen, die mit Verteilungskonflikten einhergehen kann. Die Gerichte äußern sich auch diesbezüglich nicht, da sie ebenfalls sofort auf den Einschätzungsspielraum zu sprechen kommen (s. daher sogleich).

In der Angemessenheitsprüfung werden die kollidierenden Rechtsgüter gegeneinander abgewogen. Im Bereich der Risikoregulierung kollidieren mit den Gütern des Umwelt- und Gesundheitsschutzes typischerweise vor allem die Berufsfreiheit, Art. 15 GRCh, die unternehmerische Freiheit, Art. 16 GRCh, und das Eigentumsrecht, Art. 17 GRCh, der Technologieunternehmen sowie je nach Art der Regulierung auch die Wissenschaftsfreiheit, Art. 13 GRCh, der forschenden Unternehmen und Institute. Daneben können zugunsten der Technologieunternehmen ebenfalls Gesundheits- und Umweltschutz greifen, wenn diese geltend machen, durch ihre Produkte würden Menschen geheilt oder es würde vor Krankheiten geschützt (z.B. durch Ausrottung Malaria übertragender Mücken durch sog. *Gene-Drives*) oder die Umwelt verbessert (z.B. durch *Geo-Engineering*). Letzteres unterliegt aber üblicherweise einer vergleichbaren Ungewissheit wie die Risiken solcher Technologien, während der Eingriff in Berufsfreiheit etc. durch Verbote oder Beschränkungen i.d.R. gewiss ist. Es stellt sich insofern die Frage, ob in Fällen der Ungewissheit der primäre Entscheidungsträger berechtigt ist, die Güter im Rahmen

der Angemessenheit lediglich abstrakt gegeneinander abzuwägen, oder ob der Wahrscheinlichkeit des Risikos ein beachtliches Gewicht in der Abwägung zuzumessen ist. In letzterem Fall entstünde durch das Argumentationsungleichgewicht eine faktische Einschränkung der Handlungsfreiheit des Entscheidungsträgers zugunsten der wirtschaftlichen Grundrechte, da diese gewiss betroffen sind und deshalb ihr Vorrang gegenüber dem ungewissen Schutz der Gesundheit und der Umwelt leichter zu begründen ist. Bei einer primär die abstrakten Werte in den Blick nehmenden Abwägung dürfte das Argumentationsungleichgewicht dagegen eher zulasten der wirtschaftlichen Grundrechte ausschlagen, da jedenfalls der Schutz der menschlichen Gesundheit schon aufgrund seiner Stellung im Abschnitt über Menschenwürde der GRCh einen hohen abstrakten Wert innehat.

Zu der Frage, inwieweit Wahrscheinlichkeitsüberlegungen in die Abwägungserwägungen des primären Entscheidungsträgers einzubeziehen sind, äußern sich die Gerichte ebenfalls erst nach der Statuierung eines Ermessensspielraums, sodass sie ebenfalls erst im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfungsdichte zu vertiefen ist (s. sogleich).

Eine leichte Modifikation erhält das Verhältnismäßigkeitsprinzip für den Bereich, in dem Grundrechte betroffen sind (in der Risikoregulierung meistens), dadurch, dass die europäischen Gerichte das Verhältnismäßigkeitsprinzip mit der aus dem deutschen Recht bekannten Wesensgehaltsgarantie vermengen.³⁸⁶ Der EuGH formuliert insoweit, dass (wirtschaftliche) Grundrechte eingeschränkt werden könnten, wenn die Einschränkungen „tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der diese Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.“³⁸⁷ Für die vorliegende Untersuchung hat die Frage, ob Wesensgehaltsgarantie und Verhältnismäßigkeit voneinander getrennt geprüft werden und eigene Gehalte aufweisen oder ob eine unverhältnismäßige Maßnahme zugleich den Wesensgehalt antastet, nur untergeordnete Bedeutung.³⁸⁸ Sofern jede Unverhältnismäßigkeit zugleich eine Wesensgehaltsverletzung ist, ergibt sich aus dieser Formulierung nichts Neues – insbesondere keine Intensivierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung.³⁸⁹ Sofern es einen getrennten Wesensgehalt der Grundrechte gibt, dürfte diese Grenze bei typischen Risikoregulierungsmaßnahmen

³⁸⁶ *Pache*, NVwZ 1999, 1037; ausführlich *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, 604 ff.

³⁸⁷ EuGH, *Wachauf*, Rs. C-5/88, Slg. 1989, 2609, 2639; EuGH, *Deutschland/Rat*, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 78; EuGH, *Affish*, Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-04315, Rn. 42.

³⁸⁸ *Ruffert* geht davon aus, dass die Rspr. zunehmend getrennte Gehalte andeutet, vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 GRCh, Rn. 15; ausführlich zu der Thematik *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, 231 ff.

³⁸⁹ I.E. ebenso *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 529.

nicht betroffen sein, da jeweils nur eine ganz bestimmte berufliche oder unternehmerische Tätigkeit unterbunden oder beschränkt wird, was kaum den Wesensgehalt des Berufs, des Unternehmertums oder des Eigentums berühren dürfte.³⁹⁰ Jedenfalls gibt die Wesensgehaltsgarantie, sofern sie denn getrennt existiert, wenig Aufschluss über Entscheidungen unter Ungewissheit.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob sich eine Modifikation daraus ergibt, dass das EuG in *Pfizer Animal Health* für den speziellen Bereich des Risikomanagements eine Kosten-Nutzen-Analyse als spezielle Ausformung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ansieht.³⁹¹ Daraus könnten konkretere Anforderungen an Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (etwa im Sinne eines Überwiegens quantitativ bezifferbarer Nutzen gegenüber quantitativ bezifferbaren Kosten) folgen.³⁹² Jedoch verweist das EuG für die inhaltliche Abwägung wiederum auf den Beurteilungsspielraum der Organe, der nur offensichtliche Beurteilungsfehler einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich macht, und führt dieselben Argumente an, die es schon im Rahmen der Verhältnismäßigkeit angeführt hatte (abstrakt hoher Wert der Gesundheit, alternative Aufzuchtmethoden ohne Antibiotikaeinsatz etc.).³⁹³ Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass auch bei Risikomanagement-Maßnahmen keine Kosten-Nutzen-Analyse im Sinne quantifizierbarer Berechnungen und eines quantitativen Überwiegens der Nutzen notwendig ist, um die Angemessenheit zu bejahen. Vielmehr ergeben sich bezüglich der inhaltlichen Prüfung keine Unterschiede zur „normalen“ Angemessenheitsprüfung – in beiden Fällen werden auch unbezifferbare abstrakte Wertigkeiten einbezogen und gewichtet, in beiden Fällen besteht zudem ein Beurteilungsspielraum.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass die Gerichte dem Verhältnismäßigkeitsprinzip inhaltlich eine vierstufige Struktur verliehen haben mit ungefähren Angaben, was auf der jeweiligen Stufe zu prüfen ist. Eine genauere abstrakte Konkretisierung dessen, was der primäre Entscheidungsträger in seine Entscheidung einzubeziehen hat und ob/inwieweit er seine Annahmen beweisen muss, erfolgt dagegen grundsätzlich nicht, da ihm ein Ermessensspielraum eingeräumt

³⁹⁰ Ruffert geht sogar davon aus, dass ein absolut geschützter Bereich der Berufsfreiheit „kaum wahrnehmbar“ sei, Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 GRCh, Rn. 15.

³⁹¹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 410.

³⁹² Wie auch das EuG versteht die überwiegende Literatur die Pflicht zur Berücksichtigung von Vorteilen und Belastungen aufgrund des Tätigwerdens bzw. eines Nichttätigwerdens in Art. 191 Abs. 3 Spstr. 3 AEUV nicht als quantitative Kosten-Nutzen-Analyse, sondern im Sinne einer Gesamtfolgenabschätzung, vgl. schon Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 219.

³⁹³ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 471 ff. Was das prozedurale Erfordernis der Durchführung einer solchen Analyse angeht, musste das EuG hierüber nicht entscheiden, weil eine solche durchgeführt wurde. Insoweit lässt es nationale Analysen ausreichen und verlangt keine eigene Analyse der Unionsorgane, Rn. 469.

wird. Inwieweit konkretisiert wird, wann der Ermessensspielraum überschritten wird, ist so gleich zu erörtern.

2. Gerichtliche Überprüfungsichte

In Bereichen, in dem politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden – besonders, aber nicht nur im Bereich der Agrarpolitik –, führen die Gerichte im Allgemeinen aus, dass, wie bereits angedeutet, den Unionsorganen ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Definition der Ziele und der Wahl des zu ihrer Verfolgung geeigneten Instrumentariums einzuräumen ist.³⁹⁴ Zur Begründung verweist der EuGH in der Leitentscheidung *Fedesa* auf die dem Unionsgesetzgeber durch die Verträge zugewiesene politische Verantwortlichkeit.³⁹⁵ Die Formulierung „politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen“ benutzen Gerichte vorwiegend, aber nicht ausschließlich für den Unionsgesetzgeber.³⁹⁶ Die Folgerung, es handele sich hierbei um legislatives Ermessen, lässt sich derzeit also nicht mit der Rechtsprechung belegen.³⁹⁷ Gleichwohl handelt es sich bei dieser Kategorie gewissermaßen um „politisches“ Ermessen.³⁹⁸

Daneben wird ein Ermessensspielraum in Bereichen gewährt, in denen die Sachmaterie „komplexe Prüfungen“ verlangt, die eine Gemeinschaftsbehörde im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben vorzunehmen habe; dieses Ermessen erstreckt sich auch auf die zugrunde liegenden Tatsachen.³⁹⁹ Schon die Formulierung „Gemeinschaftsbehörde“ zeigt an, dass hiermit

³⁹⁴ St. Rspr. EuGH, *Fedesa u.a.*, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Rn. 14; EuGH, *Vereinigtes Königreich/Kommission (BSE)*, Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Rn. 6097; EuGH, *Schräder*, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rn. 22; EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 166; EuGH, *Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 79; *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 594; *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 267.

³⁹⁵ EuGH, *Fedesa u.a.*, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Rn. 14.

³⁹⁶ Allgemein von den Gemeinschaftsorganen spricht das EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 166; explizit die Kommission benennend EuGH, *Dextro Energy/Kommission*, Rs. C-296/16 P, ECLI:EU:C:2017:437, Rn. 44.

³⁹⁷ Zur fehlenden Unterscheidung von legislativem und exekutivem Ermessen auch *Calliess*, in: Hendlert/Martinez (Hrsg.), "Für Sicherheit, für Europa", 2005, S. 239, 250; *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 264.

³⁹⁸ GA Léger, *Rica Foods*, Rs. C-40/03 P, ECLI:EU:C:2005:93, Rn. 45.

³⁹⁹ Besonders deutlich zwischen den Ermessensarten unterscheidend insoweit EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 166 und 168. Zum Ermessen wegen komplexer Prüfungen auch EuGH, *Racke*, Rs. C-98/78, Slg. 1979, 69, Rn. 5; EuGH, *Roquettes Freres/Rat*, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333, Rn. 25; EuGH, *Ludwigshafener Walzmühle/Rat und Kommission*, Rs. 197/80 bis 200/80, 234/80, 245/80 und 247/80, Slg. 1981, 3211, Rn. 37; EuGH, *Bakers of Nailsea*, C-27/95, Slg. 1997, I-1847, Rn. 32; EuGH, *Northern Ireland Fish Producers' Association and Northern Ireland Fishermen's Federation/Department of Agriculture for Northern Ireland*, Rs. C-4/96, Slg. 1998, I-681, Rn. 41 f.; EuGH, *Upjohn*, Rs. C-120/97, Slg. 1999, I-223, Rn. 34; EuGH, *Spanien/Rat*, Rs. C-36/98, Slg. 2001, I-779, Rn. 29; EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 168; EuGH, *Etimine*, Rs. C-15/10, ECLI:EU:C:2011:504, Rn. 59 f.

jedenfalls auch die Kommission gemeint ist. Da die Formulierung bezüglich der komplexen Prüfung aber sowohl zur Rechtfertigung des Ermessensspielraums des Unionsgesetzgebers als auch des Ermessensspielraums der Kommission verwendet wird, kann nicht herausgelesen werden, dass es sich hierbei um exekutives Ermessen handelt.⁴⁰⁰ Allerdings könnte man diese Art von Ermessen aufgrund der Begründung als „technisches“ Ermessen bezeichnen.⁴⁰¹

In vielen Urteilen u.a. zur Risikoregulierung werden oftmals auch beide Aspekte nebeneinander genannt.⁴⁰² Besonders in jüngeren Urteilen hat sich eine Formulierung eingebürgert, die beide Begründungen nebeneinander anführt: Die Organe verfügten in Bereichen, in denen von ihnen „politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt würden und in dem sie komplexe Prüfungen durchführen“ müssten, über ein weites Ermessen.⁴⁰³ Daneben wird speziell bezüglich des Verhältnismäßigkeitsprinzips – allerdings nur in Interpretation der europäischen Gerichte – die Unbestimmtheit der Begriffe „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ als Begründung für den Ermessensspielraum angeführt.⁴⁰⁴ Diese Begründung findet sich in der Rechtsprechung so nicht.

Unabhängig von der jeweiligen Begründung ist die Folge des Ermessensspielraums, dass lediglich überprüft wird, ob die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels offensichtlich ungeeignet ist.⁴⁰⁵ Dies kann als spezielle Ausprägung der oben zitierten Ermessensfehler (offensichtlicher Fehler, Missbrauch, offensichtliche Überschreitung) für den Bereich der Verhältnismäßigkeitsprüfung angesehen werden. Diese Formulierung verwenden die Gerichte sowohl bezüglich der Maßnahmen des Unionsgesetzgebers als auch bezüglich der Maßnahmen der Kommission.⁴⁰⁶ Einige Beobachter gehen davon aus, dass der konkrete Prüfungsumfang bei der Überprüfung von Kommissionsmaßnahmen und gesetzgeberischen Maßnahmen divergiert.⁴⁰⁷ Nachzuvollziehen, ob diese Beobachtung für das Verhältnismäßigkeitsprinzip generell

⁴⁰⁰ Zur fehlenden Unterscheidung von legislativem und exekutivem Ermessen auch *Calliess*, in: Hendlner/Ibler/Martinez (Hrsg.), "Für Sicherheit, für Europa", 2005, S. 239, 250; *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 264.

⁴⁰¹ GA Léger, *Rica Foods*, Rs. C-40/03 P, ECLI:EU:C:2005:93, Rn. 46; ausführlich zu „politischem“ und „technischem“ Ermessen *Ollinger*, Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht, 2019 (im Erscheinen), S. 65 ff. m.w.N.

⁴⁰² Z.B. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 166 und 168.

⁴⁰³ EuGH, *Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 79; EuGH, *Dextro Energy/Kommission*, Rs. C-296/16 P, ECLI:EU:C:2017:437, Rn. 44.

⁴⁰⁴ *Pache*, NVwZ 1999, 1039 m.w.N.

⁴⁰⁵ EuGH, *Fedesa u.a.*, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Rn. 14 sowie die soeben zitierte Rspr.

⁴⁰⁶ Die soeben zitierte Rspr. betrifft teilweise Maßnahmen der Kommission, teilweise Maßnahmen des Rates und teilweise Maßnahmen des Unionsgesetzgebers.

⁴⁰⁷ *Burca*, YBEL 13 (1993), 111; *Craig*, EU administrative law, 2. Aufl. 2012, S. 592.

zutrifft, übersteigt jedoch den Umfang der Arbeit. Aufgrund des formal gleichen Maßstabs werden die Organe mithin im Weiteren gemeinsam untersucht.⁴⁰⁸

Der Begriff der offensichtlichen Ungeeignetheit im Maßstab bezieht sich nicht nur auf die Geeignetheit, sondern auf die geringe Prüfungsintensität hinsichtlich aller drei Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁴⁰⁹ Inwieweit der Begriff der offensichtlichen Ungeeignetheit für die einzelnen Prüfungsstufen (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) näher gerichtlich konturiert worden ist, ist nun zu untersuchen.

a) *Geeignetheit*

Die für die vorliegende Untersuchung zentrale Frage, ob für die Bejahung der Geeignetheit ein Kausalzusammenhang zwischen Zweck und Mittel durch wissenschaftliche Hinweise oder Studien etabliert sein muss oder ob Vermutungen/Erfahrungswerte des jeweiligen Organs ausreichen, wird in mehreren Urteilen indirekt angesprochen. Im *Fedesa*-Urteil, in dem es um das Verbot bestimmter Hormone zur Tierfütterung ging, machte der EuGH explizite Ausführungen dazu, inwieweit Gemeinschaftsmaßnahmen auf einer vernünftigen und objektiven (wissenschaftlichen) Grundlage beruhen müssen. Diese erfolgten zwar formal nicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Geeignetheit, was aber daran lag, dass die Antragsteller dieses Argument (wohl fälschlicherweise) unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit angeführt hatten.⁴¹⁰ Der Prüfungsmaßstab war insoweit jedoch ebenfalls auf eine Ermessensfehlerkontrolle reduziert, sodass sich die Aussagen übertragen lassen. Der EuGH führte aus:

„Im Lichte dieser Ausführungen [zum Ermessensspielraums des Rates, *Anm. d. Verfasserin*] kann die Rüge, dass das Vorliegen wissenschaftlicher Beweise die Unschädlichkeit der fünf in Rede stehenden Hormone dartue, keinen Erfolg haben. Ohne daß eine Beweisaufnahme erforderlich wäre, um die Richtigkeit dieser Behauptung zu prüfen, genügt die Feststellung, daß der Rat angesichts der unterschiedlichen Beurteilungen durch die nationalen Behörden der Mitgliedstaaten, die sich in den Unterschieden zwischen den bestehenden nationalen Rechtsvorschriften widerspiegeln, im Rahmen seines Ermessens geblieben ist, als er sich für die Lösung entschieden hat, die in Rede

⁴⁰⁸ Das BVerfG, welches der Legislative im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Einschätzungsprärogative zugesteht, die der Exekutive nicht zuteilwird, macht diesen unterschiedlichen Maßstab explizit. Da die europäischen Gerichte das Verhältnismäßigkeitsprinzip in vielen Facetten aus dem deutschen Recht rezipiert haben, liegt die Vermutung nahe, dass sie einen unterschiedlichen Maßstab für Legislative und Exekutive auch *explizit* rezipiert hätten, sofern dies gewollt wäre.

⁴⁰⁹ So ausdrücklich GA Kokott, *Schlussanträge zur Rs. Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, Rn. 89; hierauf verweisend GA Bobek, *Schlussanträge in der Rs. Lidl GmbH & Co. KG/Freistaat Sachsen*, Rs. C-134/15, ECLI:EU:C:2016:169, Nr. 42; ebenso *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, 267 f.; ausführlich *Pollak*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, 1991, 124 ff.

⁴¹⁰ Zweifelnd zur Einschlägigkeit des Grundsatzes der Rechtssicherheit für diese Konstellation auch EuGH, *Fedesa u.a.*, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Rn. 7 f. Richtigerweise handelt es sich um eine Frage der Geeignetheit der Maßnahme.

stehenden Hormone zu verbieten und auf diese Weise den Besorgnissen Rechnung zu tragen, die das Europäische Parlament und der Wirtschafts- und Sozialausschuß sowie mehrere Verbraucherverbände geäußert hatten.⁴¹¹

Hieraus lässt sich schließen, dass der EuGH ein unterschiedliches Meinungsbild in Mitgliedstaaten, EP, Wirtschafts- und Sozialausschuss und Lobbygruppen für ausreichend erachtete, um sich frei von Ermessensfehlern für die eine oder die andere Auffassung zu entscheiden. Die gewählte Lösung muss nicht diejenige sein, die von wissenschaftlichen Beweisen (besser) gestützt wird. Es ist allerdings zu beachten, dass diese Entscheidung vor der primärrechtlichen Verankerung des Vorsorgeprinzips erging. Dementsprechend blieb dem EuGH gewissermaßen nur die Möglichkeit, vorsorgliches Handeln über den Ermessensspielraum zu rechtfertigen.

Eine leichte Verschiebung der Ausführungen des EuGH zum Ermessensspielraum ergibt sich dementsprechend auch aus der nachfolgenden Rechtsprechung, die nach der primärrechtlichen Verankerung des Vorsorgeprinzips erging. So führt der EuGH z.B. in *Omega Air* unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes nach der Statuierung des grundsätzlichen Ermessensspielraums bei der Verhältnismäßigkeit aus, „dass sich das Ermessen, über das der Rat verfügt, wenn er bei der Durchführung einer gemeinsamen Politik einen komplexen wirtschaftlichen Sachverhalt beurteilen muss, nicht ausschließlich auf die Art und die Tragweite der zu erlassenden Bestimmungen bezieht, sondern in bestimmtem Umfang auch auf die Feststellung von Grunddaten, insbesondere in dem Sinne, dass es ihm freisteht, sich gegebenenfalls auf globale Feststellungen zu stützen.“⁴¹² Mit globalen Feststellungen meint der Gerichtshof in *Omega Air* im konkreten Fall allgemeine Daten über die Lärmbelastung und den Treibstoffverbrauch von Flugzeugen in mehreren Jahrzehnten, die negativ mit der Erhöhung des Nebenstromverhältnisses der Triebwerke korrelierten. Hiermit wurde eine Maßnahme gerechtfertigt, die Flugzeuge mit hohen Nebenstromverhältnissen begünstigte, um Treibhausgas- und Lärmemissionen zu reduzieren. Hieraus lässt sich schließen, dass mittlerweile eine gewisse Datengrundlage als Beleg der Geeignetheit gefordert wird. Diese muss allerdings keine Gewissheit über die Kausalität etablieren. Vielmehr genügt eine (grobe?) Korrelation. Dieser Befund lässt sich auch durch die Aussage des EuGH in *Vodafone* untermauern, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber

⁴¹¹ EuGH, *Fedesa u.a.*, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Rn. 9.

⁴¹² EuGH, *Omega Air u.a.*, Verb. Rs. C-27/00 und 122/00, Slg. 2002, I-2569, 65; ohne direkten Bezug zur Verhältnismäßigkeitsprüfung auch EuGH, *Azienda Agricola Disarò Antonio/Cooperativa Milka*, Rs. C-34/08, ECLI:EU:C:2009:304, Rn. 37; EuGH, *SAM Schiffahrt & Stapf*, Verb. Rs. C-248/95 und C-249/95, ECLI:EU:C:1997:377, Rn. 25; EuGH, *Roquettes Freres/Rat*, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333, Rn. 25; EuGH, *Bavaria/Bayerischer Brauerbund e.V.*, Rs. C-343/07, ECLI:EU:C:2009:415, Rn. 84 bezieht sich – ebenfalls ohne Bezug zur Verhältnismäßigkeitsprüfung – insoweit auf Rat oder Kommission, was dagegenspricht, dass die Organe insoweit unterschiedlich behandelt werden.

trotz Ermessensspielraum verpflichtet sei, „seine Entscheidung auf objektive Kriterien zu stützen“. ⁴¹³ In *Polen/Kommission* wird diese Formulierung durch das EuG wiederholt und zudem darauf verwiesen dass „die zum Zeitpunkt des Erlasses der fraglichen Maßnahme verfügbaren technischen und wissenschaftlichen Daten zu berücksichtigen“ seien. ⁴¹⁴ Dieses Erfordernis ergibt sich jedoch bereits aus Art. 191 Abs. 3 Spstr. 1 AEUV und trifft keine Aussage darüber, wie zwingend diese Daten die Geeignetheit belegen müssen. ⁴¹⁵

Eine strengere Formulierung findet sich demgegenüber für Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die Grundfreiheiten berühren. Insofern hat der EuGH trotz ebenfalls grundsätzlicher Zugestehung eines mitgliedstaatlichen Einschätzungsspielraums entschieden, dass eine „Gefahr [...] nicht anhand allgemeiner Überlegungen, sondern auf der Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen zu beurteilen [ist]“. ⁴¹⁶ Der Mitgliedstaat müsse neben den Rechtfertigungsgründen „eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen.“ ⁴¹⁷ Es fällt auf, dass die Unionsgerichte diese Formulierung nicht für Fälle übernehmen, in denen die Unionsorgane handeln. Dies kann neben der Formulierung aus *Omega Air* als Indiz dafür gewertet werden, dass für die Unionsorgane jedenfalls im Gegensatz zu den Mitgliedstaaten geringere Anforderungen für die wissenschaftliche Untermauerung der Geeignetheit bestehen. Weitere Anhaltspunkte für den Entscheidungsmaßstab der Unionsorgane ließen sich nur aus den konkreten Begründungen zur Geeignetheit im konkreten Fall gewinnen. Diese variieren jedoch hinsichtlich Aussagen und Prüfungsintensität (i.S.v. Ausführlichkeit der Ausführungen) von Sachbereich zu Sachbereich und im historischen Verlauf erheblich. ⁴¹⁸ Für den speziellen Bereich der Risikoregulierung wird insoweit meist direkt auf das Vorsorgeprinzip verwiesen (dazu und zum Verhältnis beider Prinzipien sogleich), ohne näher zu betrachten, ob die Geeignetheit auch ohne Rekurs auf das Vorsorgeprinzip gegeben wäre. ⁴¹⁹ Dementsprechend kann nur

⁴¹³ EuGH, *Vodafone u.a.*, Rs. C-58/08, Slg. 2010 I-04999, Rn. 53 m.w.N.

⁴¹⁴ EuG, *Polen/Kommission*, T-370/11, ECLI:EU:T:2013:113, Rn. 36.

⁴¹⁵ Der Zusammenhang der Aussage des EuG in *Polen/Kommission* war zudem nicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung.

⁴¹⁶ GA Szpunar, *Schlussanträge zur Rs. Deutsche Parkinson Vereinigung*, Rs. C-148/15, ECLI:EU:C:2016:394, Rn. 73; EuGH, *van der Veldt*, Rs. C-17/93, ECLI:EU:C:1994:299, Rn. 17.

⁴¹⁷ GA Szpunar, *Schlussanträge zur Rs. Deutsche Parkinson Vereinigung*, Rs. C-148/15, ECLI:EU:C:2016:394, Rn. 73; EuGH, *ANETT*, Rs. C-456/10, ECLI:EU:C:2012:241, Rn. 50; EuGH, *Kommission/Belgien*, Rs. C-254/05, ECLI:EU:C:2007:319, Rn. 36; EuGH, *Kommission/Deutschland*, Rs. C-319/05, ECLI:EU:C:2007:678, Rn. 88.

⁴¹⁸ *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 269.

⁴¹⁹ Kritisch dazu, dass der EuGH und einige Generalanwälte den Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips bei der Geeignetheitsprüfung über Fälle wissenschaftlicher Ungewissheit auf Fälle politischer Ungewissheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Maßnahmen ausdehnen: GA Szpunar, *Schlussanträge zur Rs. Deutsche Parkinson Vereinigung*, Rs. C-148/15, ECLI:EU:C:2016:394, Nr. 62 ff.

festgehalten werden, dass die Unionsorgane sich im Allgemeinen zur Untermauerung der Geeignetheit einer Maßnahme auch auf globale Feststellungen und objektive Kriterien stützen können, aber auch müssen. Inwieweit unter hinreichende „globale Feststellungen“ bzw. „objektive Kriterien“ auch (kontroverse) Vermutungen über Gefahrzusammenhänge fallen, die nur mit wissenschaftlich angreifbaren Korrelationszusammenhängen oder „anekdotischen“ Einzelfallstudien⁴²⁰ untermauert werden, lässt sich anhand der Rechtsprechung nicht abschließend beantworten, da sie, wie gesagt, in solchen Fällen unmittelbar auf das Vorsorgeprinzip rekurriert.

b) Erforderlichkeit

Hinsichtlich der Erforderlichkeit, die – wie bereits angemerkt – seltener mit naturwissenschaftlicher Ungewissheit, sondern eher mit Unsicherheit hinsichtlich der politischen Wirksamkeit der Maßnahmen konfrontiert ist, gelten mangels abweichend definierten Maßstabs die Ausführungen zur Geeignetheit entsprechend. Sie wird in der Regel ausführlicher geprüft, was jedoch nicht zwingend bedeuten muss, dass auch der Maßstab strenger ist.⁴²¹

c) Angemessenheit

Bezüglich der Angemessenheit spricht eine mehrfach wiederholte Formulierung aus dem *Fedesa*-Urteil für eine weitgehend abstrakte Abwägung, bei der konkreten Wahrscheinlichkeiten und der Intensität der Beeinträchtigung der Wirtschaftsteilnehmer keine hervorgehobene Bedeutung zukommt. Danach könne das Ziel des Schutzes der menschlichen Gesundheit sogar beträchtliche negative Folgen wirtschaftlicher Art für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen.⁴²² Diese Aussage bleibt im *Fedesa*-Urteil die einzige Aussage zur Angemessenheit. Im *Affish*-Urteil findet sich im Anschluss an das Zitat aus dem *Fedesa*-Urteil zudem die Aussage, dass dem Schutz der öffentlichen Gesundheit gegenüber wirtschaftlichen Erwägungen vorrangige Bedeutung beizumessen sei.⁴²³

Die jüngere Rechtsprechung verwendet demgegenüber eine etwas restriktivere Formulierung, die ein Eingehen auf konkrete Wahrscheinlichkeit und Intensität der jeweiligen Betroffenheit nahelegt. So formulierte der EuGH jüngst:

⁴²⁰ Diese Formulierung findet sich in EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, 348.

⁴²¹ Ausführlich zur Erforderlichkeitsprüfung *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, 209 ff.

⁴²² EuGH, *Fedesa u.a.*, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Rn. 17.

⁴²³ EuGH, *Affish*, Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-04315, Rn. 43.

„Was drittens die unverhältnismäßigen⁴²⁴ Wirkungen betrifft, die das Verbot der Verwendung von Menthol als charakteristischem Aroma aufgrund seiner negativen wirtschaftlichen und sozialen Folgen angeblich habe, ist darauf hinzuweisen, dass der Unionsgesetzgeber, auch wenn er wie hier über eine weite Rechtsetzungsbefugnis verfügt, verpflichtet ist, seine Entscheidung auf objektive Kriterien zu stützen und zu untersuchen, ob die mit der gewählten Maßnahme verfolgten Ziele nachteilige wirtschaftliche Folgen, und seien sie beträchtlich, für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen können.“⁴²⁵

Der Verweis auf objektive Kriterien lässt vermuten, dass die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts in der Abwägung eine Rolle spielt. Dies spiegelt sich auch in den nachfolgenden Ausführungen des Gerichts wider, indem es auf eine erfolgte Folgenabschätzung für den erwarteten Tabakkonsumrückgang und auf die krebserregende, fortpflanzungsschädigende Wirkung von Tabak verweist.⁴²⁶ Dadurch drückt der Gerichtshof aus, dass Wahrscheinlichkeit und Intensität der erwarteten Gesundheitsverbesserungen betrachtet werden – nicht nur der abstrakte Wert des Gesundheitsschutzes. Aus der übrigen Formulierung zu den nachteiligen Folgen der Wirtschaftsteilnehmer lässt sich schließen, dass auch die Intensität der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Rechte ein wichtiger, zu berücksichtigender Belang im Rahmen der Abwägung ist und dass wirtschaftliche Belange nicht grundsätzlich gegenüber Gesundheitsbelangen zurücktreten müssen. So begründet der EuGH auch in den sich dem Maßstab anschließenden Ausführungen, warum genau er die wirtschaftlichen Beeinträchtigungen im konkreten Fall für verhältnismäßig gering einstuft.⁴²⁷

Dementsprechend wird im Zuge der Angemessenheitsprüfung – jedenfalls mittlerweile – auch verstärkt auf konkrete Intensität und Wahrscheinlichkeit der Betroffenheit der Rechtsgüter eingegangen. Bei Ungewissheit dürfte es mithin – auch wegen der Notwendigkeit „objektiver Kriterien“ – schwerer werden (ohne Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip) die Angemessenheit einer Maßnahme argumentativ zu begründen. Womöglich lässt sich diese Verschiebung wiederum mit der primärrechtlichen Verankerung des Vorsorgeprinzips nach der *Fedesa*-Entscheidung begründen. Dieses Prinzip bietet ausnahmsweise einen Ausweg aus Argumentationsnöten in der Angemessenheit bei ungewissen Gefahrenlagen.

⁴²⁴ Aus dem Prüfungszusammenhang (zuvor wurden Geeignetheit und Erforderlichkeit angesprochen) ergibt sich, dass hiermit die Verhältnismäßigkeit i.e.S., also die Angemessenheit gemeint ist.

⁴²⁵ EuGH, *Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 97 mit Verweis auf EuGH, *Luxemburg/Parlament und Rat*, Rs. C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290, Rn. 63 und die dort angeführte Rspr.

⁴²⁶ EuGH, *Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 101 f.

⁴²⁷ EuGH, *Polen/Parlament und Rat*, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 99 f.

3. Zwischenergebnis

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat sich mittlerweile in seiner vierstufigen Gestalt, die nach legitimem Ziel, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit fragt, weitgehend in der Rechtsprechung durchgesetzt. Ebenso anerkannt ist, dass für Bereiche, in denen politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen getroffen werden und/oder komplexe Prüfungen nötig sind, den Gemeinschaftsorganen ein Ermessensspielraum hinsichtlich aller Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeräumt wird. Dabei ist – jedenfalls auf Basis des abstrakten Maßstabs – unerheblich, ob Kommission, Rat oder Unionsgesetzgeber handeln. Die Maßnahmen der Unionsorgane werden nur darauf überprüft, ob sie offensichtlich ungeeignet (bezogen auf alle drei Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung) sind. Die Bereiche, in denen den Unionsorganen Ermessensspielräume eingeräumt werden, entsprechen weitgehend den Forderungen der Je-desto-Formel: So kann das „politische“ Ermessen als Ermessen in Bereichen, die von Verteilungskonflikten geprägt sind, eingeordnet werden und das „technische“ Ermessen als Ermessen in Bereichen, die von Ungewissheit/(natur-)wissenschaftlicher Kontroverse geprägt sind.

Der abstrakte Maßstab wurde in der früheren Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, dass für die Begründung der Geeignetheit keine wissenschaftlichen Beweise nötig waren und im Rahmen der Angemessenheit eine weitgehend abstrakte Güterabwägung stattfand, bei der wirtschaftliche Interessen oftmals zurücktreten mussten.

Mittlerweile lässt sich eine Verschiebung dieses konkretisierten Maßstabs beobachten: Im Rahmen der Geeignetheit müssen sich die Unionsorgane zumindest auf „globale Feststellungen“ bzw. „objektive Kriterien“ stützen; im Rahmen der Angemessenheit finden sich vermehrt auch Ausführungen zur konkreten Wahrscheinlichkeit und Intensität der Betroffenheit der jeweiligen Rechtsgüter. Beides lässt das Verhältnismäßigkeitsprinzip als echte Einschränkung des Handlungsspielraums der Organe im Falle wissenschaftlicher Ungewissheit erscheinen. Ob diese Einschränkung des Handlungsspielraums vor dem Maßstab der Je-desto-Formel zu gravierend ist, lässt sich nur in Zusammenschau mit dem Vorsorgeprinzip bewerten, welches nun vertieft zu betrachten ist.

III. Vorsorgeprinzip

Zum Vorsorgeprinzip im (Umwelt-)Völkerrecht, im europäischen Recht und im deutschen Recht existiert eine extensive analysierende, befürwortende und kritische Literatur, die hier

nicht nachvollzogen werden soll.⁴²⁸ Für die vorliegende Untersuchung sind zunächst nur der Inhalt des Vorsorgeprinzips nach Art. 191 AEUV und die diesbezügliche Rechtsprechung der europäischen Gerichte relevant⁴²⁹, um dessen Auswirkungen auf den demokratischen Handlungsspielraum zu bestimmen. Hierbei spielen erstens der gerichtlich definierte Anwendungsbereich (1.), zweitens der gerichtlich präzierte Inhalt (2.) und schließlich wiederum die gerichtliche Überprüfungsdichte des Grundsatzes eine Rolle (3.).

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips erstreckt sich, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte nicht nur auf den Bereich der Umwelt, auf den sich Art. 191 Abs. 1 AEUV explizit bezieht. Vielmehr erstreckte der EuGH erstmals in der *BSE*-Entscheidung und mittlerweile in ständiger Rechtsprechung den Anwendungsbereich jedenfalls auf den Schutz der menschlichen Gesundheit.⁴³⁰ Dies befürworteten auch Kommission⁴³¹, Parlament⁴³² und Rat⁴³³. Damit sind die Bereiche der in dieser Arbeit thematisierten Risikoregulierung vom Anwendungsbereich umfasst.

⁴²⁸ Eine Aufbereitung der historischen Entwicklung im deutschen Recht, im Umweltvölkerrecht und im europäischen Recht liefert z.B. *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009; zum deutschen und europäischen Recht *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 153 ff.; zum Völkerrecht und europäischen Recht: *Breckwoldt*, *FreiLAW* 2009; zum deutschen Recht z.B.: *Fleury*, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, 1995; rechtsvergleichend: *Zander*, The application of the precautionary principle in practice, 2010; *Wiener/Rogers/Hammitt u. a.* (Hrsg.), The reality of precaution, 2011; *Fisher/Jones/Schomberg* (Hrsg.), Implementing the precautionary principle, 2006; *Sadeleer* (Hrsg.), Implementing the precautionary principle, 2007; *Germann*, Das Vorsorgeprinzip als vorverlagerte Gefahrenabwehr, 1993; für Australien: *Peel*, The precautionary principle in practice, 2005; insgesamt kritisch *Sunstein*, Laws of Fear, 2005; *ders.*, Risk and Reason, 2002. Zu Implikationen für Wissenschaft und Management *O'Riordan*, Interpreting the precautionary principle, 2009; mit Fokus auf die politischen Hintergründe und Implikationen *Vogel*, The politics of precaution, 2012; eine ökonomische Analyse unternehmen *Gollier/Treich*, Journal of Risk and Uncertainty 27 (2003), 77 ff.

⁴²⁹ Für eine ausführliche Analyse sei auf *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, 69 ff., insbesondere 126 f., 153 ff. verwiesen.

⁴³⁰ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Kommission (BSE)*, Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Rn. 99; EuGH, *National Farmers' Union*, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-2211, Rn. 63; EuGH, *Alliance for Natural Health u.a.*, verb. Rs. C-154/04 u. C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Rn. 68; ausführlich und kritisch zum weiten Anwendungsbereich *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, 131 ff.

⁴³¹ Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, S. 3, 11, 12.

⁴³² Bericht über die Mitteilung der Kommission "Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips", endg. A5-0352/2000, S. 7, 9.

⁴³³ Entschließung 14328/00 des Rates über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips vom 05.12.2000.

2. Inhalt

Das Vorsorgeprinzip wird in der Literatur mit zwei Bedeutungsgehalten diskutiert: zum einen für den Bereich des Handelns unter Ungewissheit, zum anderen aus ressourcenökonomischer Perspektive. Letzteres ist aber zum einen durch die europäischen Gerichte nicht anerkannt und zum anderen für die vorliegende Untersuchung nicht von besonderer Bedeutung, da der vorsorgliche Erhalt von Ressourcen keine enge Verbindung zu Entscheidungen unter wissenschaftlicher Ungewissheit aufweist.⁴³⁴ Der durch die europäischen Gerichte dem Grunde nach anerkannte erstgenannte Inhalt wird in der Regel durch die folgende, im *BSE*-Fall verwendete Formulierung beschrieben:

„Wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit/die Umwelt ungewiss ist, können die Organe Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind.“⁴³⁵

Der Inhalt des Vorsorgeprinzips kann damit zunächst in eine inhaltliche Voraussetzung (sogleich a)) und eine Rechtsfolge (sogleich c)) unterteilt werden, die sogleich näher zu betrachten sind. Daneben wurde in der Rs. *Pfizer Animal Health* im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips gefordert, dass in der Regel eine wissenschaftliche Risikobewertung durchzuführen sei, um Vorliegen und Ausmaß der Ungewissheit (also die inhaltliche Voraussetzung) näher bestimmen zu können. Hierbei kann von einer prozeduralen Voraussetzung gesprochen werden, die sogleich unter b) zu betrachten ist. Diese drei Aspekte finden sich ebenfalls in der Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip wieder.⁴³⁶

a) Materielle Voraussetzung

Zentrale Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips ist zunächst das Vorliegen von Ungewissheit über Gefahren für Gesundheit oder Umwelt. Die Definition dieser Voraussetzung bereitet allerdings erhebliche Schwierigkeiten. Prinzipiell sind nämlich alle Entscheidungen im Bereich der Risikoregulierung – wie der Begriff des Risikos schon erkennen lässt – von einem bestimmten Maß an Ungewissheit geprägt, welches sich eher graduell als prinzipiell

⁴³⁴ Es sei insoweit erneut auf *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, 127 ff. verwiesen.

⁴³⁵ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Kommission (BSE)*, Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Rn. 99; EuGH, *National Farmers' Union*, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-2211, Rn. 63.

⁴³⁶ Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000.

unterscheiden lässt. Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte etabliert dennoch (notgedrungen, zur Definition des Vorsorgeprinzips) drei Stufen der Ungewissheit, von denen nur die mittlere den Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips eröffnet. Diese Stufen wurden erstmals in der Rs. *Pfizer Animal Health*⁴³⁷ im Anschluss an die Wiederholung der Passage aus dem *BSE-Urteil* entwickelt. Es ging in der Entscheidung um das Verbot eines bestimmten Antibiotikums als Futtermittelzusatz, weil eine Übertragung von Antibiotikaresistenzen von Tieren auf Menschen befürchtet wurde.

„Wie der Gerichtshof und das Gericht bereits entschieden haben, können die Gemeinschaftsorgane, wenn wissenschaftliche Ungewissheiten bezüglich der Existenz oder des Umfangs von Risiken für die menschliche Gesundheit bestehen, nach dem Vorsorgegrundsatz Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, bis das tatsächliche Vorliegen und die Schwere dieser Risiken in vollem Umfang nachgewiesen sind.

Daraus folgt zunächst, dass die Gemeinschaftsorgane nach dem Vorsorgegrundsatz des Artikels 130r Absatz 2 des Vertrages [jetzt Art. 191 Abs. 2 AEUV, Anm. d. Verfasserin] eine vorbeugende Maßnahme bezüglich der Verwendung von Virginiamycin als Zusatzstoff in der Tierernährung treffen konnten, auch wenn das tatsächliche Vorliegen und die Schwere der mit dieser Verwendung verbundenen Risiken für die menschliche Gesundheit aufgrund der bestehenden wissenschaftlichen Ungewissheit noch nicht in vollem Umfang nachgewiesen waren.

Erst recht folgt daraus, dass die Gemeinschaftsorgane, um vorbeugend handeln zu können, nicht verpflichtet waren, abzuwarten, bis die nachteiligen Wirkungen der Verwendung dieses Produktes als Wachstumsförderer eintreten.

So kann in einem Fall der Anwendung des Vorsorgegrundsatzes, der definitionsgemäß bei wissenschaftlicher Ungewissheit gegeben ist, von einer Risikobewertung nicht verlangt werden, dass sie den Gemeinschaftsorganen zwingende Beweise für das tatsächliche Vorliegen des Risikos und die Schwere der potenziellen nachteiligen Wirkungen im Fall der Verwirklichung dieses Risikos liefert.

Aus der [...] zitierten Rechtsprechung geht jedoch auch hervor, dass eine vorbeugende Maßnahme nicht mit einer rein hypothetischen Betrachtung des Risikos begründet werden darf, die auf wissenschaftlich noch nicht verifizierte bloße Vermutungen gestützt ist.⁴³⁸ [Zitat zur besseren Lesbarkeit ohne Verweise auf die vorherige Rspr.]

Im Umkehrschluss aus der genannten Passage fallen damit nicht in den Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips – gewissermaßen als Untergrenze der nötigen Ungewissheit – Situationen, in denen das tatsächliche Vorliegen und die Schwere der Risiken aufgrund der bestehenden wissenschaftlichen Analysen bereits nachweisbar sind (mittlerweile wohl z.B. Tabakkonsum).⁴³⁹ Sobald zwingende Beweise für das tatsächliche Vorliegen des Risikos und die Schwere der potenziellen nachteiligen Wirkungen im Fall der Verwirklichung dieses Risikos bestehen,

⁴³⁷ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305.

⁴³⁸ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 139 ff.

⁴³⁹ Umkehrschluss aus EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 140.

muss nicht mehr auf das Vorsorgeprinzip zurückgegriffen werden.⁴⁴⁰ In diese Richtung ist die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Vorsorgeprinzips freilich meist unproblematisch, da bei einer solchen Datenlage Maßnahmen auch ohne Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip ergriffen werden können (s.o. zum Verhältnismäßigkeitsprinzip). Wenn das Vorsorgeprinzip vor dem EuGH gegenständlich ist, ist oftmals zwischen den Parteien unstreitig⁴⁴¹, dass Ungewissheit über die Gefährlichkeit der regulierten Technologie herrscht.

Ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips fallen – gewissermaßen als Obergrenze der Unsicherheit in Abgrenzung zur Willkür – rein hypothetische Risiken, die auf wissenschaftlich noch nicht verifizierte bloße Vermutungen gestützt sind (z.B. künstliche Intelligenz werde sich gegen die menschliche Zivilisation richten).⁴⁴² Diese Abgrenzung ist, da sie i.d.R. über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme entscheidet, deutlich kontroverser. In der *Pfizer*-Entscheidung gab es eine Reihe von Beobachtungen und Studien, die die Unionsorgane für das Verbot des Antibiotikums als Zusatzstoff in Futtermitteln heranzogen, die das EuG insgesamt als ausreichend ansah, um die Schwelle von einem hypothetischen Risiko zu einem ungewissen Risiko zu überschreiten. So wurden Stämme eines gegen dieses Antibiotikum resistenten Bakteriums mit dem gleichen genetischen Fingerabdruck bei einem niederländischen Landwirt und dessen Puten beobachtet; gegen dieses Antibiotikum resistente Bakterien waren in erheblichem Maße in zum Verzehr bestimmtem Fleisch nachgewiesen worden; in zwei Laborstudien war die Übertragung der Antibiotikaresistenz von resistenten auf nicht resistente Bakterienstämme nachgewiesen worden – einerseits *in vitro*, andererseits im Darm lebender Ratten.⁴⁴³ Durch diese Studien wird – auch bei Betrachtung durch einen naturwissenschaftlichen Laien – nicht bewiesen, dass die Fütterung des Antibiotikums an Tiere dazu führt, dass die menschliche Gesundheit durch antibiotikaresistente Bakterien gefährdet wird: Die Kausalkette ist nicht vollständig, die Beobachtungen sind teilweise eher anekdotisch und die Studien weisen gewisse methodische Schwächen (insbesondere unrealistische Laborbedingungen) auf. Der wissenschaftliche Nachweis des Risikos ist dementsprechend jedenfalls nicht gelungen, sodass der Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips wegen wissenschaftlicher Ungewissheit „von unten“ eröffnet ist. Gleichzeitig sind die bestehenden Hinweise doch ausreichend, um die Risikohypothese mit einigen bestätigenden Fakten zu untermauern.

⁴⁴⁰ Direkter Schluss bzw. jedenfalls Umkehrschluss aus EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 142.

⁴⁴¹ Z.B. auch in der Rs. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 41.

⁴⁴² Schluss aus EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 143.

⁴⁴³ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, 343 ff.

Die drei Stufen werden in ständiger Rechtsprechung bestätigt. So finden sich im Anschluss an die Formulierung aus dem *BSE*-Urteil oftmals die folgenden oder ähnliche Konkretisierungen:

„Zwar hat der Gerichtshof [...] bereits entschieden, dass die Risikobewertung nicht auf rein hypothetische Erwägungen gestützt werden darf, doch er hat auch hinzugefügt, dass der Vorsorgegrundsatz den Erlass beschränkender Maßnahmen rechtfertigt, wenn es sich als unmöglich erweist, das Bestehen oder den Umfang des behaupteten Risikos mit Sicherheit festzustellen, weil die Ergebnisse der durchgeführten Studien unzureichend, un schlüssig oder ungenau sind, die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die öffentliche Gesundheit aber fortbesteht, falls das Risiko eintritt.“⁴⁴⁴

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die materielle Voraussetzung des Vorsorgeprinzips von der Rechtsprechung nicht positiv definiert wird, sondern in Abgrenzung zu (weitgehend) kalkulierbaren, etablierten Risiken einerseits und zu hypothetischen Risiken, die jeder Bestätigung durch faktische Beobachtungen, Hinweise oder Korrelationen entbehren, andererseits.⁴⁴⁵ Das Vorsorgeprinzip greift damit vor allem, wenn die Ergebnisse durchgeführter Studien unzureichend, un schlüssig oder ungenau sind, aber dennoch Hinweise auf ein Risiko geben.

b) Prozedurale Komponente

Die jeweilige Bezugnahme auf wissenschaftliche Analysen bei der Definition der Ungewissheit, die materielle Voraussetzung für die Anwendung des Vorsorgeprinzips ist, setzt schon denklogisch voraus, dass in aller Regel eine solche wissenschaftliche Analyse durchzuführen ist, um das Ausmaß der Ungewissheit zu bestimmen.

Dementsprechend gehen die Gerichte mittlerweile auch – beginnend mit der Leitentscheidung *Pfizer Animal Health* des EuG⁴⁴⁶ – von einer Pflicht zur wissenschaftlichen Risikobewertung als Regelfall aus.⁴⁴⁷ Es ging, wie gesagt, um das Verbot eines Antibiotikums als Futtermittelzusatz wegen befürchteter Risiken für die menschliche Gesundheit. Nach Ausführungen

⁴⁴⁴ So EuGH, *Acino*, Rs. C-269/13 P, ECLI:EU:C:2014:255, 58; sehr ähnliche Formulierungen bei EuGH, *Neptune Distribution SNC*, Rs. C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823, Rn. 82; EuGH, *Pesce*, verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, Rn. 47; noch mit Bezug auf eine mitgliedstaatliche Maßnahme EuGH, *Kommission/Dänemark*, Rs. C-192/01, Slg. 2003, I-9693, Rn. 52; EuGH, *Kommission/Frankreich*, Rs. C-333/08, Slg. 2010, I-00757, Rn. 93; ähnlich auch GA Bot, *Schlussanträge in den Rs. Pesce u.a.*, Verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:340, Rn. 111.

⁴⁴⁵ Ähnliche „Pole“ beschreibt *Calliess* auch für das deutsche Recht als Grenzen des Vorsorgeprinzips: *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 208 ff.

⁴⁴⁶ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305.

⁴⁴⁷ Ebenso *Fisher*, Risk Regulation and Administrative Constitutionalism, 2007, S. 231. Terminologisch zu beachten ist, dass in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte „Risikobewertung“ die wissenschaftliche Analyse und Aufarbeitung des Risikos meint, während „Risikomanagement“ die im Folgenden erlassenen Maßnahmen

zum Begriff des Risikos und zum Vorsorgegrundsatz kommt das EuG zu dem Schluss, dass „unter diesen Umständen [...] die Vornahme einer wissenschaftlichen Risikobewertung eine Vorbedingung für den Erlass jeder vorbeugenden Maßnahme [ist]“. ⁴⁴⁸ Nicht ganz klar ist, ob mit dieser Formulierung gemeint ist, dass die konkreten Umstände des Falles eine Risikobewertung erfordern, oder ob abstrahiert gemeint ist, dass jede Maßnahme, die sich auf das Vorsorgeprinzip stützt und einen wissenschaftlich komplexen Sachverhalt behandelt, einer wissenschaftlichen Risikobewertung bedarf. Insofern kann diese Aussage nicht eindeutig als generelle prozedurale Pflicht, die aus dem Vorsorgeprinzip folgt, interpretiert werden.

Das EuG äußert sich zudem zu der Frage, wie und durch wen eine solche Risikobewertung zu erstellen sei. In den dem Verbot des Antibiotikums zugrunde liegenden Rechtsakten ist die Erstellung eines Gutachtens durch den wissenschaftlichen Futtermittelausschuss (SCAN) möglich, aber nicht zwingend vorgesehen. Im streitigen Verfahren erstellte der SCAN zunächst ein Gutachten, welches sich gegen ein Verbot des Antibiotikums aussprach. Sodann nahm die Kommission Kenntnis von einer neuen mögliche Übertragungsrisiken beleuchtenden Studie an lebenden Ratten (s.o.) und verbot das Antibiotikum als Futtermittelzusatz, ohne erneut den SCAN anzuhören. Das EuG lehnte insoweit zwar eine stets verbindliche Pflicht zur Einholung einer (erneuten) wissenschaftlichen Risikobewertung eines hierfür eingerichteten Gremiums ab, solange eine solche nicht sekundärrechtlich vorgeschrieben sei. ⁴⁴⁹ Gleichwohl folgert das EuG (indirekt) aus dem Vorsorgeprinzip, dass für die Beurteilung solch komplexer wissenschaftlicher Fragen grundsätzlich auf die Fachkompetenz hierfür eingesetzter Ausschüsse zurückzugreifen sei. ⁴⁵⁰ Auf ein wissenschaftliches Gutachten der hierfür eingesetzten Experten könne nur „unter außergewöhnlichen Umständen und wenn gewährleistet ist, dass angemessene Garantien wissenschaftlicher Objektivität gegeben sind“, vor Erlass einer vorbeugenden Maßnahme verzichtet werden. ⁴⁵¹ Diese Auffassung machte sich der EuGH in nachfolgenden Entscheidungen zu eigen, wobei er teilweise Formulierungen benutzt, die als generelle Verpflichtung zur Einholung einer wissenschaftlichen Risikobewertung vor Erlass einer vorsorglichen Maßnahme interpretiert werden könnten. So führte der EuGH zuletzt in *Gowan Comércio* aus:

demokratischer Organe. Hier bestehen Divergenzen bzw. Neuerungen gegenüber einer Terminologie, die „Risikoermittlung“ als die wissenschaftliche Analyse bezeichnet und „Risikobewertung“ als die demokratische Abwägungsentscheidung über entsprechende Maßnahmen, vgl. mit letzterer Terminologie *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 215 ff.

⁴⁴⁸ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 155.

⁴⁴⁹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 257 ff.

⁴⁵⁰ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, 267.

⁴⁵¹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 270.

„Eine korrekte Anwendung des Vorsorgeprinzips erfordert erstens die Bestimmung der möglicherweise negativen Auswirkungen der vorgeschlagenen Anwendung des fraglichen Stoffes auf die Gesundheit und zweitens eine umfassende Bewertung des Gesundheitsrisikos auf der Grundlage der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung (vgl. entsprechend Urteil vom 28. Januar 2010, Kommission/Frankreich, C-333/08, Slg. 2010, I-0000, Randnr. 92 und die dort angeführte Rechtsprechung).“⁴⁵²

Durch die direkte sprachliche Verknüpfung von Vorsorgeprinzip und Risikobewertungspflicht scheint der EuGH mittlerweile generell bei Maßnahmen auf Grundlage des Vorsorgeprinzips eine wissenschaftliche Risikobewertung zu verlangen, unabhängig davon, ob eine solche auch im jeweiligen Sekundärrechtsakt zwingend vorgeschrieben ist bzw. im konkreten Fall angezeigt erscheint.⁴⁵³ Bereits 2003 bezeichnete GA *Mischo* die Risikoanalyse – bestehend aus wissenschaftlicher Risikobewertung, Risikomanagement und Risikomitteilung – als „nunmehr [...] allgemein übliches Vorgehen“.⁴⁵⁴ Mit letzter Eindeutigkeit kann aus der Rechtsprechung des EuGH jedoch noch nicht gefolgert werden, dass *immer* eine Risikobewertung (durch ein separates Gremium) durchgeführt werden muss, da z.B. in der *Gowan-Comércio*-Entscheidung das relevante Sekundärrecht zwingend bezüglich der Befassung eines wissenschaftlichen Ausschusses formuliert war und ein Gutachten dieses Ausschusses konkret auch eingeholt wurde, sodass die Formulierung hinsichtlich des Vorsorgeprinzips auch missverständlich sein könnte. Das Sekundärrecht kann aber freilich andere Vorgaben hinsichtlich der Risikobewertung enthalten: in der Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip wird beispielsweise die Möglichkeit benannt, dass der Risikoverursacher zur Beibringung von Beweisen zur Widerlegung des Risikos verpflichtet wird.⁴⁵⁵

Der EuGH hatte in jüngerer Zeit über keinen Fall zu entscheiden, in dem eine Risikobewertung (z.B. wegen Eilbedürftigkeit) komplett unterblieben ist und dennoch Risikomanagement-Maßnahmen auf Grundlage des Vorsorgeprinzips erlassen wurden.

Die Mitteilung der Kommission zum Vorsorgeprinzip enthält zwar ebenfalls die grundsätzliche prozedurale Vorgabe, vor Risikomanagement-Maßnahmen eine wissenschaftliche Risikobewertung vorzunehmen. Allerdings fällt auf, dass die Sprache insofern nicht zwingend und eher großzügig formuliert ist. So ist davon die Rede, dass eine Risikobewertung, „sofern dies

⁴⁵² EuGH, *Gowan Comércio*, Rs. C-77/09, Slg. 2010, I-13533, Rn. 75 f.

⁴⁵³ Ebenso *Fisher*, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, 2007, S. 231; a.A. wohl *Sadeleer*, in: ders. (Hrsg.), *Implementing the precautionary principle*, 2007, S. 10, 23, der eine solche allgemeine Pflicht für *contra legem* hält.

⁴⁵⁴ Schlussanträge des GA *Mischo* zu EuGH, *Kommission/Dänemark*, Rs. C-192/01, Slg. 2003, I-9693, Rn. 89.

⁴⁵⁵ Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, S. 25.

machbar ist“, vorgenommen werden „sollte“. ⁴⁵⁶ Problematische Fälle könnten sich daher in der Zukunft ergeben, wenn die Kommission eine wissenschaftliche Risikobewertung für „nicht machbar“ hält und dennoch Risikomanagement-Maßnahmen ergriffen werden. In dieser Konstellation böte sich die Gelegenheit für den EuGH, zum einen zu klären, in welchen Konstellationen er eine Risikobewertung im Bereich des Vorsorgeprinzips für zwingend erachtet, und zum anderen zu klären, in welchen Konstellationen ein hierfür eingerichtetes Gremium zwingend die Bewertung abgeben muss und wann die in der *Pfizer*-Entscheidung benannten Ausnahmekonstellationen greifen können.

Jedenfalls sind gem. Art. 191 Abs. 3 Spstr. 1 AEUV alle verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Daten bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Diese Verpflichtung gilt nach h.M. wegen der Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV auch in anderen Kompetenzbereichen – hier insbesondere dem Gesundheitsschutz –, allerdings nur, wenn auch umweltpolitische Zielsetzungen verfolgt werden. ⁴⁵⁷ Über die Frage, ob eine prozedural getrennte wissenschaftliche Risikobewertung (ggf. durch ein hierfür eingerichtetes Gremium) durchzuführen ist, gibt die Vorschrift allerdings keinen Aufschluss, da durch die Bezugnahme auf die „verfügbaren“ Daten klargestellt wird, dass nur vorhandene Daten zu berücksichtigen sind. ⁴⁵⁸

Ebenso uneindeutig ist in prozeduraler Hinsicht Art. 191 Abs. 3 Spstr. 3 AEUV, der ebenfalls unter den soeben genannten Voraussetzungen auch für andere Kompetenzbereiche gilt. Zwar verlangt er, die voraussichtlichen Kosten und Nutzen einer Maßnahme zu berücksichtigen. Dies ist aber nach Auffassung des EuG in *Pfizer Animal Health* eine spezielle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (dazu bereits zuvor) und damit im Wesentlichen eine materielle Anforderung im Rahmen des Risikomanagements. ⁴⁵⁹ Ob hieraus zusätzliche prozedurale Pflichten folgen, lässt das EuG offen, da Kosten-Nutzen-Analysen verschiedener Mitgliedstaaten vorgelegen hätten und von den Unionsorganen berücksichtigt worden seien. ⁴⁶⁰ Jedenfalls die Erstellung einer eigenen unionsweiten Kosten-Nutzen-Analyse scheint demnach prozedural nicht erforderlich, sofern auf geeignetes Material zurückgegriffen werden kann. Sofern allerdings keine Kosten-Nutzen-Analysen oder sonst geeignete Daten oder Prognosen vorhanden

⁴⁵⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, 5.1.1. und 5.1.2.

⁴⁵⁷ *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 188.

⁴⁵⁸ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 191 AEUV, Rn. 139; *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 AEUV, Rn. 120; *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 188, der aber zumindest annimmt, die Kommission treffe eine prozedurale Pflicht, für die Beschaffung der relevanten Erkenntnisse zu sorgen und deren Evaluierung vorzunehmen bzw. zu organisieren.

⁴⁵⁹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 410.

⁴⁶⁰ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 469.

sind, stellt sich insofern die Frage, inwieweit neben Risiken einer Technologie auch die wirtschaftlichen Folgen der Beschränkung der Technologie wissenschaftlich prognostiziert werden müssen. Die Einordnung der Kosten-Nutzen-Analyse als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der diesbezügliche Ermessensspielraum, der grundsätzlich die Berufung auf globale Feststellungen ausreichen lässt, sprechen dagegen, prozedural die Erstellung wirtschaftlicher Prognosen aus der Bestimmung zu fordern.

Was die genaue Methode der laut Rechtsprechung regelmäßig erforderlichen wissenschaftlichen Risikobewertung anbelangt, ergeben sich aus der Rechtsprechung keine eindeutigen, verbindlichen oder einheitlichen Vorgaben.⁴⁶¹ Insbesondere zu der Frage, ob quantitative gegenüber qualitativen Studien bevorzugt zu berücksichtigen sind, finden sich keine Ausführungen.⁴⁶² Allerdings lassen sich aus der Rechtsprechung, die insoweit der unverbindlichen Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips entspricht, immerhin die vier Verfahrensschritte der Gefahridentifizierung, der Gefahrbeschreibung, der Expositionsabschätzung und der Risikobeschreibung ableiten.⁴⁶³ Dabei sei – so nur die Kommission, nicht die Rechtsprechung – die Unsicherheit bei der Interpretation von Daten durch Sicherheitszuschläge zu berücksichtigen. Dies sei eine *Vorsichtsmaßnahme*. *Vorsorgemaßnahmen* bezögen sich demgegenüber auf das Risikomanagement, nicht auf die Risikobewertung.

Eine genaue Präzisierung der Verfahren und Methoden für die genannten Verfahrensschritte scheint aber im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips – auf einer Linie mit *Feyerabend*⁴⁶⁴ – ohnehin nicht möglich. Denn aus den in *Pfizer Animal Health* konkret herangezogenen Beobachtungen und Studien ergibt sich in Verbindung mit der Formulierung, dass Vorsorgemaßnahmen auch bei unzureichenden, un schlüssigen oder ungenauen Studien möglich sind (s.o.), dass im Bereich des Vorsorgeprinzips auch anekdotische Erkenntnisse und methodisch angreifbare Studien ausreichen, um einen hinreichenden Zusammenhang zwischen Technologie und Risiko zu etablieren.

Insgesamt folgert also die Rechtsprechung der europäischen Gerichte aus dem Vorsorgeprinzip i.V.m. Art. 191 Abs. 3 Spstr. 1 AEUV, dass Risiken jedenfalls anhand verfügbarer Daten zu bewerten sind, bevor eine Risikomanagement-Maßnahme ergriffen werden kann. Ob darüber hinaus eine Pflicht besteht, stets eine separate (neue) Risikobewertung durch ein hierfür

⁴⁶¹ Arndt, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 182; Sadeleer, European Law Journal 12 (2006), 151.

⁴⁶² Ausführlich zu verschiedenen denkbaren Methoden Arndt, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 184.

⁴⁶³ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 156; EuG, *Alapharma/Rat*, Rs. T-70/99, Slg. 2002, II-3495, Rn. 169; Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, S. 16, 33.

⁴⁶⁴ *Feyerabend*, Wider den Methodenzwang, 1975.

eingerrichtetes Gremium durchzuführen, ist für das Primärrecht nicht abschließend entschieden – in *Pfizer Animal Health* wird vielmehr die Möglichkeit von Ausnahmen erwähnt –, entsprechende Pflichten ergeben sich aber oftmals aus dem Sekundärrecht. Auch entnehmen die Gerichte dem Primärrecht (zurecht) nicht, welche konkreten Methoden zur Risikobewertung herangezogen werden können bzw. müssen.

c) Rechtsfolge

Aus der Formulierung im *BSE-Urteil* ergibt sich die unstrittige und seit langem durch die Rechtsprechung anerkannte Rechtsfolge des Vorsorgeprinzips: Die Organe *dürfen* trotz der wissenschaftlichen Ungewissheit Maßnahmen ergreifen.⁴⁶⁵ Hierdurch wird der demokratische Handlungsspielraum im Angesicht wissenschaftlicher Ungewissheit, die aus der technologischen Entwicklung resultiert, gewährleistet, womit einer der zentralen Forderungen der Je-desto-Formel Genüge getan ist.

Voraussetzung ist lediglich, dass die Maßnahme verhältnismäßig und nichtdiskriminierend ist. Besonders anschaulich für die Besonderheiten der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips ist erneut die *Pfizer-Animal-Health*-Entscheidung. Zur Geeignetheit ist insoweit auf das Vorsorgeprinzip zu verweisen (da die Eignung ja gerade ungewiss ist).⁴⁶⁶ Im Rahmen der Erforderlichkeit können mildere Mittel diskutiert werden, mit Ausnahme des Abwartens, bis bessere Studien verfügbar sind (zum sofortigen Handeln ermächtigt ja gerade das Vorsorgeprinzip).⁴⁶⁷ Als milderer Mittel gegenüber dem absoluten Verbot eines Produkts bzw. einer Technologie kommt u.a. die sekundärrechtliche Einführung einer widerleglichen Gefährlichkeitsvermutung in Betracht.⁴⁶⁸ Hier bleibt dem Risikoverursacher die Möglichkeit, Tatsachen vorzubringen, die die Unwahrscheinlichkeit des Schadenseintritts belegen.⁴⁶⁹ Bei der Angemessenheit stellt sich, wie bereits oben angesprochen, die Problematik, dass die konkrete Wahrscheinlichkeit der Betroffenheit bestimmter Rechtsgüter grundsätzlich

⁴⁶⁵ Zu der Frage, ob sie daran überhaupt durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehindert wären bereits oben und sogleich unter III; diese Rechtsfolge kritisiert auch der ansonsten dem Vorsorgeprinzip kritisch gegenüberstehende *Sunstein* nicht, hält sie aber für eine Selbstverständlichkeit, *Sunstein*, *Laws of Fear*, 2005.

⁴⁶⁶ Vgl. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 414 ff.; s. a. *Arndt*, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, 2009, S. 272.

⁴⁶⁷ Vgl. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 441 ff.

⁴⁶⁸ Auf diese Möglichkeit weist auch die Kommission in ihrer Mitteilung hin: Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, S. 25.

⁴⁶⁹ Ausführlich hierzu *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, *Vorsorgestrategien für Nanomaterialien*, 2011 (https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2008_2012/2011_09_SG_Vorsorgestrategien_fuer_Nanomaterialien.pdf?__blob=publicationFile&v=13), S. 56 ff. (geprüft am 27.05.2019).

nach der neueren Rechtsprechung berücksichtigt wird (statt nur der abstrakte Wert der Rechtsgüter), aber den ungewissen Risiken typischerweise keine Eintrittswahrscheinlichkeiten zugewiesen werden können. Um dem Vorsorgeprinzip nicht auf Ebene der Angemessenheit jede Wirksamkeit zu nehmen, muss daher zumindest den Umwelt-/Gesundheitsschutz betreffend eine relativ abstrakt bleibende Argumentation möglich sein. Eine konkretisierende Betrachtung kann für die „andere Seite“ (typischerweise wirtschaftliche Interessen) stattfinden. Dementsprechend fällt auch die Argumentation des EuG einseitig abstrakt und bezüglich der wirtschaftlichen Folgen etwas konkreter aus.⁴⁷⁰ Aus der Verpflichtung, dass die Maßnahmen nicht-diskriminierend sein müssen, ergeben sich für die vorliegende Untersuchung keine Besonderheiten.

Fraglich ist hinsichtlich der Rechtsfolge zudem, ob und inwieweit sich aus dem Vorsorgeprinzip neben der beschriebenen *Handlungsberechtigung* auch eine *Handlungsverpflichtung* zum Schutz von Umwelt und Gesundheit ergibt, ob also die Rechtsfolge nur Handlungsermessens einräumt oder ob die Organe durch das Vorsorgeprinzip zumindest bezüglich des „Ob“ der Maßnahmenergreifung also gebunden sind.⁴⁷¹ Dies würde den Handlungsspielraum gewissermaßen „andersherum“ einschränken (zur gerichtlichen Überprüfungsichte sogleich). Zu dieser Frage äußerte sich das EuG in *Artegodan* und *Solvay Pharmaceuticals*, indem es ausführte, dass der Vorsorgegrundsatz ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sei, „der die zuständigen Behörden *verpflichtet*, geeignete Maßnahmen zu treffen, um bestimmte potenzielle Risiken für die öffentliche Gesundheit, die Sicherheit und die Umwelt auszuschließen [Hervorhebung d. Verfasserin].“⁴⁷²

Auch in *Pfizer Animal Health*, *Alapharma* und *Malagutti-Vezinhet* ist davon die Rede, dass die zuständige Stelle durch das Vorsorgeprinzip zur Vorbeugung vor bestimmten potentiellen Risiken verpflichtet *könne*.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Vgl. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 456 ff.

⁴⁷¹ Da für die vorliegende Untersuchung der Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips eröffnet ist, ist hinsichtlich der allgemeinen Frage, ob aus Grundrechten Schutzpflichten erwachsen können, die bei einem Unterlassen der Organe zum Handeln verpflichten können, auf die ausführliche Untersuchung von *Szczekalla* zu verweisen, *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 610 ff.

⁴⁷² EuG, *Artegodan GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 184; EuG, *Solvay Pharmaceuticals*, Rs. T-392/02, Slg. 2003, II-4555, Rn. 121.

⁴⁷³ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 355; EuG, *Alapharma/Rat*, Rs. T-70/99, Slg. 2002, II-3495, Rn. 355; EuG, *Malagutti-Vezinhet/Kommission*, Rs. T-177/02, Slg. 2004, II-827, Rn. 54.

Allerdings ergibt sich in allen genannten Entscheidungen aus den sonstigen dort verwendeten Formulierungen, dass lediglich gemeint ist, dass das Vorsorgeprinzip den Belangen der Gesundheit und Umwelt eine hervorgehobene Stellung und ein besonderes Gewicht einräumt, was bei der Ausübung des Ermessens, insbesondere bei der Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, zu berücksichtigen ist.⁴⁷⁴ In Abhängigkeit von den Vorgaben des Sekundärrechts kann dies ausnahmsweise (insbesondere wenn – wie im Arzneimittelzulassungsrecht – die zu berücksichtigenden Belange auf Qualität, Sicherheit und Wirksamkeit der Präparate beschränkt sind⁴⁷⁵) zu einer erheblichen Ermessensreduktion führen.⁴⁷⁶ Für den Bereich der Anwendung des Sekundärrechts durch die Kommission kann sich insofern im Einzelfall eine Handlungspflicht ergeben.⁴⁷⁷ Diese fußt dann allerdings nicht auf dem Vorsorgeprinzip alleine, sondern vor allem auf den entsprechenden sekundärrechtlichen Vorgaben, die ggf. durch das Vorsorgeprinzip und die gewichtigen, primärrechtlich geschützten Belange des Umwelt-/Gesundheitsschutzes verstärkt werden.

Für den Erlass von Sekundärrecht durch den Unionsgesetzgeber dürfte das abstrakt formulierte Vorsorgeprinzip schon seinem Inhalt nach keine Handlungspflicht begründen. So sprechen insbesondere Wortlaut und Systematik des Art. 191 AEUV gegen eine Handlungspflicht. Die Formulierung, dass die Umweltpolitik auf dem Grundsatz der Vorsorge „beruhen“ solle, spricht dafür, dass dieser Grundsatz zu berücksichtigen ist, sofern umweltpolitische Maßnahmen ergriffen werden, dass dieser aber nicht über das „Ob“ der Kompetenzausübung entscheidet.⁴⁷⁸ Eine Handlungspflicht für den Unionsgesetzgeber würde zudem auf die prominent von *Sunstein* thematisierte Problematik stoßen, dass sich widersprüchliche Handlungspflichten ergeben, wenn sich z.B. Umweltziele widersprechen.⁴⁷⁹ So verfolgt z.B. der Ausbau erneuerbarer Energien inkl. entsprechender Stromnetze das Umweltziel der Reduktion von CO₂-Emissionen, wirkt sich aber zugleich auf das Umweltziel des Natur- und Artenschutzes vielfach negativ aus (Vögel und Fledermäuse geraten in Windräder, Wälder werden für Stromtrassen gerodet etc.).

⁴⁷⁴ EuG, *Artegodan GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 172 ff.

⁴⁷⁵ EuG, *Artegodan GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 175.

⁴⁷⁶ So auch *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 161 f.; *Sadeleer*, in: ders. (Hrsg.), *Implementing the precautionary principle*, 2007, S. 10, 35.

⁴⁷⁷ I.E. so auch EuG, *Schweden/Kommission (Paraquat)*, Rs. T-229/04, Slg. 2007, II-02437, der insoweit jedoch ein Einzelfall geblieben ist.

⁴⁷⁸ So *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 164.

⁴⁷⁹ *Sunstein*, *Laws of Fear*, 2005; Ähnliche Bedenken bei *Zander*, *The application of the precautionary principle in practice*, 2010, S. 107 f.

Ob eine Handlungspflicht, sofern man sie denn dem Grunde nach aus dem Vorsorgeprinzip entnehmen will, gerichtlich durchsetzbar ist, hängt wiederum von der gerichtlichen Überprüfungsichte und von dem den Organen eingeräumten Ermessensspielraum ab.

2. Gerichtliche Überprüfungsichte

Grundsätzlich kann zur gerichtlichen Überprüfung des Vorsorgeprinzips auf oben verwiesen werden. In Fällen, in denen das Vorsorgeprinzip herangezogen wird, wird auch in aller Regel entweder auf die „politischen, wirtschaftlichen und sozialen Einschätzungen“, die die Organe treffen müssten, und/oder auf das Erfordernis „komplexer Prüfungen“ verwiesen. Beides eröffnet den Organen einen Ermessensspielraum, der nur geschränkt gerichtlich überprüft wird (s.o.).

Gleichwohl stehen der gerichtliche eingeräumte Ermessensspielraum und das Vorsorgeprinzip in einem anderen Verhältnis als der Ermessensspielraum und das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Wie oben bereits angesprochen beschränkt das Verhältnismäßigkeitsprinzip den demokratischen Handlungsspielraum der Organe zugunsten der rechtsstaatlichen Überprüfung (der Grundrechte). Eine wenig strenge Überprüfung der Verhältnismäßigkeit führt zu einer wenig starken Einschränkung des Handlungsspielraums. Demgegenüber hat das Vorsorgeprinzip grundsätzlich eine umgekehrte Stoßrichtung: Es beschränkt nicht den Handlungsspielraum, sondern erweitert ihn für Fälle der Ungewissheit, indem die Organe eben gerade auch im Fall der Ungewissheit handeln dürfen. Bezüglich dieses Gehalts des Vorsorgeprinzips bringt ein „zusätzlicher“ Ermessensspielraum, der durch die Gerichte eingeräumt wird, nichts, was nicht bereits der Inhalt des Vorsorgeprinzips selbst liefert. Ähnlich verhält es sich auch mit dem Vorsorgeprinzip im Kontext der Beweislast: die Rechtsfolge des Vorsorgeprinzips besagt, dass Organe im Falle verbleibender Ungewissheit über Risiken – anders ausgedrückt also im Falle eines *non liquet* – dennoch handeln dürfen.⁴⁸⁰

Allerdings gibt es neben dieser Grundaussage mehrere Gehalte bzw. Voraussetzungen des Vorsorgeprinzips bezüglich derer sich durchaus die Frage stellt, in welchem Maße sie gerichtlich überprüft werden. Zunächst ist bezüglich der materiellen Voraussetzung fraglich, ob den

⁴⁸⁰ I.E. ähnlich *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Vorsorgestrategien für Nanomaterialien, 2011 (https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2008_2012/2011_09_SG_Vorsorgestrategien_fuer_Nanomaterialien.pdf?__blob=publicationFile&v=13), S. 56 (geprüft am 27.05.2019). Hieraus ergibt sich freilich keine noch keine „echte“ Beweislastumkehr in dem Sinne, dass stets der Risikoverursacher die Ungefährlichkeit beweisen muss. Eine solche kann der Unionsgesetzgeber freilich sekundärrechtlich einführen (s.o.), vgl. Mitteilung der Kommission – Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg. vom 02. 02. 2000, S. 25.

Organen bezüglich der Frage, ob ein ungewisses oder ein hypothetisches Risiko vorliegt, ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird – inwieweit sie also die Anwendung des Vorsorgeprinzips selbst beurteilen können, dazu a). Sodann stellt sich die Frage, inwieweit die Organe ein Ermessen bezüglich der Frage haben, ob eine separate wissenschaftliche Risikobewertung (durch ein entsprechendes Gremium) erforderlich oder ausnahmsweise entbehrlich ist, dazu b). Drittens stellt sich die soeben bereits angesprochene Frage, inwieweit auf Rechtsfolgenseite das Ermessen der Organe hinsichtlich des „Ob“ eines Tätigwerdens besteht bzw. reduziert ist, dazu c).

a) Überprüfung der materiellen Komponente

Hinsichtlich der Überprüfung der materiellen Komponente wird insgesamt eine beschränkte gerichtliche Überprüfung angesetzt. Besonders deutlich ist hier wiederum die Rs. *Pfizer Animal Health*⁴⁸¹. So wird ausgeführt, dass die Risikobewertung aus zwei Komponenten bestehe: Zum einen die politische Festsetzung des gesellschaftlich akzeptablen Risikogrades⁴⁸², zum anderen die wissenschaftliche Bewertung, ob dieser Risikograd im konkreten Fall gegeben sei⁴⁸³.

Bei der politischen Festsetzung des gesellschaftlich akzeptablen Risikogrades ist, wie bereits oben ausgeführt, nicht zulässig, bereits hypothetische Risiken als inakzeptabel einzustufen bzw. nur ein „Nullrisiko“ als akzeptabel einzustufen. Abgesehen von diesen Grenzen wird dem Unionsorgan dagegen ein weites „politisches“ Ermessen bei der Festsetzung des Risikogrades zuerkannt, welches in der durch die Verträge zugewiesenen politischen Verantwortlichkeit fußt.⁴⁸⁴ Nicht eindeutig beantwortet das EuG (mangels Fallerheblichkeit) dagegen die Frage, ob die Unionsorgane auch frei, sind das gesellschaftlich akzeptable Risiko so hoch anzusetzen, dass nur wissenschaftlich bewiesene Risiken als inakzeptabel angesehen werden. Fraglich ist insbesondere, ob die Überschreitung dieser „unteren Grenze“ dem Vorsorgeprinzip widerspräche. Der Fall dürfte aber (zumindest in der EU) derzeit keine praktische Relevanz haben, da die Organe einen solchen Maßstab explizit derzeit soweit ersichtlich nicht ansetzen. Wenn die Organe implizit einen zu strengen Beweismaßstab ansetzen, äußert sich dies explizit nur darin, dass sie „zu wenig“ für Umwelt- oder Gesundheitsschutz tun. Dann ist eigentlich die Frage betroffen, inwieweit das Vorsorgeprinzip zum Handeln verpflichten kann (s.o. und sogleich).

⁴⁸¹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305.

⁴⁸² EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 151 ff.

⁴⁸³ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 154 ff.

⁴⁸⁴ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 166 mit Verweis auf die hierzu bereits oben besprochene Rechtsprechung.

Bezüglich des zweiten Teils der Risikobewertung, nämlich der eigentlichen wissenschaftlichen Analyse zu der Frage, ob der gesellschaftlich akzeptable Risikograd im konkreten Fall erreicht ist, ob also die wissenschaftlichen Daten ausreichen, um jedenfalls mehr als ein hypothetisches Risiko zu belegen, verweist das EuG auf das „technische“ Ermessen der Organe in Situationen, die „komplexe Prüfungen“ erfordern.⁴⁸⁵ So überprüft das EuG beispielsweise in *Artegodan*, ob die Schlussfolgerungen, die das Organ aus der wissenschaftlichen Risikobewertung zieht, offensichtlich unzutreffend sind.⁴⁸⁶

Dementsprechend wird hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob ein Fall vorliegt, in dem das Vorsorgeprinzip wegen ungewisser (nicht hypothetischer) Risiken zur Anwendung kommt, den Unionsorganen ein weites Ermessen eingeräumt, was lediglich auf offensichtliche Fehler, Missbrauch und offensichtliche Überschreitung überprüft wird.

b) Überprüfung der prozeduralen Komponente

Die *Pfizer-Animal-Health* Entscheidung etabliert zwar einerseits Ermessen bezüglich der materiellen Voraussetzung des Vorsorgeprinzips, führt aber gleichzeitig aus, dass in aller Regel prozedural eine wissenschaftliche Risikobewertung stattfinden müsse, um die materielle Voraussetzung zu begründen. Fraglich ist, inwieweit den Organen bezüglich dieser grundsätzlichen prozeduralen Pflicht Ermessen eingeräumt wird. Ausdrücklich wird diese Frage soweit ersichtlich gerichtlich nicht beantwortet. Wie oben bereits ausgeführt spricht aber die Tatsache, dass kein europäisches Gericht explizit ausgeführt hat, dass eine solche wissenschaftliche Risikobewertung *immer* durchzuführen ist, dafür, dass den Organen zumindest in gewissem Umfang ein Ermessen zusteht. Dieses ist jedoch ganz erheblich reduziert. Zum einen sind verfügbare wissenschaftliche und technische Daten stets zu berücksichtigen, vgl. Art. 191 Abs. 3 Spstr. 1 AEUV. Dies dürfte in aller Regel im Rahmen einer wissenschaftlichen Risikobewertung erfolgen, bei der die verfügbaren Daten gesammelt und Lücken aufgedeckt werden.⁴⁸⁷ Die Risikobewertung muss zudem grundsätzlich durch die zu diesem Zweck auf Gemeinschaftsebene eingesetzten Institutionen durchgeführt werden, wenn nicht unter außergewöhnlichen Umständen gewährleistet ist, dass angemessene Garantien wissenschaftlicher Objektivität auch

⁴⁸⁵ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 168 mit Verweis auf die hierzu bereits oben besprochene Rechtsprechung.

⁴⁸⁶ Unzutreffende Schlussfolgerungen bejahend EuG, *Artegodan GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 199ff.; zur Überprüfung der Risikobewertung selbst s. sogleich.

⁴⁸⁷ Vgl. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 155.

anderweitig gegeben sind.⁴⁸⁸ Die gerichtliche Überprüfungsichte ist insoweit hinsichtlich des prozeduralen Erfordernisses der Risikobewertung sehr streng. Sie lässt den Organen kaum Spielraum hinsichtlich der prozeduralen Gestaltung.

Sie zeichnet sich zudem durch eine genaue Prüfung der wissenschaftlichen Risikobewertung aus, wobei die Offenlegung bestehender Kontroversen aus Transparenzgründen gefordert wird. Die wissenschaftliche Risikobewertung wird dabei zwar nicht inhaltlich überprüft, jedoch „nachvollzogen“:

„Was das Gutachten des Ausschusses anbelangt, so kann das Gericht die vom Ausschuss vorgenommene Beurteilung nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen. Die gerichtliche Prüfung erstreckt sich nur darauf, ob der Ausschuss ordnungsgemäß vorgegangen ist, sowie auf die Schlüssigkeit und die Begründung seines Gutachtens. Unter dem letztgenannten Aspekt kann das Gericht nur prüfen, ob das Gutachten eine Begründung enthält, anhand deren die Erwägungen beurteilt werden können, auf die es sich stützt, und ob ein verständlicher Zusammenhang zwischen den medizinischen und/oder wissenschaftlichen Feststellungen und den Schlussfolgerungen im Gutachten besteht. Insoweit muss der Ausschuss in seinem Gutachten die wichtigsten wissenschaftlichen Berichte und Expertisen angeben, auf die er sich stützt, und im Fall einer erheblichen Divergenz die Gründe erläutern, aus denen er von den Schlussfolgerungen in den Berichten oder Expertisen der betroffenen Unternehmen abweicht. Diese Verpflichtung besteht insbesondere im Fall wissenschaftlicher Ungewissheit. Indem sie den kontradiktorischen und transparenten Charakter der Konsultation des Ausschusses gewährleistet, ermöglicht sie es, sich zu vergewissern, dass der betreffende Stoff Gegenstand einer eingehenden und objektiven wissenschaftlichen Beurteilung war, die auf einer Gegenüberstellung der repräsentativsten wissenschaftlichen Auffassungen und der von den betroffenen Arzneimittelbetrieben vertretenen wissenschaftlichen Standpunkte beruhte (vgl. Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 1999 in der Rechtssache T-27/98, *Nordonel/Kommission*, Slg. ÖD 1999, I-A-267 und II-1293, Randnrn. 30 und 88).“⁴⁸⁹

Der Aspekt des Nachvollzugs wissenschaftlicher Kontroversen wurde oben unter A.II.2. a) bb) zur Begründungspflicht der Organe ebenfalls aus Transparenzgründen gefordert.⁴⁹⁰ Hier wird dieser Nachvollzug durch die Gerichte statt durch die über die Risikomanagement-Maßnahme entscheidenden Organe geleistet. Aus demokratischer Sicht ist es zu bevorzugen, wenn bereits der primäre Entscheidungsträger bei seiner Begründung für die Risikomanagement-Entscheidung auf die bestehenden Kontroversen in der Risikobewertung eingehen muss, statt dass erst in einer gerichtlichen Überprüfung solche Kontroversen aufgedeckt werden (s. näher Teil 3).

⁴⁸⁸ Vgl. EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 270.

⁴⁸⁹ EuG, *Artogodan GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 200.

⁴⁹⁰ Nach dem oben bereits dargestellten Maßstab reichen für die Begründung der Risikomanagement-Entscheidung jedoch auch im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips die „wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen“, bei Normativakten genügt hinsichtlich des Umfangs der Begründung die Beschreibung der Gesamtlage, die die Maßnahme nötig gemacht hat, sowie der allgemeinen Ziele.

c) Überprüfung der Rechtsfolge

Hinsichtlich der Rechtsfolge räumt das Vorsorgeprinzip den Organen, wie oben ausgeführt, selbst nach Ansicht des EuG in den *Artegodan-* und *Solvay-Pharmaceuticals-*Entscheidungen Ermessen ein, ob und wie zum Schutz von Umwelt- oder Gesundheit eingeschritten wird (s.o.). Wie ebenfalls bereits ausgeführt, kann dieses Ermessen durch bestimmte Vorgaben im Sekundärrecht eingeschränkt sein, die hier aber nicht im Einzelnen nachvollzogen werden können.

Hinsichtlich des Unionsgesetzgebers, der nicht durch Sekundärrecht gebunden ist, führt das eingeräumte Ermessen dazu, dass – selbst wenn man einen grundsätzlich verpflichtenden Gehalt des Vorsorgeprinzips annehmen wollte – dieser kaum je gerichtlich durchsetzbar sein dürfte, da Ermessen besteht, welches Umwelt- oder Gesundheitsziel mit welchen Mitteln verfolgt werden kann.⁴⁹¹

3. Zwischenergebnis

Das Vorsorgeprinzip gewährleistet grundsätzlich einen großen Handlungsspielraum im Falle wissenschaftlicher Ungewissheit. Dieser wird vor allem durch die Rechtsfolge gewährleistet, die den Organen ein Handeln auch bei Ungewissheit ermöglicht. Die Kommission kann hier insoweit durch Sekundärrecht etwas stärker eingeschränkt sein – im Ausnahmefall kann sich das Sekundärrecht i.V.m. dem Vorsorgeprinzip auch zu einer Handlungspflicht bei Ungewissheit verdichten. Dies ist jedoch am Maßstab der Je-desto-Formel wenig problematisch einzuordnen, da das entsprechende Sekundärrecht vom stärker demokratisch legitimierten Unionsgesetzgeber erlassen wurde. Der Unionsgesetzgeber selbst wird – auch angesichts seines Ermessensspielraums – nicht durch das Vorsorgeprinzip zu bestimmten Handlungen verpflichtet, sondern das Vorsorgeprinzip wirkt sich von der Stoßrichtung erweiternd auf seinen Handlungsspielraum aus.

Während die Rechtsfolge des Vorsorgeprinzips damit den Handlungsspielraum im Fall von Ungewissheit grundsätzlich erweitert (und nur in Ausnahmefällen auf Grundlage des Sekundärrechts einschränkt), schränkt vor allem die prozedurale Komponente des Vorsorgeprinzips den Handlungsspielraum ein. Gefordert wird jedoch nur zwingend, mindestens auf Grundlage verfügbarer Daten die Risiken zu bewerten. Dies entspricht auch der prozeduralen Forderung der Je-desto-Formel, nach der grundsätzlich möglichst genau bestimmt werden sollte, welcher (Input-)Legitimationsbedarf besteht, indem Verteilungskonflikte, Ungewissheit/Kontroversen

⁴⁹¹ Vgl. *Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 164.

und die Betroffenheiten der Rechtsgüter offengelegt werden. Problematisch wäre die prozedurale Beschränkung des Handlungsspielraums nur, wenn die prozeduralen Hürden so ausgestaltet wären, dass eine effektive Entscheidung – beispielsweise wegen Zeitablaufs – verhindert würde. Da sich aber der Rechtsprechung keine Pflicht entnehmen lässt, *immer* eine separate Risikobewertung durch ein hierfür eingesetztes Gremium durchzuführen, sondern insoweit Ausnahmen möglich sind, scheinen die prozeduralen Hürden nicht unzumutbar hoch zu sein.

Hinsichtlich des Inhalts der Risikobewertung wird grundsätzlich ein genauer Nachvollzug durch die Gerichte unternommen. Insoweit wird aber nicht die inhaltliche Einschätzung überprüft, sondern nur, dass die wichtigen wissenschaftlichen Einschätzungen gewürdigt und Kontroversen offengelegt wurden. Die gerichtliche Nachprüfung kann zwar ebenfalls *ex post* die Transparenz erhöhen, vorzugswürdig wäre insofern allerdings, dass bereits der Entscheidungsträger der Risikomanagement-Maßnahme einen solchen Nachvollzug leistet und sich im Anschluss begründet der Risikobewertung anschließt oder sich anders entscheidet. Insbesondere bei einer abweichenden Entscheidung sollte er die Gründe – die nicht notwendig wissenschaftlich-technischer Natur sein müssen, sondern auch mit Ethik, Akzeptanzprämissen, Verteilungskonflikten o.Ä. zu tun haben können – offenlegen. Die Anforderungen der europäischen Gerichte bei der Überprüfung der Begründung gem. Art. 296 Abs. 2 AEUV könnten vor diesem Hintergrund geringfügig verschärft werden, wobei darauf zu achten ist, dass die Begründungspflicht kein Maß erreicht, welches die Entscheidung übermäßig verzögert oder gar verhindert (näher Teil 3).

Schließlich ist bezüglich der materiellen Komponente des Vorsorgeprinzips, nämlich wann ein ungewisses Risiko vorliegt, ebenfalls ein Einschätzungsspielraum der Organe gegeben. Hierbei ist „politisches“ Ermessen hinsichtlich der Frage gegeben, welcher Risikograd als akzeptabel festgesetzt wird, sowie „technisches“ Ermessen hinsichtlich der Frage, ob aus der wissenschaftlichen Risikobewertung der Schluss gezogen werden kann, dass dieser Risikograd vorliegt. Unzulässig ist insofern nur, wenn die Organe entweder als akzeptables Risiko ein „Nullrisiko“ festsetzen oder wenn sie hypothetische Risiken, für die es in der Risikobewertung keine plausiblen Anhaltspunkte gibt, ausreichen lassen, um eine Risikomanagement-Maßnahme zu begründen. Diese Grenzen des Handlungs- bzw. Einschätzungsspielraums lassen sich aber auf Grundlage der oben in Kapitel 3 B. beschriebenen Grenze des Willkürverbots ebenfalls begründen. Die Festsetzung eines „Nullrisikos“ ist auf Basis des Fallibilismus *Poppers* nämlich eine unerreichbare Hürde, hypothetischen Risiken kann argumentativ nicht sinnvoll begegnet werden – demnach könnte grundsätzlich jedes Verhalten staatlich verboten werden, ohne dass eine sinnvolle Grenzziehung möglich wäre, was Willkür gleichkommt. Der demokratische

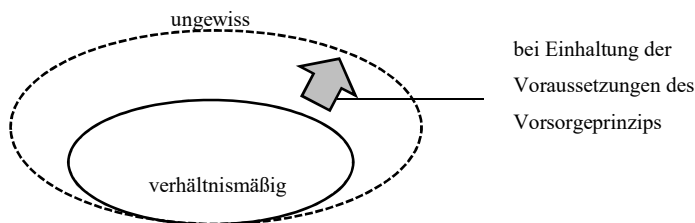
Handlungsspielraum wird durch diese Grenzen demnach nur so weit beschränkt, wie es zur Gewährleistung einer freiheitlichen Demokratie notwendig ist.

III. Verhältnis der Prinzipien zueinander

Zu klären ist, wie sich das Vorsorgeprinzip zum Verhältnismäßigkeitsprinzip, insbesondere zu Geeignetheit und Angemessenheit verhält. Wie oben zum Verhältnismäßigkeitsprinzip ausgeführt, könnte das Vorsorgeprinzip notwendig sein, um Handlungsspielräume bei Ungewissheit zu erhalten. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn im Rahmen der Geeignetheitsprüfung ein nachweisbarer Kausalzusammenhang zwischen Maßnahme und (umwelt- oder gesundheits-schützender) Wirkung erforderlich wäre oder wenn im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ein Argumentationsungleichgewicht zulasten der Belange bestünde, die nur ungewiss betroffen sind.

Jedoch ist der Maßstab, der für die Etablierung der Geeignetheit im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips wegen des Ermessensspielraums besteht, nicht unähnlich dem Maßstab zur Etablierung eines ungewissen (nicht hypothetischen) Risikos im Rahmen des Vorsorgeprinzips. Ein etablierter wissenschaftlicher Beweis des Kausalzusammenhangs (soweit überhaupt möglich, s.o. Kapitel 2) zwischen regulierter Technologie und Risiko ist jedenfalls nicht nötig, vielmehr genügen „globale Feststellungen“, „objektive Kriterien“ im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. „unzureichende, unschlüssige oder ungenaue Studien“ im Rahmen des Vorsorgeprinzips. Anekdotische Beobachtungen und (grobe) Korrelationen könnten womöglich beide Voraussetzungen erfüllen. Auch in der Angemessenheitsprüfung nähern sich die europäischen Gerichte zwar einer Argumentation an, in der die konkrete Wahrscheinlichkeit der Betroffenheit bestimmter Rechtsgüter stärker argumentativ einbezogen wird und nicht lediglich abstrakt mit dem Wert des Rechtsguts argumentiert wird. Gleichwohl muss sich hieraus nicht notwendig ein argumentatives Ungleichgewicht zulasten des ungewiss betroffenen Rechtsguts ergeben, da dieses Rechtsgut häufig auch über einen abstrakt höheren Rang verfügt (z.B. Gesundheit gegenüber wirtschaftlichen Belangen). Vor diesem Hintergrund scheinen nach wie vor zwei Interpretationen des Verhältnisses von Vorsorgeprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip möglich.

Es ist einerseits denkbar, dass das Vorsorgeprinzip einen strengen Maßstab der Geeignetheitsprüfung bzw. der Angemessenheitsprüfung lockert und damit erst die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ermöglicht.⁴⁹² Eine solche Betrachtung liegt bei Zugrundelegung des „deutschen“ Verhältnismäßigkeitsprinzips, welches jedenfalls in der Angemessenheit streng überprüft wird, nahe. Es würde sich insofern um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis handeln: Normalerweise ist staatliches Handeln bei wissenschaftlicher Ungewissheit über den Nutzen unverhältnismäßig (weil ungeeignet oder jedenfalls unangemessen), unter Einhaltung der v.a. prozeduralen Voraussetzungen des Vorsorgeprinzips ist solches aber ausnahmsweise erlaubt. Dieses Verhältnis soll folgende Grafik verdeutlichen:



Allerdings lässt sich, wie beschrieben, nicht eindeutig definieren, ob angesichts des beschränkten Überprüfungsmaßstabs der europäischen Gerichte das Verhältnismäßigkeitsprinzip Handeln trotz Ungewissheit überhaupt untersagt. In diesem Fall würde das Vorsorgeprinzip nicht „benötigt“, um die Ausnahme von der Regel zu bestätigen. Als zweiter denkbarer Bedeutungsgehalt verbliebe dann die beschriebene prozedurale Komponente und/oder die „starke“ Interpretation der Rechtsfolge, die zum Schutz von Umwelt oder Gesundheit auch bei Ungewissheit zum Handeln verpflichtet.

Die erste Interpretation des Verhältnisses erscheint (ohne dass dies ausdrückliche Bestätigung in der Rechtsprechung findet) insgesamt stimmiger. Die „starke“ inhaltliche Interpretation ist aufgrund der prominent von *Sunstein* geäußerten logischen Widersprüchlichkeiten und der Beschränkung des demokratischen Handlungsspielraums abzulehnen (s.o.) und findet sich – jedenfalls ohne Bezugnahme auf konkret verpflichtendes Sekundärrecht – auch nicht in der Rechtsprechung. Die Beschränkung der Bedeutung des Vorsorgeprinzips auf eine prozedurale Forderung entspricht ebenfalls nicht der Rechtsprechung, deren Anfänge sogar überhaupt keine prozedurale Komponente erwähnten, sondern nur eine Handlungsbefugnis trotz Ungewissheit statuierten. Der *explizite* Erhalt der Handlungsmöglichkeit bei Ungewissheit durch die „schwa-

⁴⁹² So *Appel*, NVwZ 2001, 395; *Lübbe-Wolf*, NVwZ 1998, 778.

che“ inhaltliche Interpretation kann zudem als konkrete Ausprägung der Je-desto-Formel betrachtet werden: Je größer die Ungewissheit, desto weniger wird der demokratische Handlungsspielraum durch inhaltliche Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingeschränkt. Die Je-desto-Formel fordert jedoch gerade nicht, dass demokratische Entscheidungen *stets* nur einer sehr beschränkten gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden sollten, sondern nur für den Fall der Ungewissheit und der Verteilungskonflikte. Insofern wäre eine grundsätzlich strengere Überprüfung der Verhältnismäßigkeit mit der Je-desto-Formel vereinbar, sofern einerseits bei Ungewissheit (auch über schwere, irreversible Schäden) das Vorsorgeprinzip greift und andererseits für Verteilungskonflikte „politisches“ Ermessen verbleibt. Eine strengere Überprüfung der Verhältnismäßigkeit im Regelfall würde zudem die *Notwendigkeit* des Vorsorgeprinzips in der „schwachen“ inhaltlichen und prozeduralen Ausprägung als Ausnahmefall betonen: Die erst durch das inhaltliche Vorsorgeprinzip herabgesetzten Anforderungen an die rationalen Gründe einer Grundrechtseinschränkung werden durch das grundsätzliche prozedurale Erfordernis der Einholung bestmöglicher Informationen im Rahmen einer Risikobewertung sowie einer diesbezüglichen Begründungspflicht ausgeglichen, um Willkür zu verhindern (näher dazu Teil 3).

IV. Better-Regulation-Strategie der Kommission

Neben dem Primär- und (hier nicht näher betrachteten) Sekundärrecht kann die Kommission zudem durch interne Verwaltungsvorschriften in ihrem Handlungsspielraum beschränkt sein. Europäische Verwaltungsvorschriften kanalisieren die politische Kontrolle der Kommission⁴⁹³ und sind in dieser Funktion grundsätzlich notwendig, um durch inhaltliche Kontrolle die Legitimationskette zum einzelnen Beamten herzustellen. Eine problematische Einschränkung des Handlungsspielraums kann sich allenfalls ergeben, wenn aufgrund der Vorgaben interner Verwaltungsvorschriften die Entscheidungen in einem Maße auf externen wissenschaftlichen Einschätzungen beruhen müssen, dass kein nennenswerter eigener Entscheidungsspielraum des Kommissionsbeamten mehr gegeben ist. Einen solchen „Sachzwang“ bzw. eine Verlagerung der Entscheidung auf externen Sachverstand könnte die Verpflichtung in der *Better-Regulation-Strategie*⁴⁹⁴ der Kommission darstellen, eine Folgenabschätzung für signifikante Rechtsetzung durchzuführen. Sofern ein strenger Maßstab für die Folgenabschätzung angesetzt würde, etwa,

⁴⁹³ Vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 103.

⁴⁹⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung - Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final vom 19.05.2015.

dass nur quantifizierbare Folgen berücksichtigt werden dürfen, so wäre bei Entscheidungen unter Ungewissheit oder über wertgeladene Verteilungskonflikte der Einschätzungsspielraum der Kommissionsmitarbeiter maßgeblich beschränkt. Jedoch sind die Kommissionsbeamten nach der *Better-Regulation*-Strategie in der Folgenabschätzung frei, sich auch zugunsten nicht quantifizierbarer und ggf. auch wissenschaftlich nicht belegter Vorteile der Regulierung zu entscheiden⁴⁹⁵, sodass ein übermäßiger naturwissenschaftlich induzierter Sachzwang nicht droht.

Die Folgenabschätzung wird durch das *Regulatory Scrutiny Board* überprüft. Dieses wurde auf Grundlage der *Better-Regulation*-Strategie vom Kommissionspräsidenten eingesetzt.⁴⁹⁶ Es setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden, drei hochrangigen Kommissionsbeamten sowie drei Experten, die außerhalb der Kommission rekrutiert werden⁴⁹⁷, und übt seine Aufgaben unabhängig aus.⁴⁹⁸ Es prüft die Entwürfe der Folgenabschätzungen der Kommission und gibt hierzu Stellungnahmen ab.⁴⁹⁹ Eine positive Stellungnahme des *Regulatory Scrutiny Board* ist notwendig, um den Entwurf der Maßnahme samt Folgenabschätzung der (gesamten) Kommission zur Abstimmung vorzulegen.⁵⁰⁰ Erst nach Entscheidung durch die (gesamte) Kommission werden Maßnahme, Folgenabschätzung samt Stellungnahme des *Regulatory Scrutiny Board* veröffentlicht.⁵⁰¹ Diese Vorkehrung könnte am Maßstab der Je-desto-Formel Fragen aufwerfen, wenn das nur durch Einsetzung des Kommissionspräsidenten mittelbar personell legitimierte und weisungsunabhängige *Regulatory Scrutiny Board* Vorschläge für Maßnahmen durch Ablehnung der Folgenabschätzung „stoppen“ könnte. Es könnte damit verhindern, dass die Maßnahmen der politischen Ebene der Kommission vorgelegt werden. Dies widerspräche der Forderung, dass zumindest über Ungewissheit und Verteilungskonflikte politisch-demokratisch entschieden werden sollte. Da Vorschläge für Maßnahmen samt Stellungnahme des *Regulatory*

⁴⁹⁵ Vgl. im Einzelnen die *Guidelines on Impact Assessment*, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines-impact-assessment.pdf> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

⁴⁹⁶ Vgl. Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board, C(2015) 3263 final vom 19.05.2015, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/decision-on-the-established-of-an-independent-regulatory-scrutiny-board_may2015_en.pdf (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

⁴⁹⁷ Vgl. Art. 3 der Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board, C(2015) 3263 final vom 19.05.2015.

⁴⁹⁸ Vgl. Art. 4 der Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board, C(2015) 3263 final vom 19.05.2015.

⁴⁹⁹ Vgl. Art. 2 der Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board, C(2015) 3263 final vom 19.05.2015.

⁵⁰⁰ Vgl. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_en#how-it-works.

⁵⁰¹ Vgl. Art. 6 der Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board, C(2015) 3263 final vom 19.05.2015.

Scrutiny Board zudem auch erst veröffentlicht werden, wenn die Kommission hierüber abgestimmt hat, würde die Öffentlichkeit keine zuverlässige Kenntnis über auf diese Weise „gestoppte“ Regelungsvorschläge erlangen.

Bei dieser Kritik ist jedoch einerseits zu beachten, dass in der politischen Realität der jeweilige Generaldirektor oder Kommissar, aus dessen Geschäftsbereich der „gestoppte“ Vorschlag kommt, stets die informelle Möglichkeit hat, den Vorschlag dennoch der politischen Diskussion zuzuführen. Zudem muss ebenfalls nach der *Better-Regulation*-Strategie der Kommission schon vor Ausarbeitung einer Maßnahme samt Folgenabschätzung ein *inception impact assessment* veröffentlicht werden, sodass der grundsätzliche Plan zum Ergreifen einer Maßnahme der Öffentlichkeit bekannt ist und die informierte Öffentlichkeit sich nach dem Fortgang der regulatorischen Initiative erkundigen kann. Mögliches weiteres Verbesserungspotential wird in Teil 3 beleuchtet.

V. Zwischenergebnis

Hinsichtlich des inhaltlichen Handlungsspielraums ist festzuhalten, dass durch das Vorsorgeprinzip ein hinreichender inhaltlicher Handlungsspielraum der Unionsorgane in Fällen wissenschaftlicher Ungewissheit bzw. Kontroverse gewährleistet wird. Nicht ganz eindeutig lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, ob dieser Handlungsspielraum nicht ohnehin durch das „technische“ Ermessen, welches er den Institutionen in Bereichen komplexer technischer Beurteilungen auch mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip überlässt, gewährleistet ist – ob es insoweit also des Vorsorgeprinzips bedarf. Jedenfalls statuiert das Vorsorgeprinzip die prozedurale Komponente der wissenschaftlichen Risikobewertung, die der prozeduralen Forderung der *Je-desto*-Formel nach einer möglichst weitgehenden Klärung des Legitimationsbedarfs entspricht.

In Situationen, die weniger von wissenschaftlicher Ungewissheit als vielmehr von Verteilungskonflikten geprägt sind, wird ein großer demokratischer Handlungsspielraum durch das „politische“ Ermessen gewährleistet, welches die europäischen Gerichte den Institutionen auch bei der Prüfung der Maßnahmen auf ihre Verhältnismäßigkeit hin gewähren.

Die Rechtsprechung ist insoweit insgesamt zu begrüßen, da sie demokratische Handlungsspielräume belässt. Angesichts der unterschiedlichen demokratischen Legitimation von Unionsgesetzgeber und Kommission wäre allerdings eine Verfeinerung des Prüfungsmaßstabs der Verhältnismäßigkeit wünschenswert, der klarstellt, dass der Unionsgesetzgeber über größere Spielräume verfügt als die Kommission. Eine solche Abstufung des Handlungsspielraums

ergibt sich freilich oftmals bereits aus dem Sekundärrecht, welches die Kommission bindet und gleichzeitig den Willen des Unionsgesetzgebers umsetzt. Gleichwohl ist auch auf dem Wege der gerichtlichen Kontrolle zu gewährleisten, dass die Kommission ihr Ermessen nicht in einer Art und Weise ausübt, die den Wertentscheidungen des Unionsgesetzgebers zuwiderläuft.

Die kommissionsinternen Vorgaben zur Folgenabschätzung im Zuge der *Better-Regulation*-Strategie lassen ebenfalls ausreichend Spielraum für eine demokratische Entscheidung auch im Falle wissenschaftlicher Ungewissheit und hiermit verbundener Verteilungskonflikte. Funktion und Zusammensetzung des *Regulatory Scrutiny Board*, welches Folgenabschätzungen überprüft und geplante Maßnahmen der Kommission ggf. aufhalten kann, könnten am Maßstab der Je-desto-Formel geringfügig angepasst werden, um zu gewährleisten, dass politische Entscheidungen bei wissenschaftlicher Ungewissheit und über Verteilungskonflikte nicht alleine durch dieses relativ expertokratische Gremium getroffen werden (näher dazu Teil 3).

C. Schlussfolgerungen

I. Zur Aufgabenverteilung von Experten und demokratischen Institutionen

In der EU wird bei der Risikoregulierung auf Grundlage des Vorsorgeprinzips grundsätzlich zwischen der wissenschaftlichen Risikobewertung und dem politischen Risikomanagement durch demokratische Institutionen unterschieden. Diese Zweiteilung gewährleistet auf der einen Seite einen Bereich weitgehend freier Wissensproduktion zur Ermittlung eventueller Risiken und auf der anderen Seite einen genuin politischen Bereich, in dem über die mit den Risiken verbundenen Verteilungskonflikte und sonstigen Effekte und Schäden demokratisch deliberiert und abgestimmt werden kann. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement wird weitgehend auch institutionell vollzogen und abgesichert, indem in der EU vor allem Agenturen und Expertengruppen die wissenschaftliche Risikobewertung übernehmen, während Unionsgesetzgeber und Kommission über das Risikomanagement entscheiden.

Die institutionelle Grenze wird von der Rechtsprechung der europäischen Gerichte allerdings nicht stets ganz eindeutig gezogen. So wurde einerseits die Übertragung abstrakt-genereller Letztentscheidungsbefugnisse auf die Agentur ESMA⁵⁰² akzeptiert, andererseits keine Pflicht

⁵⁰² Diese ist allerdings nicht im hier untersuchten Bereich der Umwelt- oder Gesundheitsregulierung tätig. Im Umwelt- oder Gesundheitsbereich verfügen Agenturen bislang nicht über abstrakt-generelle Letztentscheidungsbefugnisse.

etabliert, die Risikobewertung *immer* einem externen wissenschaftlichen Gremium zu übertragen. Letzterer Aspekt ist gemessen am in Teil 1 aufgestellten Maßstab akzeptabel, um auch beispielsweise in Eilsituationen, in denen die Einberufung eines wissenschaftlichen Gremiums und die Durchführung einer neuen, separaten Risikobewertung zu zeitintensiv wäre, auf Grundlage vorhandener Erkenntnisse effektiv regulieren zu können. Dagegen ist ersterer Aspekt, also die Übertragung von Risikomanagement-Befugnissen auf die nur schwach demokratisch legitimierte Agenturen, abzulehnen und in Teil 3 zu vertiefen. Denn im Risikomanagement werden gerade die Entscheidungen über den Umgang mit verbleibender Ungewissheit und über Verteilungskonflikte getroffen, die nach der Je-desto-Formel einer starken demokratischen Legitimation bedürfen.

Im Bereich der Risikobewertung durch Agenturen und Expertengruppen ist zwar weder eine starke demokratische Ex-ante-Legitimation noch eine genaue inhaltliche Ex-post-Kontrolle durch Parlament und Rat gegeben – insoweit bestehen vor allem Informationsrechte. Hingegen ist aufgrund der Århus-Konvention im Umwelt- und Gesundheitsbereich weitgehende Transparenz der Handlungen von Agenturen und Expertengruppen durch eine aktive und systematische Veröffentlichungspflicht für Umwelt- und Gesundheitsinformationen gegeben. Solange die Agenturen und Expertengruppen – wie bislang im Umwelt- und Gesundheitsbereich – nicht selbst abstrakt-generelle Risikoregulierung erlassen, sondern ausschließlich beratend tätig werden, ist die Kontrolle durch Information und Transparenz und ggf. Partizipation grundsätzlich hinreichend und einer inhaltlichen politischen Kontrolle vorzuziehen, um den Bereich offener Wissensproduktion nicht zu gefährden. Es ergeben sich insoweit für Teil 3 nur kleinere Bereiche, in denen Verbesserungsvorschläge ansetzen können, die sich insbesondere aus der Überlegung ergeben, dass Parlament, Rat und Öffentlichkeit wissenschaftliche Kontroversen und Einflussnahmen von Interessengruppen effektiv nachvollziehen können sollten. Auch bürgerrechtliche Partizipation als Gegengewicht zum Einfluss organisierter Interessen könnte insofern verstärkt werden.

Im Bereich des Risikomanagements werden Unionsgesetzgeber einerseits und Kommission andererseits durch abstrakt-generelle Risikoregulierung tätig. Der Vertrag von Lissabon hat insoweit grundsätzlich ein am Maßstab der Je-desto-Formel begrüßenswertes Stufenverhältnis etabliert, nach dem wesentliche Aspekte eines Politikbereichs dem demokratisch stark legitimierten Sekundärrecht vorbehalten bleiben müssen, Ergänzungen und Änderungen im Detail durch delegierte Rechtsakte geschehen können, und Durchführungsrechtsakte lediglich Präzi-

sierungen zur Durchführung enthalten dürfen. Die genaue Definition der Kriterien zur Abgrenzung zwischen den Stufen bietet einen Ansatzpunkt zur Konkretisierung durch die Je-desto-Formel, der in Teil 3 zu vertiefen ist.

Zur inhaltlichen *ex ante*-Legitimation, die dieses Stufenverhältnis grundsätzlich gewährleisten soll, treten im Bereich der delegierten Rechtsetzung Kontrollmechanismen des Parlaments, die grundsätzlich geeignet sind, durch *ex post*-Kontrolle die Legitimation des Entscheidungssystems zu erhöhen. Die explizit vorgesehenen Mechanismen des Widerrufs der Delegation oder des Vetos hinsichtlich des gesamten delegierten Rechtsakts sind jedoch sehr grobmaschig und ermöglichen nicht die punktuelle Einflussnahme auf Entscheidungen, die die Kommission unter Ungewissheit oder über Verteilungskonflikte entgegen der Präferenzen des Parlaments getroffen hat. Dieser Aspekt ist daher in Teil 3 ebenso aufzugreifen.

Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung können zudem auch durch die Öffentlichkeit kontrolliert werden. Transparenz ist im Umwelt- und Gesundheitsbereich wiederum durch die Umsetzung der Århus-Konvention gewährleistet. Partizipation erfolgt seit der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ der Kommission auch für delegierte Rechtsetzung und wichtige Durchführungsrechtsakte, indem die Vorschläge vier Wochen auf der Internetseite veröffentlicht werden und Gelegenheit zur Stellungnahme geboten wird. Hinsichtlich der Partizipation kann jedoch in Teil 3 die Frage vertieft werden, ob womöglich auch Teile der Öffentlichkeit, die bislang kein intrinsisches Interesse an einer Regulierung hatten, zur Teilnahme bewegt werden können, um dem Ideal „gleicher Freiheit“ näher zu kommen.

Insgesamt zeigt sich, dass die institutionelle Aufgabenverteilung in wissenschaftliche Risikobewertung durch Agenturen und Expertengruppen und politisches Risikomanagement durch Unionsgesetzgeber und Kommission am Maßstab der Je-desto-Formel weitgehend begrüßenswert ist. Hier haben insoweit die Änderungen des Vertrags von Lissabon, die Agenda „Bessere Rechtsetzung“ sowie die Umsetzung der Århus-Konvention positive Impulse gesetzt. Im Einzelnen bestehen aber nach wie vor Verbesserungsmöglichkeiten, die in Teil 3 zu vertiefen sind.

II. Inhaltlicher Handlungsspielraum

Hinsichtlich der Forderung nach einem großen inhaltlichen Handlungsspielraum ist festzustellen, dass das Zusammenspiel aus Verhältnismäßigkeitsprinzip und Vorsorgeprinzip ein Tätigwerden auch für den Bereich wissenschaftlicher Ungewissheit ermöglicht. Dieser Spielraum kann sich schon daraus ergeben, dass die Gerichte den Organen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei komplexen Einschätzungen technischer Art einen Einschätzungsspielraum

zugestehen – jedenfalls ergibt er sich aus dem Vorsorgeprinzip, welches Handeln trotz Ungewissheit erlaubt. Eine Pflicht zum Handeln aus dem Vorsorgeprinzip, die den Handlungsspielraum wiederum einschränken würde, ergibt sich dagegen aus der Rechtsprechung der europäischen Gerichte jedenfalls für den Unionsgesetzgeber nicht. Für die Kommission kann sich eine solche Pflicht im Einzelfall aus Sekundärrecht ergeben – diese Einschränkung des Handlungsspielraums der Kommission basiert dann jedoch maßgeblich auf der gesetzgeberischen Entscheidung und ist ihrerseits demokratisch legitimiert.

Auch im Bereich der Entscheidungen über Verteilungskonflikte ist ein großer Handlungsspielraum der Organe gewährleistet, da die europäischen Gerichte diesen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei politischen Wertentscheidungen ebenfalls einen Einschätzungsspielraum zugestehen.

Die Agenda „Bessere Rechtsetzung“ verlangt von der Kommission zwar eine Folgenabschätzung für Regulierungsvorschläge, jedoch belassen die Formulierungen den Organen ebenfalls einen großen Einschätzungsspielraum, auch nicht quantifizierbare oder ungewisse Belange und Wertentscheidungen in die Folgenabschätzung einzubeziehen. Hierdurch wird der Handlungsspielraum ebenfalls nicht unzulässig durch Sachzwänge eingeschränkt. Fraglich und in Teil 3 aufzugreifen ist insoweit allenfalls die Rolle und Zusammensetzung des *Regulatory Scrutiny Board*, welches die Folgenabschätzungen überprüft und Vorschläge innerhalb der Kommission aufhalten kann.

Da den Organen insgesamt ein großer Handlungsspielraum verbleibt und schwerlich eine Beherrschung durch verrechtlichte Sachzwänge angenommen werden kann, ist in Teil 3 hier besonderes Augenmerk auf den Vergleich zur amerikanischen Rechtslage zu richten.

Kapitel 6

Risikoregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika

Die Analyse der Risikoregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika folgt grundsätzlich der gleichen Struktur wie die Analyse der Europäischen Union. Ebenso wie in der EU ist dabei einerseits nach Zuständigkeiten und Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratisch legitimierten Institutionen zu fragen (dazu A.). Andererseits gilt es zu untersuchen, welchen inhaltlichen Bindungen legislative bzw. exekutive Rechtsetzung unterliegt und wie groß insofern der inhaltliche Handlungsspielraum ist (dazu B.). In den Vereinigten Staaten gibt es kein geschriebenes Vorsorgeprinzip¹, sodass sowohl für die institutionelle Aufgabenverteilung als auch für den inhaltlichen Handlungsspielraum auf sonstige (verfassungs-)rechtliche Vorgaben zurückzugreifen ist. Schwächen des bestehenden Rechts sind dabei am Maßstab der Je-desto-Formel herauszuarbeiten und in den Schlussfolgerungen (C.) zusammenzufassen. Hiermit soll der Weg bereitet werden, um in Teil 3 anhand der in Teil 1 entwickelten Je-desto-Formel rechtsvergleichend Vor- und Nachteile der Risikoregulierung in den beiden Rechtsräumen zu erarbeiten und ggf. Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten.

A. Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen

Um sich der Frage zu nähern, ob die über Risikoregulierung entscheidenden staatlichen Stellen eine hinreichende demokratische Legitimation aufweisen, ist zum einen zu untersuchen, wer für Risikoregulierung zuständig ist und welche demokratische Ex-ante-Legitimation diese Institutionen aufweisen (dazu I.). Zum anderen ist zu beleuchten, welche gegenseitigen demokratischen Kontrollmechanismen (*checks and balances*) zwischen den beteiligten Organen zur Verfügung stehen und inwiefern diese die Legitimation durch Ex-post-Kontrolle erhöhen (dazu II.). Besonderes Augenmerk ist auf die Frage zu richten, wer Entscheidungen unter Ungewissheit und über Verteilungskonflikte trifft.

¹ Vgl. Zander, The application of the precautionary principle in practice, 2010, S. 268 m.w.N.

I. Zuständigkeiten und Ex-ante-Legitimation

Wie bereits im Rahmen der Untersuchung der Rechtslage in der EU sind zunächst die Zuständigkeiten für abstrakt-generelle Risikoregulierung zu klären. Die Verbandskompetenz stellt insoweit wieder die Vorfrage der für die demokratische Legitimation eigentlich relevanten Frage der Organkompetenz dar.

1. Verbandskompetenz

Zunächst ist festzuhalten, dass mit Blick auf die Verbandskompetenz sowohl die föderale Ebene als auch die bundesstaatliche Ebene in den USA technologische Risiken regulieren können. Ähnlich wie in der EU ist zwar eine grundsätzliche Zuständigkeit der Bundesstaaten im zehnten Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten (*United States Constitution*, i.F. USC) festgeschrieben, jedoch gibt es aufgrund der sog. *Commerce*-Klausel für die föderale Ebene die Möglichkeit, Fragen zu regulieren, die den interbundesstaatlichen Handel betreffen (Art. I Abschnitt 8 Nr. 3 USC). Vergleichbar mit der Binnenmarktkompetenz der EU wird von dieser Bestimmung in großem Umfang Gebrauch gemacht.²

Sie wurde durch den Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten (*Supreme Court*)³ lange Zeit sehr weit ausgelegt und eine irgendwie etablierbare Verknüpfung zwischen Regulierung und Handel reichte aus.⁴ Zwar hat der Oberste Gerichtshof in jüngerer Zeit mehrere nationale Gesetze wegen fehlender Zuständigkeit scheitern lassen, da sie keinen Zusammenhang zu interstaatlichem Handel aufwiesen und Grundsätze des Föderalismus verletzen – es ging um das Verbot von Schusswaffen in Schulen⁵, um Entschädigungszahlungen für Opfer sexuell motivierter Gewalt⁶ und um zwei Fälle, in denen bundesstaatliche Stellen verpflichtet wurden, nationale gesetzliche Pläne umzusetzen und zu verwalten⁷ –, es handelt sich dabei allerdings um Fälle, in denen eine Verknüpfung zum interbundesstaatlichen Handel in der Tat schwer herzustellen ist bzw. in denen föderale Grundsätze schon dadurch verletzt werden, dass Bundesstaaten zum bloßen Ausführungsorgan nationaler Pläne umfunktioniert wurden.

² Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 16.

³ Im Folgenden auch „Gerichtshof“ oder „Oberster Gerichtshof“.

⁴ Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 16.

⁵ U.S. Supreme Court, *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

⁶ U.S. Supreme Court, *United States v. Morrison*, 120 S. Ct. 1740 (2000).

⁷ U.S. Supreme Court, *City of New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992); U.S. Supreme Court, *Printz v. United States*, 521 U.S. 98 (1997).

Demgegenüber dürfte der Bezug zum interbundesstaatlichen und internationalen Handel bei Regulierungen einer Technologie wie beispielsweise einer Genehmigungs- oder Kennzeichnungspflicht leicht herzustellen sein, da sie unmittelbar den Marktzugang eines Produkts betreffen, sodass eine Regulierung auch auf nationaler Ebene erfolgen kann. Zur Komplexitätsreduktion wird in der folgenden Analyse nur die gesamtstaatliche Ebene betrachtet und die bundesstaatliche Ebene bleibt, wie oben die mitgliedstaatliche Ebene, grundsätzlich außer Betracht, wengleich viele der Verfassungsbestimmungen für die föderale und die bundesstaatliche Ebene gleichermaßen gelten (s. jeweils dort), sodass die Überlegungen teilweise übertragbar sind. Für die zentrale Frage der Arbeit spielt zudem die Verbandskompetenz gegenüber der Organkompetenz ohnehin nur eine untergeordnete Rolle (s. bereits oben zur EU).

2. Organkompetenz

Es gilt insofern im Rahmen der Organkompetenz zunächst wiederum zu erörtern, welche Organe besondere demokratische Legitimation aufweisen und welche Organe aufgrund ihrer Expertise ins Leben gerufen wurden. Eine Rolle im Rahmen der Risikoregulierung spielen Kongress, Präsident/Weißes Haus und Agenturen. Zudem ist auch die Legitimation des Obersten Gerichtshofes in den Blick zu nehmen. Dieser trifft zwar nicht selbst Risikoregulierungsentscheidungen, ist jedoch die letzte Kontrollinstanz und entscheidet damit jedenfalls über den faktischen demokratischen Handlungsspielraum, der unter B. näher betrachtet wird.

a) Demokratisches Legitimationsniveau der Organe

Der Kongress verfügt als direkt gewähltes Gremium⁸ über eine hohe und unmittelbare demokratische Legitimation. Hinsichtlich der Wahl zum Repräsentantenhaus herrscht das Prinzip *One man, one vote*, verbunden mit der Erfolgchancengleichheit, die für Mehrheitswahlsysteme typisch ist. Im Senat sind kleinere Bundesstaaten personell überrepräsentiert, da jeder Bundesstaat zwei Senatoren entsendet, unabhängig von der Größe des Bundesstaates. Die Senatoren werden jedoch vom Volk des jeweiligen Bundesstaates nach dem Prinzip *One man, one vote* gewählt. Die Überrepräsentation kleiner Bundesstaaten ist in föderalen Systemen für eine zweite Kammer typisch und stellt die unmittelbare demokratische Legitimation nicht in Abrede.

⁸ Vgl. Art. 1 Abschnitt 2 Abs. 1 USC für das Repräsentantenhaus und das 17. Amendment der USC für den Senat.

Der Präsident verfügt aufgrund seiner Wahl ebenfalls über unmittelbare demokratische Legitimation. Obwohl das besondere Wahlsystem bei der Präsidentschaftswahl (indirekte Wahl über das *Electoral College*, welches sich aus Vertretern der Bundesstaaten zusammensetzt, die entsprechend des Wahlergebnisses in diesem Bundesstaat abstimmen) vielfach kritisiert wird⁹, wird die demokratische Legitimation des Präsidenten nicht grundsätzlich in Abrede gestellt. Gleichwohl kann auf Grundlage des deliberativen Demokratieansatzes die Legitimation des Präsidenten als im Vergleich zum Kongress geringer eingestuft werden, da er als Einzelperson keinen Wertepluralismus darstellen kann und nicht zwingend in einem geordneten deliberativen Prozess seine Entscheidung trifft. Vielmehr können Entscheidungen des Präsidenten – wie der aktuelle Präsident *Trump* besonders verdeutlicht – auch unüberlegt und *ad hoc* getroffen werden. Das Weiße Haus als die dem Präsidenten zugeordnete Behörde leitet seine Legitimation vom Präsidenten ab, der insoweit weisungsbefugt ist.

Agenturen sind grundsätzlich alle staatlichen Einheiten mit der Befugnis, die Rechte und Pflichten von Individuen durch ihre Handlungen zu ändern, mit Ausnahme des Kongresses, des Präsidenten und der nationalen Gerichte.¹⁰ Als Grund für die Schaffung von Agenturen wird in der Regel die höhere Sachkompetenz, Effizienz und bürokratische Neutralität der Agenturen angeführt¹¹, also typisch technokratische Argumente. Aufgrund der Fülle der Agenturen in den Vereinigten Staaten, die neben Exekutiv- auch Legislativfunktionen und sogar judikative Funktionen wahrnehmen, wird in der Literatur teilweise auch von einer „vierten Gewalt“ gesprochen.¹² Agenturen stellen grundsätzlich einen Teil der Exekutive dar, wobei die Exekutivagenturen (*executive agencies*) direkt dem Präsidenten unterstehen und weisungsabhängig sind, während die unabhängigen Agenturen (*independent agencies*) nach ihrer Gründung weitgehend unabhängig agieren.¹³ Beide beziehen ihre demokratische Legitimation primär aus dem Gründungsakt in Form eines Parlamentsgesetzes, an dem Kongress und Präsident mitwirken (s. genauer sogleich). Die Exekutivagenturen weisen zudem eine ununterbrochene personelle Legitimationskette zum Präsidenten auf. Hinsichtlich der unabhängigen Agenturen ist die personelle

⁹ Z.B. *Bayh*, Valparaiso University Law Review 11 (1977), S. 316 ff. Kritisch ist insbesondere, wenn das Ergebnis der Wahl des *electoral college* nicht mit der *popular vote*, also der Mehrheit der insgesamt abgegebenen Stimmen übereinstimmt, wie dies zuletzt bei der Wahl *Donald Trumps* im Jahr 2016 der Fall war.

¹⁰ *Glicksman/Levy*, Administrative Law, 2010, S. 2; ähnlich die Definition des § 551 (1) (A)-(B) *Administrative Procedure Act* (APA) die lediglich den Präsidenten nicht explizit ausnimmt; vgl. auch *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 3.

¹¹ *Glicksman/Levy*, Administrative Law, 2010, S. 6.

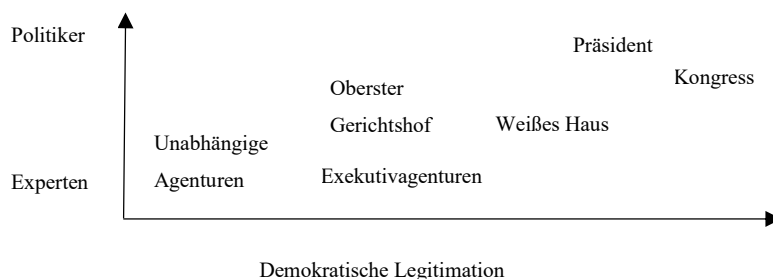
¹² *Hall*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 5.

¹³ *Ders.*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 6; *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 5. Zu den Bindungen der unabhängigen Agenturen an Vorgaben des Präsidenten s. aber unten B. II. 2.

Legitimation dagegen schwächer. Sie sind für ihre demokratische Legitimation daher in besonderem Maße auf die Kontrolle durch Kongress und Öffentlichkeit angewiesen (dazu sogleich II.). Die im Bereich der Regulierung technologischer Risiken für Umwelt und Gesundheit relevantesten Agenturen – die (noch existierende) *Environmental Protection Agency* (EPA) und die *Food and Drug Administration* (FDA) – sind jedoch beides Exekutivagenturen und unterstehen damit der Kontrolle des Weißen Hauses.

Der Oberste Gerichtshof besteht aus neun¹⁴ Richtern, die laut Art. II Abschnitt 2 Abs. 2 USC vom Präsidenten vorgeschlagen und nach Beratung und Bestätigung durch den Senat vom Präsidenten ernannt werden. Damit weisen die Richter des Obersten Gerichtshofes eine zwar abgeleitete, aber hohe personelle demokratische Ex-ante-Legitimation auf. Gleichwohl sind sie als Richter unabhängig und unterliegen nicht der inhaltlichen oder personellen Kontrolle nach ihrer Ernennung. Nach Ernennung sind sie von demokratischen Mehrheitsverhältnissen unabhängig, da sie grundsätzlich für die Dauer ihres Lebens berufen werden und nur durch Tod, Rücktritt oder durch vom Kongress angeklagten und bestätigten Amtsmissbrauch ihr Richteramt verlieren. Als typische nicht majoritäre Institution liegt die Funktion des *Supreme Court* primär in der gewaltenteiligen Kontrolle.

Vereinfachend soll die folgende Grafik wiederum das Verhältnis der Organe zueinander mit Blick auf ihre demokratische Legitimation darstellen.



Je nachdem, welche Organe die Risikoregulierungsentscheidung treffen, ist diese Entscheidung dementsprechend stärker expertokratisch bzw. demokratisch einzustufen.

¹⁴ Die Anzahl der Richter ist nicht in der Verfassung vorgeschrieben, vgl. Art. 3 USC, aber durch den Circuit Judges Act von 1869, 16 Stat. 44, auf neun Richter festgelegt worden.

b) Verfahren der Risikoregulierung

Die grundsätzliche Zuständigkeit für die Gesetzgebung gem. Art. I Abschnitt 1 USC¹⁵ ist dem Kongress zugewiesen. In diesem Verfahren wird auch der Präsident beteiligt (dazu sogleich aa)). Faktisch wird in den USA abstrakt-generelle Risikoregulierung ebenso wie in der Europäischen Union nicht immer in Form formeller Gesetze (in der EU: Sekundärrecht) erlassen. Vielmehr gibt es auf zwei Ebenen Akteure, die abstrakt-generelle Regelungen mit Blick auf Risiken bestimmter Technologien erlassen: zum einen die Legislative, also der Kongress, der sog. *statutes* (Parlamentsgesetze) erlässt; zum anderen die (*independent*) *agencies*, also Agenturen, die *rules* bzw. *regulations* erlassen (dazu sogleich bb)).

aa) Gesetzgebungsverfahren

Im Gesetzgebungsverfahren müssen zunächst beide Häuser des Kongresses dem Gesetzgebungsvorschlag mit einfacher Mehrheit zustimmen. Sodann wird der Vorschlag dem Präsidenten übermittelt, welcher die Möglichkeit hat, ein Veto einzulegen. Sofern er dies nicht tut, unterzeichnet er das Gesetz und es wird verkündet. Sofern der Präsident ein Veto einlegt, hat der Kongress wiederum die Möglichkeit, mit einer 2/3-Mehrheit beider Häuser den Präsidenten zu überstimmen, woraufhin das Gesetz ebenfalls beschlossen ist, s. zum gesamten Verfahren Art. I Abschnitt 7 Abs. 2 USC.

Dieses Verfahren sichert die Beteiligung beider unmittelbar demokratisch legitimierter Organe ab; die Entscheidung weist damit eine äußerst hohe demokratische Legitimation auf. Sofern abstrakt-generelle Risikoregulierung in den USA stets in Form von Parlamentsgesetzen erginge, wäre der oben aufgestellten Forderung nach demokratischer Legitimation im Fall von Ungewissheit und Verteilungskonflikten jedenfalls Genüge getan. Zahlenmäßig übertreffen die *regulations* der Agenturen jedoch die *statutes* des Kongresses um ein Vielfaches.¹⁶ Auch oder gerade im Bereich der Risikoregulierung im Umwelt- und Gesundheitsbereich kommt der Agenturrechtsetzung hervorgehobene Bedeutung zu.

¹⁵ Art. I Abschnitt 1: „All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.“

¹⁶ Z.B. 2008 gab es 284 *statutes* und 3955 *rules*, vgl. *Bressmann/Rubin/Stack*, *The Regulatory State*, 2010, S. 2.

bb) Rechtsetzung durch Agenturen

Agenturen, speziell Regulierungsagenturen (*regulatory agencies*¹⁷), können *rules* bzw. *regulations*¹⁸ erlassen, also rechtliche Normen, die das Verhalten einer bestimmten Kategorie von Individuen bestimmen.¹⁹ Dabei ist die Regel, dass das *statute* die Agentur gründet und für bereits bestehende Agenturen die groben inhaltlichen Linien vorgibt und die Ausgestaltung der Details den Agenturen überlassen wird.²⁰ Zwar sind *rules* den *statutes* untergeordnet, wenn eine *rule* aber entsprechend aller von der Agentur zu beachtenden Vorgaben erlassen wurde, wird sie mit demselben Gewicht wie ein *statute* angewandt.²¹ Insofern sind *statutes* und *rules* mit deutschen Parlamentsgesetzen und (exekutiven) Rechtsverordnungen respektive bzw. mit den oben beschriebenen Gesetzgebungsakten einerseits und delegierten und Durchführungsrechtsakten andererseits vergleichbar.

Im Gegensatz zur Europäischen Union, in der Agenturen eine wissenschaftliche Beratungsfunktion für Kommission, Parlament und Rat ausüben, und zwar sowohl den Erlass von Gesetzgebungsakten als auch den Erlass von delegierten und Durchführungsrechtsakten betreffend, treffen die Agenturen in den USA *selbst* die Regulierungsentscheidung. Es gibt dementsprechend auch keine klare institutionelle Trennung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement entsprechend des Vorsorgeprinzips.

Innerhalb einiger Agenturen sind beratende wissenschaftliche Expertengremien eingerichtet, die tendenziell die Funktion der Risikobewertung übernehmen.²² Allerdings ist die Trennung von Risikobewertung und Risikomanagement weder als grundsätzliches Prinzip vorgeschrieben noch in der Praxis generell durchgehalten. Vielmehr wird oft innerhalb einer organisatorischen Untereinheit der Agentur sowohl Risikobewertung als auch Risikomanagement durchgeführt.²³ Dabei wird teilweise auch ohne Einrichtung eines Gremiums auf die Expertise von der

¹⁷ Zu anderen Agenturen s. *Hall*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 6.

¹⁸ *Ders.*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 20.

¹⁹ Zur Abgrenzung zwischen *rule* und *order* (etwa vergleichbar dem deutschen Verwaltungsakt) *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 5 f.

²⁰ So beschrieb es z.B. der Oberste Gerichtshof in U.S. Supreme Court, *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1, 42 f. (1825); vgl. auch *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 10.

²¹ Vgl. *Hall*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 120.

²² Z.B. zur *Occupational Health and Safety Agency (OSHA)*, *Food and Drug Administration (FDA)* und *Environmental Protection Agency (EPA)*: *National Research Council (US), Committee on the Institutional Means for Assessment of Risks to Public Health, Risk Assessment in the Federal Government, 1983, S. 91.*

²³ *Dass.*, Risk Assessment in the Federal Government, 1983, S. 86.

Agentur unabhängiger Experten zurückgegriffen, allerdings ohne dass diesbezüglich eine generelle Verfahrenspraxis besteht.²⁴ Der jeweilige Entscheider über das Risikomanagement innerhalb der Agentur ist jedenfalls laut Rechtsprechung nicht an den Rat eines Beratungsgremiums gebunden, sofern ein solches besteht.²⁵ Der *National Research Council* ist 1983 zu dem Ergebnis gekommen, dass über den wünschenswerten Grad der Trennung von Risikobewertung und Risikomanagement keine generellen Aussagen getroffen werden können. Eine starke institutionelle Trennung habe jedoch zeitlich und organisatorisch gravierende Nachteile und könne auch nicht notwendigerweise verhindern, dass politische Präferenzen die Risikobewertung beeinflussen.²⁶ Dementsprechend ist die interne Organisationsstruktur der Agenturen immer noch sehr vielfältig und weist unterschiedliche Grade der Trennung von wissenschaftlicher Risikobewertung und politischem Risikomanagement auf.

Für die vorliegende Untersuchung ist insofern ausreichend festzuhalten, dass die Differenzierung nur innerhalb der Agentur stattfindet, sodass eine transparente, für die Öffentlichkeit nachvollziehbare Trennung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement nicht gegeben ist. Zudem wird ein eventuelles Beratungsgremium nicht durch eine Bindungswirkung zum De-facto-Entscheider. Es bleibt vielmehr dabei, dass Agenturen die letztverbindlichen Entscheidungen über Risikoregulierung treffen.

i) Non-delegation doctrine

Dementsprechend stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen die Praxis der Agenturrechtsetzung noch der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Aufgabenverteilung entspricht.²⁷ Fraglich ist insbesondere, ob und inwieweit aus der Zuweisung der Legislativmacht in Art. I Abschnitt 1 USC an den Kongress eine Übertragungsschranke – womöglich vergleichbar der deutschen Wesentlichkeitstheorie bzw. den beschriebenen Delegationsschranken der EU – folgt. Eine solche wäre zugleich geeignet, ein Mindestmaß inhaltlicher demokratischer Ex-ante-Legitimation abzusichern.²⁸ Für die vorliegende Untersuchung ist insbesondere interessant, ob

²⁴ Dass., Risk Assessment in the Federal Government, 1983, S. 87; kritisch zum diesbezüglich drohenden „Capture“-Effekt, also der Vereinnahmung der Regulierungsprozesse durch die betroffenen Unternehmen und Verbände, der insbesondere bei den amerikanischen Regulierungsagenturen festgestellt worden ist *Mitnick*, in: Levi-Faur (Hrsg.), Handbook on the Politics of Regulation, 2011, 34 ff., S. 34 ff.

²⁵ U.S. Court of Appeals for the 8th Circuit, *The Dow Chemical Company v. William D. Ruckelshaus*, 477 F.2d 1317 (1973).

²⁶ *National Research Council (US), Committee on the Institutional Means for Assessment of Risks to Public Health*, Risk Assessment in the Federal Government, 1983, 141 ff.

²⁷ Den modernen Verwaltungsstaat der USA für verfassungswidrig haltend z.B. *Lawson*, Harvard Law Review 107 (1994), 1231.

²⁸ Ebenso *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 48.

der Kongress verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Entscheidungen unter großer Ungewissheit und über Verteilungskonflikte selbst zu treffen.

Die Verfassung enthält selbst keine Aussage dazu, ob eine Delegation der Gesetzgebungsbefugnisse des Kongresses auf Agenturen möglich ist, sie schweigt fast völlig zu Agenturen.²⁹ Der Oberste Gerichtshof akzeptierte als Instanz, die Tätigkeiten des Kongresses an der Verfassung prüft, die Übertragung legislativer Befugnisse auf Agenturen dem Grunde nach schon immer, wenngleich er nicht von Beginn an ausdrücklich annahm, dass es sich um (quasi-)legislative Befugnisse handelte.³⁰ Allerdings ging der Gerichtshof auch schon früh davon aus, dass die Übertragungsmöglichkeiten Grenzen hätten (sog. *non-delegation doctrine*) und forderte insbesondere ein verständliches Prinzip (*intelligible principle*), welches der Kongress der Exekutive für die Entscheidungen an die Hand geben müsse.³¹ In der frühen Phase ließ die Sprache des Gerichtshofes darauf schließen, dass er eine ernstzunehmende Kontrolle der *non-delegation doctrine* durchführt, wenngleich er kein Gesetz auf dieser Grundlage für verfassungswidrig erklärte.³²

Im Zuge des *New Deal* der 1930er Jahre zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Rezession nahm die Delegation von Legislativmacht auf (neugeschaffene) Agenturen und den Präsidenten exponentiell zu. In diesem Kontext ergingen die bislang einzigen zwei Entscheidungen, in denen der Oberste Gerichtshof ein Gesetz für verfassungswidrig erklärte, weil der Kongress darin zu viel Befugnisse auf die Exekutive übertragen habe.³³ Es ging um verschiedene Normen des NIRA (*National Industrial Recovery Act*).

In *Panama Refining Co. v. Ryan* war eine Norm streitgegenständlich, die den Präsidenten – ohne insoweit von ihm zu prüfende Tatbestandsmerkmale vorzusehen – ermächtigte, interbundesstaatlichen Handel mit Öl zu untersagen. Der Oberste Gerichtshof griff in dieser Entscheidung die *non-delegation doctrine* auf und entschied, dass in den ermächtigenden Normen des NIRA kein verständliches Prinzip als Richtschnur für die Entscheidung des Präsidenten vorhanden sei.³⁴

²⁹ Bressmann/Rubin/Stack, *The Regulatory State*, 2010, 4 ff. Erwähnung finden *executive departments* lediglich in Art. II Abschnitt 2 USC.

³⁰ U.S. Supreme Court, *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911), in dem ein Gesetz angegriffen wurde, welches den Präsidenten ermächtigte, Waldschutzgebiete festzulegen, sprach von der „power to determine some fact or state of things upon which the law makes or intends to make its own action depend.“

³¹ U.S. Supreme Court, *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928).

³² Werhan, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, S. 53.

³³ Vgl. Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 90; Bressmann/Rubin/Stack, *The Regulatory State*, 2010, S. 141.

³⁴ U.S. Supreme Court, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).

Die zentrale Norm des NIRA war in der *Schechter-Poultry*-Entscheidung streitgegenständlich. Darin wurde der Präsident ermächtigt, Regeln, die zuvor von privaten Vertretern der jeweils betroffenen Industrie erarbeitet worden waren, zu unterzeichnen und damit rechtsverbindlich zu machen.³⁵ Diese Befugnis ermöglichte es ihm, fast die gesamte amerikanische Industrie neu zu gestalten. Gesetzlich vorgegeben war nur, dass Monopole nicht gefördert werden sollen und fairer Wettbewerb sichergestellt werden soll, dass kleine Unternehmen nicht diskriminiert werden sollen und dass die Regeln von repräsentativen Vertretern der Industrie aufgestellt worden sein müssen. Auch hier sah der Gerichtshof kein ausreichendes verständliches Prinzip für den Präsidenten, welches Kriterien für die Übernahme der privaten Regeln aufstellte.³⁶ Die Kombination aus einer extrem breiten und ausgesprochen vagen Befugnisübertragung sei bisher einzigartig und verfassungswidrig.³⁷

Im folgenden Jahrhundert hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung die Pflicht des Kongresses, ein verständliches Prinzip aufzustellen, anhand dessen die Agenturen ihre Entscheidungen treffen können, beibehalten. Sofern die Agenturen materielles Recht setzen sollen und nicht nur ihre internen Prozesse regeln oder norminterpretierende Vorschriften erlassen, bedürfen sie zudem der ausdrücklichen oder zumindest konkludenten³⁸ Ermächtigung des Kongresses für gerade diese Regelungsmaterie.³⁹ Das Gründungsgesetz der Agentur ist insoweit kein „Blankoscheck“ für anschließende Rechtsetzung der Agentur. In der Entscheidung *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.* definierte der Gerichtshof zudem zwei unterschiedliche Lektionen aus den beschriebenen New-Deal-Fällen. In *Panama Refining* sei die Delegation daran gescheitert, dass es gar keine gesetzliche Richtschnur für die Ausübung der übertragenen Befugnisse gegeben habe. In *Schechter* dagegen habe die Verknüpfung zwischen enormer

³⁵ U.S. Supreme Court, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

³⁶ U.S. Supreme Court, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 538 ff. (1935); vgl. dazu *Werhan*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, 58 ff.

³⁷ U.S. Supreme Court, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 539, 541 (1935). Obiter dictum statuierte der Gerichtshof zudem, dass die Delegation legislativer Macht auf Private selbstverständlich verfassungswidrig sei: U.S. Supreme Court, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 537 (1935); ebenso U.S. Supreme Court, *Carter v. Carter Coal*, 298 U.S. 238, 311 (1936) über die Übertragung legislativer Befugnisse auf Private: „The power conferred upon the majority is, in effect, the power to regulate the affairs of an unwilling minority. This is legislative delegation in its most obnoxious form, for it is not even delegation to an official or an official body, presumptively disinterested, but to private persons whose interests may be and are adverse to the interests of others in the same business.“ Diese strenge Position gab der Gerichtshof jedoch später auf und ließ in einigen Entscheidungen Delegation auf private Einheiten zu, z.B. U.S. Supreme Court, *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 U.S. 381 (1940); vgl. allgemein *Glicksman/Levy*, *Administrative Law*, 2010, S. 101.

³⁸ U.S. Supreme Court, *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

³⁹ *Hall*, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 123.

Breite der Delegation und ausgesprochen vagen Leitprinzipien zur Verfassungswidrigkeit geführt. Dementsprechend sei die Pflicht, ein verständliches Prinzip aufzustellen, im Zusammenhang mit der Breite der Delegation zu sehen, sodass ggf. genauere inhaltliche Vorgaben im parlamentarischen Gesetz nötig seien.⁴⁰

Die Pflicht, ein verständliches Prinzip aufzustellen, führte jedoch nie wieder zur Verfassungswidrigkeit einer Delegation legislativer Macht. 1944 ließ der Gerichtshof vielmehr ein Gesetz, welches einer Agentur die Festsetzung von Preisen erlaubte und als einzigen Maßstab die Formulierung *fair and equitable* an die Hand gab, zu. Die gerichtliche Überprüfung ist insofern sehr zurückhaltend. Obwohl der Vorsitzende Richter *Rehnquist* sich in den 1980er Jahren für eine strengere Überprüfung der *non-delegation doctrine* einsetzte⁴¹, bleibt der Maßstab bis heute lax.⁴² Richter *Scalia* argumentierte, dass es bei der *non-delegation doctrine* nicht um die generelle Möglichkeit einer Befugnisübertragung gehe, sondern um eine Frage des Maßes der Übertragung und somit um eine vielfältige und hochpolitische Frage. Deshalb halte sich der Gerichtshof in der Regel nicht für qualifiziert, die Auffassung des Kongresses zu hinterfragen.⁴³ Auch könne in einer immer komplexer werdenden Welt der Kongress nur vernünftig arbeiten, wenn er die Möglichkeit habe, Aufgaben zu delegieren und dabei lediglich generelle Prinzipien vorzugeben.⁴⁴

Gründe für diese zurückhaltende Anwendung der *non-delegation doctrine* sind neben dem höchstgerichtlichen Respekt vor der parlamentarischen Entscheidung aber auch und vor allem die Skepsis gegenüber der Washingtoner Politik und der Glaube an Expertenentscheidungen, die in den USA eine lange Tradition haben. Die Eignung einer parlamentarischen Kontrolle der Agenturen, um sicherzustellen, dass diese das öffentliche Interesse verfolgen, wird vor diesem Hintergrund angezweifelt.

Von der Frage, wie frei der *Kongress* bei der Delegation seiner Befugnisse ist, zu unterscheiden ist freilich die Frage, inwieweit den *Agenturen* Einschätzungsspielräume hinsichtlich der Interpretation des ermächtigenden Parlamentsgesetzes, und der Frage, ob eine Ermächtigungsgrundlage ihr Verhalten deckt, eingeräumt werden. Im Gegensatz zur EU, in der Rat oder Par-

⁴⁰ U.S. Supreme Court, *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457, 474 f. (2001).

⁴¹ *Kurland*, in: Hall/Ely/Grossman (Hrsg.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. Aufl., 2005, S. 257, 258.

⁴² Vgl. zuletzt U.S. Supreme Court, *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001), in dem die Formulierung „requisite to protect the public health“ als ausreichendes *intelligible principle* anerkannt wurde.

⁴³ U.S. Supreme Court, *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 415 f. (1989).

⁴⁴ U.S. Supreme Court, *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 379 (1989).

lament im Wege der Nichtigkeitsklage gegen eine Überschreitung der delegierten oder Durchführungsbefugnisse der Kommission vorgehen können, ist in den USA eine solche gerichtliche Kontrolle weder in der Verfassung vorgesehen noch gerichtlich eindeutig anerkannt.⁴⁵ Da der Kongress in den USA also die Übertretung der delegierten Befugnisse durch die Exekutive gerichtlich nicht ohne Weiteres geltend machen kann, wirkt sich ein Einschätzungsspielraum der Agentur bei der Auslegung des ermächtigenden Parlamentsgesetzes primär auf den inhaltlichen Entscheidungsspielraum der Agentur aus und weniger auf das institutionelle Gefüge, sodass die Frage unten unter B.II. vertieft wird. Ob die Gewährleistung einer gesicherten gerichtlichen Kontrollmöglichkeit des Kongresses/eines Hauses des Kongresses/einzelner Ausschüsse oder Mitglieder des Kongresses zur demokratischen Kontrolle der delegierten Befugnisse wünschenswert wäre, wird sogleich unter II. thematisiert.

ii) Zwischenergebnis

Die Übertragung von Befugnissen auf Agenturen ist grundsätzlich zulässig. Voraussetzung ist lediglich, dass der Kongress die Agentur zu materieller Rechtsetzung ausdrücklich oder konkludent ermächtigt und ihr ein verständliches Prinzip (*intelligible principle*) an die Hand gibt, welches sie bei der Regulierung zu beachten hat. Sofern diese Voraussetzungen beachtet werden, ist die Übertragung verfassungsmäßig und die Agentur ist neben dem Kongress zur Risikoregulierung befugt. Besonders die zweite Voraussetzung überprüft der Gerichtshof (insbesondere im Vergleich zur Kontrolle des Wesentlichkeitskriteriums durch den EuGH) jedoch nicht streng, sodass kaum nennenswerte Einschränkungen der Übertragungsbefugnis damit verbunden sind.

Der Kongress als unmittelbar demokratisch legitimes Gremium ist nur in minimalem Umfang verfassungsrechtlich verpflichtet, sich bestimmte Entscheidungen selbst vorzubehalten (und eben nicht zu delegieren). Eine nennenswerte Sicherstellung der inhaltlichen demokratischen Ex-ante-Legitimation des Entscheidungsträgers in der Agentur ist mit dieser Form der

⁴⁵ Einzelne Mitglieder des Kongresses sind nur klagebefugt (*standing*) wenn sie entweder persönliche Rechte geltend machen oder wenn das institutionelle Recht des Kongresses, auf das sie sich berufen, in einer Weise beeinträchtigt ist, die einer Annullierung ihres Stimmrechts gleichkommt, vgl. U.S. Supreme Court, *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811, 824 (1997) In Konstellationen, in denen ein Haus des Kongresses oder ein Ausschuss mit Zustimmung des Hauses ein institutionelles Recht geltend macht, wurden bislang nur Fälle (positiv) entschieden, die sich auf Vorladungen von Zeugen, Herausgabe von Dokumenten oder Interventionsrechte bezogen. Ob auch die Berufung auf Ultra-vires-Handlungen der Exekutive *standing* begründen kann, ist noch unklar, vgl. *Dolan/Garvey*, Congressional Participation in Article III Courts: Standing to Sue, 2014 (<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42454.pdf>), S. 18 (geprüft am 07.07.2018).

non-delegation doctrine folglich nicht verbunden. Auch für Entscheidungen unter großer Ungewissheit oder über Verteilungskonflikte gelten insoweit keine Besonderheiten. Dieser Aspekt wird daher in Teil 3 näher zu betrachten sein.

II. Demokratische Ex-post-Kontrollmechanismen

Da beide, Kongress und Agenturen, für den Bürger rechtsverbindliche Gesetze unter anderem im Bereich der Risikoregulierung erlassen können, aber nur der Kongress unmittelbar demokratisch legitimiert ist, während Agenturen nur über eine geringe Ex-ante-Legitimation verfügen, ist nun zu untersuchen, ob die Entscheidungen der Agenturen *ex post* Kontrollmechanismen unterliegen, die eine hinreichende demokratische Legitimation sicherstellen. In Betracht kommen in den USA erstens die Kontrolle durch den Kongress, zweitens die Kontrolle durch den direkt gewählten Präsidenten und drittens die Kontrolle durch die Öffentlichkeit. Die inhaltliche Kontrolle durch die Gerichte sowie einige Aspekte der inhaltlichen Kontrolle durch Präsident und Kongress werden erst unter B.II. näher behandelt, da sie zugleich den inhaltlichen Entscheidungsspielraum der Agenturen einschränken.

I. Kontrolle durch den Kongress

Der Kongress übt die primäre Kontrolle über Agenturen aus, indem er ihnen überhaupt erst Mandat und Befugnisse verleiht und damit die inhaltliche Richtung vorgibt (näher dazu unter B.II.). Wie soeben dargestellt, ist er jedoch bei der Übertragung der Befugnisse weitgehend frei. Es stellt sich dementsprechend die Frage, ob der Kongress die Kontrolle über Entscheidungen völlig aus der Hand gibt, wenn er sie einmal delegiert hat, oder ob er Kontrollmöglichkeiten (beispielsweise in Form eines Veto-Rechts) behält.

Eine Zeit lang war es die Regel, dass sich der Kongress selbst oder einem seiner Häuser ein Veto-Recht in dem ermächtigenden Gesetz vorbehalten hat.⁴⁶ Diese Praxis wurde jedoch mit der *Chadha*-Entscheidung des Obersten Gerichtshof⁴⁷ für verfassungswidrig erklärt. In der Entscheidung argumentierte der Oberste Gerichtshof, dass ein Veto einem abändernden Gesetz gleichkäme. Gesetze müssten aber laut Verfassung immer von beiden Häusern beschlossen werden und sodann vom Präsidenten unterzeichnet werden, vgl. Art. I Abschn. 7 Abs. 2 USC. Dementsprechend sei ein Veto-Recht, welches nur vom Kongress oder gar nur von einem seiner

⁴⁶ Werhan, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, S. 70.

⁴⁷ U.S. Supreme Court, *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

Häuser ausgeübt werden könne, nicht mit der Verfassung vereinbar, da es die im Gesetzgebungsprozess vorgesehene Gewaltenteilung verletze.⁴⁸

Ein echtes Veto-Recht kann sich der Kongress hinsichtlich Rechtsetzung der Agenturen folglich nicht in verfassungskonformer Weise vorbehalten. Dieses verfassungsrechtliche Verbot hinderte den Kongress freilich nicht daran, weiterhin v.a. seinen Ausschüssen Veto-Rechte gegenüber Agenturrechtsetzung einzuräumen, die der Präsident regelmäßig als verfassungswidrig erklärt, aber soweit ersichtlich nicht gerichtlich angreift.⁴⁹

Neben dieser (wohl) verfassungswidrigen Praxis bleibt allerdings die inhaltliche Kontrolle durch den Erlass von echten Parlamentsgesetzen (*statutes*) unbenommen, die Rechtsetzung der Agenturen abändern oder außer Kraft setzen, wenn der Kongress beispielsweise mit der grundsätzlichen Wertentscheidung der Agentur nicht einverstanden ist. Solche Parlamentsgesetze benötigen allerdings die Zustimmung des Präsidenten oder eine den Präsidenten überstimmende 2/3-Mehrheit in beiden Häusern, vgl. Art. I Abschn. 7 Abs. 2 USC. Diese Kontrolle ist daher aus politischen Gründen häufig nicht effektiv, besonders wenn der Präsident einer anderen Partei angehört als die Mehrheit im Kongress.⁵⁰ Insbesondere ist die Einigung auf *bestimmte* Änderungen oft politisch nicht möglich, selbst wenn Einigkeit besteht, dass die Agenturrechtsetzung abgeändert werden soll.

Dennoch sichert sich der Kongress die Möglichkeit einer solchen gegenläufigen Parlamentsgesetzgebung heutzutage verfahrensrechtlich durch einen sog. *Report-and-Wait*-Prozess ab, nach dem die Agenturen verpflichtet sind, ihre Rechtsetzungsvorschläge (inklusive begleitender Dokumente wie z.B. einer Kosten-Nutzen-Analyse) dem Kongress vorzulegen und bis zur Umsetzung einen vorgegebenen Zeitraum zu warten.⁵¹ Dieser Zeitraum soll es dem Kongress ermöglichen, gegenteilige Gesetzgebung zu erlassen. Implizit wird hierbei davon ausgegangen, dass der Präsident gegenüber solch gegenteiliger Gesetzgebung ein Veto-Recht hat, um den Vorgaben des *Chadha*-Urteils gerecht zu werden, vgl. § 801 (a)(3)(B) U.S. Code. Im Zuge des *Report-and-Wait*-Prozesses, aber auch generell zur Überwachung der Agenturen, kann der Kongress Mitarbeiter der Agenturen in seine Komitees zur Anhörung laden, sodass er über relativ weitreichende Informationsmöglichkeiten verfügt.⁵²

⁴⁸ U.S. Supreme Court, *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919, 954 ff. (1983).

⁴⁹ *Fisher*, Legislative Vetoes After Chadha, 2. Mai 2005 (<http://www.loufisher.org/docs/lv/4116.pdf>) (geprüft am 16.05.2019), spricht von über 400 Veto-Rechten für Ausschüsse zwischen der *Chadha*-Entscheidung und 2005; vgl. auch *Steiger*, Albany Law Review 79 (2015/2016), 24 f.

⁵⁰ *Glicksman/Levy*, Administrative Law, 2010, S. 68.

⁵¹ § 801 U.S. Code, Title 5, Part I, Chapter 8; dazu auch *dies.*, Administrative Law, 2010, S. 69; *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 72 f.

⁵² *Hall*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 24.

2017 wurden zudem zwei Gesetze zumindest im Repräsentantenhaus verabschiedet, die jeweils die inhaltliche Kontrolle des Kongresses über Agenturrechtsetzung stärken sollen. Hinsichtlich beider Gesetze ist jedoch noch unklar, ob Senat⁵³ und Präsident zustimmen werden.

Zum einen wird im sog. *REINS Act*⁵⁴ wieder eine Art Veto-System eingeführt. Dem Gesetz zufolge soll „wichtige“ Agenturrechtsetzung nicht in Kraft treten, sofern nicht beide Häuser des Kongresses dieser innerhalb von 70 Sitzungstagen in einer gemeinsamen Erklärung zustimmen, s. Änderungsvorschlag für § 801 U.S. Code, Title 5, Chapter 8⁵⁵. „Wichtige“ Rechtsetzung ist insbesondere solche, die voraussichtlich 100 Mio. \$ oder mehr kosten würde, aber auch z.B. solche, die voraussichtlich einen starken Anstieg der Verbraucher- oder Herstellerpreise bewirken würde oder signifikante Wettbewerbsnachteile für US-amerikanische Unternehmen mit sich brächte, s. Änderungsvorschlag zu § 804 (2). Nur ausnahmsweise (z.B. bei akuter Gesundheitsgefahr) darf der Präsident eine „wichtige“ Rechtsetzung ohne parlamentarische Zustimmung für 90 Tage in Kraft setzen, s. Änderungsvorschlag zu § 801 (c). Die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzesvorschlags ist angesichts der *Chadha*-Entscheidung allerdings zweifelhaft, da das Zustimmungserfordernis beider Häuser die gleiche Wirkung hat wie die Möglichkeit eines Vetos durch ein Haus.⁵⁶ Zudem wird die Notwendigkeit, Gesetze dem Präsidenten vorzulegen, umgangen.

Das zweite Gesetz, der *Midnight Rules Relief Act*⁵⁷, soll dem Kongress ermöglichen, mehrere Rechtsetzungsvorschläge verschiedener Agenturen in einem einzigen Parlamentsgesetz aufzuheben, sofern diese am Ende der Regierungszeit des Präsidenten quasi „mitternachts“ dem Kongress von den Agenturen vorgelegt wurden. Damit soll dem Kongress eine effektive Kontrolle auch solcher Agentur-Rechtsetzung ermöglicht werden, die typischerweise im Zuge des Regierungswechsels untergeht.

⁵³ Der *REINS Act* wurde im März 2017 an das *Senate Committee on Small Business and Entrepreneurship* verwiesen, der *Midnight Rules Relief Act* wurde im Mai 2017 an das *Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* verwiesen.

⁵⁴ Regulations from the Executive in Need of Scrutiny Act, inklusive aktuellem Verfahrensstand abrufbar unter <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/26/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

⁵⁵ Der U.S. Code, Title 5, Part I enthält allgemeine Vorschriften für Agenturen. In Kapitel 5 ist der *Administrative Procedure Act* enthalten, in Kapitel 7 die Vorschriften zu gerichtlichen Überprüfung von Agenturenentscheidungen und in Kapitel 8 Vorschriften zur Überprüfung durch den Kongress.

⁵⁶ Vgl. zu einer früheren, aber vergleichbaren Version des *REINS Act: Wannier*, Questioning the Constitutionality of the REINS Act, 2011 (<http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2011/02/14/questioning-the-constitutionality-of-the-reins-act-proposed-bill-seeks-to-restructure-the-federal-rulemaking-process/>) (geprüft am 20.03.2017).

⁵⁷ Inkl. aktuellem Verfahrensstand abrufbar unter <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/21/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

Neben diese direkte inhaltliche Kontrolle tritt die indirektere Kontrolle durch Einfluss auf Budget und personelle Besetzung der Agenturen. Diesbezüglich hat der Präsident ein Vorschlagsrecht (s. sogleich), der Kongress trifft jedoch die letztliche Entscheidung⁵⁸, vgl. Art. II Abschn. 2 Abs. 2 S. 2 USC.

Da die direkten inhaltlichen Kontrollmechanismen vor dem Hintergrund der *Chadha*-Entscheidung wenig wirksam erscheinen, wäre eine deutliche gerichtliche Bestätigung der Klagebefugnis eines Ausschusses oder eines Hauses des Kongresses in Fällen, in denen die Exekutive die vom Kongress übertragenen Befugnisse überschreitet, zur Sicherstellung der demokratischen Legitimation zu begrüßen (näher Teil 3).

2. Kontrolle durch den Präsidenten

Der Präsident als oberster Chef der Exekutive ist direkter Vorgesetzter mit Weisungsbefugnis hinsichtlich der *executive agencies*, nicht aber hinsichtlich der *independent agencies*.⁵⁹ Die Geschäfte der Exekutivagenturen kann er dementsprechend theoretisch im Detail beeinflussen, sodass er auch Vorgaben hinsichtlich des Umgangs mit Verteilungskonflikten machen oder wissenschaftliche Zweifelsfälle entscheiden könnte. Praktisch ist der Umfang der Exekutivagenturen freilich so gewaltig, dass Mikromanagement durch den Präsidenten selbst allenfalls in höchstaktuellen politischen Bereichen möglich ist.⁶⁰ Möglich ist dagegen die Steuerung der Agenturen durch Exekutiverlässe (*Executive Orders*).⁶¹ Die Befugnis zum Erlass von Exekutiverlässen folgt entweder aus der Ermächtigung des Kongresses oder aus der dem Präsidenten in der Verfassung übertragenen Befugnis, die Exekutive zu steuern.⁶² Exekutiverlässe enthalten i.d.R. generelle inhaltliche Vorgaben an die Verwaltung (ohne Außenwirkung) und werden daher unten unter B.II. näher besprochen. Inhaltliche Kontrolle übt der Präsident zudem im Wege der Überprüfung durch das im Weißen Haus angesiedelte *Office for Management and Budget* (OMB), speziell dessen Unterabteilung *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), aus. Da diese Kontrolle ebenfalls mit einer Beschränkung des inhaltlichen Entscheidungsspielraums der Agenturen einhergeht, wird sie unter B.II. näher betrachtet.

⁵⁸ Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, 24, 26.

⁵⁹ Dennoch können ihm in den jeweiligen Gründungsgesetzen Kontrollbefugnisse übertragen werden, vgl. Glicksman/Levy, *Administrative Law*, 2010, 124 f.; Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 22.

⁶⁰ Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 22.

⁶¹ Ders., *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 22.

⁶² S. Raven-Hansen, *Duke Law Journal* 1983, 286.

Personelle Kontrolle übt der Präsident aus, indem er gemäß Art. II Abs. 2 S. 2 USC die Leitung der Agenturen (auch der unabhängigen Agenturen) vorschlagen kann, die der Kongress bestätigen muss. Ebenfalls nach Art. II Abs. 2 S. 2 USC kann ihm vom Kongress die Ernennung niederer Agenturbeamter⁶³ zur alleinigen Entscheidung übertragen werden.⁶⁴

Zur der Entlassung von Beamten sagt die amerikanische Verfassung dagegen nichts. Das Thema war dementsprechend Gegenstand einiger Entscheidungen des Gerichtshofes, die folgende Grundsätze aufstellten: Der Präsident ist als Chef der Exekutive gem. Art. 2 USC grundsätzlich zur Entlassung der Beamten befugt und der Kongress darf dieses Recht nicht beliebig einschränken, insbesondere nicht sich selbst übertragen.⁶⁵ Eine Einschränkung des Entlassungsrechts des Präsidenten durch den Kongress wurde aber z.B. in einem Fall anerkannt, in dem die entsprechende Position nicht rein exekutiver Natur war, sondern auch Legislativ- und Judikativbefugnisse umfasste. Diese schrieb dem Präsidenten lediglich vor, eine Entlassung nicht ohne guten Grund vorzunehmen.⁶⁶

Darüber hinaus kann der Präsident indirekt Einfluss auf Agenturen nehmen, indem er dem Kongress einerseits die (Re-)Organisation von Agenturen⁶⁷ und andererseits das Budget vorschlagen kann.⁶⁸ Die gesetzliche Ausweitung des Budgetrechts des Präsidenten auf die Befugnis, einzelne Posten des parlamentarisch abgesegneten Agenturbudgets abzuändern, wurde dagegen für verfassungswidrig erklärt.⁶⁹

3. Kontrolle durch die Öffentlichkeit

Während die US-amerikanische Rechtstradition der Kontrolle der Agenturrechtsetzung durch den Kongress eher skeptisch gegenübersteht und dementsprechend kein Veto-Recht des Kongresses vorsieht, hat die Beteiligung der Öffentlichkeit in den USA lange Tradition. Relevant sind insoweit einerseits Transparenz und andererseits Partizipationsmöglichkeiten.

⁶³ Es ist zu beachten das nach dem Obersten Gerichtshof die meisten Staatsbediensteten nicht Beamte (*officers*) sind. Er unterscheidet zwischen Angestellten und Beamten. Nur auf letztere bezieht sich die Vorgabe des Art. II Abs. 2 USC, vgl. *Hall*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 24.

⁶⁴ Der Kongress ist frei darin zu bestimmen, wie und durch wen diese Ernennung erfolgt, vgl. U.S. Supreme Court, *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988), vgl. allgemein *Glicksman/Levy*, Administrative Law, 2010, 125 f.

⁶⁵ U.S. Supreme Court, *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926); U.S. Supreme Court, *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).

⁶⁶ U.S. Supreme Court, *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935); ebenfalls zugelassen wurde die Übertragung der Entlassungsbefugnis in U.S. Supreme Court, *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

⁶⁷ Z.B. geschehen durch Präsident *George W. Bush* im Anschluss an die Anschläge vom 11. September 2001, vgl. *Hall*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 22.

⁶⁸ *Ders.*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 24.

⁶⁹ U.S. Supreme Court, *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417 (1998).

Transparenz im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren wurde maßgeblich durch den *Legislative Reorganization Act* aus dem Jahre 1970 und die nachfolgenden *Sunshine Reforms* der 1970er Jahre bewirkt.⁷⁰ Aufgrund dieser Gesetze sind nunmehr Abstimmungen und Ausschusssitzungen von Repräsentantenhaus und Senat öffentlich, was die Transparenz erhöht. Gleichzeitig gehen viele Beobachter davon aus, dass der Einfluss organisierter Interessengruppen durch die Transparenz *während* des Gesetzgebungsverfahrens übermäßig erhöht wurde.⁷¹ Welches Maß an Transparenz insofern wünschenswert ist, wird in Teil 3 aufgegriffen.

Hinsichtlich der Agenturrechtsetzung wird Transparenz durch den *Freedom of Information Act* (FOIA) gewährleistet.⁷² Hierdurch kann der Zugang zu bestimmten bei der Agentur vorhandenen Dokumenten beantragt werden. Die jeweilige Agentur muss die gewünschten Informationen grundsätzlich herausgeben, wobei es neun Ausnahmen gibt. Die Ausnahmen betreffen nationale Sicherheit; agenturinterne Personalregularien; Aspekte, deren Herausgabe durch ein anderes Parlamentsgesetz untersagt wurde; Handelsgeheimnisse; Dokumente, die in gerichtsähnlichen Verfahren vor Agenturen erstellt werden und daher Privilegien genießen (z.B. Schriftverkehr zwischen Anwalt und Mandant oder Dokumente, die bei vorzeitiger Veröffentlichung die Vollstreckung einer Entscheidung verhindern können); persönliche medizinische Akten; Informationen, die für eine Finanzmarktregulierungsbehörde bestimmt sind; geologische und geophysische Informationen über Quellen.⁷³

Die Partizipation der Öffentlichkeit am Gesetzgebungsprozess ist in der Verfassung nicht vorgeschrieben – weder für Parlamentsgesetze noch für Agenturrechtsetzung.⁷⁴ Allerdings hat der Kongress im *Administrative Procedure Act* (APA) teilweise Öffentlichkeitsbeteiligungspflichten für Agenturrechtsetzung vorgeschrieben, insbesondere in § 553 APA. Daneben kann der Kongress Öffentlichkeitsbeteiligungspflichten im jeweils zur Rechtsetzung ermächtigenden Gesetz vorsehen.⁷⁵

⁷⁰ Vgl. King, *The Legislative Reorganization Act of 1970 and other 1970s Sunshine Reforms*, 2014 (<http://www.congressionalresearch.org/LRA.html>) (geprüft am 06.07.2018).

⁷¹ Ders., *The Legislative Reorganization Act of 1970 and other 1970s Sunshine Reforms*, 2014 (<http://www.congressionalresearch.org/LRA.html>) (geprüft am 06.07.2018).

⁷² Vgl. <https://www.foia.gov/> (zuletzt geprüft am 05.08.2018) sowie ausführlich hierzu aus dem deutschsprachigen Raum: Reh binder, *Die Informationspflicht der Behörden im Recht der Vereinigten Staaten, 1970*; Gurlit, *Die Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht*, 1989.

⁷³ Vgl. <https://www.foia.gov/> (zuletzt geprüft am 05.08.2018) sowie Gurlit, *Die Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht*, 1989, S. 178 ff.; Reh binder, *Die Informationspflicht der Behörden im Recht der Vereinigten Staaten, 1970*, S. 32 ff.

⁷⁴ Vgl. Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 125.

⁷⁵ Glicksman/Levy, *Administrative Law*, 2010, S. 327.

Wenn eine Agentur Recht setzen will, muss sie in der Regel das *Notice-and-Comment*-Verfahren in § 553 (b) und (c) einhalten. Dieses verlangt die öffentliche Notifizierung über ein Regulierungsvorhaben im *Federal Register*⁷⁶ sowie nach der Rechtsprechung auch die Veröffentlichung der relevanten Studien, Berichte und Fakten zu dem Vorhaben.⁷⁷ Anschließend muss interessierten Personen die Möglichkeit gegeben werden, Daten, Meinungen oder Argumente mindestens schriftlich in den Rechtsetzungsprozess einzubringen.⁷⁸ Der Zeitraum muss laut Rechtsprechung mit Blick auf die Komplexität der Regelung angemessen sein.⁷⁹ Typischerweise setzen die Agenturen bei komplexer oder kontroverser Regulierung eine Frist von mindestens 60 Tagen.⁸⁰ Im Anschluss muss die Agentur die Regulierung im Lichte der Kommentare überdenken, sie ist jedoch nicht an die Kommentare gebunden, sondern kann sich auf eigene Erkenntnisse oder externe Informationsquellen stützen.⁸¹ Gemeinsam mit der endgültigen Regulierung muss die Agentur eine knappe, generelle Erklärung über Grundlagen und Zweck der Regulierung veröffentlichen.⁸² Laut Rechtsprechung muss sie hierbei nicht auf alle Kommentare eingehen⁸³, aber immerhin die wichtigsten politischen Fragen, die im Verfahren aufgeworfen wurden, benennen und begründen, warum die Agentur sich wie entschieden hat, s. näher auch unter B.II.⁸⁴ Auf Behauptungen in Kommentaren, die – ihre Wahrheit unterstellt – zu einer Änderung der Rechtsetzung führen würden⁸⁵, muss in vernünftiger Art und Weise eingegangen werden⁸⁶. In Kommentaren geäußerte Fragen von zwingender Dringlichkeit dürfen nicht völlig unbeantwortet bleiben.⁸⁷

Vom *Notice-and-Comment*-Verfahren gibt es allerdings einige Ausnahmen, von denen die wichtigste ist, dass ein solches Verfahren entbehrlich ist, wenn die Agentur mit gutem Grund

⁷⁶ S. dazu *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 245 ff.

⁷⁷ U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240, 251 f. (1977); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Chamber of Commerce v. SEC*, 443 F.3d 890, 899 (2006).

⁷⁸ Dazu *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 256 ff.

⁷⁹ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Conneticut Light & Power Co. v. NRC*, 673 F.2d 525, 534 (1982).

⁸⁰ *Lubbers*, A Guide to Federal Agency Rulemaking, 5. Aufl. 2012, S. 252.

⁸¹ Dazu *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 258 ff.

⁸² Dazu *ders.*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 260 ff.

⁸³ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd*, 407 F.2d 330, 338 (1968).

⁸⁴ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Independent U.S. Tanker Owners Committee v. Dole*, 809 F.2d 847, 852 (1987).

⁸⁵ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *American Mining Congress v. EPA*, 907 F.2d 1179, 1188 (1990).

⁸⁶ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Reyblatt v. NRC*, 105 F.3d 715, 722 (1997).

⁸⁷ U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240, 252 (1977); s. auch mit ähnlichen Formulierungen U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Canadian Ass'n of Petroleum Producers v. FERC*, 254 F.3d 289, 299 (2001); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *PPL Wallingford Energy LLC v. FERC*, 419 F.3d 1194, 1199 (2005).

annimmt, dass das Verfahren impraktikabel, unnötig oder gegen das öffentliche Interesse ist, vgl. § 553 (b)(B) APA.⁸⁸

Der Kongress kann die Agentur zudem im ermächtigenden Gesetz verpflichten, das formelle Rechtsetzungsverfahren anzuwenden, was allerdings relativ selten passiert.⁸⁹ Dann müssen gemäß § 556 und 557 APA mündliche Anhörungen ähnlich einem Gerichtsverfahren stattfinden. Der Kongress greift zudem auf hybride Rechtsetzungsverfahren zwischen informellem und formellem Rechtsetzungsverfahren zurück, in denen auch mündliche Anhörungen nach §§ 556, 557 APA vorgeschrieben werden können. Dies ist besonders wichtig für den Maßstab der gerichtlichen Überprüfung.⁹⁰ Während in aller Regel nur eine Willkürkontrolle nach Maßgabe des § 706 (2)(A) APA stattfindet, werden im Falle der Anwendbarkeit der §§ 556, 557 APA auch „wesentliche Beweise“ (*substantial evidence*) gem. § 706 (2)(E) APA überprüft (dazu näher unten B.II.)

§ 553 (e) APA ermöglicht zudem die Initiativbeteiligung der Öffentlichkeit, indem er vorschreibt, dass jede Agentur einer interessierten Person das Recht einräumen soll, eine Petition für den Erlass, die Änderung oder die Rücknahme einer Regel einzureichen. Gemäß § 555 (e) APA trifft die Agentur zudem eine Begründungspflicht im Falle der Ablehnung einer Petition. Die gerichtliche Überprüfung der Ablehnung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen⁹¹, die unten unter B.II. näher beleuchtet werden.

Zeitweise wurde von Gerichten in besonderen Fällen prozedural mehr eingefordert, als APA und ermächtigendes Gesetz vorgaben.⁹² Insbesondere der *U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit* forderte von den Agenturen besondere Verfahren, um kritische Punkte des Rechtsetzungsvorhabens besonders zu beleuchten (*procedural hard look doctrine*).⁹³ Diese Praxis wurde jedoch im *Vermont-Yankee-Fall*⁹⁴ vom Obersten Gerichtshof gestoppt, sodass nunmehr ausschließlich die Verfahren des APA sowie des ermächtigenden Gesetzes einzuhalten sind.

Das vorwiegend angewandte *Notice-and-Comment*-Verfahren wurde und wird unter anderem mit der Begründung kritisiert, dass die Ergebnisse der Agentur bei Veröffentlichung ihres Vorschlags in der Regel schon weitgehend feststünden. Die Beteiligung der Öffentlichkeit sei

⁸⁸ Werhan, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, 289 ff.

⁸⁹ Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 125.

⁹⁰ Glicksman/Levy, *Administrative Law*, 2010, S. 342.

⁹¹ Vgl. zum generell wenig strengen Überprüfungsmaßstab speziell Petitionen betreffend U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Defenders of Wildlife v. Gutierrez*, 532 F.3d 913 (2008); aber strenger: U.S. Supreme Court, *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007); s. auch Glicksman/Levy, *Administrative Law*, 2010, 311 ff.

⁹² Glicksman/Levy, *Administrative Law*, 2010, S. 333; Hall, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 131.

⁹³ Glicksman/Levy, *Administrative Law*, 2010, S. 333.

⁹⁴ U.S. Supreme Court, *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978).

insofern eine reine Formalität, die keine inhaltlichen Änderungen nach sich ziehe.⁹⁵ Dies insbesondere deshalb, weil große inhaltliche Änderungen laut Rechtsprechung⁹⁶ ein erneutes *Notice-and-Comment*-Verfahren des geänderten Vorschlags nach sich ziehen, welches die Agenturen vermeiden wollen (*Logical Outgrowth Rule*).⁹⁷

Unter anderem in Reaktion auf solche Kritik, aber auch um die Rechtsetzung zu beschleunigen und Gerichtsverfahren zu verhindern, hat der Kongress den APA um die Möglichkeit der „verhandelten Rechtsetzung“ (*negotiated rulemaking*) erweitert, indem Vertreter besonders betroffener Interessen und die Agentur vorab mit Hilfe eines Mediators in einem öffentlichen Treffen über die Regulierung diskutieren und einen Entwurf ausarbeiten können, vgl. §§ 561-570 APA.⁹⁸ Die Agentur schlägt ggf. mit Hilfe eines externen Beraters die Vertreter der besonders betroffenen Interessen vor und veröffentlicht diese Liste. Daraufhin können sich andere Personen mit der Begründung, mit einem besonders betroffenen Interesse nicht hinreichend in der Liste repräsentiert zu sein, als Teilnehmer an dem Verfahren bewerben. Über die finale Zusammensetzung des Komitees entscheidet die Agentur.

Daneben hat 2017 mit dem *Regulatory Accountability Act*⁹⁹ ein Gesetz zumindest das Repräsentantenhaus passiert, welches in Teilen auf bessere Kontrolle durch die Öffentlichkeit durch Änderung des APA gerichtet ist. Zwar ist die Verabschiedung dieses Gesetzes im Senat¹⁰⁰ und die Unterzeichnung durch den Präsidenten noch nicht gesichert, dennoch sollen die wichtigsten Änderungen kurz benannt werden.

So ist unter anderem vorgesehen, dass für alle Regeln mit Kosten von über einer Milliarde Dollar oder mit genauer bestimmten negativen Folgen für Beschäftigung und Löhne nicht nur ein *Notice-and-Comment*-Verfahren, sondern eine öffentliche Anhörung stattfinden muss, s. Änderungsvorschlag zu § 553 (e)¹⁰¹. Ebenso sollen nach dem Gesetzesvorschlag Agenturen solche *High-impact*-Regeln nicht in Kraft setzen, bevor nicht alle juristischen Verfahren, die diese Regeln angreifen, abgeschlossen sind, s. Änderungsvorschlag zu § 705 (b)¹⁰². Darüber

⁹⁵ West, Public Administration Review 64 (2004).

⁹⁶ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Nat'l Mining Ass'n v. MSHA*, 116 F.3d 520, 531 (1997).

⁹⁷ Vgl. dazu Werhan, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 248 ff.

⁹⁸ Vgl. dazu Hall, Administrative law, 3. Aufl. 2006, 131 f.

⁹⁹ Inklusive Verfahrensstand und Zusammenfassung verfügbar unter: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

¹⁰⁰ Im Senat wurde der *Regulatory Accountability Act* mittlerweile im *Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* beraten.

¹⁰¹ S. Sec. 103, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

¹⁰² S. Sec. 402, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

hinaus sollen die Veröffentlichungspflichten der Agenturen ausgeweitet werden, was unter anderem beinhaltet, dass Rechtsetzungsvorschläge im Internet in klar verständlicher Sprache und nicht mehr als 100 Wörtern zusammengefasst werden müssen und auf die entsprechende Website auf *regulations.gov* verwiesen werden muss, s. Änderungsvorschlag zu § 553 (d)(1)(I)¹⁰³.

III. Zwischenergebnis

Sowohl der Kongress als auch die (Regulierungs-)Agenturen können im Bereich der Risikoregulierung Recht in Form abstrakt-genereller Regelungen mit unmittelbarer Geltung für den Bürger setzen. Der Kongress hat dabei zwar die originäre Zuständigkeit, jedoch kann er seine Befugnis an Agenturen delegieren, ohne dass der Oberste Gerichtshof das Ausmaß der Delegation mit einem strengen Maßstab überprüft. Ausreichend ist vielmehr, dass der Kongress die Agentur ausdrücklich oder konkludent zur Rechtsetzung ermächtigt und ihr ein „verständliches Prinzip“ zur Regulierung an die Hand gibt. Es wird damit nicht durch gerichtliche Kontrolle gewährleistet, dass der Kongress sich Entscheidungen unter Ungewissheit oder über Verteilungskonflikte vorbehält und damit eine hohe Ex-ante-Legitimation absichert. Gleichwohl ist der Kongress das am unmittelbarsten demokratisch legitimierte Gremium und sofern er selbst entscheidet, dass eine Entscheidung nicht seiner Legitimation bedarf, sondern durch eine Agentur geregelt werden kann, ist diese Entscheidung aus demokratischer Perspektive grundsätzlich zu respektieren.

Notwendig ist in diesem Fall aber jedenfalls ein wirksamer Kontrollmechanismus, der gewährleistet, dass der Kongress eine Entscheidung gewissermaßen *ex post* an sich ziehen kann, wenn er mit der Entscheidung der Agentur über eine wissenschaftliche Kontroverse oder einen Verteilungskonflikt nicht einverstanden ist. Wirksame Kontrolle der Agenturenentscheidung ist jedoch jedenfalls ohne Rekurs auf gerichtliche Kontrolle (dazu sogleich B.II.) nicht gegeben. Denn der Kongress darf sich nach Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes kein Veto für Agenturrechtsetzung vorbehalten und er hat auch keine gesicherte Klagebefugnis um *ultra vires* Agenturrechtsetzung gerichtlich überprüfen zu lassen. Lediglich durch ein *Report-and-Wait*-Verfahren kann der Kongress sich in die Lage versetzen, auf unerwünschte Agenturrechtsetzung mit gegenteiliger Gesetzgebung zu reagieren. Für solche abweichende Gesetzgebung benötigt er allerdings die Zustimmung des Präsidenten oder eine 2/3-Mehrheit beider Häuser, was

¹⁰³ S. Sec. 602, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

hohe politische Hürden sind. Der *REINS Act*, der die Gültigkeit bestimmter ökonomisch signifikanter Agentur-Rechtsetzung von einer expliziten Zustimmung des Kongresses abhängig macht, ist zurzeit noch nicht in Kraft und könnte womöglich auch an einer Verfassungskontrolle scheitern.

Allerdings haben sowohl der direkt gewählte Präsident als auch der Kongress die Agenturen personell gemeinsam unter Kontrolle. Der Kongress kann – sofern er dieses Recht nicht delegiert – selbst normale Beamte ernennen. Der Präsident kann zumindest bei Exekutivagenturen in der Regel auf weisungswidriges Verhalten mit Entlassung reagieren, mit Einschränkungen kann er auch die Leitung unabhängiger Agenturen entlassen. Durch den Vorschlag der personellen Besetzung der Agenturen durch den direkt gewählten Präsidenten und die Entscheidung hierüber durch den unmittelbar demokratisch legitimierten Kongress geben beide ihre eigene demokratische Legitimation entsprechend der Legitimationskettentheorie personell weiter, so dass die entsprechenden Agenturmitarbeiter abgeleitete personelle demokratische Legitimation aufweisen. Eine formale Legitimationskette zwischen dem Entscheider in der Agentur und dem Volk wird durch die vorhandenen personellen Ernennungs- und Kontrollmechanismen hergestellt. Wenn man die demokratische Legitimation des Entscheidungsträgers folglich rein formal nach der Legitimationskettentheorie betrachtet, ist sie zumindest hinsichtlich der Exekutivagenturen unproblematisch.

Legt man aber die Forderung nach einem hinreichenden Legitimationsniveau zugrunde, welches auch sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation umfasst, bleibt problematisch, dass der Kongress weder verpflichtet ist, Entscheidungen, die nach der Je-desto-Formel demokratisch getroffen werden sollten, bei der Delegation von Befugnissen selbst zu treffen, noch ihm erlaubt ist, sich für solche Entscheidungen ein Veto vorzubehalten. Auch das gerichtliche Vorgehen des Kongresses sichert mangels eindeutiger Rechtsprechung zur Klagebefugnis keine demokratische Kontrolle ab.

Die Legitimation der Agenturenentscheidungen wird jedoch aus einem eher deliberativ-demokratischen Blickwinkel durch Transparenz im Gesetzgebungsverfahren, den *Freedom of Information Act* und das in der Regel angewendete *Notice-and-Comment*-Verfahren, bei dem die Öffentlichkeit Gelegenheit zur Partizipation hat, erhöht. Dieses hat aber die Schwächen, dass die relevanten Entscheidungen oft schon vor der Beteiligung gefallen sind und dass keinerlei Bindungswirkung für die Agenturen von den Vorschlägen der Öffentlichkeit ausgeht. Vorgelegene Daten und Argumente müssen lediglich in groben Zügen in der Gesetzesbegründung aufgegriffen werden. Es gibt auch keine Besonderheiten bei der Öffentlichkeitsbeteiligung für

Entscheidungen unter Ungewissheit oder über Wertentscheidungen. Die verhandelte Rechtsetzung, die grundsätzlich einen interessanten Ansatz zur frühzeitigen Einflussnahme der Öffentlichkeit darstellt, ist nur auf Regulierungen mit wenigen speziell Betroffenen ausgelegt und dürfte aufgrund des Erfordernisses einer besonderen Betroffenheit und der Art der Aufstellung des Komitees in der Regel von Lobbyisten dominiert werden und nicht vom durchschnittlichen Bürger.

Gewisse Änderungen bei der Kontrolle durch die Öffentlichkeit würde der *Regulatory Accountability Act* bringen, sofern er verabschiedet wird. Dass *High-impact*-Rechtsetzung erst in Kraft treten darf, nachdem gerichtliche Verfahren hierüber abgeschlossen sind, könnte jedoch in Anbetracht der typischerweise langen Verfahrensdauer in den USA die unangenehme Nebenfolge haben, dass notwendige Rechtsetzung unterbleibt oder zu spät kommt, insbesondere wenn finanzstarke Lobbygruppen gezielt Prozesse zur Verhinderung der Regulierung anstrengen.

Auf Verbesserungsmöglichkeiten hinsichtlich der Kontrollmechanismen – auch durch die Öffentlichkeit – wird in Teil 3 näher einzugehen sein. Zu beachten ist insoweit, dass der Demokratie durch Partizipation die Problematik des überwiegenden Einflusses der organisierten Interessengruppen allgemein innewohnt (s.o. Kapitel 3). Eine Verbesserung von Transparenz und Partizipation ist damit eine Medaille mit zwei Seiten – wichtig ist immer auch die ausgewogenere Berücksichtigung unorganisierter Interessen.

B. Inhaltlicher Entscheidungsspielraum

Die Verfassung der USA bindet mit ihren Vorgaben sowohl die Legislative, also den Kongress, als auch die Exekutive, also Verwaltungsagenturen (*administrative agencies*¹⁰⁴, vorliegend relevant: *regulatory agencies*¹⁰⁵), bei Entscheidungen über die Regulierung von Technologien. Ebenso wie in der EU ist grundsätzlich zwischen der verfassungsrechtlichen Vorgabe und der gerichtlichen Prüfungsintensität zu unterscheiden. Hinsichtlich der Prüfungsintensität trifft die

¹⁰⁴ Der Begriff der *administrative agencies* ist ein Oberbegriff für verschiedene Formen von Verwaltungsbehörden (*departments, commissions, bureaus, councils, groups, services, divisions, agencies*), die einen unterschiedlichen Grad an Unabhängigkeit vom Weißen Haus und dem Präsidenten aufweisen und unterschiedlich organisiert sind, vgl. *Hall*, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 3..

¹⁰⁵ Zur Unterteilung in *regulatory agencies, social welfare agencies* und *public service agencies* vgl. *ders.*, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 6.

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes insofern keine Unterscheidung zwischen Parlamentsgesetzen und Agenturrechtsetzung.¹⁰⁶ Die Prüfungsintensität ist vielmehr von Grundrecht zu Grundrecht unterschiedlich, unabhängig davon, welche Institution das Grundrecht einschränkt. Insofern gilt es für beide Gewalten, gemeinsam zu untersuchen, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Regulierung von Technologien mit ungewissen Risiken bestehen, welche Auswirkungen diese Vorgaben auf den inhaltlichen Entscheidungsspielraum der Gewalten haben und ob sich die prozedurale Pflicht einer wissenschaftlichen Risikobewertung aus ihnen ergibt (dazu I.).

Die Exekutive ist neben verfassungsrechtlichen Vorgaben an durch den Kongress verabschiedetes Gesetzesrecht, insbesondere den *Administrative Procedure Act (APA)*, an Exekutivverlässe des Präsidenten und an verwaltungsinterne Vorgaben gebunden, die es im Anschluss näher zu beleuchten gilt (dazu II.).

Die Bewertung der jeweiligen inhaltlichen Entscheidungsspielräume der Gewalten aus Sicht der Je-desto-Formel fällt freilich hinsichtlich Legislative und Exekutive unterschiedlich aus, in Abhängigkeit auch davon, wodurch welche Gewalt in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt ist. Eine strenge verfassungsrechtliche Kontrolle der Legislative in Bereichen, die von Ungewissheit oder Wertentscheidungen gekennzeichnet sind, ist kritisch, da der Kongress in den USA über die höchste demokratische Legitimation verfügt. Demgegenüber sind Einschränkungen der Exekutive, die auf Vorgaben der Legislative oder des Präsidenten beruhen, grundsätzlich auch bei Entscheidungen unter Ungewissheit oder Verteilungskonflikten unproblematisch, da sie die sachlich-inhaltlichen Vorgaben der stärker legitimierten Institution umsetzen. Hinsichtlich gerichtlicher Kontrolle der Exekutive ist zu differenzieren: Soweit die Judikative im Wesentlichen die Entscheidungen des Gesetzgebers nachvollzieht und eine Ultra-vires-Kontrolle der Exekutivhandlungen vollzieht, kann eine strengere gerichtliche Kontrolle der Exekutive angebracht sein. Soweit der Wille des Gesetzgebers beinhaltet, der Exekutive in einem Bereich weitgehendes Ermessen einzuräumen, trägt dem eine zurückhaltende gerichtliche Kontrolle Rechnung – gleichzeitig gewährleistet die zurückhaltende Kontrolle in diesen Fällen den bestmöglichen Einsatz der Expertise der Agenturen.

¹⁰⁶ S. z.B. selbstverständlich *ders.*, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 50. Dementsprechend ist im Folgenden teilweise nicht näher definiert von „Gesetz“ oder „Gesetzgebung“ die Rede, ohne dass hiermit zwingend parlamentarische Gesetzgebung gemeint ist.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Verfassung der Vereinigten Staaten von 1789 ist mit sieben Artikeln selbst inklusive ihrer derzeit 27 Zusatzartikel (*amendments*) im Vergleich zum europäischen Primärrecht, aber auch zu vielen mitgliedstaatlichen Verfassungen¹⁰⁷ rudimentär ausgestaltet.

Sie enthält keine explizite Vorgabe dazu, wie generell mit Ungewissheit oder Verteilungskonflikten umzugehen ist – weder ein Vorsorgeprinzip noch ein *sound science principle*, also ein Prinzip, nach dem erst bei hoher wissenschaftlicher Gewissheit reguliert werden dürfte.¹⁰⁸ Insbesondere wurde anders als in der Europäischen Union der Vorsorgeansatz in Art. 15 der Rio-Deklaration nicht zum Anlass genommen, ein Vorsorgeprinzip in die Verfassung aufzunehmen. Der Oberste Gerichtshof hat sich auf das Vorsorgeprinzip noch nie bezogen, untere Gerichte nur vereinzelt.¹⁰⁹ Es ist allerdings möglich, dass sich richterrechtlich ein allgemeines Prinzip zum Umgang mit Ungewissheit bzw. zum Umgang mit (politischen) Verteilungskonflikten herausgebildet hat, welches unabhängig vom Terminus des Vorsorgeprinzips ist. Es sind insoweit verschiedene Anknüpfungspunkte im Verfassungstext denkbar: die *Due-process*-, *Equal-protection*-, *Contract*-, *Eminent-domain*-, *Dormant-commerce*- und *Privileges-and-immunities*-Klauseln¹¹⁰.

Die genannten Bestimmungen schützen bestimmte Rechte und Freiheiten oder verbieten bestimmte Ungleichbehandlungen. Daher ist die Frage nach einem Prinzip zum regulatorischen Umgang mit Ungewissheit und Verteilungskonflikten untrennbar mit dem Schutz bestimmter (Grund-)Rechte und Freiheiten verknüpft, sodass diese im Einzelnen zu betrachten sind (dazu 1.), um im Anschluss ein mögliches gemeinsames Prinzip identifizieren zu können, welches allgemeine Aussagen über den demokratischen Handlungsspielraum zulassen könnte (dazu 2.).

Neben Rechten der Unternehmer könnten prinzipiell auch verfassungsrechtliche Rechte der Allgemeinheit auf Leben und körperliche Unversehrtheit den Gesetzgeber bei der Risikoregu-

¹⁰⁷ Freilich mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs.

¹⁰⁸ Vogel, *The politics of precaution*, 2012 geht davon aus, dass die amerikanische Regulierungspraxis seit den 1990er Jahren einem *sound science principle* folgt. Gegenstand der vorliegenden rechtsvergleichenden Untersuchung ist jedoch lediglich, ob die Regulierungspraxis *verpflichtet ist*, entsprechend eines solchen Prinzips zu handeln. Dies kann sich für die Legislative lediglich aus der Verfassung oder ihrer Interpretation durch den Obersten Gerichtshof ergeben, grundsätzlich aber nicht aus einer bestehenden Praxis, zumal das Bestehen einer solchen Praxis umstritten ist, vgl. Wiener/Rogers/Hammitt u. a. (Hrsg.), *The reality of precaution*, 2011.

¹⁰⁹ Zander, *The application of the precautionary principle in practice*, 2010, 268 f.

¹¹⁰ Aufgrund der teilweise vieldeutigen Übersetzbarkeit wird im Folgenden der Eindeutigkeit halber mit den englischen Begriffen gearbeitet, wobei der Inhalt der Klauseln freilich auf Deutsch erläutert wird.

lierung einschränken, indem sie ihn zum Handeln zwingen. In der deutschen Terminologie basiert dies auf dem Konzept der staatlichen Schutzpflicht.¹¹¹ Sofern ein vergleichbares Konstrukt in der Verfassung der Vereinigten Staaten besteht, könnte dieses den Gesetzgeber zum Einschreiten gegen womöglich gefährliche Technologien verpflichten und ein eventuelles Prinzip zum regulatorischen Umgang mit Ungewissheit modifizieren (dazu 3.).

1. Verfassungsrechtliche Rechte zum Schutz der Wirtschaftsfreiheit

Die im 5. und 14. Zusatzartikel¹¹² normierte *Due-process*-Klausel verbietet den Entzug von Leben, Freiheit und Eigentum ohne ordnungsgemäßes Verfahren und könnte insoweit über die Begriffe der Freiheit oder des Eigentums zum Schutz der Wirtschaftsfreiheit der Technologieunternehmen die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers einschränken. Das allgemeine Gleichheitsgebot (*equal protection clause*) aus dem 14. Zusatzartikel kann zum Schutz der Unternehmer einschlägig sein, etwa wenn eine Technologie verboten und eine andere erlaubt wird. Privatrechtliche Verträge sind in Art. I Abschnitt 10 geschützt (*contract clause*). Entsprechend des 5. Zusatzartikels darf Eigentum nicht ohne angemessene Entschädigung für öffentliche Zwecke entzogen werden (*eminent domain clause*, auch *takings clause*). Soweit Technologieunternehmen bei Ausübung ihrer Wirtschaftsfreiheit Verträge schließen und Eigentum innehaben, kommen auch diese Rechte in Betracht.

Die *Dormant-commerce*-Klausel, die Art. I Abschnitt 8 S. 3 entnommen wird, betrifft dagegen die Ungleichbehandlung von Menschen aus anderen Bundesstaaten gegenüber eigenen Bundesstaatsangehörigen. Die *Privileges-and-immunities*-Klausel aus dem 14. Zusatzartikel enthält das Gebot, Privilegien die eigenen Bundesstaatsangehörigen gewährt werden, auch Menschen aus anderen Bundesstaaten zu gewähren (vergleichbar mit dem Meistbegünstigungsprinzip im Recht der WTO, jedoch historisch zum Schutz ehemaliger Sklaven in den Südstaaten eingeführt). Obwohl Fragen der Gleichbehandlung von Angehörigen verschiedener US-amerikanischer Bundesstaaten in konkreten Risikoregulierungsfällen freilich eine Rolle spielen können, werden sie im Folgenden nicht weiter untersucht, da sie für die abstrakt-generelle Regulierung einer Technologie irrelevant sind, solange diese Regulierung flächendeckend in den USA erfolgt.¹¹³

¹¹¹ Vgl. z.B. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 312 ff.

¹¹² Der 5. Zusatzartikel betrifft insoweit die nationale Ebene, der 14. Zusatzartikel die Ebene der Bundesstaaten. Da jedoch der Wortlaut nahezu identisch ist und mittlerweile auch identisch ausgelegt wird (s.u.), werden beide Vorschriften zusammen besprochen.

¹¹³ S.o.: Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die nationale, nicht aber die bundesstaatliche Ebene.

a) *Due-process-Klausel*

Der Wortlaut des 5. Zusatzartikels besagt: „No person [...] shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law“. Der 14. Zusatzartikel enthält einen nahezu identischen Wortlaut, jedoch in Bezug auf eine Verpflichtung der Bundesstaaten.¹¹⁴

Schon beim Versuch der Übersetzung zeigt sich, dass *due process of law* unterschiedliche Bedeutungen haben kann. In der offiziellen Übersetzung der amerikanischen Botschaft in Deutschland wird die Passage als „vorheriges ordentliches Gerichtsverfahren nach Recht und Gesetz“ übersetzt.¹¹⁵ In offiziellen Übersetzungen der EU ohne Bezug zur US-amerikanischen Verfassung wird *due process of law* auch breiter beispielsweise als „ordnungsgemäßes rechtsstaatliches Verfahren“ übersetzt.¹¹⁶ Die verschiedenen Übersetzungsmöglichkeiten deuten an, dass *due process of law* entweder rein prozedural als ordnungsgemäße Durchführung eines (Gerichts-)Verfahrens (*procedural due process*) oder aber auch materiell aufgeladen durch rechtsstaatliche Grundsätze wie das Willkürverbot aufgefasst werden kann (*substantive due process*).¹¹⁷

Der Oberste Gerichtshof hat im Laufe der Zeit beide Verständnisse der *Due-process-Klausel* vertreten. Jedoch hat er niemals eine Definition geliefert.¹¹⁸ Den Unterschied erklärt *Chemersinsky* folgendermaßen:

„Substantive due process asks the question of whether the government’s deprivation of a person’s life, liberty or property is justified by a sufficient purpose. Procedural due process, by contrast, asks whether the government has followed the proper procedures when it takes away life, liberty or property.“¹¹⁹

Prozedural hat der Oberste Gerichtshof der *Due-process-Klausel* im Wesentlichen das Erfordernis entnommen, dass ein Bürger vor einer ihn negativ betreffenden staatlichen Handlung notifiziert und angehört werden muss.¹²⁰ Solche prozeduralen Erfordernisse sind nach der

¹¹⁴ 14. Zusatzartikel: „...; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law;...“. Grundsätzlich ist die bundesstaatliche Ebene nicht Gegenstand dieser Untersuchung, jedoch wird sie hier aufgrund der im engen Zusammenhang stehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung mitbesprochen.

¹¹⁵ usa.usembassy.de/etexts/gov/gov-constitutiond.pdf (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

¹¹⁶ Vgl. jeweils die englische und deutsche Sprachfassung der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. Februar 2010 zu dem Fortschrittsbericht 2009 über die Türkei, Nr. 11.

¹¹⁷ Im Folgenden wird *due process of law* zunächst möglichst neutral als „ordnungsmäßiges Verfahren“ übersetzt.

¹¹⁸ *Chemersinsky*, *Touro Law Review* 15 (1999), 1501.

¹¹⁹ Übersetzt bedeutet dies etwa: „Das materielle Verständnis des ordnungsmäßigen Verfahrens fragt danach, ob der staatliche Entzug des Lebens, der Freiheit oder des Eigentums einer Person durch einen ausreichenden Zweck gerechtfertigt ist. Das prozedurale Verständnis des ordnungsmäßigen Verfahrens dagegen fragt, ob der Staat die richtigen Verfahren beim Entzug des Lebens, der Freiheit oder des Eigentums beachtet hat.“

¹²⁰ *Wasserman*, *Procedural due process*, 2004, 63 ff. Daneben hat die prozedural verstandene *Due-process-Klausel* Auswirkungen auf die Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen, auf die gerichtliche Zuständigkeit

Rechtsprechung des Gerichtshofes jedoch nur bei administrative Einzelentscheidungen der Agenturen (*adjudication*) und nicht bei der Gesetzgebung der Agenturen (*rulemaking*) bzw. des Kongresses zu beachten.¹²¹ Das prozedurale Verständnis der *Due-process*-Klausel ist daher für die vorliegende Untersuchung nicht zentral. Es könnte allenfalls Bedeutung gewinnen, wenn der Oberste Gerichtshof künftig zu einer prozeduralen Interpretation gelangen würde, indem das Maß der Experten- und Öffentlichkeitsbeteiligung auch im Gesetzgebungsverfahren (z.B. im Sinne einer wissenschaftlichen Risikobewertung) unter der *Procedural-due-process*-Klausel überprüfbar würde, was zurzeit aber nicht absehbar ist.

Die materielle Interpretation der *Due-process-Klausel* dagegen ist geeignet, die gesetzgeberische Regulierungsmacht inhaltlich zu beschränken, insbesondere in Form einer Willkürkontrolle. Im Fall großer wissenschaftlicher Ungewissheit ist es denkbar, dass der Gesetzgeber keine rational-wissenschaftliche Begründung für eine Regulierung vorbringen kann. In dem Fall könnte eine solche Regulierung an einer verfassungsrechtlichen Willkürkontrolle scheitern. Ob der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten heutzutage überhaupt eine solche materielle Interpretation der *Due-process-Klausel* vertritt und wenn ja, wie genau die inhaltliche Kontrolle der Gesetze ausfällt und ob sie Vorgaben für den Fall der Gesetzgebung unter wissenschaftlicher Ungewissheit enthält, wird daher im Folgenden untersucht.

aa) Materieller Gehalt (substantive due process)?

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Willkürverbot und Vernunftgebot – unabhängig von der Anknüpfung an die *Due-process-Klausel* – schon in der britischen Rechtstradition ein zentrales Instrument zur Bewertung parlamentarischer Entscheidungen war.¹²² Dies verwundert nicht, handelt es sich doch um ein zentrales Problem der politischen Philosophie. Es geht um die

und auf die Rechtswahlmöglichkeit. Zu alledem ausführlich *dies.*, Procedural due process, 2004, 163 ff.; *Sullivan/Massaro*, The Arc of Due Process in American Constitutional Law, 2013, 81 ff., 168 ff.

¹²¹ S. z.B. *Hall*, Administrative law, 3. Aufl. 2006, S. 59; *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 119 ff., der die Kriterien, wann *adjudication* und wann *rulemaking* vorliegt, genauer erläutert; s. dazu auch die Leitentscheidungen des Obersten Gerichtshofes: U.S. Supreme Court, *Londoner v. City and County of Denver*, 210 U.S. 373 (1908); U.S. Supreme Court, *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*, 239 U.S. 441 (1915).

¹²² *Blackstone*, Commentaries on the laws of England, 1765, Buch I, Kap. 1, S. 129-132.

bereits in Kapitel 3 thematisierte Frage, unter welchen Bedingungen der Einzelne Mehrheitsentscheidungen als legitim dulden sollte¹²³ – breiter gesprochen um das Dilemma der Ausbalancierung kollektiver Selbstbestimmung mit individueller Freiheit.¹²⁴ Die Kolonisten nahmen ihre Verfassungstradition und das Konzept des Willkürverbots mit in die „Neue Welt“, wo es zur Zeit der amerikanischen Revolution sogar akzeptierter war als in Großbritannien, wo sich das Recht in Richtung einer unbedingten Vorherrschaft des Parlaments bewegt hatte.¹²⁵ Die vorliegende Arbeit sieht ein minimal verstandenes Willkürverbot freilich auch in der Demokratie selbst verankert (s.o. Kapitel 3 B.).

Wenngleich das grundsätzliche Konzept des Willkürverbots also von Beginn an der amerikanischen Verfassung zugrunde lag, wurde es erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts mit der *Due-process*-Klausel in direkte Verbindung gebracht. Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten hatte den 5. Zusatzartikel zunächst bis zur Verabschiedung des 14. Zusatzartikels im Jahre 1868 prozedural verstanden.¹²⁶ Jedoch begann mit den *Slaughter-House Cases* 1873 die ernsthafte Beschäftigung des Obersten Gerichtshofes mit einer materiellen Interpretation des ordnungsmäßigen Verfahrens (*substantive due process*¹²⁷) bezogen auf den 14. Zusatzartikel. Es ging in dem Verfahren um die durch den Bundesstaat Louisiana eingeführte Pflicht von Fleischherstellern, ihre Schlachtungen in einem zentralen, verstaatlichten Schlachthaus vorzunehmen. Dies sollte die Gesundheit der Bürger von New Orleans schützen, die mit mehrfachen Cholera-Ausbrüchen zu kämpfen hatten, da zuvor die einzelnen, im Stadtgebiet verteilten Schlachter die Tierinnereien in den Mississippi geworfen hatten, welcher als Trinkwasserquelle diente. In den *Slaughter-House Cases*¹²⁸ lehnte der Gerichtshof die materielle Interpretation des 14. Zusatzartikels zwar noch mit dem Argument ab, dass diese Bestimmung vorrangig der Gleichstellung und dem Schutz ehemaliger Sklaven diene und daher schon der Anwendungsbereich nicht eröffnet sei, jedoch vertraten die Richter *Field* und *Bradley* in ihren abweichenden

¹²³ Ausführlich zu der Frage, ob die Durchsetzung „nackter Präferenzen“ – im Gegensatz zur Verfolgung von Gemeinwohlzielen – nach der amerikanischen Verfassung legitim ist: *Sunstein*, *Columbia Law Review* 84 (1984).

¹²⁴ So schreibt *Blackstone*: „But every man, when he enters into society, gives up a part of his natural liberty, as the price of so valuable a purchase; and, in consideration of receiving the advantages of mutual commerce, obliges himself to conform to those laws, which the community has thought proper to establish“, *Blackstone*, *Commentaries on the laws of England*, 1765, Buch 1, Kapitel 1, S. 121; dieses Dilemma benennt auch *Steiger*, *Albany Law Review* 79 (2015/2016), 1.

¹²⁵ *Jackson*, *University of Richmond Law Review* 45 (2011), 501.

¹²⁶ Vgl. *Epstein/Walker*, *Constitutional law for a changing America*, 8. Aufl. 2014, S. 608.

¹²⁷ Der Begriff wird z.T. als Oxymoron kritisiert und mit „pastellgrüner Rotheit“ verglichen, *Ely*, *Democracy and distrust*, 1980, S. 18. Es ist jedoch zu beachten, dass der Oberste Gerichtshof selbst den Begriff *substantive due process* erst ab 1948 benutzte und er zuvor v.a. von Kritikern gebraucht wurde, die das Konzept diskreditieren wollten, vgl. *Ely*, *James W., Jr.*, *Constitutional Commentary* 16 (1999), 319 u. Fn. 20; *Stoner*, *Common-law liberty*, 2003, S. 134.

¹²⁸ U.S. Supreme Court, *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1872).

Meinungen bereits eine extensive Auslegung, nach der auch ökonomische Rechte der Fleischhersteller und Schlachter materiell-inhaltlich vor bundesstaatlichem Zugriff geschützt seien.¹²⁹ Hierin zeigte sich bereits der Inbegriff des Konflikts.¹³⁰ Hintergrund der Befürwortung der materiellen Interpretation war eine wirtschaftspolitische Einstellung, die staatliches Laissez-faire befürwortete.¹³¹

Die Mehrheit des Obersten Gerichtshofs entschied erstmals in den Fällen *Allgeyer v. Louisiana*¹³² und besonders prominent im Fall *Lochner vs. New York*¹³³ zugunsten wirtschaftspolitischen Laissez-Faires. In letzterem ging es um ein Gesetz des Bundesstaates New York, das die Anstellung von Bäckern für mehr als zehn Stunden täglich oder 60 Stunden wöchentlich untersagte. Der Oberste Gerichtshof sah hierdurch die Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit (wörtlich: *right to make a contract in relation to his business*), die einen Teil der im 14. Zusatzartikel garantierten Freiheit darstelle, verletzt. Zwar gelte der 14. Zusatzartikel nicht absolut. Vielmehr könne der 14. Zusatzartikel durch Gesetze, die ein Bundesstaat in legitimer Ausübung seiner Polizeigewalt (*police power*) erlasse, eingeschränkt werden. Der Begriff der Polizeigewalt sei in der Rechtsprechung allenfalls vage definiert und verlange eine Beziehung zur Sicherheit, Gesundheit, Moral oder generell zum öffentlichem Wohl.¹³⁴ Jedoch sei nicht jedes Gesetz, welches sich auf einen dieser Belange berufe, legitim, da sonst eine durch die Verfassung nicht beschränkte Staatsgewalt resultiere und der 14. Zusatzartikel wertlos werde. Vielmehr sei zu fragen, ob das Gesetz eine faire, vernünftige und angemessene Ausübung der Polizeigewalt darstelle oder eine unangemessene, unnötige und willkürliche Einschränkung der individuellen Freiheit.¹³⁵ Im vorliegenden Fall liege ein Bezug zur Polizeigewalt allenfalls in der individuellen Gesundheit des Bäckers vor. Jedoch genüge die bloße Behauptung, dass eine Beziehung zu Belangen seiner Gesundheit bestehe, nicht. Vielmehr sei eine direktere Verbindung zwischen Mittel und Zweck notwendig und der Zweck selbst müsse angemessen und legitim sein.¹³⁶

¹²⁹ Field in: U.S. Supreme Court, *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 83 (1872); Bradley in: U.S. Supreme Court, *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 111 (1872).

¹³⁰ Epstein/Walker, *Constitutional law for a changing America*, 8. Aufl. 2014, 613 f.

¹³¹ Diese Einstellung wird zum Beispiel deutlich in der abweichenden Meinung des Richters Brewer im späteren Fall *Budd v. New York*: „The paternal theory of government is to me odious. The utmost possible liberty to the individual, and the fullest possible protection to him and his property, is both the limitation and duty of government.“, U.S. Supreme Court, *Budd v. New York*, 143 U.S. 517, 551 (1892).

¹³² U.S. Supreme Court, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

¹³³ U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹³⁴ U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 53 (1905).

¹³⁵ U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 56 (1905).

¹³⁶ U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 57 f. (1905).

Durch diese Entscheidung verhalf die Senatsmehrheit wirtschaftspolitischem Laissez-faire juristisch zur Geltung, indem sie das die Wirtschaftsfreiheit beschränkende Gesetz für verfassungswidrig erklärte und die Legislative hinsichtlich progressiver Sozialgesetzgebung in ihre Schranken verwies.

Der strenge und materiell aufgeladene Maßstab der *Due-process*-Klausel erinnert an die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bundesverfassungsgerichts. Denn zum einen wird ein legitimer Zweck (in Ausübung der Polizeigewalt) gefordert und zum anderen werden Anforderungen an die Zweck-Mittel-Beziehung gestellt, die mit der Geeignetheitsprüfung vergleichbar sind. Gleichwohl bleibt bei *Lochner* vieles unklar.¹³⁷ So bleibt etwa offen, welche konkreten Anforderungen durch das Erfordernis einer „direkteren Verbindung zwischen Mittel und Zweck“ an den Gesetzgeber gestellt werden, also ob beispielsweise ein Kausalitätsnachweis auf Basis wissenschaftlicher Studien erbracht werden müsste oder ob dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum eingeräumt wird (den die europäische Gerichtsbarkeit dem Unionsgesetzgeber gewährt, s.o.). Eine solche Kausalitätsnachweispflicht würde die Handlungsfreiheit des Parlaments stark beschränken und Entscheidungsbefugnisse zugunsten von Experten (Verfassern wissenschaftlicher Studien) verschieben.

Gegen eine aus *Lochner* entnehmbare Pflicht eines Kausalitätsnachweises auf Basis wissenschaftlicher Studien spricht allerdings der Umgang der Mehrheitsmeinung mit der abweichenden Meinung des Richters *Harlan*. Dieser hatte empirische Daten bezüglich langer Arbeitsstunden und der Gesundheit von Bäckern zitiert.¹³⁸ Die Mehrheitsmeinung dagegen nahm weder selbst Bezug auf Studien – etwa solche, die die Ungefährlichkeit langer Arbeitsstunden für Bäcker belegen – noch begründete sie ihre Entscheidung mit der Nichtvorlage wissenschaftlicher Studien seitens des Bundesstaates New York. Insofern setzten die Richter lediglich ihre eigene Einschätzung der Zweck-Mittel-Beziehung über die Einschätzung der Legislative des Bundesstaates New York. Eine Verschiebung der Entscheidungskompetenz (und Macht) fand damit zwar statt, allerdings nicht zugunsten (natur-)wissenschaftlicher Experten, sondern zugunsten der Rechtsexperten des Obersten Gerichtshofes.

Diese Machtverschiebung war Gegenstand heftiger Kritik. So bemerkte *Ely*, dass immer, wenn ein Gesetz im Rahmen (verfassungs-)gerichtlicher Überprüfung gekippt werde, ein weder gewähltes noch sonst politisch verantwortliches Gremium den gewählten Repräsentanten des

¹³⁷ Zu offenen Fragen vgl. *Sullivan/Gunther*, Constitutional law, 16. Aufl. 2008, 371 ff.

¹³⁸ U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 70 f. (1905).

Volkes sage, dass sie nicht regieren könnten, wie sie wollten.¹³⁹ Heutzutage wird die Usurpierung von traditionell legislativer Macht durch den Gerichtshof in den USA immer noch – allerdings vorwiegend von Konservativen – kritisiert.¹⁴⁰ Dies dürfte damit zu tun haben, dass der Oberste Gerichtshof heutzutage überwiegend zugunsten progressiver Wertvorstellungen (etwa gleichgeschlechtliche Ehe) einschreitet (s.u. bb)) und nicht – wie in der sog. *Lochner*-Ära – zugunsten wirtschaftlicher Freiheiten und zulasten progressiver Sozialgesetzgebung.

Der strenge Maßstab der *Lochner*-Entscheidung wurde aber auch unter anderen Gesichtspunkten kritisiert.¹⁴¹ Die progressive Kritik betraf den Inhalt der Entscheidung: die Nichtigerklärung von Sozialgesetzgebung, die die schwächeren Wirtschaftsteilnehmer schützen sollte, zugunsten wirtschaftlich mächtiger Unternehmen. Einige der liberalen Kritiker gehen hierbei von Naivität, zu hohem Abstraktionsdenken und Laissez-faire-Nostalgie der Richter aus¹⁴², andere von einer bewussten Entscheidung, den Reichen und Mächtigen zu helfen.¹⁴³

Die wichtigste und folgenreichste Kritik äußerte Richter *Holmes* in seiner abweichenden Meinung zu der Entscheidung selbst. Er forderte einen flexibleren Überprüfungsmaßstab, der die „Freiheit“ im 14. Zusatzartikel nicht zugunsten eines Laissez-faire-Staates missbrauche, um das natürliche Ergebnis eines mehrheitlichen Meinungsbildungsprozesses zu beseitigen. Vielmehr dürfe die Freiheit im 14. Zusatzartikel nur dann zur Verfassungswidrigkeit führen, wenn

„ein rationaler und fairer Mann zugeben müsste, dass Grundprinzipien, die sich in den Traditionen der Menschen und des Gesetzes widerspiegeln, verletzt werden.“¹⁴⁴

Während *Holmes*‘ Kritik bis in die 1930er Jahre oft als inhaltlich und progressiv begründet eingestuft wurde¹⁴⁵, wird heute überwiegend davon ausgegangen, dass richterliche Selbstbeschränkung sein vorrangiges Anliegen gewesen sei, dass er gar die Theorie der richterlichen Selbstbeschränkung geschaffen habe.¹⁴⁶ Dies wiederum verdeutliche sein Bekenntnis und seinen Einsatz für die Demokratie.¹⁴⁷

¹³⁹ *Ely*, *Democracy and distrust*, 1980, 4 f.: „a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like.“

¹⁴⁰ Vgl. *Arkes*, *The return of George Sutherland*, 1997, S. 28.

¹⁴¹ Zu den verschiedenen kritischen Strömungen *Phillips*, *The Lochner court, myth and reality*, 2001, 15 ff.

¹⁴² *Cox*, *The court and the Constitution*, 1987, 129 ff.; *Frankfurter*, *Harvard Law Review* 29 (1916), 363 f.; *Brandeis*, *Illinois Law Review* 10 (1916), 464.

¹⁴³ *Gillman*, *The Constitution Besieged*, 2004 m.w.N.

¹⁴⁴ *Holmes* in: U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905): „I think that the word ‚liberty‘, in the 14th Amendment, is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law.“

¹⁴⁵ So *White*, *University of Chicago Law Review* 39 (1971), 56 ff.

¹⁴⁶ *Holmes/Posner*, *The essential Holmes*, 1992, S. xii.

¹⁴⁷ *Leuchtenburg*, *The Supreme Court reborn*, 1996, S. 18.

Der sog. *Holmes-Test* setzte sich langfristig durch (s. sogleich). Der Oberste Gerichtshof verwarf zwar bis in die 1930er Jahre fast 200 Regelungen auf Grundlage der in *Lochner* aufgestellten Anforderungen.¹⁴⁸ Auch danach knüpfte er noch in einigen Entscheidungen – wenn gleich nicht konsequent¹⁴⁹ – an die Mehrheitsmeinung in *Lochner v. New York* an. Jedoch zeichnete sich schon mit der *Carolene-Products*-Entscheidung 1938 eine Zeitenwende an. Im Jahre 1955 verwarf er im Fall *Williamson v. Lee Optical*¹⁵⁰ die in *Lochner* aufgestellten Anforderungen schließlich ausdrücklich:

„Die Zeit ist vorbei, in der dieses Gericht das ordnungsgemäße Verfahren aus dem 14. Zusatzartikel benutzte, um bundesstaatliche Gesetze, die Industrie- und Berufsbedingungen regeln, für nichtig zu erklären, weil sie unweise oder unwichtig sind oder nicht einer bestimmten Denkschule entsprechen.“¹⁵¹

Hintergrund dürfte die Einsicht im Zuge des *New Deal* gewesen sein, dass Gewinner und Verlierer des Marktgeschehens auf öffentlichen Entscheidungen beruhen und nicht auf einer Art vorherbestimmtem wirtschaftlichen *status quo*. Dementsprechend wuchs ab den 1930er Jahren die Bereitschaft, soziale Umverteilung als legitimes öffentliches Ziel anzuerkennen.¹⁵²

bb) Grundrechtsschutz durch strenge gerichtliche Kontrolle

Trotz der Aussage in *Williamson v. Lee Optical* ist die materielle Interpretation der *Due-process*-Klausel nicht insgesamt verworfen worden. Vielmehr haben sich im Laufe der folgenden Jahrzehnte spätestens seit der berühmten Fußnote 4 der *Carolene-Products*-Entscheidung 1938¹⁵³ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf Basis des „*Holmes-Tests*“ zwei wesentliche Stränge herausgebildet, anhand derer nach wie vor Gesetze inhaltlich und nicht bloß prozedural überprüft werden. In der *Carolene-Products*-Entscheidung ging es um das Verbot des

¹⁴⁸ *Sullivan/Gunther*, Constitutional law, 16. Aufl. 2008, S. 373.

¹⁴⁹ Im Fall *Nebbia v. New York* maß der Oberste Gerichtshof das angegriffene Gesetz an einem etwas weniger strengen Prüfungsmaßstab: Das Gesetz dürfe nicht unvernünftig, willkürlich und unberechenbar sein und die gewählten Mittel müssten eine echte und erhebliche Beziehung zum gewünschten Ziel haben, U.S. Supreme Court, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 525 (1934).

¹⁵⁰ *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955). Der Fall betrifft zwar das Gleichheitsgebot (*equal protection clause*) aus dem 14. Zusatzartikel, jedoch sind die Prüfungsmaßstäbe, die der Oberste Gerichtshof auf *due process clause* und *equal protection clause* anwendet, identisch.

¹⁵¹ *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483, 488 (1955): „The day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought.“

¹⁵² Vgl. *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1718.

¹⁵³ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); s. dazu *Miller*, Supreme Court Review 1987, 598 f.

Handels von fettreduzierter Milch mit pflanzlichen Fettersatzstoffen zum Schutz der Gesundheit. Der Oberste Gerichtshof legte in diesem Fall, da es sich lediglich um die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit handelte, einen laxen Prüfungsmaßstab an und berief sich u.a. auf die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit (dazu sogleich). In der Fußnote 4 betonte er aber, dass für spezifische Verbote der Verfassung womöglich ein strengerer Maßstab anzulegen sei. Begründet wurde dieser strengere Überprüfungsmaßstab in Fußnote 4 damit, dass sich politische, religiöse und ethnische Minderheiten im Gesetzgebungsprozess nicht in ausreichendem Maße selbst Gehör verschaffen können. Dementsprechend sei dem Ergebnis des politischen Prozesses in solchen Fällen nicht im selben Umfang zu trauen, weshalb eine strengere juristische Überprüfung angebracht sei.¹⁵⁴

Dieser in der Fußnote 4 angedeutete strengere Maßstab für spezifische Grundrechte (*fundamental rights*) setzte sich in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes durch.¹⁵⁵ Zu solchen Grundrechten zählen neben den in der *Bill of Rights*¹⁵⁶ aufgelisteten Rechten wie der Redefreiheit auch andere, direkt aus der *Due-process*-Klausel auf dem Wege der Auslegung entnommene Rechte¹⁵⁷, nämlich solche, „die sich in den Traditionen der Menschen und des Gesetzes widerspiegeln“ (s.o. *Holmes*). Darunter hat der Oberste Gerichtshof im Wesentlichen stark personenbezogene Rechte gefasst, wie unter anderem – seit dem weltweit von der queeren Community gefeierten *Obergefell*-Urteil¹⁵⁸ – das Recht auf gleichgeschlechtliche Ehe, daneben Fortpflanzungsrecht, Erziehungsrecht, medizinische Selbstbestimmung, Freizügigkeit, Datenschutz.¹⁵⁹ Die Strenge des Prüfungsmaßstabs variiert zwischen den verschiedenen Grundrechten, geht aber über eine bloße Willkürkontrolle jedenfalls deutlich hinaus: erstens hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfungsdichte, zweitens hinsichtlich einer Einschränkung potentiell le-

¹⁵⁴ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), Footnote 4: „There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.“

¹⁵⁵ Für einen guten Überblick über die gesamte Thematik s. *Sullivan/Massaro*, *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, 2013, 122 ff.

¹⁵⁶ Die ersten zehn Zusatzartikel.

¹⁵⁷ *Jackson* argumentiert, dass aus dem 9. Zusatzartikel zu entnehmen sei, dass es neben der *Bill of Rights* noch weitere durch die Verfassung zu schützende Grundrechte geben müsse. Insofern ver helfe die Interpretation von Grundrechten in die *Due-process*-Klausel dem 9. Zusatzartikel zur Geltung, *Jackson*, *University of Richmond Law Review* 45 (2011), 494 f.

¹⁵⁸ U.S. Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 14 U.S. 556 (2015).

¹⁵⁹ Zu den einzelnen Rechten ausführlich: *Sullivan/Massaro*, *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, 2013, 122 ff.; *Sullivan/Gunther*, *Constitutional law*, 16. Aufl. 2008, 413 ff.

gitimer Zwecke und drittens teilweise hinsichtlich eines absolut und unabhängig vom angestrebten Zweck geschützten Rechtskerns.¹⁶⁰ Da diese personenbezogenen Rechte für die vorliegende Untersuchung keine besondere Bedeutung haben, sind die Details hier nicht weiter zu vertiefen, besonders da vieles umstritten und abhängig von der Besetzung des Obersten Gerichtshofes stetigem Wandel unterliegt.

cc) Schutz sozioökonomischer Rechte durch Willkürkontrolle

Daneben wird aber hinsichtlich sozioökonomischer Rechte, die für den vorliegenden Rechtsvergleich eine zentrale Bedeutung haben, ebenfalls eine gewisse materielle Kontrolle vollzogen. Sozioökonomische Rechte stellen in der üblichen Terminologie der *Due-process*-Klausel keine Grundrechte dar (*non-fundamental rights*¹⁶¹). Dennoch unterfallen nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes solche Rechte jedenfalls implizit den Begriffen Freiheit (*liberty*) und Eigentum (*property*) des 5. und 14. Zusatzartikels (*Due-process*-Klauseln).

Da die US-amerikanische Rechtsprechung generell wenig mit Definitionen der gesetzlichen Begriffe arbeitet, sondern viel mit freien Argumenten und Verweisen auf Präzedenzfälle, ist eine genaue Konturierung der Begriffe „Freiheit“ und „Eigentum“ im Kontext des *substantive due process* kaum möglich. Dies insbesondere deshalb, da die Klagen auf Basis der *Substantive-due-process*-Klausel im wirtschaftlichen Bereich stets aus anderen Gründen scheiterten (dazu sogleich) und insofern kein Grund für den Obersten Gerichtshof bestand, die Begriffe „Freiheit“ und „Eigentum“ in diesem Bereich zu konkretisieren. Im Bereich des *procedural due process* gibt es zwar Ansätze der Konturierung¹⁶². Diese sind jedoch nicht ohne Weiteres zu übertragen.

¹⁶⁰ S. ausführlicher *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1698 ff. In der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik sind der zweite und dritte Aspekt wohl vergleichbar mit einerseits dem qualifiziertem Gesetzesvorbehalt/den verfassungsimmanenten Schranken, die ebenfalls die Bandbreite legitimer Zwecke beschränken, und andererseits mit der Wesensgehaltsgarantie.

¹⁶¹ *Sullivan/Massaro*, The Arc of Due Process in American Constitutional Law, 2013, 130 ff.

¹⁶² Hinsichtlich des prozeduralen Eigentumsschutzes (*property*) unterschied der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten zunächst zwischen Eigentumsrechten einerseits und Privilegien, wozu insbesondere Ansprüche auf staatliche Leistungen oder Genehmigungen zählten, andererseits. Nur erstere sah er als geschützte Güter an. Diese Unterscheidung gab er jedoch später explizit auf. Nach heutiger Interpretation sind Ansprüche gegen den Staat grundsätzlich ebenfalls als Eigentum geschützt, allerdings nur, wenn die staatliche Stelle kein Ermessen hinsichtlich der Vergabe der Leistung, der Erteilung der Genehmigung etc. hat. (S. hierzu *Pierce*, Columbia Law Review 1996, S. 1974; *Koch*, Administrative law and practice, 3. Aufl. 2010, S. 107 ff.) Hinsichtlich des prozeduralen Freiheitsschutzes (*liberty*) merkte der Oberste Gerichtshof schon im frühen 20. Jahrhundert an, dass mit Freiheit mehr als nur körperliche Bewegungsfreiheit gemeint ist, sondern auch beispielsweise die Aufnahme einer üblichen Beschäftigung umfasst. (S. U.S. Supreme Court, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923): „[The liberty interest] denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those

Eine genaue Einordnung ist allerdings für die vorliegende Untersuchung nicht zwingend nötig. Entscheidend für den Zweck dieser Untersuchung ist lediglich, dass der Gerichtshof selbstverständlich und implizit eine breite Vielfalt unternehmerischer Tätigkeiten unter der *Substantive-due-process*-Klausel prüft. Beispielsweise wird in der bereits zitierten *Carolene-Products*-Entscheidung¹⁶³ selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Handel mit einem Produkt unter die *Due-process*-Klausel fällt. Dementsprechend dürften generell wirtschaftliche Tätigkeiten im Bereich der Produkt- und Technologieentwicklung und -vermarktung der *Due-process*-Klausel unterfallen. Dieser relativ umfassende (oder jedenfalls undefinierte) Schutzbereich ist in Abgrenzung zu den oben beschriebenen spezifischen Grundrechten zu sehen, die nur bestimmte Verbote erfassen, dafür aber einer strengen verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen.¹⁶⁴

Dagegen beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle allgemeiner sozioökonomischer Rechte spätestens seit der *Carolene-Products*-Entscheidung¹⁶⁵ auf den sog. *rational basis test* (wohl mit „Willkürkontrolle“ übersetzbar).

In dieser Entscheidung führt der Gerichtshof zunächst aus, dass der Fall bereits auf Grundlage der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit entschieden werden könne, aber auch die Faktenlage das Gesetz zum Verbot des Handels von fettreduzierter Milch mit pflanzlichem Fetterersatz zum Schutz der Gesundheit stütze.¹⁶⁶ Im Folgenden präzisiert der Oberste Gerichtshof, wie die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit widerlegt bzw. die Faktenlage erschüttert werden könne.

Für eine informierte verfassungsgerichtliche Überprüfung der Rationalität der Gesetzgebung könnten grundsätzlich die Gesetzesbegründung sowie die Materialien der Ausschüsse und (Sachverständigen-)Anhörungen des Gesetzgebungsprozesses (bzw. die Unterlagen der Regulierungsagentur) herangezogen werden. Aber selbst in Abwesenheit solcher Hilfsmittel für das Gericht sei das Vorliegen von Fakten, die die gesetzgeberische Entscheidung stützten, zu vermuten.¹⁶⁷ Dementsprechend könne die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit nur widerlegt werden, wenn der Beschwerdeführer darlege, dass die im Gesetzgebungsprozess vorgetragenen

privileges long recognized ... as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.“) S. zu alledem auch *Sullivan/Gunther*, Constitutional law, 16. Aufl. 2008, 481 ff.

¹⁶³ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

¹⁶⁴ Insofern liegt ein Vergleich zum Verständnis des Art. 2 I GG als allgemeine Handlungsfreiheit im Gegensatz zu den spezielleren Garantien des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der folgenden Grundrechte nahe.

¹⁶⁵ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

¹⁶⁶ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 148 (1938).

¹⁶⁷ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938).

Fakten nicht mehr zuträfen, oder wenn er darlege, dass sein Produkt zwar in den Anwendungsbereich des Gesetzes falle, aber sich von den anderen regulierten Produkten in einer Weise unterscheide, die die Mitregulierung seines Produkts willkürlich und irrational erscheinen ließen.¹⁶⁸ Allerdings sei bei der gerichtlichen Überprüfung des Gesetzes anhand der vom Beschwerdeführer vorgetragene(n) Fakten und Argumente das Gesetz stets als verfassungsmäßig anzusehen, wenn *irgendeine vorgetragene oder vernünftigerweise unterstellbare Faktenlage das Gesetz stütze*. Die Streitbarkeit dieser Faktenlage sei insoweit nicht ausreichend, um das Gesetz für verfassungswidrig zu erklären, da die Entscheidung hierüber dem Kongress obliege und nicht durch Abwägung eines Gerichts ersetzt werden dürfe.¹⁶⁹

Der Maßstab einer reinen Willkürkontrolle mit äußerst geringer Überprüfungstiefe hinsichtlich sozioökonomischer Rechte im Rahmen der *Due-process*-Klausel gilt auch heutzutage noch.¹⁷⁰

Bevor die Untersuchung sich der Frage zuwendet, was dieser Maßstab der Willkürkontrolle mit geringer Überprüfungstiefe für den legislativen Umgang mit Ungewissheit und für den inhaltlichen Handlungsspielraum des Gesetzgebers bedeutet, sind die anderen möglicherweise einschlägigen Grundrechte kurz zu beleuchten, um ggf. einen gemeinsamen Maßstab zu identifizieren.

b) *Equal-Protection-Klausel*

Hinsichtlich der *Equal-protection-Klausel*¹⁷¹ kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zur *Due-process-Klausel* verwiesen werden, da sich die Interpretation beider Klauseln durch den Obersten Gerichtshof parallel entwickelt hat und auch aktuell einen vergleichbaren Maßstab anlegt.¹⁷² Sofern besonders beschützte Gruppen (insbesondere ethnische, religiöse und politische Minderheiten) ungleich behandelt werden, nimmt der Oberste Gerichtshof einen strengen Überprüfungsmaßstab an, der dem Maßstab für den Entzug besonders geschützter Grundrechte nach der *Due-process-Klausel* gleicht. Nach diesem Maßstab erklärt der Gerichtshof ebenfalls einerseits bestimmte Gründe der Ungleichbehandlung für illegitim und unterwirft andererseits

¹⁶⁸ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 f. (1938).

¹⁶⁹ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 154 (1938).

¹⁷⁰ *Sullivan/Gunther*, Constitutional law, 16. Aufl. 2008, S. 379; *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1718; *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 117; vgl. auch Urteile aus jüngerer Zeit: U.S. Supreme Court, *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833 (1998); U.S. Supreme Court, *Lingle v. Chevron*, 544 U.S. 528 (2005).

¹⁷¹ 14. Zusatzartikel: „...[*Due-process-Klausel*]; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.“

¹⁷² *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1717.

die Beziehung zwischen Ungleichbehandlung und verfolgtem Zweck einer strengen Kontrolle.¹⁷³

Von Interesse für die vorliegende Untersuchung ist aber auch hier lediglich der Bereich der wirtschaftlichen Betätigung. Diesbezüglich wird im bereits zitierten Urteil *Williamson v. Lee Optical*¹⁷⁴ sowohl die *Due-process*-Klausel als auch die *Equal-protection*-Klausel dem Maßstab der Willkürkontrolle (*rational basis test*) unterworfen. In dem angegriffenen Gesetz wurde verboten, dass Optiker ohne augenärztliches Rezept Brillen anpassen oder zerbrochene Gläser austauschen. Verkäufer von Fertigbrillen wurden von dem Verbot jedoch ausgenommen. Der oberste Gerichtshof lehnte in diesem Fall aufgrund der angesetzten niedrigen Prüftiefe einen Verstoß gegen die *Due-process*-Klausel ab, weil es rational begründbar sei, ein Rezept für eine Brillenanpassung oder einen Gläseraustausch zu verlangen. Zugleich lehnte der Gerichtshof unter Zugrundelegung desselben Maßstabs auch einen Verstoß gegen die *Equal-protection*-Klausel ab, da rationale Gründe des Gesetzgebers für die Ungleichbehandlung denkbar seien und der Schutz vor Ungleichbehandlung nicht weiter gehe als der individuelle Schutz.¹⁷⁵

c) *Contract-Klausel*

Die *Contract*-Klausel schützt vor der nachträglichen gesetzlichen Änderung bereits eingegangener Vertragsverpflichtungen bzw. vor der Hinderung ihrer Durchsetzbarkeit.¹⁷⁶ Sie wurde von den Vätern der amerikanischen Verfassung eingeführt, um zu verhindern, dass politische Kräfte vor ihrer Wahl Verträge eingingen, die sie dann bei Ergreifen der politischen Macht durch Gesetze nachträglich abändern konnten. Insbesondere Gesetze zur Schuldnerentlastung, die etwa verlängerte Rückzahlungsfristen vorsehen, wurden befürchtet.

Die Klausel ist insofern für den Bereich der Regulierung neuer Technologien nicht besonders relevant. Selbst wenn Fälle denkbar sein mögen, in denen Risikoregulierung (mittelbar) Vertragsverpflichtungen nachträglich ändert oder deren Durchsetzung erschwert, soll hier eine Beschränkung auf eine überblicksartige Darstellung erfolgen, da die Unterschiede zum Maßstab der *Due-process*-Klausel gering sind.

¹⁷³ *Ders.*, Columbia Law Review 84 (1984), 1711 ff. m.w.N. Der Maßstab weist insoweit Parallelen zu Art. 3 Abs. 1 bzw. Abs. 3 GG auf.

¹⁷⁴ U.S. Supreme Court, *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955).

¹⁷⁵ U.S. Supreme Court, *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483, 489 (1955).

¹⁷⁶ „No State shall [...] pass any [...] Law impairing the Obligation of Contracts.“

So ging der Gerichtshof schon früh davon aus, dass die *Contract*-Klausel nicht unbeschränkt alle Verträge schützt, sondern unter dem Vorbehalt der Ausübung von Polizeigewalt steht.¹⁷⁷ Zunächst blieb dieser Vorbehalt allerdings auf wenige anerkannte Fälle der Polizeigewalt beschränkt, insbesondere die Bürger vor unerlaubten Handlungen zu schützen.¹⁷⁸

Etwas später entschied der Gerichtshof zudem, dass die im Übrigen verfassungsmäßige Regulierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf Grundlage der Polizeigewalt nicht durch den mittelbaren Einfluss auf Vertragsverpflichtungen verfassungswidrig werde.¹⁷⁹ Hierunter dürften die meisten Fälle im Bereich der Risikoregulierung fallen, da sie (zumindest im Technologie- und nicht im Finanzsektor) kaum direkt auf Vertragsverpflichtungen oder deren Durchsetzbarkeit Einfluss nehmen.

Schließlich erklärte der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung *Blaisdell*¹⁸⁰ eine Regelung zur Schuldnerentlastung – also gerade den Fall, der von den Vätern der Verfassung verboten werden sollte – für mit der *Contract*-Klausel vereinbar. In dem Fall stellte er die generelle Regel auf, dass der Staat ein legitimes Ziel verfolgen und vernünftige und angemessene Maßnahmen zu dessen Verfolgung ergreifen müsse, damit das Gesetz im Lichte der *Contract*-Klausel verfassungsmäßig sei.¹⁸¹ Diese Voraussetzungen überlässt der Gerichtshof allerdings nicht völlig der Einschätzung des Gesetzgebers, sondern nimmt selbst eine Überprüfung vor.

Damit unterliegen nur Fälle mit *direkter* Auswirkung auf Vertragsverpflichtungen einer gegenüber der *Due-process*-Klausel leicht erhöhten Prüfungsdichte des obersten Gerichtshofes¹⁸², die noch einmal verschärft wird, wenn der Staat auf Verträge Einfluss nimmt, bei denen er selbst Vertragspartner ist.¹⁸³

¹⁷⁷ S. z.B. U.S. Supreme Court, *West River Bridge Co. v. Dix*, 47 U.S. 507 (1848); U.S. Supreme Court, *Stone v. Mississippi*, 101 U.S. 814 (1880); U.S. Supreme Court, *Manigault v. Springs*, 199 U.S. 473 (1905).

¹⁷⁸ *Freund*, *The Police Power*, 1904, 4 ff.

¹⁷⁹ U.S. Supreme Court, *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*, 240 U.S. 342, 363 (1916).

¹⁸⁰ U.S. Supreme Court, *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

¹⁸¹ U.S. Supreme Court, *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 438 (1934).

¹⁸² Ebenso *Sunstein*, *Columbia Law Review* 84 (1984), 1721.

¹⁸³ U.S. Supreme Court, *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977).

d) Eminent-domain- bzw. Takings-Klausel

Auch hinsichtlich dieser Klausel des 5. Zusatzartikels, die unterschiedlich bezeichnet wird¹⁸⁴, ist in wesentlichen Punkten ein Verweis auf die Ausführungen zur *Due-process*-Klausel möglich. Die *Eminent-domain*-Klausel besagt, dass Eigentum nicht ohne angemessene Entschädigung für öffentliche Zwecke entzogen werden darf.¹⁸⁵

Für die vorliegende Untersuchung stellen sich verschiedene Fragen: erstens die Frage, was alles als Eigentum geschützt ist; zweitens, wie der Begriff des öffentlichen Zwecks verstanden und wie streng er gerichtlich überprüft wird; schließlich, ob eine Enteignung auch bei einer bloß abstrakt-generellen Regelung der Nutzbarkeit des Eigentums vorliegen kann (ähnlich der deutschen „Inhalts- und Schrankenbestimmung“). Nur dann kann die Vorschrift für die Regulierung von Technologien eine zentrale Rolle spielen, da diese typischerweise nicht mit der physischen Wegnahme von bestimmten Eigentumsgegenständen einhergeht, sondern deren Nutzbarkeit beeinträchtigt (beispielsweise könnte ein abstrakt-generelles Verbot einer Technologie die Produktionsanlagen und das geistige Eigentum nutzlos machen).

Den Eigentumsbegriff hat der Oberste Gerichtshof nach und nach ausgeweitet.¹⁸⁶ Nicht nur Grundeigentum, sondern auch persönliches Eigentum sind umfasst.¹⁸⁷ Darüber hinaus werden auch immaterielle Güter wie etwa die Freiheit von Fluglärm oder geistiges Eigentum umfasst.¹⁸⁸ Finanzielle Interessen, die auf einer vorherigen Einzahlung basieren (insbesondere Zinsen), werden ebenfalls geschützt.¹⁸⁹ Für die vorliegende Untersuchung ist die Klausel folglich relevant, da Eigentum an Produktionsanlagen oder geistiges Eigentum an Erfindungen von ihr umfasst sein können.

Zur zweiten Frage ist zunächst anzumerken, dass die Klausel durch den Obersten Gerichtshof so interpretiert wird, dass ein öffentlicher Zweck stets erforderlich ist, d.h. eine Enteignung auch dann rechtswidrig ist, wenn zwar eine angemessene Entschädigung geboten wird, aber

¹⁸⁴ *Taking* bedeutet in diesem Kontext „Enteignung“, kann aber auch als „das Nehmen“ oder „Einnahme“ übersetzt werden. *Eminent domain* bedeutet „Enteignungsrecht“. Im Folgenden wird der technischere Begriff der *eminent domain* gewählt.

¹⁸⁵ 5. Zusatzartikel: „...; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.“

¹⁸⁶ *Sullivan/Gunther*, Constitutional law, 16. Aufl. 2008, 399 f.

¹⁸⁷ U.S. Supreme Court, *Andrus v. Allard*, 444 U.S. 51 (1979).

¹⁸⁸ U.S. Supreme Court, *United States v. Causby*, 328 U.S. 256 (1946); U.S. Supreme Court, *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984).

¹⁸⁹ U.S. Supreme Court, *Webb's Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith*, 449 U.S. 155 (1980); U.S. Supreme Court, *Phillips v. Washington Legal Foundation*, 524 U.S. 156 (1998).

kein öffentlicher Zweck vorliegt.¹⁹⁰ Insofern beantwortet das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks die Frage, *ob* Eigentum *überhaupt* entzogen werden darf.

Der „öffentliche Zweck“ wurde bis Mitte des 19. Jahrhunderts insbesondere von bundesstaatlichen Gerichten eng in dem Sinne verstanden, dass das entzogene Eigentum selbst der öffentlichen Nutzung zur Verfügung gestellt werden muss.¹⁹¹ Nachdem der Oberste Gerichtshof Ende des 19. Jahrhunderts durch Inkorporation des 5. Zusatzartikels in den 14. Zusatzartikel begann¹⁹², auch bundesstaatliche Gesetze auf Grundlage der *Eminent-domain*-Klausel zu überprüfen, wies er diese enge Auslegung zurück.¹⁹³ Im ungefähren Gleichlauf mit der Entwicklung der *Due-process*-Klausel¹⁹⁴ entwickelte der Gerichtshof ein sehr weites Verständnis eines öffentlichen Zwecks. Er betont zwar, dass eine staatliche Enteignung der Person A zum alleinigen Zweck, das Eigentum der Privatperson B zu übertragen, verfassungswidrig sei.¹⁹⁵ Allerdings lässt er solche staatlichen Eigentumsübertragungen von einer Privatperson auf die andere zu, wenn ein sehr weit gefasster öffentlicher Zweck verfolgt wird. So akzeptierte der Gerichtshof Enteignungen in heruntergekommenen Innenstädten zu dem öffentlichen Zweck, die Grundstücke für die Stadtentwicklung durch private Investoren zu nutzen, wodurch wiederum Arbeitsplätze und ein höheres Steueraufkommen erhofft wurden.¹⁹⁶ Ebenso wurde ein Gesetz für verfassungsmäßig erklärt, in dem Großgrundbesitzer auf Hawaii teilweise enteignet wurden und die Parzellen sodann den bisherigen langfristigen Mietern oder Pächtern zum Kauf angeboten wurden. Als öffentlicher Zweck reichte die Bekämpfung der feudal geprägten, starken Grundeigentumskonzentration auf Hawaii aus.¹⁹⁷

Der Oberste Gerichtshof betont zudem immer wieder seine Achtung (*deference*) vor der Einschätzung des Gesetzgebers und der Verwaltung hinsichtlich des öffentlichen Zwecks.¹⁹⁸ Insofern ist der hier angesetzte Maßstab mit dem zurückhaltenden Maßstab der *Due-process*-Klausel im Fall wirtschaftlicher Rechte vergleichbar oder sogar noch weniger streng.¹⁹⁹

¹⁹⁰ U.S. Supreme Court, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, Abschnitt III, Abs. 1 (2005); *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1724.

¹⁹¹ So beschreibend U.S. Supreme Court, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, Abschnitt III, Abs. 3 (2005).

¹⁹² Zu dieser Inkorporation allgemein *Sullivan/Gunther*, Constitutional law, 16. Aufl. 2008, 354 ff.

¹⁹³ So ausdrücklich U.S. Supreme Court, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, Abschnitt III, Abs. 3 (2005).

¹⁹⁴ *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1724.

¹⁹⁵ U.S. Supreme Court, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, Abschnitt III, Abs. 1 (2005).

¹⁹⁶ U.S. Supreme Court, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005); zuvor schon ähnlich U.S. Supreme Court, *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954).

¹⁹⁷ U.S. Supreme Court, *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229 (1984).

¹⁹⁸ S. prominent dazu U.S. Supreme Court, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, Abschnitt III, Abs. 4, 6, 7. (2005).

¹⁹⁹ *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1725.

Die Frage, ob auch in abstrakt-generellen Nutzungsregelungen Enteignungen gesehen werden können, wird durch den Obersten Gerichtshof grundsätzlich positiv beantwortet (sog. *regulatory takings*).²⁰⁰ Wann dies der Fall ist, möchte bzw. kann der Gerichtshof jedoch nicht generell beantworten. In *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City* sagte der Gerichtshof ausdrücklich:

„While this Court has recognized that the Fifth Amendment's guarantee . . . [is] designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole,²⁰¹ this Court, quite simply, has been unable to develop any 'set formula' for determining when 'justice and fairness' require that economic injuries caused by public action be compensated by the government, rather than remain disproportionately concentrated on a few persons.“²⁰²

Vielmehr geht der Gerichtshof von einer einzelfallbezogenen Ad-hoc-Abwägung aus und benennt Kriterien für diese Abwägung, wie die Investitionserwartungen des Klägers.²⁰³ Das permanente physische Eindringen in das Eigentum soll ebenso wie das Verbot jeder wirtschaftlich sinnvollen Nutzung generell eine entschädigungspflichtige Enteignung darstellen.²⁰⁴ Dagegen liegt in der Regel keine Enteignung vor, wenn der Staat in legitimer Ausübung seiner Polizeigewalt handelt, sodass in diesem Fall auch keine Entschädigungspflicht besteht.²⁰⁵ Das Vorliegen legitimer Polizeigewalt beantwortet insofern in den meisten Fällen die Frage, *wie* Eigentum entzogen werden darf, ob also eine *Entschädigung* zu leisten ist.

Wann der Staat in legitimer Ausübung seiner Polizeigewalt handelt, wird analog des Vorliegens eines öffentlichen Zwecks beurteilt.²⁰⁶ Die reine Übertragung des Eigentums von A auf B erfolgt nicht in legitimer Ausübung der Polizeigewalt.²⁰⁷ Es genügt allerdings wiederum, dass ein staatliches Gremium nachvollziehbar einen Grund der Regulierung annimmt, der mit Si-

²⁰⁰ Der Präzedenzfall ist insoweit U.S. Supreme Court, *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922).

²⁰¹ Originalverweis im Zitat auf „*Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49 (1960)“.

²⁰² U.S. Supreme Court, *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 123 f. (1978). Übersetzung: „Während dieses Gericht anerkannt hat, dass der 5. Zusatzartikel bestimmt ist, um den Staat daran zu hindern, einzelne Personen zu zwingen, öffentliche Lasten zu tragen, die in aller Gerechtigkeit und Fairness von der Gesellschaft als Ganze getragen werden sollten, war dieses Gericht schlicht nicht in der Lage, eine feste Formel zu entwickeln, um zu bestimmen, wann Gerechtigkeit und Fairness verlangen, dass durch staatliche Handlungen verursachte ökonomische Schäden durch den Staat kompensiert werden müssen, statt auf unverhältnismäßig wenige Personen konzentriert zu bleiben.“

²⁰³ U.S. Supreme Court, *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 124 (1978).

²⁰⁴ Zum permanenten physischen Eindringen: U.S. Supreme Court, *Loretto v. Teleprompter Manhattan Catv Corp.*, 458 U.S. 419 (1982); zum Verbot jeder wirtschaftlich sinnvollen Nutzung: U.S. Supreme Court, *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992).

²⁰⁵ U.S. Supreme Court, *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272 (1928).

²⁰⁶ *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1725; *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1725, Fn. 174, der die Vermengung der beiden Kriterien öffentlicher Zweck und Polizeigewalt kritisch sieht.

²⁰⁷ U.S. Supreme Court, *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 415 f. (1922).

cherheit, Gesundheit, Moral oder generell dem öffentlichen Wohl zu tun hat, damit das Kriterium der legitimen Ausübung der Polizeigewalt erfüllt ist und die Entschädigungspflicht entfällt.²⁰⁸

Als beispielsweise eine Baumseuche in Virginia grassierte, ordnete der Gesetzgeber die Abholzung aller Zedern an, die möglicherweise Träger der Seuche waren, um dadurch die Apfelbaumbestände in unmittelbarer Nähe zu schützen. Biologisch wäre auch möglich gewesen wäre, Apfelbäume abzuholzen, um die Übertragung der Seuche zu verhindern, da sie sich nicht innerhalb einer Spezies überträgt. Zudem richtet die Seuche an Zedern keinen Schaden an, sondern nur an Äpfeln, sodass bei gesetzgeberischer Untätigkeit nur die Apfelbäume Schaden genommen hätten. Dennoch akzeptierte der Oberste Gerichtshof diese Regulierung vor dem Hintergrund der *Eminent-domain*-Klausel auch ohne Entschädigung. Dabei führte er aus, dass der Gesetzgeber sich entweder durch Tätigkeit zugunsten der Apfelbäume oder durch Untätigkeit zugunsten der Zedern entscheiden konnte und dass er seine verfassungsrechtliche Entscheidungsgewalt nicht überschreite, wenn er sich für die Möglichkeit entscheide, die ihm besser erscheine.²⁰⁹

In den Entscheidungen zeigt sich somit auch bezüglich der Entschädigungspflicht bei *regulatory takings* ein Maßstab des Obersten Gerichtshofes, der einen großen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers achtet, sofern kein Fall des permanenten physischen Eindringens oder des Verbots jeder wirtschaftlich sinnvollen Nutzung vorliegt.²¹⁰

Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers wird insofern hinsichtlich der Frage, ob er überhaupt regulieren darf, durch die *Eminent-domain*-Klausel nur minimal eingeschränkt, da ihm ein weiter Einschätzungsspielraum hinsichtlich möglicher öffentlicher Zwecke zugebilligt wird.

Hinsichtlich der Frage, wie eine Entschädigung vorgesehen werden muss, sind die Vorgaben der *Eminent-domain*-Klausel komplizierter. Für die vorliegende Untersuchung dürfte es aber ausreichen festzustellen, dass der Gesetzgeber bei der Regulierung risikoreicher Technologien in der Regel in legitimer Ausübung der Polizeigewalt handeln dürfte und insoweit abgesehen von Extremfällen (insbesondere völlige Nutzlosigkeit des Eigentums) keine Entschädigung

²⁰⁸ U.S. Supreme Court, *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 125 (1978); U.S. Supreme Court, *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74, 82 ff. (1980).

²⁰⁹ U.S. Supreme Court, *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272, 279 (1928).

²¹⁰ Vgl. auch *Sullivan/Gunther*, Constitutional law, 16. Aufl. 2008, 400, 402; *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984), 1725.

vorsehen muss. Selbst eine Entschädigungspflicht schränkt den gesetzgeberischen Handlungsspielraum zudem nur mittelbar-faktisch ein: Er darf die Regulierung jedenfalls erlassen, wird davon allerdings ggf. selbst Abstand nehmen, wenn sie mit zu hohen Entschädigungskosten einhergeht.

2. Gemeinsames Prinzip zum Umgang mit Ungewissheit?

Es zeigt sich, dass bei der Beschränkung ökonomischer Freiheiten durch Regulierung mindestens ein legitimer Zweck und die vernünftige gesetzgeberische Annahme, dass die gewählte Regulierung den Zweck fördert, verlangt werden. Diese beiden Voraussetzungen sind grundsätzlich geeignet, der Legislative bzw. Exekutive ein gewisses Maß an Rationalität abzuverlangen und Willkür zu verbieten. In den Worten *Sunsteins* schützen alle genannten Bestimmungen vor der Durchsetzung „nackter Präferenzen“ und damit vor der Ausübung „roher politischer Gewalt“.²¹¹

Insofern sind diese gemeinsamen Mindestanforderungen auch potentiell geeignet, eine irrationale Kollektiventscheidung zu Fall zu bringen, um individuelle Freiheiten zu schützen. Dies könnte Grundlage eines Prinzips zum Umgang mit Ungewissheit in den USA sein: Sofern eine Zweck-Mittel-Beziehung nicht rational begründbar ist, weil das Unwissen zu groß ist, könnte eine gesetzliche Regelung an einem der genannten Rechte der Verfassung scheitern.

Entscheidend ist insoweit allerdings die Prüfdichte und eventuelle Vermutungen zugunsten des Gesetzgebers bzw. zugunsten der Grundrechte durch die prüfende Instanz (Oberster Gerichtshof). Sofern die Rationalität und damit Verfassungsmäßigkeit der parlamentarischen Entscheidung vermutet wird, kann der Gesetzgeber auch bei Ungewissheit handeln, bis einem Privaten die Widerlegung gelingt. Besteht jedoch eine Vermutung zugunsten der oben genannten Grundrechte und eine strenge verfassungsgerichtliche Kontrolle, dürfte der Gesetzgeber bei Ungewissheit nicht regulieren.

Wie oben bei den einzelnen verfassungsrechtlichen Rechten dargestellt wurde, gilt in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit – also eine Vermutung zugunsten der gesetzgeberischen Entscheidung –, die zudem in den meisten Fällen ökonomische Rechte betreffend aufgrund des Maßstabs des Obersten Gerichtshofes extrem schwer zu widerlegen ist. Der Rechteinhaber muss nämlich darlegen, dass gar kein legitimer öffentlicher Zweck *denkbar* ist bzw. keine rationale Beziehung zwischen Mittel und Zweck

²¹¹ *Sunstein*, Columbia Law Review 84 (1984).

vorstellbar ist. Die gesetzgeberische Einschätzung kann also nicht beispielsweise allein durch Vorlage gegenteiliger empirischer Studien widerlegt werden.

Folglich ist der Gesetzgeber bei Regulierung unter Ungewissheit weitgehend frei, bestimmte Kausalzusammenhänge anzunehmen, solange diese nicht jedes Menschenverstandes entbehren. Der Handlungsspielraum der Legislative und Exekutive ist im Bereich ökonomischer Freiheiten verfassungsrechtlich nur durch ein Willkürverbot, welches zurückhaltend überprüft wird, eingeschränkt.²¹²

Dies dürfte neben der langen aus Großbritannien übernommenen Tradition eines starken Parlaments²¹³ mit der besonderen bipolaren politischen Konstellation in den USA zu tun haben. Während Demokraten sich in der Regel inhaltlich für progressive Sozial- oder Umweltgesetzgebung einsetzen, die wirtschaftliche Freiheit einschränkt, sind Republikaner tendenziell inhaltlich gegen solche Gesetzgebung, allerdings auch generell gegen richterlichen Aktivismus (*judicial activism*), sondern Verfechter richterlicher Zurückhaltung (*judicial restraint*).²¹⁴ Dementsprechend herrscht – wenngleich aus unterschiedlichen Gründen – im Obersten Gerichtshof unabhängig von der Besetzung seit langem Einigkeit über die Nichteinmischung in wirtschaftliche Entscheidungen des Staates – unabhängig davon, ob der Kongress oder eine Agentur eine solche Entscheidung trifft.²¹⁵

3. Einschränkung durch Schutzpflichten des Staates?

Bislang wurde im Wesentlichen die Konstellation betrachtet, in der sich der Staat für eine Risikoregulierung zum Schutz von Umwelt oder Gesundheit entscheidet und dabei wirtschaftliche Grundrechte einschränkt. Zu klären ist nun, ob der Handlungsspielraum des Gesetzgebers verfassungsrechtlich in Konstellationen eingeschränkt ist, in denen er sich gegen eine Regulierung entschieden hat – ob also verfassungsrechtliche Schutzpflichten zum Handeln zwingen können.

Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten hat in keiner Entscheidung eine Handlungspflicht des Kongresses auf Grundlage einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung (einer

²¹² Zu beachten ist aber die etwas strengere Kontrolle im Bereich der *Contract*-Klausel.

²¹³ Die Überlegung gilt insofern für die Exekutive nicht.

²¹⁴ *Epstein*, University of Chicago Law Review 51 (1984), 704.

²¹⁵ Demgegenüber sind Entscheidungen im Bereich nichtwirtschaftlicher Freiheiten oft kontroverser: Hier trifft bei Demokraten oft richterlicher Aktivismus mit progressiven Werten zusammen, sodass konservatives Regierungshandeln, welches beispielsweise gleichgeschlechtliche Ehen verhindert, für verfassungswidrig erklärt wird, U.S. Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 14 U.S. 556 (2015); Republikaner sehen solche Gerichtsentscheidungen tendenziell sowohl wegen des Inhalts als auch wegen fehlender richterlicher Zurückhaltung kritisch.

„Schutzpflicht“) angenommen.²¹⁶ Vielmehr sollen Private nicht an die Verfassung gebunden sein (*State-action-Doktrin*), auch nicht auf dem Umweg über staatliche Schutzpflichten.²¹⁷

Besonders deutlich äußerte dies der vorsitzende Richter *Rehnquist* in der Entscheidung *DeShaney* von 1989 eine gravierende, wiederholte und zur dauernden Behinderung führende Kindesmisshandlung betreffend, in der das Sozialamt nicht eingeschritten war:

„Nothing in the language of the due process clause requires the state to protect the life, liberty, and property of its citizens against invasion by private actors. [...] Its purpose was to protect the people from the state, not to insure that the state protected them from each other. The framers were content to leave the extent of governmental obligation in the latter area to the democratic political processes.“²¹⁸

Während bei Tätigkeit des Gesetzgebers insofern jedenfalls eine Willkürkontrolle stattfindet, so wird eine verfassungsrechtliche Kontrolle bei Untätigkeit des Gesetzgebers bereits dem Grunde nach abgelehnt. Regulatorische Handlungspflichten könnten sich allenfalls hinsichtlich der Agenturen aus Parlamentsgesetzen ergeben.

4. Schlussfolgerungen

Insgesamt unterliegen Entscheidungen des Gesetzgebers (sowohl Kongress als auch regulatorisch tätige Agenturen) im Bereich wirtschaftlicher Rechte nur einer Willkürkontrolle, die aufgrund der zurückhaltenden gerichtlichen Überprüfungsintensität auch im Falle wissenschaftlicher Ungewissheit und erst recht über politische Verteilungskonflikte eine Entscheidung erlaubt. Bei gesetzgeberischer Untätigkeit findet eine Überprüfung anhand der Verfassung sogar prinzipiell nicht statt.

Aus diesem Grund ist in den USA die „schwache“ Version des Vorsorgeprinzips, die Handeln bei Ungewissheit *erlaubt*, unnötig, um Entscheidungen des Gesetzgebers bei Ungewissheit vor der Verfassung zu rechtfertigen – er darf solche Entscheidungen im wirtschaftlichen Bereich ohnehin treffen. Die US-amerikanische Kritik gegen das Vorsorgeprinzip richtet sich daher auch oftmals – womöglich auch, weil nach soeben Gesagtem für die „schwache“ Version kein relevanter Gehalt gesehen wird – gegen die „starke“ Version des Vorsorgeprinzips, die bei

²¹⁶ *Grimm*, in: Nolte (Hrsg.), *European and US Constitutionalism*, 2005, S. 137 ff.; *Grimm*, in: Nolte (Hrsg.), *European and US Constitutionalism*, 2005, 137.

²¹⁷ *Lange*, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, 2010, S. 417 m.w.N.

²¹⁸ U.S. Supreme Court, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 195 (1989). Übersetzung: „Nichts in der Sprache der *Due-process*-Klausel verlangt vom Staat den Schutz des Lebens, der Freiheit und des Eigentums seiner Bürger gegen das Eindringen durch private Akteure. Ihr Zweck war, die Bürger vor dem Staat zu schützen, nicht sicherzustellen, dass der Staat die Bürger voreinander schützt. Die Väter der Verfassung gaben sich damit zufrieden, das Ausmaß staatlicher Verpflichtungen in letzterem Bereich dem demokratischen politischen Prozess zu überlassen.“

ungewissen Risiken zum Handeln verpflichtet.²¹⁹ Sie widerspricht der anglo-amerikanischen Tradition, dem Parlament größtmöglichen Handlungsspielraum zu lassen, dem politischen Prozess zu vertrauen und nur äußerst zurückhaltend verfassungsrechtliche Pflichten aufzustellen – erst recht im Falle gesetzgeberischer Untätigkeit. Womöglich ist der Bruch mit dieser Tradition ein ebenso gewichtiges Argument der USA gegen das Vorsorgeprinzip wie inhaltliche Bedenken.²²⁰

II. Vorgaben an die Exekutive

Die Exekutive ist im Gegensatz zur Legislative neben der Verfassung auch an Parlamentsgesetze (s.o. A.II.1.) und ggf. an verwaltungsinterne Vorschriften des Präsidenten gebunden (s.o. A.II.2.). Während Parlamentsgesetze ohne Weiteres Exekutivagenturen und unabhängige Agenturen binden, da aus dem Gesetz überhaupt erst die Befugnisse erwachsen, ist bei verwaltungsinternen Vorschriften zu differenzieren, ob diese sich auch an unabhängige Agenturen richten oder nicht.

Im Folgenden werden zunächst die gesetzlichen Bindungen der Agenturen durch den Kongress (1.) und sodann die verwaltungsinternen Bindungen der Agenturen durch den Präsidenten (2.) untersucht. Dabei spielen jeweils auch die Justiziabilität bzw. der Umfang der gerichtlichen Überprüfung eine Rolle. Wie oben bereits ausgeführt sind Einschränkungen der Exekutive, die auf Vorgaben der Legislative oder des Präsidenten beruhen, grundsätzlich auch bei Entscheidungen unter Ungewissheit oder Verteilungskonflikten unproblematisch, da sie die sachlich-inhaltlichen Vorgaben der stärker legitimierten Institution umsetzen. Problematisch kann allenfalls sein, wenn durch Vorgaben der Legislative oder des Präsidenten die Risikomanagement-Entscheidung *de facto* externen, nicht legitimierten Wissenschaftlern überlassen wird (s.o.: Delegation von Befugnissen an private Dritte ist grundsätzlich unzulässig). Dies kann etwa gegeben sein, wenn ein Tätigwerden nur bei wissenschaftlicher Erwiesenheit eines Risikos erlaubt wird – denn dann entscheidet der Wissenschaftler, der das Risiko bewertet, auch darüber, ob Maßnahmen getroffen werden können oder nicht.

Gerichtliche Kontrolle, die den Handlungsspielraum der Exekutive einschränkt, ist vor dem Hintergrund der Je-desto-Formel positiv zu bewerten, soweit im Wesentlichen die Entschei-

²¹⁹ Sunstein, *Laws of Fear*, 2005.

²²⁰ Zu inhaltlichen Bedenken statt vieler *ders.*, *Laws of Fear*, 2005, der vor allem die logische Inkonsistenz und die möglicherweise paralyisierenden Effekte kritisiert.

dungen des Gesetzgebers nachvollzogen werden und eine Ultra-vires-Kontrolle der Exekutivhandlungen geleistet wird. Entscheidungsspielräume der Exekutive auch vor gerichtlicher Kontrolle sind hingegen zu gewährleisten, wo diese vom Gesetzgeber bewusst eingeräumt wurden – beispielsweise um die in der Exekutive vorhandene Expertise²²¹ zu nutzen.

1. Gesetzliche Vorgaben

Gesetzliche Vorgaben für die Exekutive ergeben sich primär aus dem jeweils ermächtigenden Gesetz (*enabling statute*). Rechtlich wirksame Einschränkungen stellen gesetzliche Vorgaben jedoch nur dar, wenn diese Einschränkungen auch gegenüber der Agentur gerichtlich durchsetzbar sind. Insofern sind die gesetzlichen Vorgaben wiederum im Zusammenspiel mit der Interpretation der Gerichte zu analysieren.

Allgemeine Vorgaben zur gerichtlichen Überprüfung von Agenturenentscheidungen enthält der *Administrative Procedure Act* (APA). Diese Vorgaben und ihre Anwendung durch die Gerichte werden zunächst überblicksartig dargestellt (dazu a)), um einen Grundstein für die anschließende Betrachtung einzelner ermächtigender Gesetze zu legen.

Im Bereich der Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken besteht eine enorme Vielzahl ermächtigender Gesetze, ebenso wie es in der EU Sekundärrecht gewaltigen Ausmaßes gibt (s.o.). Es können hier daher nur überblicksmäßig einige im Kontext wissenschaftlicher Ungewissheit besonders aussagekräftige Gesetze darauf untersucht werden, ob sie für Fälle wissenschaftlicher Ungewissheit und damit verbundenen Wertentscheidungen (über Verteilungskonflikte) vorsorgliche Vorschriften in dem Sinne enthalten, dass auch bei Ungewissheit über die Risiken Regulierungen möglich sind, oder ob sie vielmehr ein hohes Maß wissenschaftlicher Gewissheit inklusive entsprechender Beweise für die Regulierung fordern. Hierbei ist auch die jeweilige spezielle Interpretation des ermächtigenden Gesetzes durch Gerichte vor dem Hintergrund des Überprüfungsmaßstabs des APA zu beleuchten (dazu b)).

Sofern das ermächtigende Gesetz eigene Vorschriften zum Umgang mit wissenschaftlicher Ungewissheit enthält, genießen diese als *lex specialis* Vorrang gegenüber den allgemeineren Gesetzen.²²² Unter den allgemeineren Gesetzen sind zwei für die Frage nach dem inhaltlichen Entscheidungsspielraum bei der Regulierung von Umwelt- und Gesundheitsrisiken besonders relevant: einerseits der *National Environmental Policy Act*, der das allgemeine Erfordernis einer

²²¹ Vgl. zur Expertise der Exekutive *ders.*, *University of Pennsylvania Law Review* 164 (2016).

²²² *Hall*, *Administrative law*, 3. Aufl. 2006, S. 2.

Umweltprüfung vor Regulierung aufstellt (dazu c)), andererseits der *Information Quality Act*²²³, der allgemeine Vorgaben für Daten und Fakten, auf die sich Agenturen bei der Regulierung stützen möchten, enthält (dazu d)). Daneben hat im Januar 2017 der *Regulatory Responsibility Act* das Repräsentantenhaus passiert. Im Falle seiner Verabschiedung im Senat und Unterzeichnung durch Präsident *Trump* hätte dieses Gesetz ebenfalls gravierende Auswirkungen für den Umgang mit wissenschaftlicher Ungewissheit (dazu e)).

a) Gerichtliche Überprüfung von Agenturenentscheidungen

Sofern die Voraussetzungen für eine gerichtliche Überprüfung vorliegen und keine Spezialgesetze abweichende Überprüfungsmechanismen vorsehen²²⁴, richtet sich der Umfang der gerichtlichen Überprüfung nach § 706 APA. Dieser Bestimmung zufolge überprüft das Gericht alle rechtlichen Fragen, interpretiert (verfassungs-)rechtliche Vorgaben und bestimmt die Auslegung und Anwendbarkeit der Bedingungen für Agenturhandlungen. Es kann sowohl Agenturen zur Handlung verpflichten, sofern diese rechtswidrig nicht vorgenommen wurde (§ 706 (1)), als auch Agenturhandlungen für rechtswidrig erklären und aufheben (§ 706 (2)). Grundlage der Gerichtsentscheidung sind dabei die vollständigen Aufzeichnungen der Agentur (Akte der Verwaltung)²²⁵ sowie deren Entscheidungsbegründung, die nicht durch nachträgliche Überlegungen der Agentur oder des Gerichts ersetzt werden dürfen.²²⁶

Es werden in § 706 (2)(A)-(F) sechs mögliche Gründe für die Aufhebung von Agenturenentscheidungen bzw. Handlungsverpflichtungen aufgeführt. § 706 (2)(D) betrifft die Einhaltung des Verfahrens und betrifft somit nicht den hier untersuchten inhaltlichen Handlungsspielraum

²²³ Auch genannt *Data Quality Act*.

²²⁴ Die verschiedenen Voraussetzungen (z.B. abschließende Agenturenentscheidung, Ausschöpfung der Abhilfemöglichkeiten in der Verwaltung) sind in §§ 701-705 APA geregelt, vgl. dazu ausführlich *Werhan*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, 297 ff. Unter anderem findet gem. § 701 (a)(2) APA keine gerichtliche Überprüfung statt, wenn die Entscheidung durch Gesetz ins Ermessen der Agentur gestellt wurde. Gemeint sind damit laut Oberstem Gerichtshof allerdings nicht Fälle, in denen lediglich bestimmte Fragen durch ein Gesetz ins Ermessen gestellt wurden, sondern nur wenn es kein Gesetz zur Anwendung gibt („no law to apply“), vgl. U.S. Supreme Court, *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 410 (1971). Die Ausnahme ist damit für die hier untersuchte Risikoregulierung nicht relevant, da schon die *non-delegation doctrine* für inhaltliche Rechtsetzung der Agenturen ein Parlamentsgesetz mit einem verständlichen Prinzip fordert (s.o.).

²²⁵ § 706 a.E., s. auch U.S. Supreme Court, *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 419 (1971). Das Erfordernis, dass alle gerichtlich zu berücksichtigenden Dokumente Bestandteil der Verwaltungsakte sein müssen, gilt allerdings nicht absolut. Gerichte können vielmehr Hintergrundinformationen, die die Vorgänge der Akte verständlich machen, im Prozess zulassen, s. z.B. U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Environmental Defense Fund, Inc. v. Costle*, 657 F.2d 275, 285 (1981).

²²⁶ Vgl. U.S. Supreme Court, *Securities and Exchange Comm'n v. Chenery*, 318 U.S. 80, 88 (1943), der zwar vor Inkrafttreten des APA entschieden wurde, aber hinsichtlich dieses Prinzips nach wie vor Gültigkeit beansprucht, s. *Glicksman/Levy*, *Administrative Law*, 2010, S. 152.

der Agentur. § 706 (2)(B) betrifft verfassungsrechtliche Vorgaben und war damit bereits Gegenstand des vorangegangenen Abschnitts.²²⁷ § 706 (2)(F) betrifft die Überprüfung bestimmter Fakten, die Gegenstand einer gerichtlichen Neuentscheidung sind. Der Anwendungsbereich ist laut Oberstem Gerichtshof aber auf administrative Einzelentscheidungen der Verwaltung (*adjudicatory procedures*) bzw. auf Verfahren zur Durchsetzung nicht administrativer Maßnahmen beschränkt²²⁸ und umfasst damit nicht die Rechtsetzung durch die Agenturen.²²⁹ Es verbleiben drei gerichtliche Aufhebungsgründe, die für die inhaltliche Überprüfung von Agenturrechtsetzung zentral sind: willkürliche, kapriziöse, ermessensmissbräuchliche oder sonst rechtswidrige Agenturhandlungen in § 706 (2)(A) (*arbitrary and capricious*); über die gesetzliche eingeräumte Befugnis hinausgehende Agenturhandlungen in § 706 (2)(C) (*ultra vires*) und schließlich nicht auf hinreichende Beweise gestützte Agenturhandlungen (*substantial evidence*) im Fall des formellen Verfahrens nach §§ 556, 557 APA.

Beim Überprüfungsmaßstab der Gerichte ist grundsätzlich zwischen Faktenermittlung (*facts*), der Auslegung des ermächtigenden Gesetzes (*law*) und der Anwendung des Gesetzes auf den faktischen Fall inklusive Ermessen²³⁰ (*discretion*) der Agenturen zu unterscheiden, vgl. für das das formelle Verfahren explizit § 557 (c)(A) APA.²³¹

Am Maßstab der Je-desto-Formel sollte jedenfalls hinsichtlich der Ultra-vires-Kontrolle eine strenge gerichtliche Kontrolle angesetzt werden, um den sachlich-inhaltlichen Vorgaben des unmittelbar legitimierten Gesetzgebers zur Wirkung zu verhelfen und die direkten Kontrollmechanismen des Kongresses zu ergänzen (s.o. A.II.). Für den wünschenswerten Überprüfungsmaßstab sonstiger Rechtsfragen, die nicht der Ultra-vires-Frage unterfallen (z.B. wenn eindeutig ist, dass die Agentur die Befugnis zur Regelung haben soll, aber unklar ist, wie sich verschiedene Ermächtigungsgrundlagen zueinander verhalten), lassen sich aus der Je-desto-Formel keine generellen Schlüsse ziehen, da die gerichtliche Überprüfung der Exekutive demokratietheoretisch ambivalent ist (näher sogleich bb)).

Hinsichtlich der Faktenermittlung und des Ermessens vollziehen die Gerichte nicht die Vorgaben des Gesetzgebers nach, sondern überprüfen die Einschätzung der Agenturen, die zu der

²²⁷ Die Pflicht zur verfassungsrechtlichen Überprüfung besteht freilich unabhängig von § 706 (2)(B) APA. Ein einfaches Gesetz, in dem der Kongress die verfassungsrechtliche Überprüfung von Agenturenentscheidungen ausschließt, dürfte zudem verfassungswidrig sein, vgl. *Glicksman/Levy*, Administrative Law, 2010, S. 161.

²²⁸ U.S. Supreme Court, *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 415 (1971).

²²⁹ *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 357: „Informal rulemaking, which as not a common regulatory method when Congress drafted the APA, seems to have been off the legislative radar.“

²³⁰ Im amerikanischen Recht wird nicht wie im deutschen Recht zwischen Tatbestand und Rechtsfolge (gebunden bzw. Ermessen) schematisch unterschieden, sodass sich Fragen der Anwendung des Gesetzes auf die Fakten und Ermessensfragen typischerweise vermischen.

²³¹ *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 352.

Entscheidung gesetzlich ermächtigt wurden – vielfach aufgrund ihrer besonderen Expertise. In diesem Bereich ist den Agenturen daher bei Entscheidungen über ungewisse Risiken und Verteilungskonflikte ein großer Handlungsspielraum zu belassen.

aa) Überprüfung der Fakten

Für die Überprüfung der Fakten, die der Entscheidung der Agentur zugrunde liegen werden zwei unterschiedliche Maßstäbe angelegt. Sofern es sich um ein formelles Verfahren mit gerichtsähnlichen Anhörungen nach §§ 556, 557 APA handelt, wird als Maßstab der *Substantial-evidence*-Standard angesetzt.²³² Ein solches Verfahren muss im ermächtigenden Gesetz vorgesehen sein. Alternativ kann im ermächtigenden Gesetz auch der *Substantial-evidence*-Standard vorgeschrieben werden, ohne dass die Agentur ein formales Verfahren abhalten muss.²³³ Das ermächtigende Gesetz kann schließlich auch Überprüfungsmaßstäbe vorschreiben, die nicht im APA genannt werden (z.B. der *Clearly-erroneous*-Standard).²³⁴ Diese bleiben jedoch mangels genereller Gültigkeit im Folgenden außer Betracht, sofern sie nicht in den unten besprochenen einzelnen ermächtigenden Gesetzen eine Rolle spielen. Für die übrigen Fälle verbleibt der generelle *Arbitrary-and-capricious*-Standard.²³⁵

i) Substantial-evidence-Standard

Hinsichtlich des *Substantial-evidence*-Standards ist die vielzitierte und nach wie vor maßgebliche Formulierung des Obersten Gerichtshofes²³⁶:

„such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion“²³⁷

Entscheidend ist insoweit also, dass die Beweise, die Gegenstand der Verwaltungsakte geworden sind (vgl. § 706 APA a.E.), die Entscheidung der Agentur rational begründen können. Im Fall des Verfahrens nach §§ 556, 557 APA werden die Anhörungen ohnehin genau dokumentiert, sodass die Akte stets ausreichende Informationen für die gerichtliche Überprüfung enthält.

Sofern die Überprüfung nach *Substantial-evidence*-Standard im ermächtigenden Gesetz vorgesehen ist, ohne dass zugleich das formale Verfahren angeordnet ist (insbesondere im Fall des

²³² Ders., Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 354.

²³³ Glicksman/Levy, Administrative Law, 2010, 181 f.

²³⁴ Dies., Administrative Law, 2010, S. 183.

²³⁵ Werhan, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 354.

²³⁶ Glicksman/Levy, Administrative Law, 2010, S. 169.

²³⁷ S. die Grundsatzentscheidung U.S. Supreme Court, *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 477 (1951).

hybrid rulemaking), stellt sich die Frage, ob zusätzliche prozedurale Anhörungs- und Dokumentationspflichten bestehen, um eine ausreichende Grundlage für die gerichtliche Überprüfung zu schaffen. Wenngleich einige Gerichte in den 1970er Jahren diese Annahme vertreten haben²³⁸, wurde der richterlichen Ausweitung prozeduraler Pflichten in der *Vermont-Yankee*-Entscheidung eine Absage erteilt (s.o. A.II.3.).²³⁹ Freilich haben die Agenturen aufgrund des angesetzten Überprüfungsmaßstabs ein eigenes Interesse daran, die zur Begründung ihrer Entscheidung notwendigen Beweise in der Verwaltungsakte aufzuführen.

ii) *Arbitrary-and-capricious-Standard*

Die traditionelle Sichtweise geht davon aus, dass der *Substantial-evidence*-Standard ein strengerer Maßstab als der *Arbitrary-and-capricious*-Standard sei.²⁴⁰ Jedoch wurde dieser angebliche Unterschied jedenfalls in mehreren jüngeren Entscheidungen von Berufungsgerichten aufgelöst, indem hinsichtlich der zugrunde liegenden Fakten ersterer Standard in letzteren inkorporiert wurde und die Entscheidung der Agentur dann als willkürlich und kapriziös angesehen wurden, wenn sie nicht durch wesentliche Beweise getragen wurden.²⁴¹ Der *D.C. Circuit Court* ist sogar explizit davon ausgegangen, dass die Standards sich hinsichtlich der notwendigen Faktengrundlage nicht unterscheiden:

„in the context of the APA, arbitrary and capricious review and the substantial evidence text are one and the same insofar as the requisite degree of evidentiary support is concerned.“²⁴²

Zwar gibt es zu dieser Frage noch keine eindeutige Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, aber selbst die Gerichte, die einen unterschiedlichen Maßstab theoretisch annehmen, können den Unterschied nicht in spezielle Worte fassen.²⁴³ Oft werden die Standards kommentarlos mit dem gleichen Ergebnis nebeneinander angewendet.²⁴⁴

²³⁸ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Mobil Oil Corp. v. FPC*, 483 F.2d 1238, 1258 f. (1973).

²³⁹ U.S. Supreme Court, *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978).

²⁴⁰ U.S. Supreme Court, *American Paper Institute, Inc. v. American Electric Power Service Corp.*, 461 U.S. 402, 412 Fn. 7 (1983); z.B. auch U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit, *Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201 (1991); s. beschreibend *Werhan*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, S. 357; *Glicksman/Levy*, *Administrative Law*, 2010, S. 168.

²⁴¹ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *EarthLink, Inc. v. FCC*, 462 F.3d 1 (2006); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *New York v. EPA*, 413 F.3d 3 (2005).

²⁴² U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *American Radio Relay League, Inc. v. FCC*, 524 F.3d 227 (2008).

²⁴³ Dazu ausführlich *Werhan*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, S. 361.

²⁴⁴ Z.B. jüngst U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Zero Zone, Inc. v. United States Department of Energy*, 832 F.3d 654, 668, 673 ff. (2016).

Damit besteht *de facto* mittlerweile unabhängig davon, ob ein formelles Verfahren durchgeführt wird oder nicht, derselbe Maßstab. Richter *Scalia* geht in *Data Processing* allerdings davon aus, dass im formellen Verfahren die Beweise in den Aufzeichnungen über die formelle Anhörung verankert sein müssten, während im informellen Verfahren die Beweise irgendwo in den Informationen, die die Agentur bei ihrer Entscheidung berücksichtigt hat, zu finden sein dürfen.²⁴⁵

Dass wesentliche Beweise als Grundlage für die faktischen Annahmen der Agentur gerichtlich gefordert werden, bedeutet freilich nicht, dass die Beweise inhaltlich überprüft werden oder dass die Schlussfolgerung der Agentur inhaltlich hinterfragt wird.²⁴⁶ Vielmehr äußerte der Oberste Gerichtshof in der Grundsatzentscheidung *Citizens to Preserve Overton Park*:

„Although (our) inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one.“²⁴⁷

Die genaue Untersuchung der Fakten soll die Richter nur fachlich in die Lage versetzen, beurteilen zu können, ob die Entscheidung der Agentur rational war und auf den relevanten Faktoren basierte.²⁴⁸ Insbesondere soweit der Streit vor allem auf Grundlage von Fakten entschieden wird, die ein hohes Maß technischer Expertise erfordern, gewähren Gerichte den Agenturen einen großen Einschätzungsspielraum.²⁴⁹

Am Maßstab der Je-desto-Formel ist ein großer Einschätzungsspielraum der Agentur hinsichtlich der Faktengrundlage grundsätzlich zu begrüßen, da sie hierfür über die abgeleitete demokratische Legitimation und oftmals auch über die Expertise verfügt.

In der Überprüfung der Entscheidung der Agentur nach dem *Arbitrary-and-capricious*-Standard vermischen sich allerdings Fakten-, Rechts- und Ermessensfragen, sodass auf die Entwicklung dieses Standards genauer erst unter cc) einzugehen ist.

²⁴⁵ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Board of Governors of Federal Reserve System*, 745 F.2d 677 (1984).

²⁴⁶ S. z.B. jüngst U.S. District Court for the Southern District of Indiana, *Boucher v. United States Department of Agriculture*, 149 F.Supp.3d 1045, 1054 f. (2016).

²⁴⁷ U.S. Supreme Court, *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971).

²⁴⁸ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1 (1976).

²⁴⁹ U.S. Supreme Court, *Marsh v. Oregon Natural Resources Council*, 490 U.S. 360, 377 (1989); jüngst auch z.B. U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Zero Zone, Inc. v. United States Department of Energy*, 832 F.3d 654, 668 (2016).

iii) Zusammenspiel mit Beweislastfragen

Zu beachten ist, dass Fragen der Beweislast zwar im Zusammenspiel mit dem gerichtlichen Überprüfungsmaßstab stehen, aber nicht zu vermischen sind. Als Maßstäbe der Beweislast gibt es beispielsweise das „Überwiegen der Beweise“ (*preponderance of the evidence standard*) oder die Überzeugung „jenseits vernünftiger Zweifel“ (*beyond a reasonable doubt*). Dieser Beweis-Maßstab gilt für denjenigen, dem die Beweislast obliegt. Sofern die Beweislast der Agentur obliegt, stellt sich die Frage, wie dieser Maßstab mit dem Überprüfungsmaßstab interagiert, ob die Agentur das Gericht also ggf. jenseits vernünftiger Zweifel von der Faktengrundlage überzeugen muss.

Die Gerichtspraxis geht in solchen Fällen davon aus, dass die beweispflichtige Agentur „aufgrund überwiegender Beweise“ oder „jenseits vernünftigen Zweifels“ von der Richtigkeit ihrer Entscheidung auf Basis der Faktenlage überzeugt sein muss. Bei der Überprüfung durch das Gericht nach dem *Substantial-evidence-* bzw. *Arbitrary-and-capricious-*Standard überprüft das Gericht nach dem oben Gesagten jedoch nur, ob der Beweispflichtige aufgrund der wesentlichen Beweise der Akte rational handelte, als er sich von den Beweisen nach dem von ihm anzusetzenden Maßstab überzeugen ließ. Einfacher ausgedrückt: Der Beweislastmaßstab trifft die Agentur, dessen Überzeugung das Gericht aber nur nach dem beschriebenen Maßstab (*substantial evidence* bzw. *arbitrary and capricious*) überprüft.²⁵⁰ Freilich mag das Gericht eher zu dem Ergebnis kommen, dass die Agentur eine irrationale Entscheidung getroffen hat, wenn sie aufgrund der Beweise „jenseits vernünftiger Zweifel“ überzeugt sein musste, als wenn lediglich „überwiegende Beweise“ ihre Überzeugung tragen mussten.²⁵¹

Die Frage ist im Bereich der Umweltschutzregulierung nicht besonders virulent, da hier nach der bisherigen Rechtsprechung ohnehin nicht die Agentur, sondern derjenige, der die Entscheidung der Agentur angreift, die Beweislast trägt.²⁵² Dies ergibt sich jedoch aus den jeweils speziellen Gesetzen (s. sogleich unter b)), nicht aus dem APA, und ist daher nicht verallgemeinerbar.

²⁵⁰ S. zu alledem *Glicksman/Levy*, *Administrative Law*, 2010, 183 f. mit Verweis auf U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit, *Nakamoto v. Ashcroft*, 363 F.3d 874 (2004).

²⁵¹ U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Singh v. U.S. Dep't of Homeland Sec.*, 526 F.3d 72, 78 (2008).

²⁵² U.S. District Court for the Southern District of Indiana, *Boucher v. United States Department of Agriculture*, 149 F.Supp.3d 1045, 1055 (2016); U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Sierra Club v. Marita*, 46 F.3d 606, 619 (1995).

Ebenfalls eine von der Frage des Überprüfungsmaßstabs zu trennende Frage betrifft die Maßstäbe, die für die Behandlung wissenschaftlicher Studien als Beweise in Gerichtsprozessen gelten. In der Leitentscheidung *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* sagt der Oberste Gerichtshof hierzu, dass Gerichte an die Einschätzung der Experten in wissenschaftlichen Studien nicht gebunden seien, sondern diese Studien überprüfen dürften.²⁵³ Hierfür stellte er allerdings vier recht strenge Kriterien auf: (1) ob die wissenschaftliche Theorie oder das Verfahren, die dem Beweis zugrunde liegen, bereits getestet wurden und falsifizierbar sind; (2) ob die Studie „peer reviewed“ wurde; (3) wie hoch die Fehlerquote des Verfahrens ist; und (4) ob die Theorie oder das Verfahren generell akzeptiert ist.²⁵⁴ Mehrere Gerichte haben aber explizit ausgeschlossen, dass diese Kriterien auch im verwaltungsrechtlichen Kontext, also bei der Überprüfung von Agenturenentscheidungen, anzuwenden sind.²⁵⁵ Bislang hat jedenfalls kein Gericht diesen Standard für Agenturenentscheidungen angelegt.²⁵⁶ Dementsprechend können Agenturen wissenschaftliche Studien grundsätzlich auch nach anderen Kriterien überprüfen und sind nicht an die Experteneinschätzung gebunden, was – am Maßstab der Je-desto-Formel gemessen – zu begrüßen ist: Soweit das konkrete ermächtigende Gesetz keine Vorgaben zum Grad der wissenschaftlichen Beweisbarkeit enthält, sollte die zumindest mittelbar demokratisch legitimierte Agentur selbst darüber entscheiden können, welche wissenschaftlichen Anhaltspunkte sie als hinreichend einschätzt, um ihre Entscheidung zu begründen. Natürlich können die genannten Kriterien auch für die Agentur wichtige Anhaltspunkte über die Qualität und Belastbarkeit einer Studie liefern. Die zwingende Bindung an diese Kriterien würde aber gerade in Pionierbereichen der wissenschaftlich-technischen Entwicklung Agenturtätigkeit übermäßig hemmen und beispielsweise den demokratisch nicht legitimierten „Peer Reviewern“ einen zu großen Einfluss sichern.

²⁵³ U.S. Supreme Court, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

²⁵⁴ U.S. Supreme Court, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 12 ff. (1993).

²⁵⁵ U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Sierra Club v. Marita*, 46 F.3d 606, 622 (1995); U.S. District Court for the Southern District of Texas, *Stewart v. Potts*, 996 F.Supp. 688 (1998).

²⁵⁶ Vgl. *Raul/Dwyer*, *Law and Contemporary Problems* 66. (2003), 8. Im Folgenden fordern die Autoren allerdings die Übernahme dieses Standards für verwaltungsrechtliche Fälle.

iv) Jüngste Entwicklungen

Im Januar 2017 hat das Repräsentantenhaus den *Regulatory Accountability Act*²⁵⁷ verabschiedet, welcher unter anderem § 706 APA verändert, sofern dieser den Senat²⁵⁸ erfolgreich passieren und von Präsident *Trump* unterzeichnet werden sollte.

Hinsichtlich der Überprüfung von Fakten ist insbesondere relevant, dass den Gerichten untersagt würde, den Agenturen einen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Kosten-Nutzen-Analyse oder anderer ökonomischer oder Risikoanalysen zu gewähren, sofern diese sich nicht an die Richtlinien des OIRA für solche Analysen hielten (zu diesen Richtlinien unten unter B.II.2.).²⁵⁹ Dadurch würde diesen internen Richtlinien justiziable Außenwirkung zuteil. Auch die gerichtliche Überprüfung des *Information Quality Act* wird speziell angeordnet und dem Maßstab für die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen zugeordnet (dazu sogleich unter bb)).²⁶⁰ Da der *Information Quality Act* Vorgaben für die von Agenturen nutzbaren Fakten enthält, hätte diese Änderung auch Einfluss auf die gerichtliche Überprüfung von Fakten (dazu sogleich unter d)).

v) Zwischenergebnis

Die beschriebenen Maßstäbe für die gerichtliche Überprüfung der Faktengrundlage der Agentur (*substantial evidence* bzw. *arbitrary and capricious*) entsprechen sich mittlerweile inhaltlich. Es wird jeweils gefordert, dass die Agenturenentscheidung durch die wesentlichen Fakten, die in der Verwaltungsakte der Agentur niedergelegt sind, getragen wird. Die Faktengrundlage wird hierbei eingehend untersucht, um zu beurteilen, ob nichts Wesentliches übersehen wurde und die vorgetragenen Fakten die gezogenen Schlüsse vernünftig erscheinen lassen. Die Gerichte respektieren dabei jedoch grundsätzlich die Einschätzung der Agentur hinsichtlich der Frage, welche Schlüsse aus den vorliegenden Fakten zu ziehen sind, sofern diese vertretbar sind (dazu sogleich näher unter cc)). Dies gilt insbesondere dann, wenn für die Einschätzung in hohem Maße technische Expertise nötig ist.

²⁵⁷ Inklusiv aktuellem Verfahrensstand verfügbar unter: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

²⁵⁸ Im Senat wurde der *Regulatory Accountability Act* dem *Committee on Homeland Security and Governmental Affairs* zugewiesen. Zudem hat eine Anhörung im *Committee on Small Business and Entrepreneurship* stattgefunden.

²⁵⁹ S. Sec. 107, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

²⁶⁰ S. Sec. 107, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

Hinsichtlich der Frage nach großer wissenschaftlicher Ungewissheit bezüglich möglicher technologischer Risiken lässt sich vorerst zumindest der Schluss ziehen, dass irgendein faktischer Hinweis auf mögliche Risiken zwingend nötig ist, um überhaupt eine Faktengrundlage zu schaffen. Ohne Faktengrundlage wäre die Entscheidung der Agentur zur Regulierung willkürlich und könnte daher nach § 706 APA aufgehoben werden. Die Anforderungen an ein wissenschaftliches Beweismittel, die für Gerichte aufgestellt wurden, sind hingegen nicht auf Agenturenentscheidungen übertragbar. Dass eine Willkürkontrolle am Maßstab der Je-desto-Formel bei Entscheidungen unter Ungewissheit angemessen ist, wurde bereits ausgeführt.

Bezüglich der auf den Fakten basierenden politischen Entscheidung (über Verteilungskonflikte) ergibt sich bereits aus den hier zitierten Urteilen ein grundsätzlich wenig strenger Überprüfungsmaßstab der Gerichte (näher dazu sogleich unter cc), der den Agenturen ausreichend demokratischen Handlungsspielraum überlässt.

Hinsichtlich der möglichen Änderungen durch den *Regulatory Accountability Act* von 2017 lassen sich Schlüsse erst nach Betrachtung der OIRA-Richtlinien sowie des *Information Quality Act* ziehen.

bb) Überprüfung der Auslegung der Ermächtigungsgrundlage

Das Ausmaß der gerichtlichen Überprüfung der rechtlichen Einschätzungen der Agentur hat seit Jahrzehnten Gerichte beschäftigt.²⁶¹ Die zentrale Streitfrage ist, ob Gerichte in bestimmten Fällen auf die rechtliche Einschätzung der Agentur verweisen dürfen bzw. müssen oder ob sie rechtliche Fragen stets vollumfänglich überprüfen dürfen bzw. müssen.

i) Zentrale Argumente

Einerseits sind rechtliche Einschätzungen gem. Art. III USC den Gerichten zugewiesen. Die Überprüfung der rechtlichen Einschätzung der Agenturen durch Gerichte ist demzufolge verfassungsrechtlich dem Grunde nach geboten. Die Verfassungsentscheidung weist ihrerseits höchste demokratische Legitimation auf. Entsprechend sieht auch § 706 APA vor, dass das überprüfende Gericht über alle rechtlichen Fragen entscheiden soll und unter anderem Agenturhandlungen aufheben kann, die über die gesetzliche Ermächtigung hinausgehen (Ultra-vires-Standard), vgl. § 706 (2)(C). Die gerichtliche Überprüfung der rechtlichen Einschätzungen der Agenturen kann zudem gewährleisten, dass die durch den Gesetzgeber verliehenen Befugnisse

²⁶¹ *Glicksman/Levy, Administrative Law, 2010, S. 187.*

eingehalten werden (Ultra-vires-Kontrolle), sofern direkte Kontrollmechanismen Lücken aufweisen (s. oben A.II.).

Auf der anderen Seite gibt es Gründe, die dafürsprechen, dass Gerichte in bestimmten Rechtsfragen auf die Einschätzung der Agenturen verweisen und diese nicht oder nur begrenzt überprüfen. Ein (demokratie-)theoretisches Problem umfassender gerichtlicher Kontrolle liegt darin, dass ein nicht demokratisch verantwortliches Gremium (das Gericht) seine Einschätzung hinsichtlich kontroverser Fragen über die des demokratisch verantwortlichen Entscheiders setzt (sog. *countermajoritarian difficulty*²⁶²). Diese Überlegung gilt zwar stärker für gerichtliche Kontrolle der Einschätzungen des Kongresses, aber auch Entscheider innerhalb der Agenturen sind mittelbar durch die Ermächtigung des Kongresses und des Präsidenten demokratisch legitimiert und verantwortlich. Außerdem kann der Kongress die Agenturen gerade auch zu politischen Auslegungsentscheidungen und zur Lückenfüllung hinsichtlich des ermächtigenden Gesetzes ermächtigen.²⁶³

Ein weiterer, pragmatischer Grund für den Verweis der Gerichte auf Agentureinschätzungen ist die überlegene Expertise der Agenturen hinsichtlich technischer Fragen des ermächtigenden Gesetzes. Die Agentur ist aufgrund ihrer täglichen Befassung mit komplexen ermächtigenden Gesetzen eher in der Lage, die politischen Auswirkungen der verschiedenen denkbaren Auslegungen des Gesetzes einzuschätzen.²⁶⁴

Eine allgemeine Bewertung der gerichtlichen Überprüfungsdichte bei Rechtsfragen soll und kann angesichts dieser demokratietheoretischen Ambivalenz nicht anhand der Je-desto-Formel vorgenommen werden. Es können lediglich zwei Pole ausgemacht werden: Ein strenger Maßstab ist zur Ergänzung direkter Kontrollmechanismen des Kongresses bei der Ultra-vires-Kontrolle zu fordern; ein zurückhaltender Maßstab sollte angesetzt werden, soweit der Kongress (Auslegungs-)Entscheidungen explizit der Agentur zugestehen wollte.

ii) *Chevron-Entscheidung des Obersten Gerichtshofes*

Aufgrund der gegen eine umfassende gerichtliche Kontrolle sprechenden Gründe²⁶⁵ üben Gerichte seit der berühmten und höchst umstrittenen²⁶⁶ *Chevron*-Leitentscheidung des Obersten

²⁶² Werhan, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, 341 ff.

²⁶³ U.S. Supreme Court, *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199 (1974).

²⁶⁴ Glicksman/Levy, *Administrative Law*, 2010, S. 187.

²⁶⁵ Diese Gründe benennt der Oberste Gerichtshof explizit: U.S. Supreme Court, *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 ff; 855 f. (1984).

²⁶⁶ S. z.B. kritisch Farina, *Columbia Law Review* 89 (1989), 464; Seidenfeld, *Texas Law Review* 73 (1994), 83; Greene, *University of Chicago Law Review* 61 (1994), 123; Sunstein, *Columbia Law Review* 90 (1990), 2075;

Gerichtshofes²⁶⁷ lediglich eine zurückhaltende Kontrolle aus.²⁶⁸ In *Chevron* wird ein zweistufiger Test eingeführt, in dem das überprüfende Gericht zunächst untersucht, ob das ermächtigende Gesetz eindeutig mit Blick auf die in Rede stehende Interpretationsfrage ist²⁶⁹. Falls ja, ist jede Auslegung und Anwendung der Ermächtigungsgrundlage durch die Agentur entgegen dieser eindeutig richtigen Interpretation rechtswidrig. Falls nein, hat das Gericht in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Auslegung der unbestimmten Ermächtigungsgrundlage durch die Agentur vertretbar (*reasonable*) ist. Falls ja, ist dieser Auslegung der Agentur der Vorzug zu geben.²⁷⁰ Beide Schritte wurden in *Chevron* und nachfolgenden Urteilen konkretisiert.

Ein eindeutiges Gesetz im Sinne des ersten Prüfungsschrittes (*Chevron Step One*) liegt vor, wenn es lediglich eine plausible Interpretationsmöglichkeit gibt.²⁷¹ Dabei sind nicht nur die streitgegenständliche Bestimmung, sondern auch der Kontext, insbesondere sonstige Bestimmungen des ermächtigenden Gesetzes, auszuwerten²⁷² und allgemeine juristische Auslegungsmethoden anzuwenden²⁷³.

Im zweiten Schritt (*Chevron Step Two*) haben die Gerichte die Interpretation der Agentur auch zu akzeptieren, wenn sie eine andere Auslegung für plausibler halten, solange die Interpretation der Agentur nicht unvernünftig ist.²⁷⁴ Dies gilt sogar dann, wenn die Agentur von einer bereits existierenden gerichtlichen Interpretation abweichen möchte.²⁷⁵ Noch umstritten

befürwortend *Pierce*, University of Chicago Law Review 57 (1990), 481; *Starr*, Yale Journal on Regulation 3 (1986), 283.

²⁶⁷ U.S. Supreme Court, *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

²⁶⁸ Die *Chevron*-Entscheidung bezieht sich nach jüngerer Rechtsprechung zwar nur auf Rechtsetzung (*rulemaking*) durch die Agentur, vgl. *Glicksman/Levy*, Administrative Law, 2010, 210 ff., allerdings ist auch nur Rechtsetzung durch die Agentur, nicht aber administrative Einzelentscheidungen (*adjudication*) Gegenstand dieser Untersuchung.

²⁶⁹ U.S. Supreme Court, *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842 f. (1984); s. zu den Problemen bei der Anwendung des ersten Schritts: *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 374 ff.

²⁷⁰ U.S. Supreme Court, *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 (1984).

²⁷¹ U.S. Supreme Court, *Rapanos v. United States*, 547 U.S. 715, 739 (2006).

²⁷² U.S. Supreme Court, *Zuni Public School Dist. No. 89 v. Department of Education*, 550 U.S. 81, 89 ff. (2007).

²⁷³ U.S. Supreme Court, *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 Fn. 9 (1984).

²⁷⁴ U.S. Supreme Court, *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, 556 U.S. 208, 218 (2009); U.S. Supreme Court, *Holder v. Martinez Gutierrez*, 132 S.Ct. 2011, 2017 (2012).

²⁷⁵ U.S. Supreme Court, *Nat'l Cable & Telecomms. Ass'n v. Brand X Internet Servs.*, 545 U.S. 967 (2005).

ist die Frage, wie sich der zweite Schritt des *Chevron*-Tests zur Überprüfung nach dem *Arbitrary-and-capricious*-Standard verhält.²⁷⁶ Eine im Vordringen befindliche Gerichtspraxis²⁷⁷ geht von einer Mischung beider Standards aus, mit der Folge, dass die Vernünftigkeit der Auslegung der Agentur nicht nur anhand traditioneller Auslegungsmethoden²⁷⁸, sondern auch durch Überprüfung, ob die Auslegung das Ergebnis eines vernunftgeleiteten Entscheidungsprozesses war, gemessen wird.²⁷⁹ Die Folgen der Vermischung der Standards sind allerdings im Einzelnen ungeklärt, sorgen für Verwirrung und scheinen unnötig faktische Fragen mit Rechtsfragen zu vermengen.²⁸⁰ Nachvollziehbarer erscheint die Unterscheidung einiger Berufungsgerichte, die keinen unterschiedlichen Maßstab annehmen, sondern einen unterschiedlichen Bezugspunkt: Der *Chevron*-Test beziehe sich nur auf die Interpretation des ermächtigenden Gesetzes, während die *Arbitrary-and-capricious*-Überprüfung sich auf den sich anschließenden Entscheidungsprozess und die Anwendung des Gesetzes auf die Faktenlage beziehe (Letzteres wird so gleich unter cc) näher untersucht).²⁸¹ Letztlich spielt es für die hier untersuchte Frage des generellen inhaltlichen Entscheidungsspielraums der Agenturen keine zentrale Rolle, ob die *Arbitrary-and-capricious*-Überprüfung getrennt oder gemeinsam mit dem zweiten Schritt der *Chevron*-Prüfung durchgeführt wird.

iii) Ausnahmen von *Chevron*

Der Kongress ist, wie oben festgestellt, nicht verfassungsrechtlich gehalten, keine unbestimmte Befugnisübertragung vorzunehmen. Vielmehr darf er weite und unbestimmte Ermächtigungen an Agenturen verabschieden, sofern diesen ein verständliches Prinzip zu entnehmen ist (s.o. zur *non-delegation doctrine*). Aus der Überlegung, die der *non-delegation doctrine* zugrunde liegt, nämlich, dass bestimmte Entscheidungen durch das unmittelbar demokratisch legitimierte Gre-

²⁷⁶ S. dazu m.w.N. *Glicksman/Levy*, *Administrative Law*, 2010, 203 f. und *Werhan*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, 378 f.

²⁷⁷ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *South Coast Air Quality Management District v. EPA*, 554 F.3d 1076, 1080 (2009); U.S. Court of Appeals for the 11th Circuit, *Sierra Club v. Leavitt*, 368 F.3d 1300, 1304 (2004); U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Madison Gas & Elec. Co. v. EPA*, 25 F.3d 526, 529 (1994).

²⁷⁸ U.S. Supreme Court, *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 Fn. 9 (1984).

²⁷⁹ S. dazu auch *Seidenfeld*, *Texas Law Review* 73 (1994), 83.

²⁸⁰ Verwirrend z.B. U.S. Supreme Court, *Judulang v. Holder*, 132 S.Ct. 476, 483 Fn. 7 (2011). In dem Urteil wird zwar ausdrücklich gesagt, dass die Standards aus *Chevron Step Two* und *arbitrary and capricious* gleich seien, aber dennoch der *Arbitrary-and-capricious*-Standard angewendet, weil nicht die Auslegung der Agentur angegriffen war; vgl. auch *Werhan*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, 379 f.

²⁸¹ U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit, *Alenco Commc'ns, Inc. v. FCC*, 201 F.3d 608, 619 (2000); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Arent v. Shalala*, 70 F.3d 610, 615 f. (1995).

mium zu treffen sind, hat der Oberste Gerichtshof allerdings Einschränkungen des Einschätzungsspielraums der Agenturen gefolgert. Vor der *Chevron*-Entscheidung hatte der Oberste Gerichtshof gipfelnd in der *Benzene*-Entscheidung 1980²⁸² diese Überlegung bereits fruchtbar gemacht und Ermächtigungsgrundlagen verfassungskonform restriktiv ausgelegt, um die komplette Aufhebung der Norm auf Basis der *non-delegation doctrine* zu vermeiden.²⁸³ Aus der restriktiven Auslegung folgte jeweils die Rechtswidrigkeit einer Ultra-vires-Agenturhandlung, die diese auf Grundlage einer extensiven Auslegung der Norm erlassen hatte.

Aus der *Chevron*-Entscheidung, die zeitlich nach der *Benzene*-Entscheidung lag, könnte folgen, dass die Auslegung der Agentur auch in möglichen Ultra-vires-Konstellationen vom Gericht zu respektieren ist.

Jedoch ergibt sich auch aus *Chevron* nachfolgender Rechtsprechung, dass aus der *non-delegation doctrine* nach wie vor Einschränkungen des Auslegungsspielraums der Agenturen folgen, die *Sunstein* unter dem Begriff *non-delegation canons* zusammenfasst.²⁸⁴ Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf solche Einschränkungen, die für die Auslegung der Agenturen im Bereich der Risikoregulierung relevant ist.²⁸⁵

Erstens darf die Agentur das ermächtigende Gesetz nicht so auslegen, dass hieraus gewichtige Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit resultieren, insbesondere nicht Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten aufwerfen.²⁸⁶ Die Überlegung ist, dass der Kongress Entscheidungen über Grundrechtseinschränkungen selbst treffen soll²⁸⁷ (ähnlich der Wesentlichkeitslehre des BVerfG²⁸⁸, allerdings an die Exekutive gerichtet). Wie oben unter B.I. dargestellt, wird ein verfassungswidriger Eingriff in wirtschaftliche Freiheitsrechte nur äußerst restriktiv auf Grundlage einer Willkürkontrolle angenommen und Schutzpflichten des Staates für Leib und Leben

²⁸² U.S. Supreme Court, *Industrial Union Department v. API*, 448 U.S. 607 (1980), genannt *Benzene*-Entscheidung.

²⁸³ Zuvor bereits so argumentierend U.S. Supreme Court, *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958); U.S. Supreme Court, *National Cable Television Ass'n v. United States*, 415 U.S. 336 (1974).

²⁸⁴ *Sunstein*, University of Chicago Law Review 67 (2000), 315.

²⁸⁵ Zu sonstigen Ausnahmen, wie hier allgemein ausgeklammerten Fragen des Verhältnisses von nationalem Recht zu bundesstaatlichem Recht und der Möglichkeit, durch Agenturrechtsetzung bundesstaatliche Gesetze vorwegzunehmen; der beschuldigtenfreundlichen Auslegung von Strafgesetzen; dem Bereich exterritorialer Wirkung von Gesetzen; der Benachteiligung der indigenen Völker Nordamerikas; und Ausnahmen von Besteuerung und Wettbewerbsverzerrungsverboten, vgl. jeweils *ders.*, University of Chicago Law Review 67 (2000), 331 ff.

²⁸⁶ *Ders.*, University of Chicago Law Review 67 (2000), 331 mit Verweis auf U.S. Supreme Court, *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

²⁸⁷ *Sunstein*, University of Chicago Law Review 67 (2000), 331.

²⁸⁸ Leitentscheidung BVerfG, *Facharzt – Wesentlichkeitstheorie*, Urt. v. 09.05.1972, Rs. 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, 125.

werden abgelehnt. Dementsprechend sind im Bereich der Risikoregulierung allenfalls vereinzelt Konstellationen denkbar, in der die Auslegung einer Agentur überhaupt Grundrechte berührt, geschweige denn gewichtige Zweifel aufwirft.

Zweitens ist eine Interpretation der ermächtigenden Gesetze in einer Weise, die Rückwirkung beinhaltet, nur bei expliziter Ermächtigung durch den Kongress mit der Verfassung vereinbar.²⁸⁹ Risikoregulierung ist zwar dem Grunde nach auf die Zukunft gerichtet, es können aber insbesondere hinsichtlich vergeblicher Investitionen in bestimmte Technologien, die sodann verboten oder beschränkt werden, Rückwirkungsgesichtspunkte eine Rolle spielen. In solchen Fällen ist der Auslegungsspielraum der Agenturen folglich dahingehend eingeschränkt, dass sie nicht selbst eine Rückwirkung annehmen dürfen, wenn die Ermächtigungsgrundlage dies nicht explizit hergibt.

Schließlich geht *Sunstein* davon aus, dass ein weiterer *non-delegation canon* sei, dass Agenturen nicht ohne explizite Aussage des Kongresses eine Ermächtigungsgrundlage so interpretieren dürfen, dass große Ausgaben für minimale oder triviale Nutzen erlaubt sind.²⁹⁰ Wenn der Kongress absolute Sicherheit wolle, müsse er dies explizit festschreiben. Wenn er dies tue, sei die Agentur hieran gebunden.²⁹¹ Letztere Aussage ergibt sich bereits zwanglos aus dem ersten Prüfungsschritt in *Chevron*, da absolute Sicherheit nur eine Interpretation zulässt. Hinsichtlich der ersten Aussage wird nur ein Urteil zitiert, welches *Chevron* zeitlich nachfolgt. In diesem Urteil, *Corrosion Proof Fittings*²⁹², beruft sich das Gericht nur im Rahmen der Überprüfung, ob die *Fakten* das ausgesprochene generelle Asbest-Verbot im Sinne des *Substantial-evidence*-Standards tragen, auf die Wahl des Kongresses, gerade keine Nullrisikogrenze festzusetzen. Es geht folglich um einen anderen Prüfungsmaßstab und dessen Anwendung – dies lässt somit keine Rückschlüsse auf Ausnahmen von der *Chevron*-Doktrin zu.

Allerdings spielt das Urteil für die Auslegung und Anwendung des *Toxic Substances Control Act*, eines der zentralen Gesetze des Kongresses im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes, eine wichtige Rolle, sodass es sogleich unter b) näher zu betrachten ist.

²⁸⁹ *Sunstein*, University of Chicago Law Review 67 (2000), 332 mit Verweis auf U.S. Supreme Court, *Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.*, 488 U.S. 204 (1988).

²⁹⁰ *Sunstein*, University of Chicago Law Review 67 (2000), 334 f. mit Verweis auf U.S. Supreme Court, *Industrial Union v. API*, 463 U.S. 29, 54 f. (1980); U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit, *Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201 (1991); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Alabama Power v. Cosle*, 636 F.2d 323, 36–61 (1979); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Monsanto Co. v. Kennedy*, 613 F.2d 947, 955 f. (1979).

²⁹¹ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Public Citizen v. Young*, 831 F.2d 1108 (1987).

²⁹² U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit, *Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201 (1991).

iv) Jüngste Entwicklungen

Die Anwendung des zweistufigen *Chevron*-Tests ist – unter Berücksichtigung der genannten Ausnahmen – seit über 30 Jahren ständige Rechtsprechung. Seit der Wahl *Donald Trumps* zum Präsident der Vereinigten Staaten zeichnet sich das mögliche Ende der *Chevron*-Doktrin aufgrund zweier Entwicklungen ab. Zum einen hat das Repräsentantenhaus den bereits zitierten *Regulatory Accountability Act of 2017*²⁹³ verabschiedet, welcher neben den bereits genannten Änderungen auf das Ende des zurückhaltenden *Chevron*-Überprüfungsstandards gerichtet ist (zu anderen Aspekten dieses Gesetzes sogleich unter e)).²⁹⁴ Zum anderen ist mit *Neil Gorsuch* mittlerweile ein Richter in den Obersten Gerichtshof gelangt, der sich schon als Richter im *Tenth Circuit Court* offen gegen die Aufrechterhaltung der *Chevron*-Doktrin ausgesprochen hat.²⁹⁵

v) Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Auslegung des ermächtigenden Gesetzes haben Agenturen keinen großen Entscheidungsspielraum, sofern dieses eindeutige Formulierungen hinsichtlich der streitgegenständlichen Frage enthält. Diese Beobachtung gilt freilich aus zweierlei Gründen, nämlich einerseits, weil der Kongress bereits enge Vorgaben gemacht hat, andererseits, weil insoweit durch *Chevron Step One* eine strenge gerichtliche Kontrolle stattfindet. Am Maßstab der *Jedesto*-Formel ist dieser reduzierte Entscheidungsspielraum der Agentur zu begrüßen, da er sich aus den sachlich-inhaltlichen Vorgaben des unmittelbar legitimierten Kongresses ergibt.

Agenturen haben demgegenüber grundsätzlich einen großen Entscheidungsspielraum bei der Auslegung des ermächtigenden Gesetzes, sofern der Kongress die Befugnisse in unbestimmter Sprache delegiert hat.²⁹⁶ Dieser große inhaltliche Einschätzungsspielraum beruht auf der breiten Delegation von Befugnissen des Kongresses und wird durch eine sehr zurückhaltende gerichtliche Überprüfung abgesichert. Dieser große Entscheidungsspielraum ist jedenfalls zu be-

²⁹³ Inklusiv aktuellem Verfahrensstand verfügbar unter: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5/text> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

²⁹⁴ *Macagnone*, Law360.com 11.01.2017.

²⁹⁵ U.S. Court of Appeals for the 10th Circuit, *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, Urt. v. 23. 08. 2016, Rs. No. 14-9585, 15 ff. (2016).

²⁹⁶ Am Rande sei angemerkt, dass Agenturen hinsichtlich der Interpretation ihrer eigenen Rechtsetzung bei der Anwendung im Einzelfall ebenfalls ein weiter Spielraum zugestanden wird, sog. *Auer-Deference*; vgl. U.S. Supreme Court, *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452, 461 ff. (1997); s. zu der Thematik auch *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, 391 ff.

größen, soweit der Kongress die Agentur zur Entscheidung über Zweifelsfragen explizit ermächtigen wollte – dies wiederum kann sich neben dem Gesetz selbst v.a. aus Gesetzesmaterialien ergeben. Soweit es hingegen bei der Auslegung um die Frage geht, ob die Agentur *überhaupt* zur Regulierung ermächtigt war (Ultra-vires-Kontrolle), könnte eine strengere gerichtliche Überprüfung Schwächen der sonstigen institutionellen Kontrollmechanismen ausgleichen.

Ausnahmen vom weiten Einschätzungsspielraum der Agenturen ergeben sich nach der Rechtsprechung jedenfalls aus der Verfassung (*non-delegation canons*): Sofern bei der Auslegung der Agentur gewichtige Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten bestehen oder die Agentur eine Ermächtigungsgrundlage ohne explizite Ermächtigung rückwirkend anwenden möchte, wird ihre Handlung von Gerichten als rechtswidrig eingestuft, selbst wenn die Ermächtigungsnorm keine eindeutigen Formulierungen enthält. Eine Ausweitung der *non-delegation canons* auf Entscheidungen unter wissenschaftlicher Ungewissheit oder über Verteilungskonflikte (über schwere, irreparable Schäden) wäre bedenkenswert (näher Teil 3).

cc) Überprüfung der Entscheidung

Da keine speziellen Normen im APA die gerichtliche Überprüfung der Anwendung des Gesetzes auf die Fakten des Falles und damit der letztlichen Entscheidung der Agentur leiten, bleibt insoweit nur die Überprüfung anhand des *Arbitrary-and-capricious*-Standards gem. § 706 (2)(A).

Traditionell gingen die Gerichte von einem sehr zurückhaltenden Maßstab der gerichtlichen Überprüfung der Agenturenentscheidung aus, der dem Maßstab der verfassungsrechtlichen Überprüfung der *Due-process-Klausel* bei sozioökonomischen Rechten entspricht (dazu s.o. B.I.).²⁹⁷ Dementsprechend wurden Agenturenentscheidungen nur aufgehoben, wenn die Agentur gar keinen vernünftigen Grund für ihre Entscheidung vorbringen konnte.²⁹⁸

i) Hard-look-Doktrin

Mit der parlamentarischen Ermächtigung zahlreicher Agenturen zu ehrgeiziger Umwelt- und Gesundheitsgesetzgebung in den 1960er und 1970er Jahren begannen Gerichte allerdings, Agenturenentscheidungen strengerer gerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen.²⁹⁹ Eine bereits be-

²⁹⁷ U.S. Supreme Court, *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176, 185 f. (1935).

²⁹⁸ U.S. Supreme Court, *American Trucking Ass'ns v. United States*, 344 U.S. 298, 314 (1953).

²⁹⁹ *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 397.

schriebene Ausgestaltung dieser gerichtlichen Kontrolle war das gerichtliche Aufstellen zusätzlicher prozeduraler Erfordernisse, welches aber im *Vermont-Yankee-Fall*³⁰⁰ gestoppt wurde (s. A.II.3).

Daneben wurde aber auch die inhaltliche Kontrolle verschärft, was der Oberste Gerichtshof in *Vermont Yankee* nicht untersagte.³⁰¹ Vielmehr bestätigte der Oberste Gerichtshof später ausdrücklich, dass die *Arbitrary-or-capricious*-Überprüfung über die Willkürkontrolle der *Substantive-due-process*-Klausel hinausgeht.³⁰² Dieser strengere Maßstab ist auch als *Hard-look*-Überprüfung bekannt.

Der *hard look*, also die eingehende Prüfung, bezieht sich dabei auf zweierlei: Zum einen müssen die Agenturen die Themen vor der Regulierung eingehend geprüft haben, was die Gerichte wiederum eingehend selbst überprüfen.³⁰³ Geprüft wird, (1) dass die Agentur sich nicht auf Faktoren stützt, auf die sie sich nach Willen des Kongresses nicht stützen durfte, (2) dass sie keine wichtigen Aspekte völlig außer Acht gelassen hat, (3) dass sie Begründungen dafür liefert, wenn sie einer Gegenmeinung nicht folgt und (4) dass solche Begründungen nicht so unplausibel sind, dass sie vernünftigerweise nicht mehr als Gegenstand einer Meinungskontroverse oder als Produkt der Agenturexpertise angesehen werden können.³⁰⁴ Insofern müssen die Agenturen darauf achten, dass sie in der Verwaltungsakte Studien und Annahmen benennen, Methoden beschreiben, Unstimmigkeiten, Unwissen und Konflikte aufzeigen und für die gefundene Lösung argumentieren sowie Gegenargumente entkräften.³⁰⁵

Insgesamt geht es aber, wie der Oberste Gerichtshof bereits in *Citizens to Preserve Overton Park* ausgeführt hatte, nicht darum, die inhaltliche Entscheidung der Agentur zu ersetzen, sondern vielmehr darum sicherzustellen, dass die Agenturen ihre Entscheidung im Wege eines

³⁰⁰ U.S. Supreme Court, *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978).

³⁰¹ S. zur diesem Urteil vorausgehenden Kontroverse über den richtigen Prüfungsmaßstab zwischen den Richtern *Bazelon* (für rein prozeduralen *hard look*) und *Leventhal* (für inhaltlichen *hard look*): *Jasanoff*, *Science at the bar*, 1997, 75 ff.

³⁰² U.S. Supreme Court, *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43 Fn. 9 (1983).

³⁰³ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841, 851 (1970); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *National Lime Ass'n v. EPA*, 627 F.2d 416, 451 Fn. 126 (1980).

³⁰⁴ St. Rspr., vgl. zuletzt U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Zero Zone, Inc. v. United States Department of Energy*, 832 F.3d 654, 668 (2016) m.V.a. U.S. Supreme Court, *Nat'l Ass'n of Home Builders v. Defs of Wildlife*, 551 U.S. 644, 658 (2007); U.S. Supreme Court, *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

³⁰⁵ *Rodgers, JR.*, *Georgetown Law Journal* 67 (1979), 706.

vernunftgeleiteten Entscheidungsprozesses getroffen haben.³⁰⁶ Dies entspricht grundsätzlich dem Ideal eines deliberativen Demokratieverständnisses.³⁰⁷

ii) Technische Fragen

Eine besonders zurückhaltende Kontrolle der inhaltlichen Entscheidung ist laut Oberstem Gerichtshof auszuüben, wenn das Gericht Entscheidungen überprüft, die von Agenturen in ihrem Spezialgebiet in den Pionierbereichen von Wissenschaft und Technik getroffen werden. Gerichte hätten dann generell so zurückhaltend wie möglich zu sein.³⁰⁸ Diese Aussage wurde von unteren Gerichten generell auf wissenschaftliche und technische Einschätzungen der Agenturen in deren jeweiligen Spezialgebieten ausgeweitet.³⁰⁹ Daneben haben Gerichte teilweise betont, dass es sich beim informellen Rechtsetzungsprozess nicht ausschließlich um einen technokratischen Prozess handele, sondern auch politische Erwägungen und die politische Einmischung des Präsidenten zulässig seien, solange das Ergebnis auf der Grundlage der Verwaltungsakte vertretbar bleibe.³¹⁰

iii) Zwischenergebnis

Dementsprechend müssen Agenturen grundsätzlich ihre Entscheidungen durch nachvollziehbare Erwägungen, Reaktion auf öffentliche Kommentare und wissenschaftliche Fakten in einem vernunftgeleiteten Entscheidungsprozess, der zu dokumentieren ist, untermauern. Diese Anforderungen überprüfen Gerichte grundsätzlich streng, wenngleich sie ein auf Grundlage der Verwaltungsakte vertretbares Ergebnis nicht umstoßen, nur weil sie ein anderes Ergebnis naheliegender finden. Zudem ist die Kontrolle an den Grenzen des wissenschaftlichen Wissens und in Bereichen der jeweiligen speziellen Expertise der Agentur so zurückhaltend wie möglich auszuüben.

³⁰⁶ S. jüngst z.B. U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Fox v. Clinton*, 684 F.3d 67, 74 f. (2012).

³⁰⁷ Vgl. auch zu prozeduralen Anforderungen und deliberativen Aspekten *Fisher*, Risk Regulation and Administrative Constitutionalism, 2007, 116 ff.

³⁰⁸ U.S. Supreme Court, *Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council*, 462 U.S. 87, 103 (1983).

³⁰⁹ U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Indiana v. EPA*, 796 F.3d 803, 811 (2015); U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Zero Zone, Inc. v. United States Department of Energy*, 832 F.3d 654, 668 (2016); U.S. District Court for the Southern District of Indiana, *Boucher v. United States Department of Agriculture*, 149 F.Supp.3d 1045, 1055 (2016).

³¹⁰ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Sierra Club v. Costle*, 657 F.2d 298, 407 f. (1981).

dd) Überprüfung der Nichthandlung

Hinsichtlich der Überprüfung einer fehlenden oder zu späten Agenturhandlung, vgl. § 706 (1) APA, hat der Oberste Gerichtshof ebenfalls einen sehr zurückhaltenden Maßstab angelegt. § 706 (1) APA wird restriktiv dahingehend ausgelegt, dass erforderlich ist, dass eine Agentur (1) eine ganz bestimmte Handlung unterlassen hat, (2) die sie vorzunehmen verpflichtet war.³¹¹ Die allgemeine Behauptung, die Agentur habe ihre gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt, sei demnach nicht ausreichend.³¹² Vielmehr müsse eine ganz bestimmte Handlung gesetzlich vorgeschrieben sein, welche die Agentur nicht vorgenommen hat. Einschränkungen des Handlungsspielraums der Agentur folgen hieraus folglich nur, wenn im ermächtigenden Gesetz bereits konkrete Pflichten für die Agentur aufgestellt wurden. Gerichte verpflichten die Agenturen dagegen nicht etwa auf Basis eines allgemein zu schwachen Gesundheitsschutzes zu einer Handlung.

ee) Schlussfolgerungen zum gerichtlichen Überprüfungsmaßstab

Die gerichtliche Überprüfung von Agenturenentscheidungen hat teilweise eine wechselhafte Geschichte durchlebt. Als *status quo* ist festzuhalten, dass die Auslegung der ermächtigenden Gesetze durch Agenturen nach der *Chevron*-Doktrin überprüft wird. Diese lässt Agenturen keinen Auslegungsspielraum, sofern bereits die Formulierung im ermächtigenden Gesetz eindeutig ist, was die sachlich-inhaltliche Legitimation, die durch den Kongress vermittelt wird, sicherstellt. Bei uneindeutigen Formulierungen im ermächtigenden Gesetz muss die Auslegung der Agentur nach der *Chevron*-Doktrin dagegen nur vertretbar sein, um vom überprüfenden Gericht akzeptiert zu werden. Hier wäre zur Gewährleistung einer effektiven Ultra-vires-Kontrolle eine strengere Kontrolle (ergänzend zu den *non-delegation canons*) wünschenswert (näher dazu Teil 3).

Die abschließende Agenturenentscheidung, die ein Produkt aus der Ermittlung der Fakten und der Anwendung des Gesetzes auf den Fall darstellt, wird ebenso wie die Faktenermittlung selbst *de facto* nach dem *Arbitrary-and-capricious*-Standard überprüft (wobei der *Substantial-evidence*-Standard teilweise auch genannt wird, woraus sich aber keine ersichtlichen Besonderheiten ergeben). Bei der Überprüfung nach dem *Arbitrary-and-capricious*-Standard, wird die Begründung der Agentur in der Akte nach der *Hard-look*-Doktrin eingehend auf Inkonsistenzen, Lücken und Fehler untersucht. Wenn solche nicht vorliegen, wird die Entscheidung der

³¹¹ U.S. Supreme Court, *Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance*, 542 U.S. 55, 64 (2004), vgl. hierzu auch *Werhan*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl. 2014, S. 407.

³¹² U.S. Supreme Court, *Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance*, 542 U.S. 55, 64 f. (2004).

Agentur vom Gericht akzeptiert, auch wenn ein anderes Ergebnis plausibler erscheint. Besonders groß ist der Einschätzungsspielraum der Agentur bei Entscheidungen, die sich in den Pionierbereichen von Wissenschaft und Technik abspielen, bzw. bei Entscheidungen über technischen Fragen im Bereich der jeweiligen Fachexpertise der Agentur. Diese gegenüber der Kontrolle des Kongresses prozedural verschärfte Kontrolle der Agenturrechtsetzung ist grundsätzlich am Maßstab der Je-desto-Formel positiv zu bewerten: Der Handlungsspielraum wird nicht inhaltlich eingeschränkt, gleichwohl gewährleisten die gerichtlich überprüften prozeduralen Pflichten zum einen eine möglichst kundig getroffene Entscheidung und zum anderen verstärken sie das Legitimationsniveau der Entscheidung durch Deliberation.

Gravierende Änderungen des Prüfungsmaßstabs würden aus einer Verabschiedung des *Regulatory Accountability Act of 2017* folgen, da dieser insbesondere den Auslegungsspielraum der Agentur nach der *Chevron*-Doktrin abschafft und – für die vorliegende Untersuchung besonders relevant – dem *Information Quality Act* verschärfte Kontrolle und den internen Vorgaben des OIRA Justiziabilität verleiht (dazu sogleich unter d) bzw. 2.).

b) Spezielle ermächtigende Gesetze (*enabling statutes*)

Nachdem nun der allgemeine Maßstab der gerichtlichen Überprüfung dargestellt wurde, ist punktuell zu untersuchen, welche wichtigen Parlamentsgesetze im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes erlassen wurden und inwiefern diese samt ihrer Interpretation durch die Gerichte den Entscheidungsspielraum der Agenturen gegenüber dem bisher Gesagten einschränken oder erweitern. Eine lediglich punktuelle Untersuchung ist zum einen geboten, da eine detaillierte Untersuchung des US-amerikanischen Gesetzesrechts zur Risikoregulierung im Umwelt- und Gesundheitsbereich den Umfang dieser Arbeit sprengen würde. Zum anderen liefern *Wiener et al.*³¹³ bereits eine relativ umfassende Betrachtung mit dem Ziel, die These *Vogels*³¹⁴ zu widerlegen, dass die USA zwar in den 1970ern „vorsorglicher“ waren als die EU, aber sich dieser Trend seither umgekehrt hat. *Wiener* schlussfolgert in seiner Untersuchung demgegenüber, dass es Bereiche gebe, in denen die USA nach wie vorsorglicher seien, aber andere Bereiche, in denen die EU vorsorglicher sei. Diese These wird dadurch gestützt, dass

³¹³ *Wiener/Rogers/Hammitt u. a.* (Hrsg.), *The reality of precaution*, 2011; s. beschränkt auf Chemikalien und Kommunikationsbasisstationen auch *Zander*, *The application of the precautionary principle in practice*, 2010.

³¹⁴ *Vogel*, *The politics of precaution*, 2012.

Regierungsvertreter selbst davon ausgehen, dass verschiedene Gesetze unterschiedliche Regulierungsansätze aufweisen.³¹⁵

Die Untersuchung soll hier lediglich aufzeigen, dass beide Beobachtungen in gewisser Weise zutreffen können. Womöglich gibt es nämlich hinsichtlich des aktuell gültigen Gesetzesrechts Bereiche, in denen vorsorgliche Regulierung vorgesehen ist, und andere Bereiche, in denen ein höheres Maß wissenschaftlicher Gewissheit gesetzlich vorgeschrieben ist, was *Wieners* These stützen würde. Gleichwohl ist denkbar, dass die vorsorglicheren Gesetze eher in den 1970ern erlassen wurden und die stärker wissenschaftsbasierten Gesetze eher ab den 1990ern. Zudem wird die Anwendung der Gesetze durch die Agenturen auch durch die Überprüfung durch die Gerichte (dazu bereits oben a)) und durch verwaltungsinterne Vorgaben aus dem Weißen Haus gesteuert (dazu sogleich 2.), was einen Grund für *Vogels* Beobachtung liefern kann.

aa) Clean Air Act, Clean Water Act, Endangered Species Act

Frühe Beispiele ermächtigender Gesetze im Bereich der Risikoregulierung sind der *Clean Air Act* von 1970, der *Clean Water Act* von 1972 sowie der *Endangered Species Act* von 1973. Alle diese Gesetze erlaubten Regulierung durch die Agenturen bereits bei „Gefährdung“ (*endangering*). Die befassten Gerichte interpretierten – methodisch dem gerichtlichen Aktivismus (*judicial activism*) folgend³¹⁶ und noch nicht durch die *Chevron*-Doktrin in ihrer Überprüfung eingeschränkt – den Begriff jeweils extensiv so, dass ihm eine Vorsorgekomponente innewohne. Die Verwaltung sei gehalten, bei ihren Entscheidungen auf der Seite der Vorsicht zu irren.³¹⁷ Maßnahmen zum Schutz einer Spezies seien auch dann erlaubt, wenn der Nutzen des Erhalts der Spezies unklar sei.³¹⁸ Nicht nur wissenschaftlich gesicherte Gefahren für sauberes Wasser dürften reguliert werden, sondern Hinweise auf mögliche Gefahren seien ausreichend.³¹⁹ Die

³¹⁵ S. *Nancy Beck* vom OMB, die folgende Kategorisierung vornimmt: *Endangered Species Act, Food Quality Protection Act*: Risk-only Approach; *Clean Air Act*: Feasibility Approach; *Toxic Substances Control Act*: Benefit-Cost Balancing Approach; *Safe Drinking Water Act*: Hybrid Approach (combines a risk-only regulatory goal with a technology-based enforceable standard), *Daskaleros/Beck/Morris u.a.*, Regulatory Risk Analysis in the European Union, United States, and Canada (https://ec.europa.eu/health/archive/ph_risk/documents/ev_20081113_co03_en.pdf), 22 f. (geprüft am 28.03.2017).

³¹⁶ Teilweise wird insoweit von einer Allianz der Umweltbewegung und der progressiven, aktivistischen Gerichte gesprochen, vgl. *Jasanoff*, *Science at the bar*, 1997, S. 75.

³¹⁷ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Lead Indus. Ass'n, Inc. v. EPA*, 647 F.2d 1130, 1155 (1976); s. zur vorsorglichen Natur des *Clean Water Act* auch: U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1 (1976); U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Ethyl Corp. v. EPA*, 598 F.2d 91 (1979), der an das Gericht zurückverwiesen worden war, nachdem in zuvor in dem Verfahren nur das abweichende Votum des Richters *Wright* eine extensive und damit vorsorgliche Auslegung des Begriffs *endangering* vertreten hatte, vgl. U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1 (1976).

³¹⁸ U.S. Supreme Court, *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978).

³¹⁹ U.S. Court of Appeals for the 8th Circuit, *Reserve Mining Co. v. EPA*, 514 F.2d 492, 528 (1975).

Agenturen dürften sich auf Projektionen aus unvollständigen Daten stützen, die noch nicht als Fakten anerkannt seien.³²⁰

Selbst wenn sich der generelle Trend der gerichtlichen Überprüfung (s.o.) und das politische Klima seit den 1970ern geändert hat³²¹, werden jedenfalls *Clean Air Act* und *Endangered Species Act* nach wie vor vorsorglich interpretiert: Vorhandene Ungewissheit der Agentur führe nicht dazu, dass eine Gefährdung der Luft nicht angenommen werden könne³²², Beweise müssten nicht zwingend sein, um eine Spezies in eine Gefährdungsliste aufzunehmen.³²³ Der *Clean Air Act* wurde in einem Urteil des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahr 2007 sogar im Sinne eines „starken“ Vorsorgeprinzips verstanden und die EPA auf seiner Grundlage zur Regulierung von Treibhausgasen verpflichtet (wenngleich vor allem in den USA keine Einigkeit über die Schädlichkeit herrscht).³²⁴ Da sich dieses Urteil jedoch über zahlreiche Grundsätze der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hinwegsetzt (über die *Chevron*-Doktrin sowie die sonst äußerst zurückhaltende Überprüfung eines regulatorischen Unterlassens, s.o.) und eindeutig politisch motiviert ist³²⁵, ist denkbar, dass es eine Einzelfallentscheidung bleibt.³²⁶

Jedenfalls ist der Entscheidungsspielraum der Agenturen hinsichtlich der Klauseln im *Clean Air Act* und *Endangered Species Act* besonders weit, wenn sie Umweltschutzmaßnahmen ergreifen wollen.

³²⁰ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1, 28 (1976).

³²¹ S. dazu *Jasanoff*, *Science at the bar*, 1997, 69 ff.

³²² Zum *Clean Air Act*: U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Coalition for Responsible Regulation, Inc. v. EPA*, 684 F.3d 102, 325 ff. (2012); hinsichtlich des *Federal Water Pollution Control Act* wird immerhin nach wie vor ausdrücklich davon ausgegangen, dass eine Kausalkette zwischen Schäden und Handlung nicht mit wissenschaftlicher Gewissheit etabliert werden müsse: U.S. District Court for the Western District of Wisconsin, *Wisconsin Resources Protection Council, Center for Biological Diversity v. Flambeau Mining Company*, 903 F.Supp.2d 690, 706 (2012).

³²³ U.S. District Court for the District of Columbia, *Defenders of Wildlife v. Babbitt*, 958 F.Supp. 670, 679 f. (1997), allerdings dürfen zusätzliche, bessere Daten auch nicht ignoriert werden: U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit, *San Luis & Delta-Mendota Water Authority v. Jewell*, 747 F.3d 581, 602 (2014).

³²⁴ U.S. Supreme Court, *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007).

³²⁵ Kritisch daher *Cass*, *Virginia Law Review* In Brief 93 (2007), S. 75 ff.

³²⁶ Soweit ersichtlich betraf die nachfolgende Rechtsprechung zur relevanten Klausel des *Clean Air Act* Fälle, in denen sich Vertreter wirtschaftlicher Interessen gegen eine umweltschützende Regulierung der Environmental Protection Agency wehrten. Hier musste sich das Gericht insofern weder über die *Chevron*-Doktrin noch über den sonst äußerst zurückhaltenden Überprüfungsmaßstab bei regulatorischem Unterlassens hinwegsetzen: z.B. U.S. Supreme Court, *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. ____ (2014).

bb) Delaney-Klausel

In der berühmt-berüchtigten *Delaney-Klausel* des *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* von 1958 war eine Nulltoleranz-Grenze hinsichtlich möglicherweise krebserregender Stoffe vorgeschrieben, sodass die Agentur auch bei geringstem Risiko zur Regulierung verpflichtet war. Dies schränkte den Handlungsspielraum der Agenturen zugunsten des Gesundheitsschutzes ein.

Ab 1988 wurde diese Klausel aus Praktikabilitätsgründen jedoch von der zuständigen *Environmental Protection Agency* (EPA) weniger streng ausgelegt und Pestizide, von denen ein *De-minimis*-Risiko ausging, wurden dennoch erlaubt. 1996 einigte man sich in Anbetracht der unklaren Rechtslage auf den *Food Quality Protection Act*, der die *Delaney-Klausel* abschaffte und stattdessen für die Erlaubnis die „vernünftige Gewissheit der Unschädlichkeit“ (*reasonable certainty of no harm*) verlangte.³²⁷ In diesem Fall ist der Entscheidungsspielraum für die Agenturen somit durch die Änderungen größer geworden, wenngleich inhaltlich ein geringerer Maßstab des Gesundheitsschutzes angesetzt wird.

cc) Occupational Health and Safety Act

Die Formulierungen im *Occupational Health and Safety Act* von 1970 sind ebenfalls verhältnismäßig vorsorglich. So sollen für Arbeitsplätze vernünftige Standards aufgestellt werden, die ein sicheres und gesundes Arbeitsumfeld bieten, vgl. § 3 (8). Bei der Regulierung giftiger Stoffe hat das Arbeitsministerium (*Secretary of Labor*) auf Grundlage der bestmöglichen Beweise einen Standard aufzustellen, der möglichst angemessen sicherstellt, dass kein Angestellter Gesundheitsschäden erleidet, und gleichzeitig machbar ist, vgl. § 6 (b)(5).

Die Auslegung dieser Bestimmungen im sog. *Benzene-Fall* 1980 durch den Obersten Gerichtshof war jedoch relativ zurückhaltend und interpretierte keinesfalls eine Vorsorgekomponente in die Bestimmungen. Das Arbeitsministerium hatte in diesem Fall den Sicherheitsstandard für den krebserregenden Stoff Benzol von 10 ppm auf 1 ppm gesenkt. Zur Begründung führte es an, dass bei krebserregenden Stoffen keine „sicheren“ Untergrenzen wissenschaftlich feststellbar seien, sondern auch minimale Mengen theoretisch krebserregend sein könnten. Dementsprechend sei der niedrigste technisch mögliche Standard (1 ppm) anzusetzen.³²⁸

Der Oberste Gerichtshof hat diese Einschätzung zurückgewiesen. Vielmehr müsse nachgewiesen werden, dass das Risiko des bestehenden Standards signifikant sei³²⁹ und dass der neue

³²⁷ Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA)

³²⁸ U.S. Supreme Court, *Industrial Union Department v. API*, 448 U.S. 607, 613 (1980).

³²⁹ U.S. Supreme Court, *Industrial Union Department v. API*, 448 U.S. 607, 614 f (1980).

Standard messbare Verbesserungen bringen müsse.³³⁰ Die Agentur müsse zumindest zeigen, dass negative Folgen bei einem Standard von 10 ppm wahrscheinlicher seien als keine negativen Folgen.³³¹ Als mögliche Beweise nannten die Richter eine quantitative Risikobewertung, welche die Schadenswahrscheinlichkeit in Zahlen ausdrücke.³³²

Hieran lässt sich bereits eine gewisse Umkehr der Rechtsprechung ablesen, die mit Ende der 1970er Jahre nicht mehr in Allianz mit der Umweltbewegung aktivistisch agierte, sondern teilweise über die *Hard-look*-Doktrin hinausgehende Überprüfungen der Agenteureinschätzung durchführte.³³³ Insbesondere die Forderung nach quantitativen Beweisen schränkte den Handlungsspielraum der Agenturen im Fall wissenschaftlicher Ungewissheit sowohl inhaltlich als auch prozedural zulasten des Gesundheitsschutzes ein. In vielen Folgeentscheidungen war die Frage demnach nicht nur, ob eine wissenschaftliche Risikobewertung stattgefunden hat, sondern auch, ob die von der Agentur vorgetragene Risikobewertung plausibel ist.³³⁴

dd) Toxic Substances Control Act

Im *Toxic Substances Control Act* hat der Kongress für die Regulierung von Giftstoffen die Vorgabe gemacht, dass unzumutbare Risiken zu bekämpfen sind, wenn die Agentur vernünftige Gründe für die Annahme hat, dass solche bestehen. Für sich betrachtet könnte diese Formulierung schon allein wegen des Terminus „Risiken“ statt „Schäden“ vorsorgliche Maßnahmen erlauben. In *Corrosion Proof Fittings* aus dem Jahre 1991 bezüglich eines Verbots von Asbest durch die EPA geht das Gericht davon aus, dass die Formulierung von der Agentur verlange, Kosten und Nutzen der Regulierung zu betrachten. Dabei sei ihr allerdings erlaubt, sich nicht ausschließlich auf quantifizierbare Kosten und Nutzen stützen.³³⁵ Im vorliegenden Fall habe die Agentur allerdings Kosten von 200-300 Mio. \$ für die Vermeidung von geschätzten sieben Todesfällen in 13 Jahren beziffert, was keine gehaltvolle Betrachtung der Kosten sei.³³⁶ Insgesamt überprüft das Gericht die Kosten-Nutzen-Rechnung der Agentur relativ genau, ohne jedoch generelle Quantifizierbarkeit zu fordern.

³³⁰ U.S. Supreme Court, *Industrial Union Department v. API*, 448 U.S. 607, 630 ff. (1980).

³³¹ U.S. Supreme Court, *Industrial Union Department v. API*, 448 U.S. 607, 653 (1980).

³³² U.S. Supreme Court, *Industrial Union Department v. API*, 448 U.S. 607, 704 f. (1980).

³³³ *Jasanoff*, Science at the bar, 1997, 81 ff.

³³⁴ *Majone*, in: Wiener/Rogers/Hammitt u.a. (Hrsg.), The reality of precaution, 2011, S. 411, 427.

³³⁵ U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit, *Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201, 1214 (1991).

³³⁶ U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit, *Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201, 1223 (1991); vgl. ebenso die Ignorierung von Kosten verbietend: U.S. Supreme Court, *Michigan v. EPA*, 135 S. Ct. 2699, 2707 f. (2015).

Das Urteil ist damit Ausdruck der nach dem *Benzene*-Urteil einkehrenden Einsicht, dass mathematische Analysen auch nur begrenzte Aussagekraft haben und die Beschränkung der Risikobewertung auf quantitative Beweise nicht zielführend ist.³³⁷ Dennoch ist die gerichtliche Auslegung des *Toxic Substances Control Act* nicht „vorsorglich“, sondern verlangt dem Grunde nach eine Kosten-Nutzen-Analyse und interveniert bei hohen Kosten für geringen/minimalen Nutzen.

ee) Zwischenergebnis

Die Einschätzung von *Wiener et al.*, dass bestimmte Rechtsbereiche nach wie vor „vorsorglich“ reguliert werden (können), während in anderen Rechtsgebieten Agenturen stärker an wissenschaftliche Beweise zur Regulierung gebunden sind, ist damit zutreffend. Es lassen sich daher aus den speziellen Rechtsgebieten keine allgemeinen Schlussfolgerungen hinsichtlich der inhaltlichen Bindungen und Einschätzungsspielräumen der Agenturen ziehen. Vielmehr obliegt es grundsätzlich dem Kongress, sich im Gesetz für einen Maßstab für den Umgang mit Risiken zu entscheiden, der vorsorglicher oder weniger vorsorglich ausgestaltet sein kann – es entspricht dem Wesen der Demokratie, dass solche Entscheidungen im Laufe der Zeit unterschiedlich ausfallen, was *Vogel* hervorhebt.³³⁸ Hieraus folgen sodann inhaltliche Bindungen der Agenturen, die jedoch die sachlich-inhaltliche Ex-ante-Legitimation der Entscheidung gewährleisten und am Maßstab der *Je-desto*-Formel trotz Einschränkung des Handlungsspielraums der Exekutive somit nicht zu kritisieren sind.

Allerdings ist zu beobachten, dass Gerichte in den 1970er Jahren einer sehr vorsorglichen Interpretation zuneigten, in den frühen 1980er Jahren dagegen einen teilweise äußerst strengen Maßstab an die wissenschaftlichen Beweise anlegten, der im Folgenden aber wieder gelockert wurde.³³⁹ Ein gelockerter Maßstab, der die Einschätzung der Agentur in ihren jeweiligen Spezialgebieten achtet, aber eine genaue Begründung i.d.R. unter Berücksichtigung der Kosten und Nutzen³⁴⁰ und unter Benennung der Kontroversen und Ungewissheiten fordert, gilt mit dem bereits beschriebenen *Arbitrary-and-capricious*-Standard nach wie vor. Die momentan praktizierte, im Wesentlichen prozedural nachvollziehende gerichtliche Überprüfung ist zu befürwor-

³³⁷ Vgl. zu dieser Einsicht *Jasanoff*, *Science at the bar*, 1997, S. 83.

³³⁸ *Vogel*, *The politics of precaution*, 2012.

³³⁹ Eine solche dreiphasige Entwicklung skizziert *Jasanoff*, *Science at the bar*, 1997, 69 ff.

³⁴⁰ So auch die Schlussfolgerung von *Majone*, in: *Wiener/Rogers/Hammitt u.a. (Hrsg.), The reality of precaution*, 2011, S. 411, 427.

ten – hingegen schränkte der strenge Maßstab der 1980er den Handlungsspielraum der Exekutive übermäßig ein und versetzte die wissenschaftlichen Berater *de facto* in die Position des Entscheiders.

c) *National Environmental Policy Act (NEPA)*

Der *National Environmental Policy Act* von 1970 ist ein wichtiges und allgemeingültiges Gesetz im Bereich des Umweltschutzes – er wird teilweise als *environmental Magna Charta* bezeichnet.³⁴¹ Der wichtigste Inhalt des Gesetzes ist, dass alle Exekutivagenturen im Zuge der Regulierung Erklärungen zu den Umweltfolgen abgeben müssen, vgl. Sec. 102 (C). Jedoch enthält das Gesetz keine Verpflichtung der Agenturen, auf identifizierte Umweltfolgen zu reagieren.³⁴² Auch interpretierte der Supreme Court das Erfordernis der Umweltprüfung und der Erklärung zu den Umweltfolgen als rein prozedurale Vorgabe, der nicht zu entnehmen sei, dass Umweltbelange in der Abwägung und Entscheidung der Agentur besonderes Gewicht haben müssten.³⁴³ Die prozedurale Pflicht, Umweltfolgen zu benennen, ist aus deliberativ-demokratischem Blickwinkel zu begrüßen. Eine Einschränkung des inhaltlichen Handlungsspielraums geht hiermit nicht einher.

d) *Information Quality Act*

Der *Information Quality Act* aus dem Jahr 2001 ist extrem kurz³⁴⁴ und schreibt dem Direktor des OMB vor, Richtlinien zu erlassen, die politische und prozedurale Anweisungen für die nationalen Agenturen enthalten sollen, um die Qualität, Objektivität, Nützlichkeit und Integrität der von diesen verbreiteten Informationen sicherzustellen und zu maximieren.

In den Richtlinien sollen die Agenturen verpflichtet werden, (1) eigene Richtlinien zur Datenqualitätssicherung aufzustellen; (2) Verwaltungsverfahren einzurichten, die betroffenen Personen erlaubt, die Berichtigung von Informationen, die die Agentur unterhält oder verbreitet, zu beantragen und zu erlangen; (3) regelmäßig dem Direktor des OMB Bericht über die Zahl und Art der Beschwerden und darüber, wie diese von der Agentur behandelt wurden, zu erstatten.

³⁴¹ Eccleston, NEPA and environmental planning, 2008.

³⁴² Vgl. Applegate, Human and Ecological Risk Assessment: An International Journal 6 (2000), 429.

³⁴³ U.S. Supreme Court, *Marsh v. Oregon Natural Resources Council*, 490 U.S. 360 (1989).

³⁴⁴ Zur Entstehungsgeschichte und dem Einfluss der Tabak-Lobby *McGarity*, *Thomas O. et. al.*, Truth and Science Betrayed, 2005 (<http://www.progressivereform.org/articles/iqa.pdf>) (geprüft am 22.03.2017).

Dieses Gesetz kann den Handlungsspielraum der Agenturen nur in durchsetzbarer Weise einschränken, wenn entweder die Ablehnung eines Berichtigungsgesuchs justiziabel ist oder zumindest dem Direktor des OMB Weisungsbefugnisse oder sonstige durchsetzbare Kontrollbefugnisse gegenüber den Agenturen eingeräumt werden. Letzteres wird erst sogleich unter 2. c) untersucht, da es das exekutive Innenverhältnis zwischen Weißem Haus und Agenturen betrifft.

Da das Gesetz noch relativ jung ist, gibt es noch keine gefestigte Rechtsprechung der Gerichte zur Justiziabilität eines abgelehnten oder spät beantworteten Berichtigungsgesuchs. Die bisher befassten Gerichte neigen aber derzeit stark dazu, eine Justiziabilität schon dem Grunde nach abzulehnen oder zumindest offenzulassen, wenn die Klage aus anderen Gründen abgelehnt werden kann.³⁴⁵ Soweit ersichtlich hat bislang kein Gericht eine Agenturenentscheidung auf Grundlage des *Information Quality Act* aufgehoben. Einigkeit besteht bislang, dass der *Information Quality Act* selbst keine einklagbaren individuellen Rechte enthält.³⁴⁶ Eine Überprüfung nach Maßgabe des APA scheitert zumindest laut einigen Gerichten bereits von vorneherein an dem der Agentur (sowohl dem OMB als auch der jeweiligen „Fach“-Agentur) gewährten Einschätzungsspielraum, vgl. § 701 (a)(2) APA.³⁴⁷ Die Gerichte könnten nämlich aus dem *Information Quality Act* gar keine inhaltlichen Maßstäbe für die gerichtliche Überprüfung gewinnen (*no law to apply*).³⁴⁸ Dies gelte, obwohl hierbei grundsätzlich auch die Leitlinien des OMB zur Gewinnung eines materiellen Maßstabs berücksichtigt werden könnten, da auch diese in den wesentlichen Punkten der Fachagentur Einschätzungsspielräume gewährten.³⁴⁹

Dementsprechend schränkt der *Information Quality Act* nach bisheriger Rechtsprechung den Handlungsspielraum der Agenturen nicht einklagbar ein.

³⁴⁵ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Mississippi Com'n on Environmental Quality v. EPA*, 790 F.3d 138, 116 (2015); U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit, *Salt Institute v. Leavitt*, 440 F.3d 156, 159 (2006); offen lassend und auf Grundlage der *Chevron*-Doktrin ablehnend: U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit, *Harkonen v. U.S. Dept. of Justice*, 800 F.3d 1143, 1148 f. (2015); ebenso U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Prime Time Intern. Co. v. Vilsack*, 599 F.3d 678, 423 f. (2010).

³⁴⁶ U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Mississippi Com'n on Environmental Quality v. EPA*, 790 F.3d 138, 116 (2015): „does not constitute a statutory mechanism by which the EPA's conclusions reached while making its ... determinations can be challenged.“; ebenso schon U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit, *Salt Institute v. Leavitt*, 440 F.3d 156, 159 (2006).

³⁴⁷ U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit, *Salt Institute v. Leavitt*, 440 F.3d 156, 602 (2006); U.S. District Court for the Eastern District of California, *Family Farm Alliance v. Salazar*, 749 F.Supp.2d 1083, 1091 (2010); ebenso *Pak*, *Washington Law Review* 80 (2005), 734.

³⁴⁸ U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit, *Salt Institute v. Leavitt*, 440 F.3d 156, 602 (2006).

³⁴⁹ U.S. District Court for the Eastern District of California, *Family Farm Alliance v. Salazar*, 749 F.Supp.2d 1083, 1092 ff. (2010).

e) Regulatory Accountability Act

Wie bereits angesprochen würde der bereits im Repräsentantenhaus verabschiedete *Regulatory Accountability Act*³⁵⁰ die Maßstäbe der gerichtlichen Überprüfung maßgeblich ändern. Neben der Abschaffung der *Chevron*-Doktrin, was alle Rechtsfragen wieder der vollen gerichtlichen Kontrolle unterwerfen würde, hätte er vor allem Einfluss auf die gerichtliche Überprüfung der Faktengrundlage. Die Justiziabilität des *Information Quality Act* wird festgeschrieben, wodurch womöglich auch die Richtlinien des Direktors des OMB zu Datenqualität zumindest indirekt durch die Verwendung bei der Auslegung des *Information Quality Act* einklagbar würden. Daneben verlangt der *Regulatory Accountability Act* vom Direktor des OIRA die Aufstellung von Richtlinien für Kosten-Nutzen-Analysen, vgl. Vorschlag zu § 553 (k) APA.³⁵¹ Die Anwendung dieser Richtlinien werden ebenfalls gerichtlicher Kontrolle unterworfen.

Sowohl die Richtlinien zur Datenqualität als auch diejenigen zur Kosten-Nutzen-Analyse können die Möglichkeit der Agenturen, sich auf wissenschaftlich nicht gesicherte Daten zu stützen und bei Ungewissheit über Risiken (und damit Ungewissheit über den Nutzen einer Regulierung) dennoch zu regulieren, einschränken (dazu näher sogleich unter 2.). Zudem werden die Belange, die den Verteilungskonflikt über die Risiken prägen, auf solche Belange beschränkt, die in den Richtlinien zur Kosten-Nutzen-Analyse enthalten sind. Die Justiziabilität entzieht diese Einschränkungen der Agenturen der rein verwaltungsinternen bzw. politischen Arena, in der ein demokratisch legitimierter Präsident, der notwendige Umwelt- oder Gesundheitsschutzregelungen verhindert, politisch von den Wählern abgestraft werden kann, und macht sie den unabhängigen Gerichten und damit auch den privaten Klagen finanzkräftiger Lobbygruppen zugänglich.

Zusätzlich werden den Agenturen im *Regulatory Accountability Act* Regulierungen mit hohen ökonomischen Kosten von mindestens einer Milliarde Dollar untersagt, bevor nicht alle offenen Gerichtsprozesse hierüber abgeschlossen wurden. Hierdurch können besagte finanzkräftige Lobbygruppen durch Gerichtsprozesse eine missliebige Regulierung für lange Zeit hinausögern.³⁵²

³⁵⁰ Inklusiv Verfahrensstand und Zusammenfassung verfügbar unter: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

³⁵¹ S. Sec. 103 des Vorschlags zum *Regulatory Accountability Act*, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

³⁵² Sehr kritisch auch *McGarity*, *The Quietly Passed Regulatory Accountability Act Threatens Health and Safety*, 2017 (<https://news.utexas.edu/2017/02/03/regulatory-accountability-act-threatens-health-and-safety>) (geprüft am 20.03.2017).

Wenngleich eine geringfügige Änderung der *Chevron*-Doktrin auch in dieser Arbeit befürwortet werden kann, sind die übrigen Änderungen des *Regulatory Accountability Act* kritisch einzustufen, da sie Entscheidungen in Fällen wissenschaftlicher Ungewissheit einseitig vorprägen – die ungewissen oder schwer quantifizierbaren Belange sind argumentativ strukturell unterlegen. Eine freie demokratische Entscheidung ohne Sachzwänge wird erschwert. Die Möglichkeit der Verzögerung durch Gerichtsprozesse verschärft zudem das bereits in der Einleitung thematisierte Phänomen der „kritischen Innovationsgeschwindigkeit“³⁵³: Regulierungsentscheidungen kommen womöglich strukturell zu spät – wenn sich die Technologie bereits weiterentwickelt hat.

f) Schlussfolgerungen zu gesetzlichen Bindungen der Agenturen

Die gesetzlichen Bindungen der Agenturen sind je nach reguliertem Rechtsbereich sehr unterschiedlich. Ein wiederkehrendes, wenngleich nicht durchgängig gefordertes Element ist die Betrachtung von Kosten und Nutzen, wobei jedoch unterschiedliche Anforderungen an das Maß der wissenschaftlichen Beweisbarkeit gestellt werden – sowohl durch die ermächtigenden Gesetze selbst, vor allem aber auch durch die interpretierenden Gerichte.

Zurzeit lässt sich als Gemeinsamkeit noch eine relativ geringe Überprüfungsichte der Gerichte festhalten, die der Exekutive einen großen Einschätzungsspielraum gewährt und zwar insbesondere in Pionierbereichen der Wissenschaft und Technik und bei technischen Fragen in den jeweiligen Spezialgebieten der Agentur. Grenzen des Einschätzungsspielraums werden bei eindeutigen Ermächtigungen des Kongresses sowie bei inkonsistenter, lückenhafter oder unvertretbarer Argumentation der Agentur gezogen. Lückenlosigkeit bedeutet freilich nicht, dass es keine Wissenslücken geben darf, sondern nur, dass bekannte Informationen auch in der Argumentation aufzugreifen sind. Sofern eine Kosten-Nutzen-Betrachtung im ermächtigenden Gesetz erlaubt, aber nicht vorgeschrieben ist, muss die Agentur in aller Regel nur nachvollziehbare Gründe liefern, warum eine solche im konkreten Fall nicht durchgeführt wurde (z.B. technische Schwierigkeiten bei der Quantifizierung, überragendes Gewicht bestimmter Werte).³⁵⁴ Lediglich eine völlige Ignorierung der Kosten für geringe Nutzen wurde für willkürlich erklärt.

Insofern ist ein vorsorglicher Charakter des ermächtigenden Gesetzes gar nicht unbedingt nötig, damit Entscheidungen der Agenturen unter Ungewissheit und über hiermit verbundene

³⁵³ *Weizsäcker*, in: Adam/Geissler/Held (Hrsg.), *Die Nonstop-Gesellschaft und ihr Preis*, 1998, S. 171 ff.

³⁵⁴ Mit derselben Beschreibung, aber mehr gerichtliche Kontrolle der Kosten-Nutzen-Analysen einfordernd *Sunstein*, *Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review*, 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2752068) (geprüft am 28.03.2017).

Verteilungskonflikte gerichtlich Bestand haben können. Die Agentur muss die Ungewissheit lediglich benennen und begründen, warum sie sich auf eine bestimmte Weise entschieden hat. Folglich ist – ebenso wie bei den bereits beschriebenen verfassungsrechtlichen Grenzen – der Prüfmaßstab der Gerichte für Agenturenentscheidungen so zurückhaltend, dass keine spezielle „Ermächtigung“ durch ein („schwach“ bzw. „passiv“ verstandenes, s.o.) Vorsorgeprinzip nötig ist, damit Agenturen bei Ungewissheit dennoch zu regulieren können.

Allerdings führt der zurückhaltende Überprüfungsmaßstab der Gerichte in beide Richtungen zu einer hohen Flexibilität der Agenturen. Nichtregulierung der Agenturen bei möglichen, aber ungewissen Umwelt- oder Gesundheitsrisiken ist in aller Regel nicht angreifbar – mit Ausnahme einer strittigen Entscheidung den *Clean Air Act* betreffend.³⁵⁵

Eine Einschränkung des Handlungsspielraums zulasten des Umwelt- und Gesundheitsschutzes droht mit dem *Regulatory Accountability Act*, der unter dem legitimen Ziel, die (demokratische) Verantwortlichkeit der Agenturen zu fördern, Mechanismen einführt, die einseitig den Handlungsspielraum beschränken und die Regulierung zum Schutz der Umwelt- und Gesundheit besonders in wissenschaftlich noch ungesicherten Bereichen deutlich erschwert. Kritisch ist vor allem die Vorgabe, dass Regulierungen mit besonders hohen Kosten erst implementiert werden dürfen, wenn alle diesbezüglichen Gerichtsverfahren abgeschlossen sind. Dies kann effektive Regulierung in zeitkritischen Bereichen vollständig verhindern.

2. Verwaltungsinterne Vorgaben

Neben gesetzlichen Vorgaben, die gerichtlich überprüft und durchgesetzt werden, sind die Agenturen an eine Vielzahl verwaltungsinterner Vorgaben gebunden, von denen im Folgenden die für Risikoregulierung im Umwelt- und Gesundheitsbereich relevantesten dargestellt werden. Diese haben in aller Regel keine einklagbare Außenwirkung³⁵⁶ zugunsten der Bürger und dementsprechend sind Gerichte nicht mit ihrer Auslegung und Anwendung befasst.³⁵⁷ Wie bereits erwähnt könnte sich dieses teilweise mit Verabschiedung des *Regulatory Accountability Act* ändern (s.o.).

³⁵⁵ In U.S. Supreme Court, *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007) ließ der Oberste Gerichtshof einzelne Ungewissheiten hinsichtlich des Zusammenhangs von Treibhausgasen und Klimawandel nicht ausreichen, um schon eine „Gefährdung“ abzulehnen.

³⁵⁶ Für die hier relevante *Executive Order* 12866 ausdrücklich deren Abschnitt 10.

³⁵⁷ Vgl. *Raven-Hansen*, Duke Law Journal 1983, 287 mit Verweis auf zahlreiche Urteile. Er sieht diese Gerichtspraxis allerdings kritisch und fordert Justiziabilität für *Executive Orders*.

Zurzeit werden die (zumindest hier relevanten) verwaltungsinternen Vorgaben aber noch ausschließlich im exekutiven Innenverhältnis zwischen Weißem Haus und Agenturen durchgesetzt. Da, wie oben unter A.II.2. bereits ausgeführt, ein Mikromanagement des Präsidenten selbst allenfalls in höchst politischen Regulierungsfällen faktisch möglich ist, bedient sich der Präsident insbesondere des *Office for Management and Budget (OMB)* und des diesem untergeordneten *Office for Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, um Regulierungstätigkeiten der Agenturen zu überwachen. Dem Grunde nach entspricht die Kontrolle der Agenturen durch Präsidenten und Weißem Haus einer demokratischen Notwendigkeit zur Herstellung der Legitimationskette. Kritisch kann die Beschränkung des Handlungsspielraums der Agenturen durch den Präsidenten bzw. OMB bzw. OIRA also aus Perspektive der Je-desto-Formel nur sein, wenn Entscheidungen durch die Begründungsanforderungen *de facto* externen Wissenschaftlern oder Unternehmen übertragen werden oder durch Sachzwänge so vorgeprägt werden, dass von einer freien demokratischen Entscheidung nicht mehr gesprochen werden kann. Dies könnte insbesondere der Fall sein, sofern die betreffenden verwaltungsinternen Vorgaben ein *Sound-science*-Prinzip statuieren würden, welches nur bei weitgehender Gewissheit über Risiken die Regulierung erlauben würde.

Das OIRA wurde von Präsident *Reagan* in der *Executive Order (EO) 12291* erst geschaffen. Es wurde – einfach ausgedrückt – beauftragt zu überwachen, dass die Regulierungen der Agenturen nicht mehr kosten als nutzen. Diese grundsätzliche Aufgabe übt das OIRA nach wie vor aus, wenngleich die heute gültige, von Präsident *Clinton* erlassene EO 12866 aus dem Jahr 1993 die Überprüfungsmaßstäbe gegenüber der EO 12291 abgeändert hat. Zusätzliche Vorgaben enthält Präsident *Obamas* EO 13563³⁵⁸, ohne allerdings EO 12866 aufzuheben (zu alledem a)).³⁵⁹

Bei der Ausübung der in EO 12866 übertragenen Aufgaben stützen sich OMB bzw. OIRA unter anderem auf folgende Dokumente: erstens auf das Rundschreiben *Circular A-4*, zweitens auf die bereits erwähnten *Information Quality Guidelines*, die auf Grundlage des *Information Quality Act* erlassen wurden, drittens auf den *Peer Review Bulletin* und schließlich auf die *OMB and OSTP Principles for Risk Analysis* (zu alledem b)).

Da die Entscheidungen des OIRA nicht (systematisch) veröffentlicht werden, muss sich hier im Wesentlichen darauf beschränkt werden, die schriftlichen Vorgaben der verwaltungsinternen Dokumente zu beschreiben. Um Hinweise auf die Anwendungspraxis zu erlangen, kann

³⁵⁸ Abrufbar unter: <https://www.federalregister.gov/documents/2011/01/21/2011-1385/improving-regulation-and-regulatory-review> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

³⁵⁹ S. zur historischen Entwicklung ausführlich *Heinzerling*, *Pace Environmental Law Review* 31 (2014), 327 ff.

punktuell auf Veröffentlichungen von insbesondere *Cass Sunstein* zurückgegriffen werden, der zeitweise unter Präsident *Obama* Leiter des OIRA war.

a) *Executive Orders 12866 und 13563*

Die EO 12866 von Präsident *Clinton* ist nach wie vor die maßgebliche Vorschrift für die verwaltungsinterne Koordination und Kontrolle der Agenturrechtsetzung durch das Weiße Haus. Diese wurde durch Präsident *Obama* durch EO 13563 ergänzt, es ergeben sich hieraus jedoch kaum wesentliche Änderungen.³⁶⁰

aa) *Grundsätze*

EO 12866³⁶¹ enthält zuvorderst in Abschnitt 1 (a) ein Statement über die Regulierungsphilosophie. Diese propagiert – obwohl von einem Präsidenten der demokratischen Partei erlassen – eine zurückhaltende Herangehensweise. Nur Regulierungen, die gesetzlich gefordert, zur Interpretation von Gesetzen nötig oder durch ein zwingendes öffentliches Bedürfnis erforderlich geworden seien, sollten erlassen werden. Als zwingendes öffentliches Bedürfnis wird z.B. das Versagen des Marktes, die Gesundheit, das Wohlbefinden, Sicherheit oder Umwelt zu schützen, genannt. Bei der Entscheidung habe die Agentur die Kosten und Nutzen der Regulierung sowie Regulierungsalternativen inklusive der Nichtregulierung zu bewerten. Im Gegensatz zu der EO von Präsident *Reagan* wird aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass unter Kosten und Nutzen sowohl quantifizierbare Maßstäbe (soweit diese sinnvollerweise abgeschätzt werden können) als auch qualitative Maßstäbe (z.B. „Gleichheit“, seit EO 13563 von Präsident *Obama* auch explizit „Würde“) fallen könnten. Dies stellt eine Reaktion auf die asymmetrische Benachteiligung bestimmter, insbesondere auch umweltschützender Regulierungen dar, deren Nutzen oft schwer quantifizierbar sind.³⁶² Grundsätzlich soll der Regulierungsansatz gewählt werden, der die Netto-Nutzen maximiert (inklusive möglicher ökonomischer, ökologischer, gesundheitlicher, sozialer und gleichheitsfördernder Nutzen), sofern nicht ein ermächtigendes Gesetz einen anderen Ansatz fordert.

³⁶⁰ Kritisch zur fehlenden Adressierung bestehender Probleme durch EO 13563 *dies.*, *Pace Environmental Law Review* 31 (2014), 340 ff.: „The single most notable fact about the new order, EO 13,563, is how not-new it was ...“.

³⁶¹ Abrufbar unter https://www.reginfo.gov/public/jsp/Utilities/EO_12866.pdf.

³⁶² Vgl. *Heinzerling*, *Pace Environmental Law Review* 31 (2014), 329.

Sodann stellt die EO 12866 in Abschnitt 1 (b) generelle Prinzipien zur Regulierung auf, die unter anderem besagen, dass Alternativen zu direkter Regulierung (z.B. wirtschaftliche Anreize) bedacht werden sollen und eher Leistungsziele als genaue Verhaltensweisen vorgegeben werden sollen. Jede Agentur solle sich auf die besten wissenschaftlichen, technischen, wirtschaftlichen und sonstigen Informationen, die für die Notwendigkeit und die Konsequenzen der Regulierung relevant sein könnten, stützen, soweit diese sinnvoll zu erlangen seien. Zudem müssten Kosten und Nutzen der Regulierung bedacht werden und – unter Berücksichtigung der Tatsache, dass bestimmte Kosten oder Nutzen schwer zu quantifizieren seien – nur solche Regulierungen verabschiedet werden, bei denen die vernünftige Annahme bestehe, dass deren Nutzen überwögen.

bb) Überprüfungsmechanismus durch das OIRA

Nach einigen Abschnitten über die Organisation und interne Koordination der Regulierungsprogramme, die die Agenturen nur prozedural, aber nicht inhaltlich verpflichten, folgt in Abschnitt 6 der zentrale inhaltliche Kontrollmechanismus, nämlich die zentralisierte Überprüfung der Regulierungen von Exekutivagenturen durch das OIRA. Während unter Präsident *Reagan* noch ausnahmslos alle Regulierungen überprüft wurden, fordert EO 12866 einschränkend nur die Überprüfung „signifikanter“ Regeln.³⁶³ Signifikant seien solche Regeln, die (1) Auswirkungen auf die Wirtschaft von mindestens 100 Mio. \$ hätten oder sonst gravierend die Wirtschaft, einen bestimmten Sektor, die Produktivität, den Wettbewerb, Umwelt, Gesundheit, Sicherheit oder regionale/lokale Regierungen und Gemeinschaften beeinflussten („ökonomisch signifikant“); (2) gravierende Inkonsistenzen mit einer bestehenden oder geplanten Regel einer anderen Agentur aufwiesen; (3) nennenswert die Haushaltsauswirkungen anderer Programme veränderten oder (4) neue rechtliche oder politische Fragen aufwürfen, vgl. Abschn. 3 (f). Die jeweiligen Agenturen müssten dem Leiter des OIRA Listen ihrer geplanten Regulierungen zukommen lassen und dabei solche Regeln kennzeichnen, die die Agentur für signifikant halte, vgl. Abschnitt 6 (a)(3)(A). Der Leiter des OIRA könne aber zusätzliche Regeln für signifikant deklarieren und damit der OIRA-Überprüfung unterwerfen bzw. auf die Überprüfung einzelner Regeln, die von der Agentur als signifikant eingestuft worden seien, verzichten. Das OIRA (und damit indirekt der Präsident) behalte damit das letzte Wort darüber, welche Regeln überprüft würden. Für alle signifikanten Regeln müsse die jeweilige Agentur dem OIRA den geplanten

³⁶³ *Dies.*, Pace Environmental Law Review 31 (2014), 331.

Rechtstext, eine Erläuterung der Regulierungsnotwendigkeit sowie eine Kosten-Nutzen-Bewertung übermitteln. Speziell für ökonomisch signifikante Regeln bestünden besondere Vorgaben an die Kosten-Nutzen-Bewertung: Zum einen seien Kosten und Nutzen soweit möglich zu quantifizieren, zum anderen seien auch für regulatorische Alternativen Kosten-Nutzen-Rechnungen durchzuführen und zu begründen, warum die gewählte Regulierung vorzugswürdig sei, vgl. Abschnitt 6 (a)(3)(C).

Das OIRA könne die Regulierungen sodann entweder akzeptieren oder aber den Agenturen Veränderungsvorschläge unterbreiten und für weitere Überlegungen an die Agentur zurückverweisen, vgl. Abschnitt 6 (b)(3).

Sofern zwischen den Agenturen und OIRA unauflösbare Streitigkeiten über die Regeln inkl. Kosten-Nutzen-Analysen aufkommen sollten, werde ein besonderes Verfahren über den Vizepräsidenten eingeleitet, bei dem der Präsident das letzte Wort habe, vgl. Abschnitt 7.

In Abschnitt 8 wird den Agenturen verboten, Regulierungen im *Federal Register* zu veröffentlichen oder anderweitig zu erlassen, solange die Überprüfung durch das OIRA nicht abgeschlossen sei bzw. das OIRA auf die Überprüfung explizit oder durch Verstreichenlassen der Frist verzichtet habe.

Obwohl in Abschnitt 9 ausdrücklich die Regulierungshoheit der Agenturen bekräftigt wird und zuvor lediglich von „Beratung und Aufsicht“ durch OIRA sowie von „Zurückverweisen an die Agenturen für weitere Überlegungen“ die Rede ist, macht schon die vorgesehene finale Auflösung von Konflikten durch den Präsidenten deutlich, dass das Weiße Haus gegenüber den Agenturen das letzte Wort behält. In der Praxis wird das offizielle Verfahren zur Auflösung von Konflikten selten benutzt, allerdings bleibt es dabei, dass tendenziell das Weiße Haus, speziell das OIRA das letzte Wort hat.³⁶⁴ Wenngleich sich das OIRA laut *Sunstein* lediglich als Informationssammelstelle versteht³⁶⁵, kann es die Regulierungen der Agenturen *de facto* blockieren, bis eine Einigung (auch ohne Beteiligung des Präsidenten) erzielt wurde. Oft bleibt dabei für die Mitarbeiter der Agenturen unklar, ob die Widerstände gegen eine Regulierung ursprünglich vom Präsidenten, von einem Kongressmitglied, von einer anderen Agentur oder vom OIRA selbst stammen, jedenfalls werden sie im OIRA-Überprüfungsprozess artikuliert.³⁶⁶ *Sunstein* selbst machte deutlich, wie viel Macht der Leiter des OIRA dadurch erhält, dass er sicherstellen könne, dass bestimmte Regulierungen nie das Tageslicht erblickten³⁶⁷ oder eine strenge Kosten-

³⁶⁴ *Dies.*, *Pace Environmental Law Review* 31 (2014), 342.

³⁶⁵ *Sunstein*, *Harvard Law Review* 2013, 1838.

³⁶⁶ Kritisch zu dieser Praxis *Heinzerling*, *Pace Environmental Law Review* 31 (2014), 342 ff.

³⁶⁷ *Sunstein*, *Simpler*, 2013, S. 7.

Nutzen-Analyse nach den von OIRA aufgestellten Maßstäben überstünden³⁶⁸. Durch Letzteres werde die Kosten-Nutzen-Bewertung von einem analytischen Werkzeug zu einer Entscheidungsregel.³⁶⁹ Da der Leiter des OIRA ebenfalls (mittelbar) demokratisch legitimiert ist, ist diese Erkenntnis nicht grundsätzlich problematisch. Gleichwohl könnte erhöhte Transparenz dazu beitragen, dass kontroverse Regulierungen öffentlich demokratisch diskutiert werden, statt dass das OIRA die Möglichkeit hat, die Regulierung undiskutiert „verschwinden zu lassen“ (näher Teil 3).

cc) Zwischenergebnis

Während sowohl die Verfassung als auch die relevanten Gesetze (jeweils interpretiert durch die Gerichte) den Agenturen recht weitreichenden Freiraum hinsichtlich ihrer Regulierungsentscheidungen gewähren, findet durch die OIRA-Überprüfung eine strenge inhaltliche Kontrolle der Agenturenentscheidungen am Maßstab der Kosten-Nutzen-Analyse statt, die einer Entscheidungsregel gleichkommt. Sofern der Nutzen geringer ist als die Kosten, scheitert eine Regulierung. Darüber hinaus muss unter mehreren Alternativen diejenige mit dem höchsten Netto-Nutzen gewählt werden. Hierbei beschränkt sich das OIRA bei seiner Kontrolle nicht auf eine Willkürkontrolle, sondern es macht teilweise wortgenaue Änderungsvorschläge für die Agenturen und überprüft die Kosten-Nutzen-Rechnungen im Detail.³⁷⁰

Je nach Ausgestaltung der Kosten-Nutzen-Analyse kann diese Entscheidungsregel großen Einfluss auf Entscheidungen unter Ungewissheit und über Verteilungskonflikte haben. Die Kosten-Nutzen-Analyse unter Präsident *Reagan* war so gestaltet, dass nicht quantifizierbare Kosten und Nutzen unbeachtlich waren. Dementsprechend waren vorsorgliche Entscheidungen, deren mögliche Nutzen nicht sicher – geschweige denn beweis- und quantifizierbar – waren, nicht möglich. Auch Verteilungskonflikte konnten unter Präsident *Reagan* nicht unter Berücksichtigung bestimmter Werte vorgenommen werden – z.B. Gleichheit und Würde wurden erst durch die Präsidenten *Clinton* respektive *Obama* als beachtliche Kriterien genannt.

Wie genau solche nicht bezifferbaren Werte Eingang in die Kosten-Nutzen-Analyse erhalten sollen, regeln allerdings weder EO 12866 noch EO 13563 genauer. Auch hinsichtlich der Entscheidungen unter Ungewissheit geben die *Executive Orders* lediglich zwei Hinweise: Zum

³⁶⁸ *Ders.*, Simpler, 2013, S. 8.

³⁶⁹ *Ders.*, Simpler, 2013, S. 161.

³⁷⁰ *Heinzerling*, *Pace Environmental Law Review* 31 (2014), 344.

einen sind die besten wissenschaftlichen, technischen, wirtschaftlichen und sonstigen Informationen, soweit diese sinnvoll zu erlangen sind, der Entscheidung zugrunde zu legen; zum anderen muss die vernünftige Annahme bestehen, dass Nutzen einer Regulierung den Kosten überwiegen müssen, wobei berücksichtigt wird, dass manche Kosten oder Nutzen schwer zu quantifizieren sind.

Ob aus diesen Vorgaben eine Art *Sound-science*-Prinzip im Sinne einer Entscheidungsregel folgt, der zufolge nur im Falle wissenschaftlicher Beweisbarkeit der Risiken reguliert werden kann, lässt sich aus den heute noch gültigen *Executive Orders* allein nicht abschließend entnehmen.³⁷¹ Ein solches Prinzip hätte zur Folge, dass die Entscheidungen *de facto* von den externen Experten getroffen werden, die über die Stichhaltigkeit der wissenschaftlichen Beweise entscheiden. Es ergäbe sich zudem eine Determinierung der Entscheidung durch den Sachzwang der Beweisbarkeit – eine transparente Abwägung der Vor- und Nachteile und Verteilungskonflikte würde erschwert.

Bevor in aller Kürze ein Überblick über die konkreten Kriterien, die das OIRA bei der Überprüfung der Kosten-Nutzen-Analyse der Agenturen anlegt, beleuchtet werden, ist an dieser Stelle bereits festzuhalten, dass einige Argumente aus Wortlaut und Geschichte der EO 12866 gegen ein solch strenges Verständnis im Sinne eines *Sound-science*-Prinzips sprechen, welches diametral gegensätzlich selbst zum passiv bzw. „schwach“ verstandenen Vorsorgeprinzip wäre. Zum einen war die EO 12866 historisch ein teilweiser Gegenentwurf zu der rigiden Kosten-Nutzen-Analyse unter Präsident *Reagan*, was dafürspricht, dass unter „schwer quantifizierbare“ Kosten und Nutzen nicht nur Werte, sondern auch ungewisse Kosten und Nutzen fallen können. Auch die Vorgabe, sich auf die „besten Informationen, soweit diese sinnvoll zu erlangen sind“ zu stützen, spricht dafür, dass anerkannt wird, dass wissenschaftliche Gewissheit oder Beweisbarkeit aufgrund des stetig fortschreitenden Erkenntnisprozesses keine geeignete Bedingung für Regulierung sein kann, sondern dass von der Regulierungsagentur lediglich verlangt wird, auf dem aktuellen wissenschaftlichen Stand zu sein, wenn sie ihre Entscheidungen trifft. Schließlich spricht die Formulierung, dass die „vernünftige Annahme“ bestehen müsse, dass die Nutzen die Kosten überwiegen, dafür, dass der Agentur in dieser Hinsicht ein Einschätzungsspielraum zugestanden wird, solange sie „vernünftig“ argumentiert.

³⁷¹ Aus der in dieser Form nicht mehr gültigen *Executive Order* 12291 von Präsident *Reagan* ergibt sich eine solche Entscheidungsregel aus dem Zwang, Kosten und Nutzen zu beziffern.

b) Interne Vorgaben des OMB bzw. OIRA

Die Vorgaben des Circular A-4³⁷² bestätigen die Annahme, dass EO 12866 kein rigides *Sound-science*-Prinzip enthält, demzufolge nur bei beweisbaren Risiken reguliert werden dürfte. Vielmehr wird lediglich verlangt, dass die Agenturen wichtige Unsicherheiten in Bezug auf die geplante Regulierung sowie in Bezug auf Regulierungsalternativen benennen, analysieren und der Folgenabschätzung der Regulierung (*regulatory impact assessment, RIA*) beifügen.³⁷³ Dabei ist es üblich, bestmögliche Schätzungen der Kosten und Nutzen (i.d.R. Mittelwert) sowie das Spektrum möglicher Kosten- bzw. Nutzenwerte aufzuführen.³⁷⁴ Darüber hinaus ist eine Sensitivitätsanalyse durchzuführen, bei der dargestellt wird, wie stark sich die Kosten- und Nutzenwerte bei Änderung von bestimmten Annahmen verändern.³⁷⁵

Die *Information Quality Guidelines*³⁷⁶ und das *Peer Review Bulletin*³⁷⁷ verlangen kurz gesagt, dass die Entscheidung der Agenturen auf der besten verfügbaren, in der Regel einer *Peer Review* unterzogenen wissenschaftlichen Erkenntnis basieren. Hinsichtlich der genauen Ausgestaltung wird den Agenturen jedoch ein großer Einschätzungsspielraum zugestanden.³⁷⁸ Die *Peer-Review*-Erfordernisse werden von Transparenz-Erfordernissen begleitet und sollen ausweislich des *Bulletin*s unter anderem auch Inkonsistenzen und Unsicherheiten in wissenschaftlichen Studien offenlegen.³⁷⁹ Beide Dokumente beinhalten keine Vorgaben dergestalt, dass nur Informationen, die wissenschaftlich breiter Konsens sind, Grundlage für Entscheidungen sein dürfen.³⁸⁰ Das *Peer Review Bulletin* führt vielmehr aus, dass das Ergebnis des *Peer Review* nur

³⁷² Verfügbar unter <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/circulars/A4/a-4.pdf> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

³⁷³ Circular A-4, S. 38: „important uncertainties connected with your regulatory decisions need to be analyzed and presented as part of the overall regulatory analysis.“

³⁷⁴ Circular A-4, S. 48: „Where there is a distribution of outcomes, you will often find it useful to emphasize summary statistics or figures that can be readily understood and compared to achieve the broadest public understanding of your findings. It is a common practice to compare the ‚best estimate‘ of both benefits and costs with those of competing alternatives. These ‚best estimates‘ are usually the average or the expected value of benefits and costs.“

³⁷⁵ Circular A-4, S. 41: „Use a numerical sensitivity analysis to examine how the results of your analysis vary with plausible changes in assumptions, choices of input data, and alternative analytical approaches.“

³⁷⁶ Abrufbar unter https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/fedreg_final_information_quality_guidelines/ (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

³⁷⁷ Abrufbar unter http://www.cio.noaa.gov/services_programs/pdfs/OMB_Peer_Review_Bulletin_m05-03.pdf (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

³⁷⁸ *Information Quality Guidelines* Abschnitt III Nr. 1: „Quality is to be ensured and established at levels appropriate to the nature and timeliness of the information to be disseminated. Agencies shall adopt specific standards of quality that are appropriate for the various categories of information they disseminate.“; *Peer Review Bulletin* S. 3: „Even for these highly influential scientific assessments, the *Bulletin* leaves significant discretion to the agency formulating the peer review plan.“

³⁷⁹ *Peer Review Bulletin*, S. 4.

³⁸⁰ S. aber dennoch skeptisch *Zander*, *The application of the precautionary principle in practice*, 2010, S. 284.

einer unter mehreren Faktoren ist, die beeinflussen, wie die Informationen verwendet werden können – die verantwortlichen Beamten müssten die Letztentscheidung treffen.³⁸¹ Eine problematische Verschiebung von Entscheidungsgewalt an die relevanten Experten, die *Peer Reviews* durchführen, ist damit zumindest auf Grundlage der rechtlichen Vorgaben nicht gegeben.

In den *OMB Principles for Risk Analysis*³⁸² wird der Unterschied zwischen Risikobewertung und Risikomanagement benannt – wobei zugleich entsprechend dem bereits oben zitierten Bericht des *National Research Council*³⁸³ klargestellt wird, dass aus dem Unterschied keine (institutionelle) Trennung folgt.³⁸⁴ Dabei wird anerkannt, dass im Rahmen des Risikomanagements eine große Bandbreite relevanter Belange – quantifizierbare und nicht quantifizierbare – zu berücksichtigen ist.³⁸⁵ Hinsichtlich der Risikobewertung wird klargestellt, dass Annahmen, Methoden und Ungewissheiten explizit benannt werden sollten. Dies bestätigt wiederum, dass die Regulierung auch bei Ungewissheit rechtlich möglich ist. Es wird nur aus Transparenzgründen gefordert, dass diese Ungewissheit benannt wird.

In einem weiteren an die Leitungen der Exekutivagenturen gerichteten Memorandum von Vertretern des Weißen Hauses (u.a. dem damaligen Leiter des OIRA *Sunstein*) aus dem Jahr 2011³⁸⁶ wird speziell für die Regulierung neuer und aufkommender Technologien (z.B. Nanotechnologie, synthetische Biologie, Gentechnologie) im Wesentlichen auf die bestehenden Vorgaben der *Executive Orders* und der sonstigen bereits beschriebenen Dokumente verwiesen. Der Umgang mit wissenschaftlicher Ungewissheit wird jedoch explizit adressiert. Unter dem Punkt zu Kosten und Nutzen wird ausgeführt, dass die Rolle begrenzter Informationen bei der Entscheidungsfindung anzuerkennen ist. Dies verdeutlicht noch einmal, dass begrenzte Informationen gerade auch in Pionierbereichen der Wissenschaft und Technik nicht *per se* die Regulierung unmöglich machen.

³⁸¹ Peer Review Bulletin, S. 5.

³⁸² Verfügbar unter <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/memoranda/2007/m07-24.pdf> (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

³⁸³ *National Research Council (US), Committee on the Institutional Means for Assessment of Risks to Public Health, Risk Assessment in the Federal Government*, 1983.

³⁸⁴ OMB Principles for Risk Analysis, S. 4.

³⁸⁵ OMB Principles for Risk Analysis, S. 10.

³⁸⁶ Verfügbar unter http://www.thecre.com/pdf/20110317_Principles-for-Regulation-and-Oversight-of-Emerging-Technologies-new.pdf (zuletzt geprüft am 05.08.2018).

C. Schlussfolgerungen

I. Zur Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen

Die Risikoregulierung in den USA zeichnet sich gegenüber der Risikoregulierung in der EU durch den zentralen Unterschied aus, dass eine generelle Trennung von Risikobewertung und Risikomanagement auf Grundlage des Vorsorgeprinzips nicht vorgesehen ist. Vielmehr ist es dem Kongress bzw. der jeweiligen Agentur überlassen, ob und inwieweit sie eine solche Trennung intern veranlasst. Dies ist mit dem Nachteil verbunden, dass schwerer nachzuvollziehen ist, welche Aspekte auf einer wissenschaftlichen Einschätzung oder Empfehlung beruhen und welche Aspekte auf einer politischen Entscheidung. Dieser Aspekt ist in Teil 3 somit zu vertiefen.

Grundsätzlich können in den USA sowohl Kongress als auch Agenturen selbst abstrakt-generelle Risikoregulierung erlassen. Die Rolle der Agenturen ist insofern eher mit der Rolle der Kommission in der EU vergleichbar. In der Regel erlässt der Kongress lediglich ein ermächtigendes Gesetz mit einer relativ weitgehenden Befugnisübertragung auf eine Agentur. Er ist hierbei nach Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes auch verfassungsrechtlich durch die *non-delegation doctrine* nur minimal gebunden: Er muss der Agentur lediglich ein „verständliches Prinzip“ zur Ausübung der Befugnisse an die Hand geben. Es ist daher nicht verfassungsgerichtlich abgesichert, dass Entscheidungen unter Ungewissheit oder über Verteilungskonflikte durch den Kongress selbst entschieden werden. Der Kongress darf sich oder einer seiner Kammern nach Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes auch kein Veto-Recht gegen Agenturrechtsetzung vorbehalten. Zudem hat er auch keine gesicherte Klagebefugnis (*standing*), um Ultra-vires-Agenturrechtsetzung gerichtlich überprüfen zu lassen. Auch auf diesen Wegen ist folglich nicht sichergestellt, dass Entscheidungen unter Ungewissheit oder über Verteilungskonflikte im Nachhinein vom Kongress überprüft werden. Diese institutionellen Schwächen sind daher in Teil 3 aufzugreifen.

Inhaltliche Kontrolle der Agenturenentscheidungen übt der Kongress jedoch durch inhaltliche Vorgaben der ermächtigenden Gesetze aus. Diese enthalten teilweise vorsorgliche Vorgaben zum Umgang mit Ungewissheit, teilweise aber auch die Pflicht zu einer möglichst faktenbasierten Kosten-Nutzen-Analyse. Allerdings können Agenturen die ermächtigenden Gesetze aufgrund der geringen gerichtlichen Überprüfung nach der *Chevron*-Doktrin selbst interpretieren, sofern die Gesetze uneindeutige Formulierungen enthalten und die Auslegung der Agentur vertretbar ist. Dadurch sind die inhaltlichen Vorgaben des Kongresses oft nicht gerichtlich überprüfbar. Von der *Chevron*-Doktrin gibt es gewisse Ausnahmen, die *Sunstein non-delegation*

canons nennt. Sie schränken die Auslegungsfreiheit der Agentur im Falle eines möglichen Grundrechtsverstößes oder im Falle einer nicht explizit angewiesenen Rückwirkung der Gesetze ein. Hier böte sich ein Ansatzpunkt für eine Verbesserung der demokratischen Rückkopplung von Entscheidungen unter Ungewissheit oder über Wertentscheidungen, der in Teil 3 zu vertiefen ist.

Effektive inhaltliche Kontrolle übt zudem der Präsident durch das verwaltungsinterne Überprüfungsverfahren von Agenturrechtsetzung durch das ihm unterstellte OIRA aus. Da der Präsident in den USA selbst über unmittelbare demokratische Legitimation verfügt, vermag dieser Kontrollmechanismus auch die Legitimation der Agenturenentscheidung grundsätzlich zu verstärken (zur Einschränkung des Handlungsspielraums sogleich).

Schließlich hat in den USA die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Agenturrechtsetzung durch das *Notice-and-Comment*-Verfahren lange Tradition, welches die Agentur verpflichtet, auf wesentliche Argumente der Öffentlichkeit in der Begründung einzugehen. Das Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Ausschusssitzungen ist seit den *Sunshine Reforms* zudem öffentlich und der *Freedom Of Information Act* gewährleistet weitgehenden Zugang zu Dokumenten. Die Kontrolle der Agenturen durch die Öffentlichkeit ist insofern deutlich ausgeprägter als die Kontrolle durch den Kongress. Zu beachten ist insoweit freilich, dass Partizipation tendenziell organisierte Interessen und den Durchschnittsbürger nicht repräsentativ abbildet. Vor diesem Hintergrund sind auch die Partizipationsmöglichkeiten in Teil 3 zu vertiefen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass in den USA die Kontrolle der Agenturrechtsetzung durch das Parlament schwach ausgeprägt ist. Stattdessen findet sich eine stärkere Kontrolle durch den Präsidenten und die Öffentlichkeit.

II. Zum inhaltlichen Handlungsspielraum

Zum inhaltlichen Handlungsspielraum lässt sich feststellen, dass Kongress und Agenturen durch verfassungsrechtlich verbürgte Freiheitsrechte nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nur äußerst geringfügig eingeschränkt sind. Im Bereich sozioökonomischer Rechte übt der Oberste Gerichtshof lediglich eine Willkürkontrolle aus – eine rationale Verknüpfung zwischen dem Mittel und dem Zweck muss vorstellbar sein (*rational basis test*). Dementsprechend ist es dem Kongress in aller Regel unbenommen, eine Technologie nach seinem Willen zu verbieten oder zu erlauben, auch wenn insoweit Ungewissheit über die Risiken herrscht – denn vorstellbar ist ein Risiko in aller Regel.

Agenturen sind neben der Bindung an die Verfassung auch den Gesetzen des Kongresses unterworfen. Hinsichtlich der Auslegung der Ermächtigungsgrundlage üben die Gerichte eine schon eben angesprochene zurückhaltende Kontrolle aus, die teilweise zu verschärfen sein könnte, um die inhaltliche Kontrolle des Kongresses zu verbessern. Hinsichtlich der Überprüfung der Einschätzung der Agentur zu Tatsachen und der abschließenden Entscheidung wird ebenfalls eine dem Grunde nach zurückhaltende inhaltliche Kontrolle ausgeübt. Dies gilt besonders in Pionierbereichen der Wissenschaft und Technik sowie in den jeweiligen Spezialgebieten der Agentur. Zwar wird insoweit die Begründung der Agentur jeweils einer eingehenden Überprüfung unterzogen, jedoch nur darauf überprüft, ob sie konsistent ist, keine Lücken aufweist, Ungewissheiten benennt. Eine zwischenzeitlich in den frühen 1980er Jahren vorzufindende Tendenz der Gerichte, auch die inhaltliche Plausibilität der Agenturenentscheidung anhand quantifizierbarer Fakten zu fordern, ist nicht mehr vorzufinden – sie hätte den Einschätzungsspielraum der Agenturen auch übermäßig beschränkt. Positiv ist insofern hervorzuheben, dass der inhaltliche Entscheidungsspielraum mittlerweile kaum beschränkt wird, gleichzeitig diese Kontrolle aber einen Ansatzpunkt bietet, die Trennung wissenschaftlicher Risikobewertungsargumente von politischen Risikomanagementargumenten nachzuvollziehen. Zum anderen wird die Berücksichtigung der Kommentare der Öffentlichkeit einer Kontrolle unterzogen. Beides stärkt die Kontrolle durch Transparenz und Partizipation. Inwieweit hier Erkenntnisse auch für die EU gewonnen werden können, ist in Teil 3 zu vertiefen.

Die verwaltungsinterne Kontrolle der Kosten-Nutzen-Analysen der Agenturen für eine Regulierung durch das OIRA auf Grundlage der EO 12866 ist dem Grunde nach relativ streng und geht teilweise so weit, dass einzelne Sätze abgeändert werden oder das ganze Vorhaben angehalten wird. Wie bereits ausgeführt erhöht diese Kontrolle dem Grunde nach die demokratische Legitimation durch verstärkte inhaltliche Kontrolle des Präsidenten. Da zudem das OIRA in seinen internen Richtlinien anerkennt, dass in der Kosten-Nutzen-Analyse auch nicht quantifizierbare und ungewisse Kosten und Nutzen einfließen dürfen, ist keine problematische Beschränkung des inhaltlichen Handlungsspielraums im Sinne eines Sachzwangs gegeben. Gleichwohl ist in Teil 3 zu untersuchen, ob die Möglichkeit des OIRA, Regulierungen zu stoppen, ohne dass hierüber öffentlich deliberiert und abgestimmt wird, angepasst werden sollte.

Teil 3

Anwendung der Je-desto-Formel auf die Ergebnisse des Rechtsvergleichs

Kapitel 7

Einführung in den vergleichenden und auswertenden Schlussteil

In der Beschreibung des geltenden Rechts und seiner Auslegung durch Gerichte und andere Rechtsanwender in den beiden untersuchten Rechtsräumen in Teil 2, hat sich gezeigt, dass sehr differenzierte Wege beschritten wurden, um einen Ausgleich zwischen demokratisch legitimer Entscheidungsfindung und fachlich-faktischer Untermauerung der Entscheidung zu finden.

So ist beispielsweise das Vorsorgeprinzip im Unionsrecht explizit verankert, hingegen im Recht der Vereinigten Staaten nicht normiert – dort wird es von prominenten Vertretern aus Fachliteratur und Politik sogar dezidiert abgelehnt. Gleichwohl kann keine pauschale Aussage dergestalt getroffen werden, dass in der EU stets (aufgrund der Geltung des Vorsorgeprinzips) demokratisch hinreichend legitimierte und/oder kontrollierte Organe die Entscheidungen im Bereich der Risikoregulierung treffen und hierbei einen hinreichenden demokratischen Entscheidungsspielraum haben. Ebenso verbietet sich die umgekehrte pauschale Aussage, dass (aufgrund der Geltung eines etwaigen *sound science principle*) in den Vereinigten Staaten stets nur Experten aufgrund einer strikten Kosten-Nutzen-Analyse über Fragen der Risikoregulierung entscheiden.

Die deutlich komplexere Wahrheit erfordert einen detaillierten Vergleich und eine Bewertung anhand der in Teil 1 herausgearbeiteten Je-desto-Formel, der nun folgt. Zur Erinnerung:

Je größer der mögliche Schaden, je gewichtiger die betroffenen Rechtsgüter, je stärker die Verteilungskonflikte und/oder je höher der Grad der Ungewissheit bzw. Kontroverse einer Entscheidung, desto höher sollte die demokratische Legitimation sein.

Als prozedurale Flankierung sind mögliche Schäden an Rechtsgütern, Art und Ausmaß der möglichen Verteilungskonflikte sowie der Ungewissheit und Kontroverse einer Entscheidung möglichst genau zu ermitteln, um das notwendige Ausmaß demokratischer Legitimation bestimmen zu können.

Das Maß an demokratischer Legitimation setzt sich zusammen aus demokratischen Verfahren und Institutionen einerseits und dem inhaltlichen demokratischen Handlungsspielraum andererseits; bei ersterem kommt es darauf an, dass durch das Zusammenspiel der Verfahren und Institutionen ein hinreichend effektiver Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt gewährleistet wird.

Hierzu soll in Kapitel 8 zunächst ein Vergleich der in Teil 2 als besonders positiv und besonders kritisch identifizierten Bereiche in der EU und den USA unternommen werden. Dabei werden zum einen die institutionellen und prozeduralen Aspekte, vor allem die Aufgabenverteilung zwischen Experten und demokratischen Institutionen in den Blick genommen. Zum anderen

wird der inhaltliche Handlungsspielraum der jeweiligen Entscheidungsträger in EU und USA verglichen, wobei der inhaltliche Handlungsspielraum freilich nicht isoliert vom institutionellen Gefüge betrachtet werden kann, sondern stetige Rückbezüge nötig sind: Der Handlungsspielraum des Parlaments ist nicht gleich zu bewerten wie der Handlungsspielraum einer Agentur. Eine wie auch immer geartete Freiheit, sich für oder gegen die Zulassung einer Technologie entscheiden zu können – sich zwischen Alternativen entscheiden zu können –, ist aber jedenfalls fundamentale Voraussetzung einer Demokratie.

In Kapitel 9 werden im Anschluss an den Rechtsvergleich unter maßgeblichem Rückgriff auf die theoretischen Forderungen des Teils 1 Verbesserungsvorschläge unterbreitet.

Schließlich folgen Ausblick und eine Zusammenfassung in Thesen.

Kapitel 8

Vergleich zwischen EU und USA

Im Zuge des Rechtsvergleichs haben sich fünf Themenfelder herauskristallisiert, bei denen größere Unterschiede zwischen EU und USA auszumachen sind. So variiert erstens das Ausmaß des parlamentarischen Einflusses auf exekutive Rechtsetzung (dazu A.). Unterschiede sind zweitens auch in Art und Ausmaß der verwaltungsinternen Kontrolle auszumachen (dazu B.). Drittens ist das Verhältnis von Risikobewertung und Risikomanagement in EU und USA unterschiedlich (dazu C.). Viertens lässt sich ein unterschiedliches Gewicht von Partizipationsmechanismen ausmachen (dazu D.). Schließlich unterscheidet sich fünftens die gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen unter Ungewissheit (dazu E.).

Während die unter A. und B. behandelten Aspekte im Wesentlichen das institutionelle Gefüge betreffen, wohnen den unter C. und D. behandelten Themen auch prozedurale Komponenten inne. E betrifft hingegen vornehmlich den inhaltlichen Handlungsspielraum der Entscheidungsträger.

A. Ausmaß des parlamentarischen Einflusses

In der Europäischen Union lässt sich insgesamt ein stärkerer parlamentarischer Einfluss auf die Risikoregulierung als in den Vereinigten Staaten von Amerika ausmachen.

I. Sachlich-inhaltliche Ex-ante-Legitimation

Dieser Einfluss äußert sich in der Europäischen Union *ex ante* im Rahmen der Delegation von Befugnissen durch ein primärrechtlich vorgesehenes Stufenverhältnis: Demnach sind „wesentliche“ Entscheidungen im Sekundärrecht durch den dual legitimierten Unionsgesetzgeber zu treffen; Ergänzungen und Änderungen im Detail können gemäß Art. 290 AEUV der Kommission zur delegierten Rechtsetzung übertragen werden; bloße Präzisierungen des Sekundärrechts zur einheitlichen Durchführung können im Wege der Durchführungsrechtsetzung durch die Kommission erfolgen. „Wesentlich“ sind dabei in der Auslegung der Unionsgerichte Aspekte, die politische Entscheidungen erfordern oder Grundrechtsrelevanz aufweisen¹, eine „Präzisierung“ wird angenommen, wenn keine Änderung des Basisrechtsakts erfolgt.²

¹ EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 77.

² EuGH, *Kommission/Parlament und Rat*, Rs. C-88/14, ECLI:EU:C:2015:499, Rn. 28 ff.

Bei der Überprüfung dieser Abgrenzungskriterien belassen die europäischen Gerichte dem Unionsgesetzgeber grundsätzlich einen Einschätzungsspielraum und überprüfen die Entscheidung zur Delegation bzw. zur Ermächtigung zur Durchsetzungsrechtsetzung nur auf offensichtliche Beurteilungsfehler.³ Trotz dieses grundsätzlichen Beurteilungsspielraums fand jedenfalls in der jüngeren Rechtsprechung eine substantielle Kontrolle der Abgrenzungskriterien statt und Delegationsentscheidungen des Unionsgesetzgebers wurden für primärrechtswidrig erklärt.⁴

In den Vereinigten Staaten ist der Kongress hingegen bei der Delegation von Befugnissen an Agenturen kaum nennenswert beschränkt.⁵ Zwar besteht nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ebenfalls eine Grenze der Befugnisübertragung (sog. *non-delegation doctrine*), jedoch wird diese nur in geringem Umfang überprüft. Der Kongress muss der Agentur lediglich ein nicht näher definiertes „verständliches Prinzip“ an die Hand geben.⁶ Als verständliches Prinzip wurden insofern auch äußerst vage Formulierungen wie „fair and equitable“ oder „requisite to protect public health“ angesehen. Sofern eine solche Formulierung in der Delegation enthalten ist, können auch politische Entscheidungen delegiert werden.

Es wird in der EU insofern durch gerichtliche Kontrolle in größerem Maße gewährleistet, dass sich der stark legitimierte Gesetzgeber bestimmte Entscheidungen selbst vorbehält. Eine wünschenswerte Konkretisierung der Entscheidungen, die der Gesetzgeber selbst treffen sollte, erfolgt auf Grundlage der Je-desto-Formel in Kapitel 9.

Die gerichtliche Sicherstellung, dass bestimmte Entscheidungen von vorneherein (*ex ante*) beim Gesetzgeber verbleiben, ist jedoch nicht der einzige Weg, um einen Einfluss des Parlaments zu gewährleisten. Vielmehr kann dieser Weg sogar demokratietheoretisch angezweifelt werden: Ein weniger legitimiertes non-majoritäres Gremium zwingt den Gesetzgeber hier gewissermaßen „zu seinem Glück“, obwohl er selbst entschieden hat, dass diese Entscheidung für ihn „unwichtig genug“ ist, um sie zu delegieren.⁷ Dieses Argument spricht zwar nicht gegen eine genauere Definition der Kriterien, bei denen eine Delegation unterbleiben sollte, jedoch ggf. gegen eine zu strenge richterliche Kontrolle der parlamentarischen Einschätzung.

³ EuGH, *Kommission/Parlament und Rat (Biocides)*, Rs. C-427/12, ECLI:EU:C:2014:170, Rn. 40; kritisch *Rittleng*, *Common Market Law Review* 52 (2015), 252 ff.

⁴ EuGH, *Parlament/Rat*, Rs. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516.

⁵ Kritisch daher z.B. *Ely*, *Democracy and distrust*, 1980, S. 131 ff.

⁶ S. aus jüngerer Zeit z.B. U.S. Supreme Court, *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001).

⁷ Vgl. *Scalia* in U.S. Supreme Court, *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 415 f. (1989).

II. Parlamentarische Ex-post-Kontrolle

Ein weiterer Weg zur Gewährleistung des parlamentarischen Einflusses auf Risikoregulierungsentscheidungen ist die Ex-post-Kontrolle. Hier ist ebenfalls eine starke Diskrepanz zwischen EU und USA auszumachen.

In der EU kann sich das Parlament bei der Delegation nach Art. 290 AEUV den Widerruf der Delegation sowie ein Veto-Recht vorbehalten. Demgegenüber kann der US-amerikanische Kongress nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes sich oder einer seiner Kammern gerade kein Veto-Recht gegen Agenturrechtsetzung vorbehalten – dies widerspreche dem Gewaltenteilungsgrundsatz.⁸ Es lässt sich allerdings eine Praxis beobachten, dies dennoch zu tun – eine Reaktion des Obersten Gerichtshofes erfolgte bislang, soweit ersichtlich, nicht.⁹ Das Bedürfnis nach einem nachträglichen Kontrollmechanismus erscheint angesichts der oftmals weiten Delegation der Befugnisse in den USA äußerst nachvollziehbar und wäre am Maßstab der Je-desto-Formel auch wünschenswert, soweit sich im Zuge der Agenturrechtsetzung wissenschaftliche Kontroversen oder Verteilungskonflikte zeigen, über die der Kongress selbst entscheiden möchte. Die Aufgabe der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zum Veto-Recht wäre insofern wünschenswert (s. Kapitel 9).

Wenngleich in der EU grundsätzlich mehr parlamentarische Ex-post-Kontrolle möglich ist, da ein nachträglicher Kontrollmechanismus für delegierte Rechtsetzung explizit vorgesehen ist, bestehen auch hier Schwächen. Zum einen geht die herrschende Meinung davon aus, dass sich das EP lediglich die in Art. 290 AEUV explizit vorgesehenen Kontrollmechanismen vorbehalten kann. Jedoch ist der Widerruf der Delegationsmöglichkeit nur für Situationen geeignet, in denen die Kommission nachhaltig in eine unerwünschte Richtung agiert. Auch das Veto-Recht ermöglicht nur die Verhinderung eines kompletten delegierten Rechtsakts. Eine nachträgliche parlamentarische Feinsteuerung bestimmter Aspekte, die nach der Je-desto-Formel besonders legitimationsbedürftig sind, wäre wünschenswert (dazu Kapitel 9).

Eine weitere Schwäche besteht hinsichtlich der Kontrolle der Durchführungsrechtsetzung. Zwar obliegt die Kontrolle der Durchführungsrechtsetzung zurecht grundsätzlich nicht dem EP, sondern im Wesentlichen den Mitgliedstaaten, da hier der Vollzug von Unionsrecht betroffen ist. Denn während die Kommission bei der delegierten Rechtsetzung ermächtigt ist, zur Ergänzung des Sekundärrechts eigene politische Entscheidungen mit abstrakt-genereller Wirkung zu

⁸ U.S. Supreme Court, *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

⁹ Vgl. *Fisher*, Legislative Vetoes After Chadha, 2. Mai 2005 (<http://www.loufisher.org/docs/lv/4116.pdf>) (geprüft am 16.05.2019).

treffen, und somit legislativ tätig wird, handelt es sich bei der Durchführungsrechtsetzung um eine Aufgabe exekutiver Natur, da die Kommission lediglich zum Nachvollzug gesetzgeberischer Entscheidungen ermächtigt wird. Gleichwohl ist die Grenze zwischen Änderung/Ergänzung des Basisrechtsakts einerseits und Präzisierung des Basisrechtsakts andererseits fließend. Sofern die Kommission nur zur Durchführungsrechtsetzung ermächtigt ist, aber dennoch Änderungen des Basisrechtsakts vornimmt, entsteht eine Lücke in den Kontrollmöglichkeiten des Parlaments.

Diese Lücke kann grundsätzlich neben der Ultra-vires-Rüge nach Art. 11 der Komitologieverordnung¹⁰ durch eine vom Parlament angestoßene gerichtliche Kontrolle im Wege der Nichtigkeitsklage gegen den Durchführungsrechtsakt geschlossen werden. Dieser Mechanismus ist jedoch nur umfänglich wirksam, wenn der Kommission insoweit kein Ermessensspielraum zuerkannt wird. Der Kommission wird, soweit ersichtlich, grundsätzlich bei Auslegung des Basisrechtsakts zur Ermittlung ihrer Rechtsetzungsbefugnisse kein (oder zumindest kein expliziter) Ermessensspielraum gewährt. Jedoch wurde der Kommission im Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips „politisches Ermessen“ auch im Rahmen der Durchführungsrechtsetzung und auch bei der Auslegung der ermächtigenden Bestimmung zuerkannt.¹¹ Diese Kontrolllücke sollte geschlossen werden (s. Kapitel 9).

Auch hinsichtlich dieser gerichtlichen Kontrollmöglichkeit sind die Möglichkeiten des Parlaments und des Rates in der EU insoweit freilich deutlich stärker ausgeprägt als in den USA. Dort gibt es bislang keine gesicherte Rechtsprechung, die dem Kongress die Klagebefugnis (*standing*) zur Überprüfung von Ultra-vires-Rechtsakten der Agenturen einräumt.¹² Zwar wurde Agenturrechtsetzung teilweise gerichtlich für nichtig erklärt, weil sie *ultra vires* ergangen ist: So darf die Agentur das ermächtigende Gesetz zum einen nicht in einer Weise auslegen, die womöglich Grundrechte beeinträchtigt¹³, und zum anderen nur rückwirkend auslegen, wenn das ermächtigende Gesetz eine Rückwirkung explizit vorsieht¹⁴. Jedoch wurde die Überprüfung jeweils von Privaten angestrengt, die negativ von der Agenturrechtsetzung betroffen waren. Eine eigene gerichtliche Kontrollmöglichkeit des Kongresses wäre hier wünschenswert (s. Kapitel 9).

¹⁰ Verordnung (EU) Nr. 182/2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55 vom 16. Februar 2011, S. 13 f.

¹¹ EuGH, *Pesce*, verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428.

¹² *Dolan/Garvey*, Congressional Participation in Article III Courts: Standing to Sue, 2014 (<https://fas.org/sgp/crs/misc/R42454.pdf>) (geprüft am 07.07.2018).

¹³ U.S. Supreme Court, *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

¹⁴ U.S. Supreme Court, *Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.*, 488 U.S. 204 (1988).

III. Zwischenergebnis

Wenngleich in der EU der parlamentarische Einfluss auf exekutive Risikoregulierung deutlich stärker verankert ist als in den USA, heißt dies nicht notwendigerweise, dass insgesamt die demokratische Legitimation der exekutiven Risikoregulierung in den USA geringer ist. Denn zum einen verfügt der Präsident in den USA über unmittelbare demokratische Legitimation, sodass die Legitimation exekutiver Risikoregulierung auch durch verwaltungsinterne Kontrollmechanismen des Präsidenten erhöht werden kann (näher B.). Zum anderen kann Einflussnahme des Volkes auch auf dem Wege der Partizipation am Rechtsetzungsverfahren erfolgen (näher C.).¹⁵

B. Verwaltungsinterne Kontrolle

Mittlerweile gibt es sowohl in den USA als auch in der EU allgemeine verwaltungsinterne Kontrollmechanismen. Wesentliches Instrument ist in beiden Rechtsräumen eine zentralisierte Überprüfung der Folgen (Kosten und Nutzen) einer regulatorischen Maßnahme. In den USA erfolgt diese Prüfung durch das *Office for Information and Regulatory Affairs* (OIRA), in der EU durch das *Regulatory Scrutiny Board*.

Das OIRA erhielt von Präsident *Reagan* im Wege einer *Executive Order* die Kompetenz, jede Agenturrechtsetzung einer rigorosen Kosten-Nutzen-Analyse zu unterziehen, wobei lediglich quantifizierbare Kosten und Nutzen berücksichtigt werden durften.¹⁶ Das OIRA hatte und hat dabei die Möglichkeit, Regulierungen anzupassen oder gänzlich aufzuhalten, sofern es davon ausgeht, dass die Nutzen nicht die Kosten überwiegen. Die Übertragung dieser Überprüfungskompetenz auf das OIRA geschah mit dem erklärten Ziel der Deregulierung – gerade bei der Risikoregulierung ist der Nutzen für Umwelt oder Gesundheit oftmals wissenschaftlich umstritten und erst recht nicht bezifferbar. Unter Präsident *Clinton* wurde die Überprüfung durch das OIRA auf signifikante Agenturrechtsetzung beschränkt und die Kriterien für die Kosten-Nutzen-Analyse wurden weicher formuliert – die Berücksichtigung nicht quantifizierbarer Nutzen und Werte wurde ermöglicht.¹⁷ Die Berücksichtigung „weicher“ Faktoren in der Kosten-

¹⁵ *Pünder* geht insofern davon aus, dass in den USA primär auf diese Form der demokratischen Rückbindung gesetzt werde, *Pünder*, *The International and Comparative Law Quarterly* 58 (2009), 356.

¹⁶ Vgl. Executive Order 12291.

¹⁷ Vgl. Executive Order 12866.

Nutzen-Analyse ist auch auf Grundlage der internen Dokumente des OIRA nach wie vor möglich. Da Präsident *Trump* aber ebenfalls eine Deregulierungsagenda verfolgt, sind diesbezügliche Änderungen nicht unwahrscheinlich (s. Ausblick).

Das *Regulatory Scrutiny Board* wurde von der EU-Kommission im Zuge der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ eingesetzt und überprüft ebenfalls die Folgenabschätzungen von Maßnahmen der Kommission, die i.d.R. von einzelnen Generaldirektionen erarbeitet werden.¹⁸ Bevor eine Maßnahme der gesamten Kommission zur Abstimmung vorgelegt werden kann, ist eine positive Stellungnahme des *Regulatory Scrutiny Board* erforderlich. In der Folgenabschätzung können in der EU ebenfalls umfassend auch (moralische) Werte und nicht quantifizierbare Kosten und Nutzen berücksichtigt werden.

Die Unterschiede in der verwaltungsinternen Kontrolle liegen dementsprechend weniger in der Ausgestaltung als vielmehr in den demokratietheoretischen Implikationen. Während das *Regulatory Scrutiny Board* ebenso wie andere Unterabteilungen der Kommission seine Legitimation vom Kommissionspräsidenten bezieht, der wiederum von der Legitimation des EP und des Rates abhängig ist, bezieht das OIRA seine Legitimation unmittelbar vom direkt gewählten US-Präsidenten. Die Kontrolle des *Regulatory Scrutiny Board* ist insofern höchstens geeignet, die Output-Legitimation der Maßnahmen der EU zu erhöhen. Jedoch überzeugt Output-Legitimation gerade in Bereichen, die von wissenschaftlicher Ungewissheit und Verteilungskonflikten geprägt sind, nicht – abgesehen von der Frage, ob eine zentralisierte Kontrollinstanz Kosten und Nutzen wirklich besser einschätzen kann als die jeweiligen Experten in der Kommission bzw. der *regulatory agency*.¹⁹ Demgegenüber vermag die Kontrolle des OIRA grundsätzlich auch die Input-Legitimation zu erhöhen.²⁰ Freilich sind auch hier Vorbehalte angezeigt. Zunächst ist theoretisch anzumerken, dass gerade bei Ungewissheit und Verteilungskonflikten die Abbildung eines gewissen Wertpluralismus im Entscheidungsprozess aus deliberativ-demokratischem Blickwinkel wünschenswert ist. Wertpluralismus ist im Kongress abgebildet, nicht jedoch in der Einzelperson des Präsidenten.²¹ Darüber hinaus bestehen Zweifel praktischer Natur: Es spricht einiges dafür, dass der Einfluss des Volkes auf Entscheidungen im Rechtsetzungsverfahren der Agenturen durch Partizipation und Transparenz besser gewährleistet wird

¹⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung - Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final vom 19.05.2015; Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board, C(2015) 3263 final vom 19.05.2015.

¹⁹ Insoweit skeptisch *Bressmann/Vandenbergh*, Michigan Law Review 105 (2006-2007), S. 70 ff. mit Analyse eines an die *Environmental Protection Agency* gerichteten Fragebogens.

²⁰ Vgl. *Werhan*, Principles of Administrative Law, 2. Aufl. 2014, S. 342.

²¹ Vgl. *Sunstein*, University of Chicago Law Review 67 (2000), 324.

als durch eine einmalige Wahlentscheidung für den Präsidenten, die eine weitgehend intransparente Einflussnahme des OIRA auf Entscheidungen der Agenturen nach sich zieht.²² Zudem stellt sich die Frage, ob eine zentrale Stelle nicht leichter durch Lobbygruppen beeinflusst werden kann.²³

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Kontrolle durch OIRA und *Regulatory Scrutiny Board* den Entscheidungsspielraum der *regulatory agencies* bzw. der Kommission nicht übermäßig (etwa im Sinne eines *sound science principle*) einschränken. Die verwaltungsinterne Kontrolle durch das OIRA ist zudem theoretisch geeignet, die demokratische Legitimation zu erhöhen. Gleichzeitig bestehen sowohl in der EU als auch in den USA Bedenken, ob die verwaltungsinterne Kontrolle wirklich den wertpluralistischen Einfluss des Volkes auf die Entscheidung absichert oder nicht vielmehr in intransparenter Weise Lobbyeinflüsse ermöglicht (zu Verbesserungsmöglichkeiten Kapitel 9).

C. Verhältnis von Risikobewertung und Risikomanagement

Sowohl in der Europäischen Union als auch in den Vereinigten Staaten von Amerika ist der *Unterschied* zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und politischem Risikomanagement grundsätzlich anerkannt. Die Risikobewertung soll dabei die fachlich-rationale Untermauerung der Entscheidung gewährleisten, während im Rahmen des Risikomanagements die politischen, legitimationsbedürftigen Letztentscheidungen getroffen werden.

In der Europäischen Union wird dieser Unterschied zum Anlass genommen, grundsätzlich eine institutionelle *Trennung* zu vollziehen. Primärrechtlich wird insoweit auf das Vorsorgeprinzip Bezug genommen. Dementsprechend wird die wissenschaftliche Risikobewertung in aller Regel von Agenturen oder Expertengruppen der Kommission wahrgenommen, das (abstrakt-generelle) Risikomanagement dagegen vom Unionsgesetzgeber durch Sekundärrecht sowie von der Kommission durch Tertiärrecht. Diese grundsätzliche institutionelle Rollenverteilung wird jedoch in zweierlei Hinsicht aufgeweicht.

²² Skeptisch *Bressmann/Vandenbergh*, Michigan Law Review 105 (2006-2007), 78 ff. mit Analyse eines an die *Environmental Protection Agency* gerichteten Fragebogens.

²³ Skeptisch *dies.*, Michigan Law Review 105 (2006-2007), 84 ff. unter Bezugnahme auf den an die *Environmental Protection Agency* gerichteten Fragebogen.

Zum einen wurde einer Agentur zumindest im Bereich der Finanzmarktregulierung auch die Befugnis zur abstrakt-generellen Regelung (nicht nur Beratung) übertragen, was der EuGH billigte.²⁴ Dies ist angesichts der geringen demokratischen Legitimation der europäischen Agenturen kritisch zu sehen.²⁵ Eine Klarstellung zu möglichen Befugnissen der Agenturen wäre wünschenswert (s. Kapitel 9).

Zum anderen gehen die europäischen Gerichte und auch die europäischen Organe nicht davon aus, dass *immer* eine prozedural und institutionell getrennte wissenschaftliche Risikobewertung vor dem Risikomanagement durchzuführen ist. Vielmehr sehen sie auch die Möglichkeit einer Ausnahme, z.B. wenn wissenschaftlicher Sachverstand auch anderweitig gewährleistet werden kann.²⁶ Auch Eilbedürftigkeit der Regulierung dürfte eine Ausnahme darstellen. Solche Ausnahmen sind nötig, um die vielbeschworene *paralysis by analysis* zu verhindern.²⁷ Effektive Regulierung muss auch in zeitkritischen Situationen möglich bleiben, unnötige Doppelprüfungen mit hohen Bürokratiekosten sind zu vermeiden. In den Ausnahmefällen ist die Risikomanagement-Maßnahme lediglich gemäß Art. 191 Abs. 3 Spstr. 1 AEUV aufgrund der *verfügbaren* wissenschaftlichen und technischen Daten zu treffen. Wünschenswert wäre freilich eine nähere Konkretisierung möglicher Ausnahmen einschließlich der Frage, ob und ggf. wann bei kurzfristig getroffenen Maßnahmen eine erneute Überprüfung anhand einer separaten Risikobewertung durchzuführen ist (s. Kapitel 9).

Die institutionelle und prozedurale Trennung im Regelfall gewährleistet grundsätzlich Transparenz darüber, wer welche Einschätzung eingebracht hat und wie beispielsweise mit verbleibender wissenschaftlicher Ungewissheit politisch umgegangen wird. Jedoch wird die Begründungspflicht der entscheidenden Organe gemäß Art. 296 AEUV zurückhaltend interpretiert und kann sich bei Handlungen mit allgemeiner Geltung darauf beschränken, die Gesamtlage und die allgemeinen Ziele anzugeben.²⁸ Hierdurch wird Transparenz über Ungewissheit und Verteilungskonflikte nicht notwendigerweise abgesichert. Transparenz wird vorrangig durch den Nachvollzug der europäischen Gerichte gewährleistet. Sie nehmen insoweit zunächst eine nachvollziehende Prüfung auf Schlüssigkeit der Begründung der wissenschaftlichen Risikobewer-

²⁴ EuGH, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)*, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.

²⁵ Kritisch zur Billigung der Befugnisse der ESMA durch den EuGH z.B. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 4c; kritisch allgemein zum „Agentur(un)wesen“ *Wittinger*, EuR 2008, 619.

²⁶ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 270.

²⁷ Vgl. zu dieser Gefahr *Fisher*, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, 2007, 121 f.

²⁸ EuGH, *Pesce*, verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, Rn. 89.

tung vor, wobei die Offenlegung bestehender Kontroversen in der Wissenschaft aus Transparenzgründen gefordert wird.²⁹ Die Schlüsse, die die politischen Entscheidungsträger im Rahmen des Risikomanagements aus der Risikobewertung ziehen, werden ebenfalls auf Schlüssigkeit überprüft, wobei allerdings aufgrund der zu leistenden komplexen technischen Beurteilungen ein Ermessensspielraum eingeräumt wird.³⁰ Ebenso wird hinsichtlich der Frage, welcher Risikograd gesellschaftlich akzeptabel ist und welche Risikomanagement-Maßnahmen ergriffen werden, politisches Ermessen eingeräumt.³¹

Während in der EU eine institutionelle Trennung von Risikobewertung und Risikomanagement weit verbreitet ist, ist in den USA der *National Research Council* zum Ergebnis gekommen, dass eine institutionelle Trennung von Risikobewertung und Risikomanagement nicht zu bevorzugen ist.³² Entsprechend ist es dem Kongress und den Agenturen jedenfalls freigestellt, darüber zu entscheiden, wer vor Ergreifung einer Risikomanagement-Maßnahme eine Risikobewertung durchführt. Der Kongress ist darüber hinaus insgesamt frei bei der Entscheidung darüber, ob überhaupt und in welcher Form eine Risikobewertung erfolgt.³³ Bei Agenturrechtsetzung ergibt sich aus der regelmäßigen verwaltungsinternen Pflicht zur Erstellung einer Kosten-Nutzen-Analyse demgegenüber oftmals auch die prozedurale Pflicht, Risiken zu bewerten und wenn möglich zu quantifizieren (s.o.). Sie sind lediglich in der institutionellen Ausgestaltung frei. Zudem wird nach der *Hard-look*-Doktrin, die die Gerichte in jüngerer Zeit bei der Überprüfung von Agenturenentscheidungen ansetzen, die Begründung der Agentur intensiv auf Schlüssigkeit, Vollständigkeit und Konsistenz überprüft.³⁴ Insofern müssen die Agenturen darauf achten, dass sie in der Verwaltungsakte Studien und Annahmen benennen, Methoden beschreiben, Unstimmigkeiten, Unwissen und Konflikte aufzeigen und für die gefundene Lösung argumentieren sowie Gegenargumente entkräften.³⁵ Durch diesen strengen gerichtlichen Überprüfungsmaßstab wird den Agenturen (ohne Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip) insoweit eine

²⁹ EuG, *Artegoda GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 200.

³⁰ Unzutreffende Schlussfolgerungen bejahend EuG, *Artegoda GmbH/Kommission*, Rs. T-74/00, Slg. 2002, II-4965, Rn. 199ff.; zur Überprüfung der Risikobewertung selbst s. sogleich.

³¹ EuG, *Pfizer Animal Health/Rat*, Rs. T-13/99, Slg. 2002, II-03305, Rn. 166.

³² *National Research Council (US), Committee on the Institutional Means for Assessment of Risks to Public Health*, Risk Assessment in the Federal Government, 1983.

³³ Der *Procedural-due-process*-Klausel hat der Oberste Gerichtshof keine Pflicht zur wissenschaftlichen Risikobewertung entnommen, vgl. ausführlich zur *Procedural-due-process*-Klausel *Wasserman*, *Procedural due process*, 2004, 63 ff., 163 ff.; *Sullivan/Massaro*, *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, 2013, 81 ff., 168 ff.

³⁴ St. Rspr., vgl. zuletzt U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *Zero Zone, Inc. v. United States Department of Energy*, 832 F.3d 654, 668 (2016) m.V.a. U.S. Supreme Court, *Nat'l Ass'n of Home Builders v. Defs of Wildlife*, 551 U.S. 644, 658 (2007); U.S. Supreme Court, *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

³⁵ *Rodgers, JR.*, *Georgetown Law Journal* 67 (1979), 706.

prozedurale Pflicht zur möglichst weitgehenden Risikobewertung auferlegt.³⁶ Die verwaltungsintern und gerichtlich aufgestellten Pflichten zur wissenschaftlichen Risikobewertung sollten jedoch wie auch in der EU nicht so weit gehen, dass *paralysis by analysis* droht (s. Kapitel 9).

Es bleibt festzuhalten, dass in der EU im Gegensatz zu den USA in der Regel eine institutionelle Trennung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement vollzogen wird. Hinsichtlich der Frage, ob prozedural eine Risikobewertung durchzuführen ist, wird eine regelmäßige Pflicht von den europäischen Gerichten dem Vorsorgeprinzip (i.V.m. Art. 191 Abs. 3 Spstr. 1 AEUV und ggf. Sekundärrecht) entnommen. In den USA folgt die Pflicht regelmäßig aus den beschriebenen verwaltungsinternen Vorgaben, zudem aber auch aus der gerichtlichen *Hard-look*-Überprüfung.

Die Gerichte in der EU und in den USA legen bei der Überprüfung der Letztentscheidung der Organe (den Kongress ausgenommen) jeweils einen relativ strengen Überprüfungsmaßstab an, bei dem zwar das inhaltliche Ergebnis grundsätzlich akzeptiert wird, aber die Argumentation eingehend nachvollzogen wird. Ein Unterschied hierbei ist jedoch, dass die *Hard-look*-Doktrin in den USA neben den wissenschaftlichen Erkenntnissen gerade auch den Partizipationsrechten (s. sogleich) zur Schlagkraft verhelfen soll³⁷, während eine solche Dimension bei den europäischen Gerichten schon allein deshalb nicht gewährleistet werden kann, weil die Begründungsanforderungen eine Reaktion auf Eingaben von Bürgern nicht verlangen.³⁸ In Kapitel 9 ist zu erwägen, ob durch eine leichte Verschärfung der Begründungspflicht in der EU der Transparenz- und Partizipationsaspekt besser gewährleistet werden kann als bisher.

D. Partizipation

Partizipationsmöglichkeiten sind im Bereich der letztverbindlichen (Risikomanagement-)Entscheidung in beiden Rechtsräumen umfangreich gewährleistet. In beiden Rechtsräumen sind die Sitzungen des Parlaments samt Ausschüssen öffentlich und es bestehen sowohl im Gesetzgebungsverfahren als auch im Verfahren zur exekutiven Rechtsetzung Beteiligungsmöglichkeiten. In den USA sichert vor allem das *Notice-and-Comment*-Verfahren des APA Partizipa-

³⁶ *Fisher* bezeichnet das dahinterstehende Dogma als „rational-instrumental“ (im Gegensatz zu „deliberativ-konstitutiv“), vgl. *Fisher*, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, 2007, 121 ff.

³⁷ *Fisher* erkennt diese Rolle der Partizipation im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung an, jedoch betont sie, dass Partizipation im vorherrschenden rational-instrumentellen Dogma der *Hard-look*-Doktrin als Interessenvertretung verstanden wird, die vor allem berücksichtigt werden muss, wenn sich hieraus neue Informationen ergeben. Partizipation werde dagegen nicht deliberativ-konstitutiv als *per se* unerlässliche Komponente der Entscheidungsfindung betrachtet, vgl. *dies.*, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, 2007, S. 120.

³⁸ *Craig*, *EU administrative law*, 2. Aufl. 2012, S. 443.

tionsrechte, in der EU sieht die „*Better Regulation*“-Strategie der Kommission Partizipationsrechte bei Gesetzgebung und Tertiärrechtsetzung vor.³⁹ Zudem greift in der EU im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes die europarechtliche Umsetzung der Partizipationsrechte aus der Århus-Konvention.⁴⁰

Ein maßgeblicher Unterschied ist jedoch, dass in den USA die Partizipationsrechte zusätzlich durch gerichtlichen Nachvollzug der Begründung der Agentur Gewicht erhalten (s. bereits oben).

Zudem stellt sich in der EU aufgrund der regelmäßigen institutionellen Trennung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement zusätzlich die Frage nach Partizipationsmöglichkeiten im Bereich der Risikobewertung. Zwar handelt es sich hierbei nicht um eine legitimationsbedürftige Letztentscheidung. Vielmehr ist die Risikobewertung als Bereich offener Wissensproduktion anzusehen, in dem politische Einflussnahme weder notwendig noch wünschenswert ist. Gleichwohl kann auch in diesem Bereich ein gewisses Maß an Transparenz und Partizipation die Erkenntnisse vervollständigen und den Verdacht übermäßigen Lobbyeinflusses entschärfen. Partizipationsmöglichkeiten sind jedoch bei vielen europäischen Agenturen und erst recht bei Expertengruppen auf die Beteiligung bestimmter interessierter Kreise beschränkt. Dies verschärft den Korporatismusverdacht eher.

Die Problematik, dass Partizipation – auch, soweit die theoretische Partizipationsmöglichkeit für die gesamte Öffentlichkeit gegeben ist – *de facto* vor allem den Einfluss organisierter Interessen bewirkt, da nur diese systematisch Informationen sammeln, Beteiligung organisieren und hinreichend personelle und finanzielle Ressourcen zur Verfügung haben, um langwierige Rechtsetzungsverfahren effektiv zu begleiten, stellt sich freilich insgesamt und auch für den Bereich des Risikomanagements.⁴¹ Die Frage, wie kritische Partizipation des „Otto Normalbürgers“, der kein intrinsisches Interesse an der Thematik hat, gewährleistet werden kann, ist daher in Kapitel 9 aufzugreifen.

³⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung - Eine Agenda der EU, COM(2015) 215 final vom 19.05.2015.

⁴⁰ VO Nr. 1367/2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. 2006, Nr. L 264/13 vom 06.09.2006.

⁴¹ Kritisch daher auch *D'Angelo/King/Ranalli*, *The Transparency Problem(s)*, 2017 (<http://www.congressionalresearch.org/TransparencyProblem.html>) (geprüft am 12.07.2018). Dieses Verständnis von Partizipation entspricht wiederum dem rational-instrumentellen Verständnis des administrativen Konstitutionalismus, vgl. *Fisher*, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, 2007, S. 120.

E. Gerichtliche Überprüfung bei Ungewissheit

Ein vieldiskutierter Unterschied zwischen EU und USA besteht darin, dass in der EU das Vorsorgeprinzip in Art. 191 AEUV explizit verankert ist, während in den USA weder die Verfassung noch die Gerichte der Vereinigten Staaten ein solches Prinzip anerkennen. Das Vorsorgeprinzip wird in der EU (neben bereits angesprochenen institutionellen und prozeduralen Komponenten) jedenfalls so verstanden, dass es den Organen das Treffen von Schutzmaßnahmen auch dann erlaubt, wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit/die Umwelt ungewiss sind. Nach dem hier favorisierten Verständnis des Verhältnisses von Vorsorgeprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip erlaubt das Vorsorgeprinzip ein Handeln in Konstellationen, in denen das Handeln sonst unverhältnismäßig wäre (weil ein gesicherter Zweck-Mittel-Zusammenhang im Rahmen der Geeignetheit nicht etabliert werden kann oder weil das nur ungewiss betroffene Rechtsgut in der Angemessenheit unterliegt).⁴²

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in den USA kennt demgegenüber nicht nur kein Vorsorgeprinzip, sondern auch kein stets anzuwendendes Verhältnismäßigkeitsprinzip. Vielmehr wird die Einschränkung sozioökonomischer Rechte lediglich einer Willkürkontrolle (*rational basis test*) unterzogen. Der Kontrollmaßstab im Rahmen des *rational basis tests* ist äußerst zurückhaltend: Grundsätzlich reicht es aus, dass eine rationale Verknüpfung zwischen Zweck und Mittel denkbar ist. In Abwesenheit von faktischen Gründen, die aus den Gesetzesmaterialien ersichtlich sind und eine Verknüpfung zwischen Zweck und Mittel etablieren, ist das Vorliegen von Fakten, die die gesetzgeberische Entscheidung stützen, zu vermuten.⁴³ Der Kongress „benötigt“ dementsprechend kein Vorsorgeprinzip, um auch bei Ungewissheit handeln zu können.

Auch den Agenturen, deren Entscheidungen am *Arbitrary-and-capricious*-Standard des APA gemessen werden, ist ein Handeln unter Ungewissheit nicht untersagt. Nach der unter C. bereits beschriebenen *Hard-look*-Doktrin müssen sie Ungewissheiten aufzeigen und auf Gegenargumente eingehen. Sofern sie sich trotzdem zur Regulierung entscheiden, wird diese inhaltliche Entscheidung gerichtlich nicht hinterfragt.

Das Vorsorgeprinzip ist in der „schwachen“ Version, die lediglich ein Handeln *erlaubt*, in den USA weder für Kongress noch für Agenturen notwendig, um Handeln unter Ungewissheit

⁴² Wie oben in Kapitel 5, B.III. ausgeführt, lässt sich der Rechtsprechung der europäischen Gerichte nicht eindeutig entnehmen, ob Handeln unter Ungewissheit vom Ermessensspielraum gedeckt ist, welcher den Organen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei komplexen technischen Beurteilungen und politischen Wertentscheidungen durch die europäischen Gerichte zugestanden wird.

⁴³ U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938).

zu rechtfertigen. Dies ist womöglich ein Grund dafür, warum das Vorsorgeprinzip in der US-amerikanischen Literatur oftmals in seiner „starken“ Version, die zum Handeln unter Ungewissheit *verpflichtet*, behandelt und kritisiert wird.⁴⁴

Die „starke“ Version wird jedoch in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte nicht vertreten – dahingehende Kritik läuft ins Leere. Soweit das EuG eine Handlungspflicht in einem Fall annahm, in dem auch das Vorsorgeprinzip angewendet wurde, ergab sich diese Pflicht maßgeblich aus Sekundärrecht und einer Ermessensreduktion auf null im Einzelfall.⁴⁵ Einen solchen Fall der Handlungspflicht auf Grundlage des *Clean Air Act* hat es auch in den USA gegeben.⁴⁶

Gewichtige Unterschiede hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfung des inhaltlichen Handlungsspielraums der Entscheidungsträger bei Ungewissheit sind folglich nicht auszumachen, auch wenn das Vorsorgeprinzip in der EU verankert ist und in den USA nicht. Handeln bei ungewissen Risiken ist jeweils erlaubt, aber in aller Regel nicht zwingend.

Ein gewisser Unterschied mag noch in den Anforderungen zu sehen sein, die an das Risiko zu stellen sind: Hypothetische Risiken reichen in der EU als Grund für eine Regulierung nicht aus – nicht einmal für den Unionsgesetzgeber. Diese Einschränkung beruht wohl darauf, dass die Regulierung eines hypothetischen Risikos mangels Einschlägigkeit des Vorsorgeprinzips unverhältnismäßig bleibt. Denn das Vorsorgeprinzip erfordert prozedural eine verbleibende Ungewissheit bei der Risikobewertung. Sofern – wie bei einem hypothetischen Risiko – keine faktenbasierte Risikobewertung stattfinden kann, kann das Vorsorgeprinzip also nicht greifen, um die Unverhältnismäßigkeit zu beheben. Folgerichtig resultiert die Einschränkung auf ungewisse, aber nicht hypothetische Risiken.

Ebenso wenig dürfte die Regulierung hypothetischer Risiken durch amerikanische Agenturen vor der verwaltungsinternen Kontrolle und der *Hard-look*-Doktrin Bestand haben. Anders dürften jedoch die Aussagen zum *rational basis test* zu interpretieren sein, der den Kongress beschränkt: Da Fakten, die die Entscheidung des Gesetzgebers stützen, vermutet werden, wäre wohl auch die Regulierung eines hypothetischen Risikos zulässig. Ob die Regulierung eines hypothetischen Risikos auch in der EU erwägenswert ist, wird in Kapitel 9 thematisiert.

⁴⁴ Sunstein, *Laws of Fear*, 2005.

⁴⁵ EuG, *Schweden/Kommission (Paraquat)*, Rs. T-229/04, Slg. 2007, II-02437.

⁴⁶ U.S. Supreme Court, *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007); *Cass*, *Virginia Law Review* In Brief 93 (2007).

Kapitel 9

Verbesserungsvorschläge

Die Je-desto-Formel verlangt, dass durch das institutionelle Gefüge ein hinreichender Einfluss des Volkes auf solche Entscheidungen gewährleistet ist, die besonderer demokratischer Legitimation bedürfen – Entscheidungen unter Ungewissheit, über große Schäden an gewichtigen Rechtsgütern sowie über Verteilungskonflikte. Der Einfluss des Volkes kann beispielsweise gewährleistet werden, indem solche Entscheidungen in dem von ihm direkt gewählten Parlament getroffen werden oder zumindest vom Parlament effektiv kontrolliert werden. Sofern dies nicht der Fall ist, sollten andere Mechanismen dafür Gewähr bieten, dass der einzelne Bürger wirksamen Einfluss auf die Entscheidung nehmen kann. Insoweit spielen insbesondere Partizipationsmöglichkeiten eine Rolle.

Prozedural verlangt die Je-desto-Formel, mögliche Schäden an Rechtsgütern, Art und Ausmaß der möglichen Verteilungskonflikte sowie der Ungewissheit und Kontroverse einer Entscheidung möglichst genau zu ermitteln, um das notwendige Ausmaß demokratischer Legitimation bestimmen zu können.

Inhaltlich lautet die Forderung der Je-desto-Formel, dass der demokratisch legitimierte Entscheidungsträger über einen Entscheidungsspielraum verfügen muss, auch bei bestehender Ungewissheit und Verteilungskonflikten regulierend tätig zu werden – oder auch untätig zu bleiben.

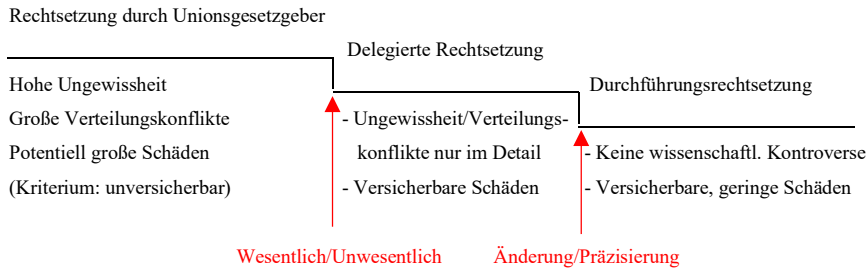
A. Zum Ausmaß des parlamentarischen Einflusses

Aus der Je-desto-Formel folgt, dass der parlamentarische Einfluss auf Entscheidungen unter Ungewissheit, über große Schäden an gewichtigen Rechtsgütern sowie über Verteilungskonflikte möglichst groß sein sollte. Hierzu wurden die grundsätzlichen Mechanismen der inhaltlichen Ex-ante-Legitimation durch Delegationsschranken, die direkte Ex-post-Kontrolle durch Vetos u.ä. und schließlich die gerichtliche Ultra-vires-Kontrolle, die das Parlament anstrengen kann, herauskristallisiert.

I. Ex-ante-Legitimation

Hinsichtlich der Ex-ante-Legitimation wurde bereits angedeutet, dass eine präzisere und an der Je-desto-Formel orientierte Definition der Kriterien wünschenswert wäre, die eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen von Parlament auf Exekutive erlauben bzw. verbieten.

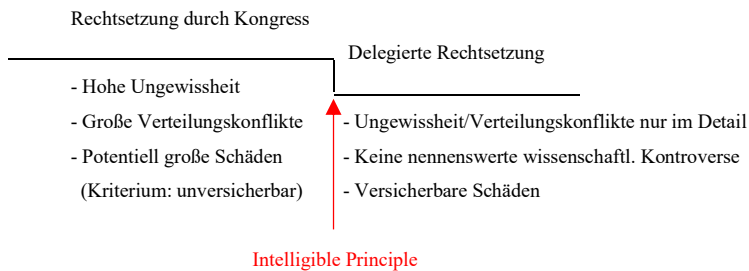
Für die EU könnte insofern folgendes Stufenverhältnis angesetzt werden, welches zugleich den Begriff der „Wesentlichkeit“ in Art. 290 AEUV konkretisiert und die Abgrenzung zwischen Art. 290 und 291 AEUV („Änderung“ und „Präzisierung“ des Basisrechtsakts) handhabbarer macht.



Das mögliche Operationalisierungskriterium der Versicherbarkeit ergibt sich aus den bereits oben in Teil 1 benannten Überlegungen von *Beck*.¹ Möchte ein Versicherer ein bestimmtes Risiko nicht versichern, spricht dies entweder für ein besonders großes Risiko (i.S.v. Schadenshöhe x Eintrittswahrscheinlichkeit) oder für großes Unwissen über mögliche Schadenshöhe und/oder Eintrittswahrscheinlichkeit. Es liegt zudem typischerweise ein gravierender (Risiko-)Verteilungskonflikt vor, da bei Schadensrealisierung unkompensierte Sonderopfer verlangt werden. Die Regulierungsentscheidung über ein nicht versicherbares und nicht versichertes Risiko sollte dementsprechend in der Regel durch den Unionsgesetzgeber getroffen werden. Umgekehrt spricht die Versicherbarkeit eines Risikos für ein abschätzbares (Wissen) und annehmbares (Höhe) Risiko. Sofern ein Risiko tatsächlich versichert wird, entschärft sich auch der Verteilungskonflikt, da die Geschädigten bei Schadenseintritt entschädigt werden können. In solchen Konstellationen kann die Regulierung im Wege der delegierten oder der Durchführungsrechtsetzung ergehen. Da sich freilich die Einschätzung eines privaten Versicherers nicht nur rational an den genannten Kriterien orientieren muss, kann die Versicherbarkeit eines Risikos dennoch nur ein Indiz sein.

In den USA könnte in ähnlicher Weise die *non-delegation doctrine* konkretisiert werden, wobei das Erfordernis, den Agenturen ein *intelligible principle* an die Hand zu geben, ergänzt wird.

¹ *Beck*, *Weltrisikogesellschaft*, 3. Aufl. 2015 (2007), S. 239 f.; *Wehner*, *Archiv für Sozialgeschichte* 52 (2012), 583.



Diese Konkretisierungen bestimmen Kriterien für Entscheidungen, die der parlamentarische Gesetzgeber selbst treffen sollte. Hiermit ist noch nichts über die gerichtliche Überprüfungintensität dieser Kriterien ausgesagt. Es gibt gute Argumente dafür, insoweit trotz genauer Definition der Kriterien eine zurückhaltende gerichtliche Überprüfungsichte anzusetzen. Gründe liegen insoweit zum einen in der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Kongresses bzw. der in der dualen Legitimationsstruktur besonders ausgeprägten Legitimation des Unionsgesetzgebers. Durch die hohe Legitimation sind diese Organe selbst eher als ein (Verfassungs-)Gericht kompetent zu beurteilen, welche Aspekte ihnen so wichtig erscheinen, dass sie sie selbst regeln wollen. Zum anderen kann der parlamentarische Gesetzgeber die Besonderheiten des Regelungsbereichs (z.B. besondere Dynamik, die zügige Regulierung und Aktualisierung notwendig macht) besser einschätzen und insofern die Funktionalität der gewählten Regulierungsform gewährleisten.²

II. Parlamentarische Ex-post-Kontrolle

Neben der Gewährleistung der Ex-ante-Legitimation gibt es in beiden Rechtsräumen auch Ansatzpunkte zur Verbesserung der direkten parlamentarischen Ex-post-Kontrolle. In den USA ist insofern zunächst zu fordern, dass die *Chadha*-Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, welche es dem Kongress verbietet, sich oder einem seiner Häuser ein Veto gegen Agenturrechtsetzung vorzubehalten, explizit aufgegeben wird. Vetos sind ein wichtiges Instrument, um abzusichern, dass Entscheidungen unter Ungewissheit oder über Verteilungskonflikte nicht von der Exekutive in einer Weise getroffen werden, die den Präferenzen des unmittelbar legitimierten Parlaments fundamental entgegenläuft.

Ein Veto ist jedoch ein relativ „scharfes Schwert“. Es ist oftmals gut denkbar, dass das Parlament mit der exekutiven Rechtsetzung weit überwiegend einverstanden ist und lediglich Be-

² Vgl. zur „Wesentlichkeit“ in Art. 290 AEUV *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 41.

denken gegenüber einzelnen Aspekten hat, die von Ungewissheit oder besonderen Verteilungskonflikten geprägt sind. Insofern sollte es dem Parlament möglich sein, sich gegebenenfalls auch präzisere Kontrollinstrumente vorzubehalten – diese könnten etwa auch ein passives Teilnahmerecht für Parlamentarier an bestimmten Sitzungen der Kommission bzw. der Agentur beinhalten, um einen Nachvollzug der bestehenden (wissenschaftlichen oder politischen) Kontroversen zu ermöglichen. In der EU könnten solche Mechanismen aufgrund einer nicht abschließenden Auslegung des Art. 290 AEUV vorgesehen werden. Für Agenturen ist der Unionsgesetzgeber hinsichtlich der Wahl seiner Kontrollmechanismen im Sekundärrecht ohnehin frei, in den USA könnten detailliertere Kontrollinstrumente nach einer Aufgabe der *Chadha*-Rechtsprechung wohl ebenfalls im jeweils ermächtigenden Gesetz verankert werden.

Speziell in der EU gibt es zudem noch eine Konstellation, in der die parlamentarische Kontrolle eine Lücke aufweist: wenn nämlich im Sekundärrecht zur Durchführungsgesetzgebung ermächtigt wurde, aber die Kommission *de facto* Inhalte regelt, die nur im delegierten Rechtsakt oder sogar im Sekundärrecht zu regeln wären. Neben einer Sicherstellung der gerichtlichen Kontrolle (s. sogleich) könnte als unmittelbarer Kontrollmechanismus eine Rückverweisungspflicht der Kommission (allgemein oder in bestimmten Sekundärrechtsakten) etabliert werden. Demnach müsste die Kommission aktiv den Unionsgesetzgeber darauf hinweisen, wenn Elemente der ihr ursprünglich zur Durchführung zugewiesenen Regelungsmaterie zu ungewiss oder politisch sind, um im Wege der Durchführungsrechtsetzung erlassen zu werden. Eine solche Rückverweisung hätte sinnvollerweise zur Folge, dass der Durchführungsrechtsakt als Gesetzesinitiative der Kommission für Sekundärrecht interpretiert wird. Ein Rückverweisungsmechanismus auf delegierte Rechtsetzung dürfte politisch kaum durchsetzbar sein, da er am Widerstand der Mitgliedstaaten scheitern dürfte, die bei der Durchführungsrechtsetzung umfangreichere Kontrollmechanismen innehaben. Der Rückverweisungsmechanismus müsste zudem justiziabel sein, um Wirksamkeit zu entfalten.

III. Gerichtliche Ultra-vires-Kontrolle

Schließlich sollte eine wirksame gerichtliche Ultra-vires-Kontrolle des Parlaments gegenüber der Exekutive gewährleistet werden. Sie stellt gewissermaßen die Kehrseite der „Wesentlichkeit“ bzw. der *non-delegation doctrine* dar: Das ermächtigende Gesetz darf von Kommission bzw. Agentur nicht so ausgelegt werden, dass Handlungen möglich werden, die nach dem oben dargestellten Stufenverhältnis vom Parlament zu treffen sind und die sich das Parlament dementsprechend vorbehalten hat.

In der EU ist eine Ultra-vires-Kontrolle dem Grunde nach durch eine Nichtigkeitsklage des Parlaments nach Art. 263 AEUV möglich. Der gerichtliche Überprüfungsmaßstab sollte insofern streng sein und der Kommission keine Auslegungsspielräume belassen. Nur so kann eine lückenlose Kontrolle der Kommission durch das Parlament gewährleistet werden. Soweit der Kommission im Bereich des Vorsorgeprinzips auch hinsichtlich der Auslegung ihrer Befugnisse Ermessen eingeräumt wird³, ist dies abzulehnen. Vielmehr sollte explizit eine Auslegung, die das oben beschriebene Stufenverhältnis verletzt, gerichtlich untersagt werden.

In den USA ist schon institutionell nicht gewährleistet, dass der Kongress sich der gerichtlichen Ultra-vires-Kontrolle bedienen kann. Insofern wäre eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung zum *standing* wünschenswert. Zudem erfolgt auch in den USA auf Grundlage der *Chevron*-Doktrin nur eine zurückhaltende gerichtliche Überprüfung der Auslegung der Ermächtigungsgrundlage durch die Agentur. Diese sollte verschärft werden, um eine wirksame Ultra-vires-Kontrolle zu gewährleisten. Insofern könnten die *non-delegation canons*, also die Fälle, in denen eine strenge gerichtliche Überprüfung der Auslegung stattfindet, um Fälle ergänzt werden, in denen die Auslegung der Agentur das oben beschriebene Stufenverhältnis verletzt.

Eine strenge gerichtliche Kontrolle der Auslegung der Delegationsnorm durch die Exekutive ist demokratiethoretisch weniger zweifelhaft als eine strenge gerichtliche Kontrolle des Parlaments bei der Delegation selbst. Denn in ersterem Fall vollziehen die Gerichte im Wesentlichen die Entscheidung des unmittelbar legitimierten Parlaments nach und vervollständigen so die sachlich-inhaltliche Kontrolle des Parlaments über die Exekutive.

B. Zur verwaltungsinternen Kontrolle und Partizipation

Hinsichtlich der verwaltungsinternen Kontrolle durch OIRA bzw. *Regulatory Scrutiny Board* wurde im Wesentlichen kritisiert, dass diese Gremien die Möglichkeit haben, Risikoregulierungsvorschläge in einem weitgehend intransparenten Prozess aufgrund einer von ihnen als unbefriedigend bewerteten Kosten-Nutzen-Analyse aufzuhalten, anzupassen oder sogar gänzlich zu verhindern. Dies ist zweifelhaft, sofern das Volk – etwa, weil seine Bewertung der Ungewissheit oder der Verteilungskonflikte von der Bewertung des OIRA oder des *Regulatory Scrutiny Board* abweicht – den Regulierungsvorschlag befürwortet hätte, aber nie von diesem erfährt. Vor diesem Hintergrund wäre ein Mechanismus wünschenswert, der schon zu diesem Zeitpunkt eine Beteiligung der Bevölkerung sicherstellt. Ein Partizipationsmechanismus im

³ EuGH, *Pesce*, verb. Rs. C-78/16 und C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, Rn. 70.

herkömmlichen Sinne unterliegt jedoch den allgemeinen demokratietheoretischen Schwächen der Partizipation.

Ansatzpunkt der Kritik ist insoweit vor allem, dass Partizipation *de facto* oft nicht geeignet ist, das Ideal gleicher Freiheit zu verwirklichen. Denn Partizipation setzt im Ansatz Interesse voraus – dies nimmt bei nicht unmittelbar Betroffenen mit steigender Komplexität des Themas in der Regel ab. Zudem kann die zeit- und ressourcenaufwändige partizipatorische Begleitung einer Risikoregulierung in der Realität oftmals nur von Vertretern kollektiver Interessen geleistet werden. Negativ formuliert ist Partizipation insofern staatlich kanalisierter Lobbyismus. Die legitimationsstiftende Wirkung von Partizipation kann daher nicht ohne Weiteres bejaht werden, da Gruppen und Organisationen von Bürgern nicht dem Staatsvolk als Gesamtheit entsprechen.⁴

Der Gedanke, der der Partizipation und in gewisser Weise auch der direkten Demokratie innewohnt, nämlich, dass die Realität mittlerweile so komplex geworden ist, dass eine Wahlentscheidung alle paar Jahre zu undifferenziert ist, ist dennoch bedenkenswert. Einzelne Entscheidungen von hervorgehobener Wichtigkeit und Kontroverse (neben einer parlamentarischen Entscheidung) zusätzlich an das Volk rückzubinden, ist auch vor dem Hintergrund der Je-desto-Formel zu begrüßen. Sie würde die besondere Rückbindung von Entscheidungen unter Ungewissheit, über große Schäden gewichtiger Rechtsgüter sowie über Verteilungskonflikte fördern.

Es stellt sich also die Frage, wie die differenzierte demokratische Rückbindung einzelner, besonders relevanter Fragen gewährleistet werden kann, ohne dabei auf die genannten Schwächen der Partizipation (oder die bekannten Schwächen der direkten Demokratie⁵) zu stoßen. Die Losdemokratie scheint ein interessanter Lösungsweg zu sein.⁶ Geloste Bürgergremien, die über bestimmte Risiken einschließlich der Akzeptanzprämissen und der resultierenden Verteilungskonflikte diskutieren und abstimmen, können eine sinnvolle Ergänzung der wissenschaftlichen Risikobewertung und der parlamentarischen Abstimmung darstellen. Durch das Losverfahren wird im Gegensatz zur Partizipation die Rückführbarkeit auf das gesamte Staatsvolk gewährleistet, die Deliberation und Abstimmung ermöglicht ein informierteres, differenzierteres, dem Populismus weniger anfälliges Ergebnis als eine Volksabstimmung. Es wären freilich

⁴ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2004, Bd. 2, Rn. 29.

⁵ Undifferenziertheit, Inkohärenz, Ineffizienz und Populismus, vgl. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl. 2012, S. 29.

⁶ Allgemein s. Reybrouck, Gegen Wahlen, 2016.

in der Regel bestimmte methodische und prozedurale Aspekte zu gewährleisten: So sollte die Diskussion professionell moderiert werden, um Chaos zu vermeiden; zudem sollte die jeweils handelnde Behörde die Möglichkeit haben, ihren Standpunkt vorzutragen; dies könnte ggf. ergänzt werden um kurze Zeitfenster, in denen Interessengruppen ihren Standpunkt darlegen können; schließlich sollten die gelosten Teilnehmer grundsätzlich zur Teilnahme verpflichtet sein (ähnlich wie die amerikanische *jury duty* oder Schöffen bei Gericht) und finanziell kompensiert werden.

Für solche gelosten Gremien gäbe es vielfältige Einsatzmöglichkeiten. Zunächst könnten sie an Beratungen im Zuge der Risikobewertung mindestens passiv beteiligt werden, um die wesentlichen Kontroversen nachvollziehen zu können und Transparenz schon während des Bewertungsprozesses zu gewährleisten.

Sodann könnte im Rahmen der verwaltungsinternen Kontrolle eine *US agency* oder eine Einheit der Kommission, deren Regulierung an der Kontrolle durch OIRA oder *Regulatory Scrutiny Board* gescheitert ist, ein Bürgergremium einberufen, um stärker wertgetrieben über Kosten und Nutzen der Regulierung zu diskutieren. Eine positive Stellungnahme des Bürgergremiums könnte eine negative Stellungnahme der verwaltungsinternen Prüfinstanz „überstimmen“ und den Weg für das weitere Verfahren bereiten.

Allgemein zur Kontrolle des Risikomanagements im Bereich der exekutiven Rechtsetzung könnte ein Recht der Öffentlichkeit eingerichtet werden, mit einer bestimmten Anzahl an Wählerstimmen die Einberufung eines Bürgergremiums zur Abstimmung über eine geplante Regulierung der Kommission bzw. der US Agenturen einzufordern. Einer Ablehnung der Regulierung durch das Bürgergremium könnten unterschiedliche Folgen zukommen. Entweder könnte die Ablehnung unmittelbar das Inkrafttreten für einen bestimmten Zeitraum verhindern – nach Ablauf des Zeitraums könnte bei Interesse der Kommission bzw. Agentur der Vorschlag erneut unterbreitet werden – oder die Ablehnung könnte zumindest den Rückverweis der Materie an den Unionsgesetzgeber zur Regelung im Sekundärrecht bzw. an den Kongress zur Regelung im Parlamentsgesetz zur Folge haben.

Da bisher positive Erfahrungen mit gelosten Bürgergremien in anderen Rechtsbereichen (z.B. gleichgeschlechtliche Ehe⁷) gemacht wurden, sollte diese Möglichkeit ernsthaft geprüft und in Erwägung gezogen werden.

⁷ Vgl. *Berbner/Stelzer/Uchatius*, Zeit Online 02.02.2017.

C. Zum Verhältnis von Risikobewertung und Risikomanagement

Die institutionelle Aufteilung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement kann grundsätzlich mit Blick auf die damit einhergehende Transparenz der Entscheidungsstruktur Vorteile haben. Hierfür sollten aber einige Bedingungen erfüllt sein.

So ist zum einen essentiell, dass die zur wissenschaftlichen Risikobewertung eingerichteten Experteninstitutionen (EU-Agenturen und Expertengruppen) keine Risikomanagement-Entscheidungen treffen. Denn ihre demokratische Legitimation ist nur äußerst schwach ausgeprägt und die transparente Entscheidungsstruktur würde rückgängig gemacht. Wünschenswert wäre insofern eine Klarstellung der Befugnisse, die auf solche Experteninstitutionen übertragen werden dürfen, im Primärrecht oder mindestens im Sekundärrecht⁸. Hierbei sollten die *Meroni*-Kriterien kodifiziert werden und klargestellt werden, dass abstrakt-generelle Regelungen nicht durch Agenturen getroffen werden dürfen.⁹ Sofern sich der Unionsgesetzgeber wie bei der ESMA dennoch entscheiden sollte, künftig abstrakt-generelle Regelungsbefugnisse auf Agenturen auch im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes zu übertragen, sollte entsprechend der *Je-desto*-Formel zumindest gewährleistet sein, dass keine Entscheidungen unter großer wissenschaftlicher Ungewissheit und über Verteilungskonflikte auf Agenturen übertragen werden. Agenturkompetenzen – sofern künftig abstrakt-genereller Natur – sollten sich im oben dargestellten Stufenverhältnis allenfalls im Bereich der Durchführungsrechtsetzung bewegen.

Um dem Transparenz-Gesichtspunkt Rechnung zu tragen, ist zudem das Verfahren, welches angewendet wird, wenn Konflikte zwischen Agenturen absehbar sind, zu überarbeiten. Nach momentaner Rechtslage sind EFSA, EMA und ECHA jeweils gehalten, frühzeitig potentielle Quellen eines Konfliktes zwischen ihren Auffassungen und denen anderer nach dem Gemeinschaftsrecht eingesetzter Stellen mit vergleichbaren Aufgaben in Fragen von gemeinsamem Interesse zu ermitteln. Sofern Konflikte ausgemacht werden, sollen die Agenturen zunächst versuchen, diese „unter sich“ zu lösen und erst bei Unlösbarkeit ein gemeinsames Dokument der Kommission vorlegen.¹⁰ Aus der hier vertretenen Perspektive ist ein grundlegender Konflikt

⁸ In der Entschließung des Europäischen Parlaments zur Verbesserung der Funktionsweise der Europäischen Union durch Ausschöpfung des Potenzials des Vertrags von Lissabon, (2014/2249(INI)) vom 16. Februar 2017, Rn. 47, stellt das EP insofern eine Rahmenverordnung für EU-Agenturen mit Durchführungsbefugnissen möglicherweise in Aussicht.

⁹ Zur Konkretisierung der Befugnisse von Agenturen auch *Busuioc*, *The Accountability of European Agencies*, 2010; *dies.*, *European Agencies*, 2013.

¹⁰ Vgl. Art. 30 der VO Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. 2002 Nr. L 31/1 vom 28.01.2002; Art. 59 der VO Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004, Nr. L 136/1 vom 31.03.2004; Art.

zwischen zwei höchst sachkundigen Einrichtungen über wissenschaftliche oder technische Fragen ideales Indiz dafür, dass es sich um eine Entscheidung unter Ungewissheit handelt, die unter größtmöglicher demokratischer Beteiligung gelöst werden sollte. Insofern sollte bereits zu dem Zeitpunkt, in dem ein Konflikt festgestellt wird, ein demokratisches Organ oder auch ein Bürgergremium an der Lösung des Konflikts beteiligt werden. Lässt sich der Konflikt nicht zwischen den Agenturen auflösen, bietet sich eine Entscheidung des beteiligten Organs an.

Weiterhin sollte, damit der Transparenz-Vorteil der Trennung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement auch für den einzelnen nachvollziehbar wird – und zwar nicht erst im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung –, sich der Unterschied zwischen wissenschaftlicher Bewertung und politischer Entscheidung auch in der Begründung der Risikomanagement-Maßnahme niederschlagen. So sollte der Letztentscheidungsträger in der Begründung nicht nur verpflichtet sein, seine eigene Einschätzung, sondern auch die aus der Risikobewertung ersichtlichen Erkenntnisse und Kontroversen zu benennen und ggf. zu begründen. Dennoch darf die Begründungspflicht nicht so weit gehen, dass der inhaltliche Handlungsspielraum hierdurch unzumutbar eingeschränkt wird.¹¹ Den im Zuge der Agenda „Bessere Rechtsetzung“ gestärkten Partizipationsrechten sollte zur stärkeren Geltung verholfen werden, indem die Begründung des Rechtsakts auch in groben Zügen hierauf eingeht.

In den USA, wo keine institutionelle Trennung von Risikobewertung und Risikomanagement vorgesehen ist, kann jedoch ein ähnlich transparentes Ergebnis erzielt werden, indem die entscheidende Agentur zweierlei abschließende Dokumente erarbeitet: eines, in dem (ggf. mit Hilfe externen Sachverständs) die wissenschaftliche Erkenntnislage zusammengefasst und bewertet wird, und eines, in dem eine politisch-wertende Abwägung unter Berücksichtigung der Eingaben aus dem *Notice-and-Comment*-Verfahren erfolgt.

Nicht aus Transparenzgründen, sondern um eine *paralysis by analysis* zu vermeiden, sollten US-Agenturen und EU-Institutionen zudem das Recht haben, in entsprechend begründeten Ausnahmefällen von einer umfänglichen Risikobewertung abzusehen und die Entscheidung stattdessen aufgrund der verfügbaren Daten zu treffen. Relevant ist insofern insbesondere die Ausnahme der Eilbedürftigkeit, die vermeiden soll, dass Regulierung dem Fortschritt immer so sehr „hinterherhinkt“, dass sie ineffektiv wird. Eine Klarstellung der Ausnahmen durch die

95 der VO Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, Abl. 2006, Nr. L 396/1 vom 18.12.2006.

¹¹ Zu diesem Aspekt ausführlich im Bereich des Beihilferechts: *Ollinger*, Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht, 2019 (im Erscheinen), S. 350 ff.

Rechtsprechung und die anwendenden Organe wäre wünschenswert. Hierbei könnte auch konkretisiert werden, dass eine unter Eilbedürftigkeit getroffenen Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist anhand einer Risikobewertung erneut zu überprüfen ist. Alternativ bietet sich besonders in eilbedürftigen Fällen die gesetzliche bzw. sekundärrechtliche Aufstellung einer widerleglichen Gefährlichkeitsvermutung an. Diese ermöglicht es dem jeweiligen Risikoverursacher, proaktiv die aufgrund der vorhandenen Datenlage aufgestellte Gefährlichkeitsvermutung zu erschüttern, indem er Studien durchführt und vorlegt, die die Unwahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nahelegen. Ein Vorteil dieser Lösung ist, dass die Wissensnähe des Risikoverursachers genutzt wird.¹²

D. Zur gerichtlichen Überprüfung bei Ungewissheit

Abschließend ist der Frage nachzugehen, in welchem Ausmaß eine gerichtliche Einschränkung des Handlungsspielraums der Institutionen auf Grundlage der Je-desto-Formel wünschenswert ist. Gewissermaßen handelt es sich hierbei um eine Kernfrage der Arbeit: Wie stark sollte die demokratische Entscheidung durch rechtsstaatliche und in diesem Sinne output-orientierte Entscheidungen und Institutionen eingeschränkt werden? Sollte die Regulierung hypothetischer Risiken möglich sein? Wie schon mehrmals betont, kann diese Frage nicht unabhängig vom institutionellen Gefüge betrachtet werden: Je größer die Legitimation des entscheidenden Organs, desto weiter sollte der Handlungsspielraum bei Ungewissheit und Verteilungskonflikten sein. Aus dieser Überlegung und der Zusammenschau mit der oben dargestellten Stufenhierarchie ergibt sich jedenfalls, dass die Exekutive in beiden Rechtsräumen hypothetische Risiken nicht regulieren können sollte. Durch das hohe Maß an Ungewissheit und unabschätzbaren Verteilungskonflikten folgt aus der Je-desto-Formel, dass die Regulierung hypothetischer Risiken, sofern sie möglich sein soll, äußerst demokratisch erfolgen muss. In den USA wurde diese Forderung umgesetzt: Agenturen müssen aufgrund der *Hard-look*-Doktrin genaue Begründungen und Faktengrundlagen für ihre Regulierung anführen, während beim Kongress eine die Entscheidung tragende Faktengrundlage vermutet wird, solange eine Verknüpfung zwischen Zweck und Mittel denkbar ist. Der Kongress kann mithin auch hypothetische Risiken regulieren.

¹² Ausführlich zu den Vorteilen einer widerleglichen Gefährlichkeitsvermutung *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Vorsorgestrategien für Nanomaterialien, 2011 (https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2008_2012/2011_09_SG_Vorsorgestrategien_fuer_Nanomaterialien.pdf?__blob=publicationFile&v=13), S. 56 ff. (geprüft am 27.05.2019).

In der EU hingegen darf nicht einmal der Unionsgesetzgeber hypothetische Risiken regulieren. Der insoweit wohl bestehende Unterschied zu den USA lässt sich womöglich damit rechtfertigen, dass der EU trotz der dualen Legitimationsstruktur, die im Unionsgesetzgeber zusammenläuft, nach wie vor ein Demokratiedefizit vorgeworfen wird.¹³ Auch ist in den USA auf Grundlage der britischen Rechtstradition die Achtung des (Verfassungs-)Gerichts vor der parlamentarischen Entscheidung traditionell stärker ausgeprägt. Die Diskussion um das generelle Demokratiedefizit der EU soll hier nicht geführt werden und die unterschiedlichen Rechtstraditionen sollen nicht grundsätzlich bewertet werden. Eine abschließende Einschätzung, ob hypothetische Risiken in der EU ebenfalls reguliert werden sollten, kann folglich nicht erfolgen. Es soll lediglich zu bedenken gegeben werden, dass gerade die umwälzendsten Risiken womöglich niemals mit Fakten untermauert werden können, bis sie eintreten. Wenn die *Singularity* erreicht ist, wenn also eine künstliche Intelligenz erzeugt wurde, deren allgemeine Intelligenz die des Menschen übersteigt, ist fraglich, ob die (ggf. problematische) Weiterentwicklung dieser Intelligenz dann noch vom Menschen gestoppt werden kann – die künstliche Intelligenz ist ja gerade intelligenter und kann dahingehende Versuche des Menschen womöglich erfolgreich abwenden. Bis zum Eintritt der *Singularity* dürfte es hingegen keine Faktengrundlage geben, die eine „böartige“ künstliche Intelligenz belegen könnte.

Besteht vor diesem Hintergrund nicht doch eine gewisse Notwendigkeit, zumindest im demokratischsten aller denkbaren Verfahren (das in jeder Gesellschaft unterschiedlich sein kann) auch ein hypothetisches Risiko zu regulieren, um die Richtung des wissenschaftlich-technischen Fortschritts zu steuern?

¹³ Vgl. z.B. ausführlich *Grimm*, Europa ja - aber welches?, 2016.

Ausblick

Die soeben skizzierte Frage, ob ein hypothetisches Risiko reguliert werden darf, wirkt, sofern man sie am Begriff des „hypothetischen Risikos“ im Rahmen des Vorsorgeprinzips festmacht, noch relativ technisch. In Wahrheit äußert sich hierin aber das gesamte Spannungsfeld zwischen Demokratie, Technokratie, Unwissen und Fortschritt. Ersetzt Fortschritt Abstimmung?

In der vorgelegten Arbeit wurden Wege aufgezeigt, wie Abstimmung und (neue, aleatorische) demokratische Verfahren in Bereichen gestärkt werden können, die von Fortschritt und daraus resultierenden Ungewissheiten und Verteilungskonflikten geprägt sind. Es wurden auch bestimmte Mythen widerlegt: In den USA kann zumindest durch den Kongress theoretisch mindestens genauso „vorsorglich“ reguliert werden wie in der EU, wo das Vorsorgeprinzip gilt.

Eine Antwort auf die Frage, ob Fortschritt Abstimmung ersetzt, kann diese Arbeit nicht abschließend geben. Gleichwohl weist sie auf Entwicklungen hin, die problematisch sind und sich künftig noch problematischer entwickeln könnten. So könnte die Vorschrift des derzeit im US-Senat befindlichen *Regulatory Accountability Act*, dass wichtige Agenturrechtsetzung erst in Kraft treten kann, wenn alle diesbezüglichen Gerichtsverfahren abgeschlossen sind, die Regulierung so verzögern, dass der zwischenzeitliche Fortschritt die Regelung obsolet werden lässt – insoweit würde Fortschritt Abstimmung ersetzen. Weitere Entwicklungen, die im Auge behalten werden sollten, ist die künftige Rolle des OIRA unter Präsident *Trump*. Wird er – wie bereits *Reagan* – diese Einrichtung nutzen, um unter dem Deckmantel der rationalen Kosten-Nutzen-Analyse eine aggressive Deregulierungsagenda zu lasten von Umwelt und Gesundheit voranzutreiben?¹ Sofern in der EU künftig ein sog. „Innovationsprinzip“² eingeführt werden sollte, würde auch hier Freiheit zur vorsorglichen Regulierung zumindest argumentativ eingeschränkt, da im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein zusätzliches Gewicht zu den wirtschaftlichen Grundrechten hinzuträte.

Über die weitergehenden Fragen, die teilweise angerissen wurden, wurden und werden künftig sicherlich viele spannende und aufschlussreiche Arbeiten verfasst werden. Könnten agile, geloste Bürgergremien zur Modernisierung der Demokratie beitragen? Wie weit sollte der Rechtsstaat die Demokratie einschränken können? Wie machtlos wird die Demokratie gegenüber Globalisierung und rasantem technischen Fortschritt?

¹ Erstes Indiz ist die Executive Order 13771 von President *Trump*, nach der alle Regulierungen zusammengekommen keine Kosten von über Null Dollar verursachen sollen. Vgl. zum Themenkomplex auch *Fredrickson*, *The Washington Post* 28. September 2017.

² Vgl. *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, *Das Innovationsprinzip*, 2016.

Zusammenfassung in Thesen

1. Technokratie verspricht rationale Herrschaft und lässt eine unkontrollierte Elitenherrschaft befürchten. Demokratie verspricht Mitbestimmung und lässt unsinnige Entscheidungen befürchten.
2. Die Legitimation von Herrschaft durch Rationalität stößt auf Grundlage des Konzepts der Output-Legitimation an Grenzen, wenn das Ergebnis einer Entscheidung Verteilungskonflikte auslöst, von Ungewissheit geprägt ist oder wenn irreversible Schäden drohen.
3. Soweit Output-Legitimation nicht überzeugt, muss durch Input-Legitimation der Legitimationsbedarf des herrschaftlichen Handelns gedeckt werden. Der Legitimationsbedarf wird durch die Art des Verteilungskonfliktes sowie durch das Gewicht und die Intensität der betroffenen Rechtsgüter beeinflusst.
4. Aus Thesen 1-3 folgt: Je größer der mögliche Schaden, je gewichtiger die betroffenen Rechtsgüter, je stärker die Verteilungskonflikte und/oder je höher der Grad der Ungewissheit bzw. Kontroverse einer Entscheidung, desto höher sollte die demokratische (Input-)Legitimation sein.
5. Um das notwendige Maß demokratischer Legitimation zu bestimmen, sollten mögliche Schäden an Rechtsgütern, Art und Ausmaß der möglichen Verteilungskonflikte sowie der Ungewissheit und Kontroverse einer Entscheidung möglichst genau ermittelt werden.
6. Das Maß an demokratischer Legitimation setzt sich zusammen aus demokratischen Verfahren und Institutionen einerseits und dem inhaltlichen demokratischen Handlungsspielraum andererseits; bei ersterem kommt es darauf an, dass durch das Zusammenspiel der Verfahren und Institutionen ein hinreichend effektiver Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt gewährleistet wird.
7. Im Bereich der Risikoregulierung ist tendenziell ein hohes Maß demokratischer Input-Legitimation erforderlich, da sich dieser Bereich *per definitionem* durch Ungewissheit

auszeichnet und anschließend an *Becks* „Risikogesellschaft“ von Verteilungskonflikten geprägt ist. Demokratische Legitimation und Handlungsspielräume sind daher in diesem Bereich wünschenswert.

8. Durch die genaue Definition der Delegationsbefugnisse *ex ante* und deren *Ex post*-Kontrolle ist sicherzugehen, dass Entscheidungen unter großer Ungewissheit, über schwere Schäden an gewichtigen Rechtsgütern und politische Verteilungskonflikte in der Regel durch das Parlament (in der EU: Unionsgesetzgeber, in den USA: Kongress) getroffen werden und nicht an die Exekutive delegiert werden.
9. Parlamentarische Kontrollmechanismen für exekutive Rechtsetzung sind sowohl in der EU als auch in den USA auszubauen bzw. zu verfeinern.
10. Schwach legitimierte Agenturen und Expertengruppen sollten in der EU weiterhin die beratende wissenschaftliche Risikobewertung durchführen und nicht selbst abstrakt-generelle Regeln erlassen.
11. Eine separate wissenschaftliche Risikobewertung sollte zwar in der Regel vorgenommen werden, von dieser Regel sollten jedoch Ausnahmen vorgesehen werden, um nicht im Wege der *paralysis by analysis* den inhaltlichen Handlungsspielraum übermäßig zu beschränken.
12. Wenngleich sowohl in der EU als auch in den USA weitgehende Transparenz und Partizipationsmöglichkeiten etabliert sind, sollten zur Gewährleistung „gleicher Freiheit“ geloste Bürgergremien zum Einsatz kommen, um sonstige Schwächen im institutionellen Gefüge auszugleichen.
13. Der (gerichtlich überprüfbare) inhaltliche Entscheidungsspielraum, sich für oder gegen die Regulierung eines ungewissen Risikos zu entscheiden, ist in EU und USA ähnlich, wenngleich der amerikanische Kongress im Gegensatz zum Unionsgesetzgeber wohl auch hypothetische Risiken regulieren darf. Dieser Unterschied lässt sich erklären und rechtfertigen, kann aber wegen der besonderen Relevanz hypothetischer Risiken im Bereich disruptiver Technologien dennoch hinterfragt werden.

Literaturverzeichnis

- Adam, Barbara/Geissler, Karlheinz A./Held, Martin* (Hrsg.), *Die Nonstop-Gesellschaft und ihr Preis – Vom Zeitmissbrauch zur Zeitkultur*, Stuttgart 1998.
- Alter EU*, *Secrecy and corporate dominance – a study on the composition and transparency of European Commission Expert Groups*, <http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/expertgroupsreport.pdf> (geprüft am 23.05.2017).
- Appel, Ivo*, *Europas Sorge um die Vorsorge – Zur Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips*, NVwZ 2001, S. 395.
- Applegate, John S.*, *The Precautionary Preference – An American Perspective on the Precautionary Principle*, *Human and Ecological Risk Assessment: An International Journal* 6 (2000), S. 413–443.
- Arkes, Hadley*, *The return of George Sutherland – Restoring a jurisprudence of natural rights*, Princeton, N.J. 1997.
- Arndt, Birger*, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, Tübingen 2009.
- Arrow, Kenneth J.*, *A Difficulty in the Concept of Social Welfare* (1950), in: ders. (Hrsg.), *Social Choice and Justice*, Cambridge, Mass. 1983, 1 ff.
- (Hrsg.), *Social Choice and Justice*, Cambridge, Mass. 1983.
- Augustin, Angela*, *Das Volk der Europäischen Union – Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs*, Berlin 2000.
- Axford, Barrie*, *Theories of globalization*, Malden 2013.
- Bahrt, Hans Paul*, *Helmut Schelskys technischer Staat, atomzeitalter* 1961, S. 195–200.
- Bauer, Hartmut/Huber, Peter M./Sommermann, Karl-Peter* (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, Tübingen 2005.
- Bayh, Birch*, *The Electoral College – An Enigma in a Democratic Society*, *Valparaiso University Law Review* 11 (1977), S. 315–334.
- Beck, Ulrich*, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main 1986.
- , *Weltrisikogesellschaft – Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, 3. Aufl., Frankfurt a.M 2015 (2007).
- Beck, Ulrich/Lau, Christoph* (Hrsg.), *Entgrenzung und Entscheidung*, Frankfurt a.M. 2004.
- Berbner, Bastian/Stelzer, Tanja/Uchatius, Wolfgang*, *Zur Wahl steht: Die Demokratie*, *Zeit Online* 02.02.2017.
- Bergkamp, Lucas/Smith, Turner T., Jr.*, *Legal and Administrative Systems – Implications for Precautionary Regulation*, in: Wiener, Jonathan Baert/Rogers, Michael D. u.a. (Hrsg.), *The reality of precaution – Comparing risk regulation in the United States and Europe*, Washington, D.C., London 2011, S. 434–479.
- Bergström, Carl Fredrik/Ritleng, Dominique* (Hrsg.), *Rulemaking by the European Commission – The new system for delegation of powers*, Oxford 2016.
- Biedenkapp, Georg*, *Der Ingenieur und die Politik*, *Der Ingenieur* 1910, S. 30–36.
- Blackstone, William*, *Commentaries on the laws of England*, Oxford 1765.
- Blum, Anna Kathrin*, *Die Ernennung der Richter und Generalanwälte des EuGH im Vergleich ausgewählter Mitgliedstaaten – Wie demokratisch ist die "Richterwahl"?*, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*. Nr. 58, 2010, http://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper58-Blum/Paper58---Die-Ernennung-der-Richter-und-Generalanwaelte-des-EuGH-im-Vergleich-ausgewaehlter-Mitgliedsstaaten_-Wie-demokratisch-ist-die-Richterwahl.pdf (geprüft am 21.06.2018).

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg 2004.
- Bovens, Marcus A.P./Curtin, Deirdre/Hart, Paul 't* (Hrsg.), The real world of EU accountability – What deficit?, Oxford 2010.
- Bradley, Kieran*, Delegation of Powers in the European Union, in: Bergström, Carl Fredrik/Ritleng, Dominique (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission – The new system for delegation of powers, Oxford 2016, S. 55–86.
- Brandeis, Louis D.*, The Living Law, Illinois Law Review 10 (1916), S. 461.
- Breckwoldt, Johannes*, Das Vorsorgeprinzip im Umweltvölkerrecht und im Umweltrecht der Europäischen Union – Ein Überblick, FreiLAW 2009.
- Breger, Marshall J.*, The Quest for Legitimacy in Administrative Law, Israel Law Review Vol. 40 (2007), S. 72–118.
- Brennan, Jason*, Against democracy, Princeton, N.J. 2016.
- Bressmann, Lisa Schultz/Rubin, Edward L./Stack, Kevin M.*, The Regulatory State, New York 2010.
- Bressmann, Lisa Schultz/Vandenbergh, Michael P.*, Inside the Administrative State – A Critical Look at the Practice of Presidential Control, Michigan Law Review 105 (2006–2007), S. 47–99.
- Bundeszentrale für politische Bildung*, Grundzüge der athenischen Demokratie, 06.01.2014, <http://www.bpb.de/175892/grundzuege-der-athenischen-demokratie?p=all> (geprüft am 13.06.2018).
- Burca, Gráinne de*, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, YBEL 13 (1993), S. 105.
- Busek, Erhard/Hummer, Waldemar* (Hrsg.), Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union – Rechtliche, politische und ökonomische Konsequenzen der neuen Verfassung der EU, Wien 2006.
- Busuioc, Elena Madalina*, European Agencies – Pockets of Accountability, in: Bovens, Marcus A.P./Curtin, Deirdre/Hart, Paul 't (Hrsg.), The real world of EU accountability – What deficit?, Oxford 2010, S. 87–116.
- , The Accountability of European Agencies – Legal Provisions and Ongoing Practices, Delft 2010.
- , European Agencies – Law and Practices of Accountability, Oxford 2013.
- Calliess, Christian*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union – Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam, 2. Aufl., Baden-Baden 1999.
- , Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, Tübingen 2001.
- , Gerichtliche Kontrolldichte und institutionelle Begründungspflicht im Europarecht – Ein Kompensationsverhältnis, in: Hender, Reinhard/Ibler, Martin/Martinez, José (Hrsg.), "Für Sicherheit, für Europa" – Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Geburtstag, Göttingen 2005, S. 239–257.
- , Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon – Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht, Tübingen 2010.
- , Der Kampf um den Euro – Eine "Angelegenheit der Europäischen Union" zwischen Regierung, Parlament und Volk, NVwZ 2012, S. 1.

- , Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, 2012, 113 ff.
- , Zukünftige Integrationsschritte - durch oder statt Demokratie?, in: Heinig, Hans Michael/Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoeatismus – Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft, Tübingen 2013, S. 77–104.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta : Kommentar, 5. Aufl., München 2016.
- Cass, Ronald A.*, Massachusetts v. EPA – The Inconvenient Truth About Precedent, Virginia Law Review In Brief 93 (2007), S. 75–84.
- Chemerinsky, Erwin*, Substantive Due Process, Touro Law Review 15 (1999), S. 1501–1534.
- Christiansen, Thomas/Dobbels, Mathias*, Interinstitutional Tensions in the New System for Delegation of Powers, in: Bergström, Carl Fredrik/Ritleng, Dominique (Hrsg.), Rule-making by the European Commission – The new system for delegation of powers, Oxford 2016, S. 87–104.
- Churchill, Winston*, Rede vor dem Unterhaus am 11. November 1947 – Sitzungsprotokoll,
- Cohen, Joshua/Rogers, Joel*, Solidarity, Democracy, Association, in: Streeck, Wolfgang (Hrsg.), Staat und Verbände, 1994, S. 134 ff.
- Collins, Harry/Evans, Robert*, The Third Wave of Science Studies – Studies of Expertise and Experience, Social Studies of Science 32 (2002), S. 235.
- Cox, Archibald*, The court and the Constitution, Boston 1987.
- Craig, Paul P.*, The Role of the European Parliament under the Lisbon Treaty, in: Griller, Stefan/Ziller, Jaques (Hrsg.), The Lisbon Treaty, Wien 2008.
- , EU administrative law, 2. Aufl., Oxford 2012.
- , Comitology, Rulemaking, and the Lisbon Settlement – Tensions and Strains, in: Bergström, Carl Fredrik/Ritleng, Dominique (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission – The new system for delegation of powers, Oxford 2016, S. 173–204.
- Crouch, Colin*, Post-democracy, Cambridge 2004.
- D'Angelo, James/King, David/Ranalli, Brent*, The Transparency Problem(s), 2017, <http://www.congressionalresearch.org/TransparencyProblem.html> (geprüft am 12.07.2018).
- Danwitz, Thomas von*, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin Heidelberg 2008.
- Daskaleros, Takis/Beck, Nancy/Morris, Shane/Giraldez, John*, Regulatory Risk Analysis in the European Union, United States, and Canada, https://ec.europa.eu/health/archive/ph_risk/documents/ev_20081113_co03_en.pdf (geprüft am 28.03.2017).
- Dohnke, Philipp*, Die Legitimität der Europäischen Union, in: Kämmerer, Jörn Axel/Wyrzykowski, Miroslaw (Hrsg.), Verfassungsgebung für Europa, Köln u.a. 2005, 241 ff.
- Dolan, Alissa M./Garvey, Todd*, Congressional Participation in Article III Courts: Standing to Sue, 2014, <https://fas.org/sqp/crs/misc/R42454.pdf> (geprüft am 07.07.2018).
- Eberbach-Born, Birgit/Kropp, Sabine/Stuchlik, Andrej/Zeh, Wolfgang* (Hrsg.), Parlamentarische Kontrolle und Europäische Union, Baden-Baden 2013.
- Dogan, Michael*, The Treaty of Lisbon 2007 – Winning Minds, Not Hearts, CMLR 2008, S. 617.
- Driessen, Bart*, Delegated legislation after the Treaty of Lisbon – An analysis of Article 290 TFEU, ELR 2010, S. 837–848.

- Easterly, William*, The Tyranny of Experts – Economists, Dictators, and the Forgotten Rights of the Poor, Washington 2013.
- Eccleston, Charles H.*, NEPA and environmental planning – Tools, techniques, and approaches for practitioners, Boca Raton, Fla. 2008.
- Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus* (Hrsg.), EUV, AEUV – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union : Kommentar, 6. Aufl., München 2017 (zit. GKK/Bearbeiter).
- Ellul, Jacques*, La technique ou l'enjeu du siècle, Paris 1954.
- Elsner, Henry*, The technocrats – Prophets of automation, New York 1967.
- Ely, John Hart*, Democracy and distrust – A theory of judicial review, Cambridge, Mass. 1980.
- Ely, James W., Jr.*, The Oxymoron Reconsidered – Myth and Reality in the Origins of Substantive Due Process, Constitutional Commentary 16 (1999), S. 315.
- Epstein, Lee/Walker, Thomas G.*, Constitutional law for a changing America, 8. Aufl., Washington, DC 2014.
- Epstein, Richard*, Toward a Revitalization of the Contract Clause, University of Chicago Law Review 51 (1984), S. 703–751.
- Europäische Bewegung Deutschland*, Repräsentative Demokratie – Transparenz durch ordentliche Gesetzgebungsverfahren und bessere Rechtsetzung, <https://www.netzwerk-ebd.de/aktivitaeten/politik-2015-16/repraesentative-demokratie-transparenz-durch-ordentliche-gesetzgebungsverfahren-und-bessere-rechtsetzung/> (geprüft am 11.07.2017).
- Fabricius, Constantin*, Abgeleitete Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon – Überlegungen zu Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten, ZEuS 14 (2011), S. 567–605.
- Farina, Cynthia R.*, Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State, Columbia Law Review 89 (1989), S. 452 ff.
- Feyerabend, Paul*, Wider den Methodenzwang – Skizze einer anarchistischen Erkenntnistheorie, Frankfurt a.M. 1975.
- Fisher, Elisabeth*, Risk Regulation and Administrative Constitutionalism, Oxford and Portland 2007.
- Fisher, Elizabeth/Jones, Judith S./Schomberg, René von* (Hrsg.), Implementing the precautionary principle – Perspectives and prospects, Cheltenham, UK/Northampton, Mass. 2006.
- Fisher, Louis*, Legislative Vetoes After Chadha, RS22132, 2. Mai 2005, <http://www.loufisher.org/docs/lv/4116.pdf> (geprüft am 16.05.2019).
- Fleury, Roland*, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, Köln 1995.
- Forsthoff, Ernst*, Der Staat der Industriegesellschaft – Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München 1971.
- Frankfurter, Felix*, Hours of Labor and Realism in Constitutional Law, Harvard Law Review 29 (1916), S. 353.
- Fredrickson, Leif*, The federal agency that few Americans have heard of and which we all need to know – The Office of Information and Regulatory Affairs wields enormous power and is key to President Trump's deregulatory agenda., The Washington Post 28. September 2017.
- Freund, Ernst*, The Police Power – Public Policy and Constitutional Rights, Chicago, Illinois 1904.

- Freyer, Hans*, Über das Dominantwerden technischer Kategorien in der Lebenswelt der industriellen Gesellschaft, in: Freyer, Hans/Üner, Elfriede (Hrsg.), Herrschaft, Planung und Technik – Aufsätze zur politischen Soziologie, Weinheim 1987, S. 117–129.
- Freyer, Hans/Üner, Elfriede* (Hrsg.), Herrschaft, Planung und Technik – Aufsätze zur politischen Soziologie, Weinheim 1987.
- Gaitzsch, Paul*, Tertiärnormsetzung in der Europäischen Union – Eine Untersuchung der Normsetzungsbefugnisse der Europäischen Kommission nach Art. 290 und Art. 291 Abs. 2 - 4 AEUV, Hamburg 2015.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen, AöR 135, S. 251.
- Gehlen, Arnold* (Hrsg.), Die Seele im technischen Zeitalter – Sozialpsychologische Probleme in der industriellen Gesellschaft, Hamburg 1957.
- Germann, Matthias*, Das Vorsorgeprinzip als vorverlagerte Gefahrenabwehr – Eine rechtsvergleichende Studie zur Reinhaltung der Luft, Wien 1993.
- Gillman, Howard*, The Constitution Besieged – The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence, Durham 2004.
- Glicksman, Robert L./Levy, Richard E.*, Administrative Law – Agency Action in Legal Context 2010.
- Gollier, Christian/Treich, Nicolas*, Decision-Making Under Scientific Uncertainty – The Economics of the Precautionary Principle, Journal of Risk and Uncertainty 27 (2003), S. 77–103.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 60. Aufl., München 2016 (zit. Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU/Bearbeiter).
- Grande, Edgar*, Vom Nationalstaat zum transnationalen Politikregime – Staatliche Steuerungsfähigkeit im Zeitalter der Globalisierung, in: Beck, Ulrich/Lau, Christoph (Hrsg.), Entgrenzung und Entscheidung, Frankfurt a.M. 2004, S. 384–401.
- Greene, Abner S.*, Checks and Balances in an Era of Presidential Lawmaking, University of Chicago Law Review 61 (1994), S. 123.
- Griller, Stefan/Ziller, Jaques* (Hrsg.), The Lisbon Treaty, Wien 2008.
- Grimm, Dieter*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991.
- (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994.
- , The Protective Function of the State, in: Nolte, Georg (Hrsg.), European and US Constitutionalism, Cambridge, United Kingdom 2005, S. 137–155.
- , Europa ja - aber welches? – Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016.
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. GSH, EU-Recht/Bearbeiter).
- Groß, Thomas*, Unabhängige EU-Agenturen – Eine Gefahr für die Demokratie?, JZ 67 (2012), S. 1087–1093.
- Gründinger, Wolfgang*, Drivers of energy transition – How interest groups influenced energy politics in Germany, Wiesbaden 2017.
- Guckelberger, Annette*, Die Europäische Bürgerinitiative, DÖV 2010, 745 ff.
- Gurlit, Elke*, Die Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht – Ein Rechtsvergleich Bundesrepublik Deutschland--USA, Düsseldorf 1989.

- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992.
- , *Between Facts and Norms – Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge 1998.
- Hall, Daniel*, *Administrative law – Bureaucracy in a democracy*, 3. Aufl., Upper Saddle River, N.J. 2006.
- Hall, Kermit L./Ely, James W./Grossman, Joel B.* (Hrsg.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. Aufl., New York 2005.
- Harsanyi, John C.*, Cardinal Welfare, Individualistic Ethics and Interpersonal Comparisons of Utility, *Journal of Political Economy* 63 (1955), S. 309–321.
- Heinig, Hans Michael/Terhechte, Jörg Philipp* (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus – Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2013.
- Heinzerling, Lisa*, Inside EPA – A Former Insider's Reflections on the Relationship Between the Obama EPA and the Obama White House, *Pace Environmental Law Review* 31 (2014), S. 325–369.
- Hendler, Reinhard/Ibler, Martin/Martinez, José* (Hrsg.), "Für Sicherheit, für Europa" – Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Geburtstag, Göttingen 2005.
- Hensel, Andreas*, Zwischen Wissen und Metaphysik – Wo steht das Vorsorgeprinzip im Streit um die Risikobewertung des Pflanzenschutzmittelwirkstoffs Glyphosat?, *ZLR* 2016, S. 447–450.
- Hirst, Paul*, *Associative Democracy – New Forms of Economic and Social Governance*, Amherst, M.A. 1994.
- (Hrsg.), *Special issue on associative democracy – The real third way*, London 2001.
- Hirst, Paul Q.*, *From statism to pluralism – Democracy, civil society and global politics*, London 2003.
- Holmes, Oliver Wendell/Posner, Richard A.*, *The essential Holmes – Selections from the letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Chicago, Illinois 1992.
- Huber, Peter M.*, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, Baden-Baden 2014.
- Hume, David*, *Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand*, Stuttgart 1967 (1748).
- Hummer, Waldemar*, "Etatisierung" der Union durch die neue Verfassung?, in: Busek, Erhard/Hummer, Waldemar (Hrsg.), *Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union – Rechtliche, politische und ökonomische Konsequenzen der neuen Verfassung der EU*, Wien 2006, S. 19–52.
- Isensee, Josef*, Die Rationalität des Staates und die Irrationalität des Menschen. Prämissen der Demokratie, *Archiv des öffentlichen Rechts* 140 (2015), S. 169–197.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Heidelberg 2004.
- Jackson, Jeffrey D.*, Putting Rationality Back Into The Rational Basis Test – Saving Substantive Due Process And Redeeming The Promise Of The Ninth Amendment, *University of Richmond Law Review* 45 (2011), S. 491–548.
- Jasanoff, Sheila*, *Science at the bar – Law, science and technology in American law*, Cambridge, Mass. 1997.
- , *States of Knowledge – The Co-Production of Science and Social Order*, London 2004.

- Joerges, Christian/Neyer, Jürgen*, From intergovernmental bargaining to deliberative political processes – The constitutionalisation of comitology, *European Law Journal* 3 (1997), S. 273.
- Kaldor, Nicholas*, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, *Economic Journal* 49 (1939), S. 549–552.
- Kämmerer, Jörn Axel/Wyrzykowski, Mirosław* (Hrsg.), *Verfassungsgebung für Europa*, Köln u.a. 2005.
- Kant, Immanuel*, *Kritik der reinen Vernunft*, Hamburg 1998 (1781).
- Keading, Michael/Hardcare, Alan*, The European Parliament and the Future of Comitology after Lisbon, *European Law Journal* 2013, 382 ff.
- Kersten, Jens*, Schwarmdemokratie, *JuS* 2014, 673 ff.
- King, David*, The Legislative Reorganization Act of 1970 and other 1970s Sunshine Reforms – The unheralded laws and rules changes that thrust transparency on Congress and opened the floodgates for lobbyists in Washington DC., 2014, <http://www.congression-alresearch.org/LRA.html> (geprüft am 06.07.2018).
- Kleider, Christine*, *Rechtsschutz in der Komitologie – Ein Beitrag zur demokratischen Legitimität des Komitologieverfahrens*, Berlin 2015.
- Koch, Charles H.*, *Administrative law and practice*, 3. Aufl., St. Paul, Minn. 2010.
- Koch, Oliver*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin 2003.
- Kogon, Eugen*, *Demokratischer Staat und moderne Technik, atomzeitalter* 1961, S. 147–151.
- König, Doris*, § 2 Gesetzgebungsverfahren, in: Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred u.a. (Hrsg.), *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 3. Aufl., Baden-Baden 2015.
- Kornwachs, Klaus* (Hrsg.), *Offenheit – Zeitlichkeit – Komplexität – Zur Theorie der Offenen Systeme*, Frankfurt/New York 1984.
- Krauch, Helmut*, *Wider den technischen Staat, atomzeitalter* 1961, S. 201–203.
- Kröll, Thomas*, Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union, *ZÖR* 66 (2011), S. 253.
- Kurland, Philip B.*, Delegation of Powers, in: Hall, Kermit L./Ely, James W./Grossman, Joel B. (Hrsg.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. Aufl., New York 2005, S. 257–258.
- Lange, Friederike Valerie*, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers – Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA*, Tübingen 2010.
- Lassahn, Philipp*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz – Überlegungen zu Anliegen und Reichweite eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes*, Tübingen 2017.
- Lawson, Gary*, The Rise and Rise of the Administrative State, *Harvard Law Review* 107 (1994), S. 1231.
- Leeuw, Magdalena Elisabeth de*, Openness in the legislative process in the European Union, *ELRev* 2007, S. 295–318.
- Leuchtenburg, William Edward*, *The Supreme Court reborn – The constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York 1996.
- Levi-Faur, David* (Hrsg.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, UK/Northampton, Mass. 2011.
- Lubbers, Jeffrey S.*, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 5. Aufl. 2012.
- Lübbe-Wolf, Gertrude*, IVU-Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip, *NVwZ* 1998, S. 777.

- Macagnone, Michael*, House Passes Bill Ending Chevron Deference, Law360.com 11.01.2017.
- Madison, James*, The Utility of the Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection, The Federalist 1787.
- Mai, Manfred*, Der neue Technikpopulismus – Technokratie oder Demokratie?, Blätter für deutsche und internationale Politik 52 (2007), S. 1132–1142.
- Majone, Giandomenico*, Political Institutions and the Principle of Precaution, in: Wiener, Jonathan Baert/Rogers, Michael D. u.a. (Hrsg.), The reality of precaution – Comparing risk regulation in the United States and Europe, Washington, D.C., London 2011, S. 411–433.
- Martínez Soria, José*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten und Verfassungsverbund – Die Methode der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht. Nr. 48, 2006, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper48-Martinez-Soria/Paper48---Die-Bedeutung-der-Verfassungs-Rechtsvergleichung-fuer-den-europaeischen-Staaten--und-Verfassungsverbund---Die-Methode-der-Rechtsvergleichung-im-Oeffentlichen-Recht.pdf (geprüft am 29.05.2019).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, München 2013.
- McGarity, Thomas O.*, The Quietly Passed Regulatory Accountability Act Threatens Health and Safety, 2017, <https://news.utexas.edu/2017/02/03/regulatory-accountability-act-threatens-health-and-safety> (geprüft am 20.03.2017).
- McGarity, Thomas O. et. al.*, Truth and Science Betrayed – The Case Against the Information Quality Act, 2005, <http://www.progressivereform.org/articles/iqa.pdf> (geprüft am 22.03.2017).
- Miller, Geoffrey*, The True Story of Carolene Products, Supreme Court Review 1987, S. 397.
- Mitnick, Barry M.*, Capturing "capture" – definitions and mechanisms, in: Levi-Faur, David (Hrsg.), Handbook on the Politics of Regulation, Cheltenham, UK, Northampton, Mass. 2011, 34 ff.
- Möllers, Christoph*, Die drei Gewalten – Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008.
- , Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Aufl., Berlin 2012.
- Möllers, Christoph/Achenbach, Jelena von*, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, EuR 2011, S. 39–61.
- National Research Council (US), Committee on the Institutional Means for Assessment of Risks to Public Health*, Risk Assessment in the Federal Government – Managing the Process, Washington 1983.
- Nettesheim, Martin*, Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratie – Wechselwirkungen bei der Herausbildung eines europäischen Demokratieprinzips, in: Bauer, Hartmut/Huber, Peter M./Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.), Demokratie in Europa, Tübingen 2005, S. 143–189.
- Niederberger, Andreas*, Demokratie unter Bedingungen der Weltgesellschaft? – Normative Grundlagen legitimer Herrschaft in einer globalen politischen Ordnung, Berlin 2009.
- Nolte, Georg* (Hrsg.), European and US Constitutionalism, Cambridge, United Kingdom 2005.
- Ollinger, Gustav*, Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht – Zur unionsgerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen der EU-Beihilfesaufsicht 2019 (im Erscheinen).
- O’Riordan, Timothy*, Interpreting the precautionary principle, London 2009.

- Pache, Eckhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, S. 1033.
- Pache, Eckhard/Rösch, Franziska*, Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, S. 473–480.
- Pak, Margaret*, An IQ Test for Federal Agencies? – Judicial Review of the Information Quality Act under the APA, Washington Law Review 80 (2005), S. 731–756.
- Pechstein, Matthias* (Hrsg.), Integrationsverantwortung, Baden-Baden 2012.
- Peel, Jacqueline*, The precautionary principle in practice – Environmental decision-making and scientific uncertainty, Annandale 2005.
- Phillips, Michael J.*, The Lochner court, myth and reality – Substantive due process from the 1890s to the 1930s, Westport, Conn 2001.
- Pierce, Richard J.*, The Due Process Counterrevolution of the 1990s?, Columbia Law Review 1996, S. 1973–1999.
- , Political Control Versus Impermissible Bias in Agency Decisionmaking – Lessons from Chevron and Mistretta, University of Chicago Law Review 57 (1990), S. 481.
- Pilniok, Arne*, Struktur, Funktionen und Probleme der Expertengruppen der Europäischen Kommission – Legitime Expertise oder unzulässige Einflussnahme?, EuR 2014, S. 62–85.
- Pilniok, Arne/Westermann, Eike*, Strukturwandel im Verwaltungsverbund? – Eine Analyse des neuen Rechtsrahmens der unionalen Komitologieausschüsse, Verwaltungsarchiv 2012, 379 ff.
- Plato*, Der Staat – (Politeia), Paderborn 2006.
- Polanyi, Karl*, The great transformation – Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen, 13. Aufl., [Frankfurt am Main] 2017 (1944).
- Pollak, Christiana*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Baden-Baden 1991.
- Ponzano, Paolo*, The Reform of Comitology and Delegated Acts, in: Bergström, Carl Fredrik/Ritleng, Dominique (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission – The new system for delegation of powers, Oxford 2016, S. 37–54.
- Popper, Karl R.*, Logik der Forschung, Tübingen 1971.
- Priebe, Reinhard*, Agenturen der Europäischen Union – Europäische Verwaltung durch eigenständige Behörden, EuZW 2015, S. 268.
- Pünder, Herrmann*, Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on the American, British and German Law, The International and Comparative Law Quarterly 58 (2009), S. 353–378.
- Raul, Alan Charles/Dwyer, Julie Zampa*, Regulatory Daubert – A Proposal to Enhance Judicial Review of Agency Science by Incorporating Daubert Principles into Administrative Law, Law and Contemporary Problems 66. (2003), S. 7–44.
- Raven-Hansen, Peter*, Making Agencies Follow Orders – Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291, Duke Law Journal 1983, S. 285–353.
- Rehbinder, Manfred*, Die Informationspflicht der Behörden im Recht der Vereinigten Staaten, Berlin 1970.
- Reybrouck, David van*, Gegen Wahlen – Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, Göttingen 2016.
- Rickert, Gottfried*, Technokratie und Demokratie – Zum Technokratieproblem in der Staatstheorie einschließlich des Europarechts, Frankfurt am Main 1983.
- Rieppel, Anton von*, Ingenieur und öffentliches Leben, VDI-Zeitschrift 1917, S. 987–992.

- Ritleng, Dominique*, The dividing line between delegated and implementing acts – The Court of Justice sidesteps the difficulty in *Commission v. Parliament and Council (Biocides)*, *Common Market Law Review* 52 (2015), S. 243–258.
- Rodgers, William H., JR.*, A Hard Look at Vermont Yankee – Environmental Law under Close Scrutiny, *Georgetown Law Journal* 67 (1979), S. 706.
- Ruffert, Matthias*, Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung im Europäischen Rechtsraum, in: Schumann, Eva (Hrsg.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum – 17. Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*, Berlin/Boston 2015, S. 97–117.
- Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Vorsorgestrategien für Nanomaterialien – Sondergutachten, 2011, https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2008_2012/2011_09_SG_Vorsorgestrategien_fuer_Nanomaterialien.pdf?__blob=publicationFile&v=13 (geprüft am 27.05.2019).
- Sadeleer, Nicolas de*, The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law, *European Law Journal* 12 (2006), S. 139.
- (Hrsg.), *Implementing the precautionary principle – Approaches from the Nordic countries, EU and USA*, London/Sterling, VA 2007.
- , The Precautionary Principle in European Community Health and Environmental Law – Sword or Shield for the Nordic Countries?, in: ders. (Hrsg.), *Implementing the precautionary principle – Approaches from the Nordic countries, EU and USA*, London, Sterling, VA 2007, S. 10–58.
- Schäfer, Armin*, Die demokratische Grenze output-orientierter Legitimation, *Integration* 29 (2006), S. 187–200.
- Scharf, Daniel*, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Halle/Saale 2010.
- Scharpf, Fritz*, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz 1970.
- , *Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch*, Frankfurt a.M. 1999.
- , *Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats*, MPIfG Working Paper 2004.
- Schelsky, Helmut*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, Wiesbaden 1961.
- Schlacke, Sabine*, Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon – Die (neue) Bedeutung des Ausschusswesens für delegierte und Durchführungs-Rechtssetzung, *JöR* 2013, 293 ff.
- Schliesky, Utz*, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt – Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem*, Tübingen 2004.
- Schmidt-Aßmann, Eberhardt*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen wissenschaftlicher Politikberatung, in: Weingart, Peter/Lentsch, Justus/Ash, Mitchell G. (Hrsg.), *Wissen – Beraten – Entscheiden – Form und Funktion wissenschaftlicher Politikberatung in Deutschland*, 2. Aufl., Weilerswist 2015, S. 211 ff.
- Schneider, Jens-Peter*, A Common Framework for decentralized EU Agencies and the Meroni Doctrine, *ALR* 61 (2009), S. 29–44.
- Schorkopf, Frank*, Zukünftige europäische Integrationsschritte - durch oder statt Demokratie?, in: Heinig, Hans Michael/Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus – Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2013, S. 61–76.
- Schroeder, Werner/Kostenzer, Eva-Maria*, Wissenschaftsbasierte Regulierung im EU-Produktrecht, *EuR* 2013, S. 389–409.
- Schüle, Johann August/Reitze, Simon*, *Wissenschaftstheorie für Einsteiger*, 3. Aufl., Wien/Stuttgart 2012.

- Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan/Beljin, Saša* (Hrsg.), *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 3. Aufl., Baden-Baden 2015.
- Schumann, Eva* (Hrsg.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum – 17. Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*, Berlin/Boston 2015.
- Schütze, Robert*, 'Delegated' Legislation in the (new) European Union – A Constitutional Analysis, *Modern Law Review* 74 (2011), S. 661–816.
- Schwarze, Jürgen*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005.
- , *Soft Law im Recht der Europäischen Union*, *EuR* 2011, S. 3–19.
- Seidenfeld, Mark*, A Syncopated Chevron – Emphasizing Reasoned Decisionmaking in Reviewing Agency Interpretations of Statutes, *Texas Law Review* 73 (1994), S. 83.
- Senft, Gerhard*, Aufstieg und Niedergang der Technokratie, *Zeitschrift für Sozialökonomie* 40 (2003), S. 3–19.
- Senghaas, Dieter*, Sachzwang und Herrschaft, *atomzeitalter* 1966, S. 366–370.
- Starck, Christian*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, *JZ* 1997, S. 1021–1030.
- Starr, Kenneth W.*, Judicial Review in the Post-Chevron Era, *Yale Journal on Regulation* 3 (1986), S. 283.
- Steeg, Marianne van de*, The European Council's Evolving Political Accountability, in: Bovens, Marcus A.P./Curtin, Deirdre/Hart, Paul 't (Hrsg.), *The real world of EU accountability – What deficit?*, Oxford 2010, S. 117–149.
- Steiger, Dominik*, A Constitutional Theory of Imperative Participation – Delegated Rulemaking, Citizens' Participation and the Separation of Powers Doctrine, *Albany Law Review* 79 (2015/2016), S. 1–66.
- Stoner, James Reist*, *Common-law liberty – Rethinking american constitutionalism*, Lawrence, Kan. 2003.
- Streckert, Oliver*, *Verwaltungsinterner Unionsrechtsschutz – Kohärenter Rechtsschutz durch Einführung eines Widerspruchskammermodells für die Europäische kommission*, Tübingen, Germany 2016.
- Streeck, Wolfgang* (Hrsg.), *Staat und Verbände* 1994.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), *EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, 2. Aufl., München/München 2012.
- Sullivan, E. Thomas/Massaro, Toni M.*, *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, Oxford 2013.
- Sullivan, Kathleen M./Gunther, Gerald*, *Constitutional law*, 16. Aufl., New York, NY 2008.
- Sunstein, Cass*, Naked Preferences and the Constitution, *Columbia Law Review* 84 (1984), S. 1689–1732.
- , *Law and Administration After Chevron*, *Columbia Law Review* 90 (1990), S. 2071.
- , *Nondelegation Canons*, *University of Chicago Law Review* 67 (2000), S. 315.
- , *Risk and Reason – Safety, Law and the Environment*, Cambridge, Mass. 2002.
- , *Laws of Fear – Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge 2005.
- , *Simpler – The Future of Government*, New York 2013.
- , *The Office of Information and Regulatory Affairs – Myths and Realities*, *Harvard Law Review* 2013, S. 1838.
- , *Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review*, 2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2752068 (geprüft am 28.03.2017).

- , *The Most Knowledgeable Branch*, *University of Pennsylvania Law Review* 164 (2016), 1607 ff.
- Szczekalla, Peter*, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht – Inhalt und Reichweite einer "gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion"*, Berlin 2002.
- Trstenjak, Verica/Beysen, Erwin*, *Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung*, *EuR* 2012, S. 265–285.
- Ullner, Rowina*, *"Stop big business drafting our laws" – Am Beispiel der Entstehungsgeschichte der Securities Law Directive*, *EuR* 2014, S. 346–365.
- Weblen, Thorsten*, *The engineers and the price system*, New York 1919.
- Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung* 2012.
- Vetter, Rainer*, *Die Kompetenzen der Gemeinschaft zur Gründung von unabhängigen europäischen Agenturen*, *DÖV* 2005, 721 ff.
- Vogel, David*, *The politics of precaution – Regulating health, safety, and environmental risks in Europe and the United States*, Princeton 2012.
- Wannier, Greg*, *Questioning the Constitutionality of the REINS Act – Bill Seeks to Restructure Federal Rulemaking Process*, 2011, <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2011/02/14/questioning-the-constitutionality-of-the-reins-act-proposed-bill-seeks-to-restructure-the-federal-rulemaking-process/> (geprüft am 20.03.2017).
- Wasserman, Rhonda*, *Procedural due process – A reference guide to the United States Constitution*, Westport, Conn 2004.
- Wehner, Christoph Julian*, *Grenzen der Versicherbarkeit – Grenzen der Risikogesellschaft – Atomgefahr, Sicherheitsproduktion und Versicherungsexpertise in der Bundesrepublik und den USA*, *Archiv für Sozialgeschichte* 52 (2012), 581 ff.
- Weingart, Peter/Lentsch, Justus/Ash, Mitchell G.* (Hrsg.), *Wissen – Beraten – Entscheiden – Form und Funktion wissenschaftlicher Politikberatung in Deutschland*, 2. Aufl., Weilerswist 2015.
- Weizsäcker, Christine von*, *Mißachtung der Zeitskalen*, in: Adam, Barbara/Geissler, Karlheinz A./Held, Martin (Hrsg.), *Die Nonstop-Gesellschaft und ihr Preis – Vom Zeitmissbrauch zur Zeitkultur*, Stuttgart 1998, S. 171–184.
- Weizsäcker, Christine von/Weizsäcker, Ernst Ulrich von*, *Fehlerfreundlichkeit*, in: Kornwachs, Klaus (Hrsg.), *Offenheit – Zeitlichkeit – Komplexität – Zur Theorie der Offenen Systeme*, Frankfurt/New York 1984, S. 167–201.
- Werhan, Keith*, *Principles of Administrative Law*, 2. Aufl., St. Paul, Minn. 2014.
- West, William F.*, *Formal Procedures, Informal Processes, Accountability, and Responsiveness in Bureaucratic Policy Making – An Institutional Policy Analysis*, *Public Administration Review* 64 (2004), S. 66.
- White, G. Edward*, *The Rise and Fall of Justice Holmes*, *University of Chicago Law Review* 39 (1971), S. 51.
- Wiener, Jonathan Baert/Rogers, Michael D./Hammit, James K./Sand, Peter H.* (Hrsg.), *The reality of precaution – Comparing risk regulation in the United States and Europe*, Washington, D.C./London 2011.
- Wille, Anchrit*, *The European Commission's Accountability Paradox*, in: Bovens, Marcus A.P./Curtin, Deirdre/Hart, Paul 't (Hrsg.), *The real world of EU accountability – What deficit?*, Oxford 2010, S. 63–86.
- Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, *Das Innovationsprinzip* 2016.

Wittinger, Michaela, Europäische Satelliten – Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR 2008, S. 609–626.

Wittkowski, Wolfgang (Hrsg.), Demetrius, Stuttgart 2005.

World Economic Forum, The Global Risks Report 2018, 2018, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GRR18_Report.pdf (geprüft am 19.06.2018).

Zander, Joakim, The application of the precautionary principle in practice – Comparative dimensions, Cambridge, New York 2010.

Rechtsprechungsverzeichnis

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Jahr	Titel	Aktenzeichen	Fundstelle
1972	Facharzt – Wesentlichkeitstheorie	1 BvR 308/64	BVerfGE 33, 125
1990	Wahlrecht für Ausländer	2 BvF 3/89	BVerfGE 83, 60
1994	Gleichstellungsbeauftragte	2 BvR 445/91	BVerfGE 91, 228
2009	Lissabon	2 BvE 2/08	BVerfGE 123, 267
2011	5% Klausel Europawahl	2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10	BVerfGE 129, 300
2011	Griechenland-Hilfe und Euro-Rettungsschirm EFSF	2 BvR 987/10	BVerfGE 129, 124 ff.
2012	Beteiligungsrechte des Bundestages/EFSF	2 BvE 8/11	BVerfGE 130, 318 ff.
2016	OMT-Programm der EZB	2 BvR 2728/13 u.a.	BVerfGE 142, 123

Entscheidungen des Gerichts der Europäischen Union (ehemals Gericht Erster Instanz)

Jahr	Titel	Aktenzeichen	Fundstelle
1998	British Airways u.a./Kommission	verb. Rs. T-371/94 u. T 394/94	Slg. 1998, II-2405
1999	Interporc II/Kommission	Rs. T-92/98	Slg. 1999, II-3521
1999	Meyer/Kommission	Rs. T-106/99	Slg. 1999, II-3273
1999	Rothmans / Kommission	Rs. T-188/97	Slg. 1999, II-02463
2001	British American Tobacco International/Kommission	Rs. T-111/00	Slg. 2001, II-02997
2001	Martinez u.a. / Parlament	verb. Rs. T-222/99, T-327/99 und T-329/99	Slg. 2001, II-02823
2002	Alapharma/Rat	Rs. T-70/99	Slg. 2002, II-3495
2002	Artegodan GmbH/Kommission	Rs. T-74/00	Slg. 2002, II-4965
2002	Pfizer Animal Health/Rat	Rs. T-13/99	Slg. 2002, II-03305
2003	Solvay Pharmaceuticals	Rs. T-392/02	Slg. 2003, II-4555
2004	IFAW/Kommission	Rs. T-168/02	Slg. 2004, II-4135
2004	Malagutti-Vezinhet/Kommission	Rs. T-177/02	Slg. 2004, II-827
2007	Bavarian Lager/Kommission	Rs. T-194/04	Slg. 2007, II-4523
2007	Schweden/Kommission (Paraquat)	Rs. T-229/04	Slg. 2007, II-02437
2007	WWF/Rat	Rs. T-264/04	Slg. 2007, II-911
2008	Sogelma/EAR	Rs. T-411/06	Slg. 2008, II-2771
2009	Borax	Rs. T-121/05	Slg. 2009, II-27
2013	Polen/Kommission	Rs. T-370/11	ECLI:EU:T:2013:113

Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

Jahr	Titel	Aktenzeichen	Fundstelle
1958	Meroni I	Rs. 9/56	Slg. 1958, 1
1958	Meroni II	Rs. 10/56	Slg. 1958, 51
1960	Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft	Rs. 36/59	Slg. 1960, 885
1963	Van Gend & Loos	Rs. 26/62	Slg. 1963, 1
1967	Van der Vecht	Rs. 19/67	Slg. 1967, 461
1970	Internationale Handelsgesellschaft	Rs. 11/70	Slg. 1970, 1125
1975	Rey Soda	Rs. 23/75	Slg. 1975, 1279
1977	Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt	Gutachten 1/76	Slg. 1977, 741
1979	Racke	Rs. C-98/78	Slg. 1979, 69
1980	Roquettes Freres/Rat	Rs. 138/79	Slg. 1980, 3333

1981	Ludwigshafener Walzmühle/Rat und Kommission	Rs. 197/80 bis 200/80, 234/80, 245/80 und 247/80	Slg. 1981, 3211
1981	Romano/INAMI	Rs. 98/80	Slg. 1981, 1241
1986	Usinor	Rs. 185/85	Slg. 1986, 2079
1987	BAT	Rs. 142/84	Slg. 1987, 4487
1989	Schräder	Rs. 265/87	Slg. 1989, 2237
1989	Vreugdenhil	Rs. 22/88	Slg. 1989, 2049
1989	Wachauf	Rs. C-5/88	Slg. 1989, 2609
1990	Fedesa u.a.	Rs. C-331/88	Slg. 1990, I-4023
1991	Titandioxid	Rs. C-300/89	Slg. 1991, I-2867
1992	Deutschland/Kommission	Rs. C-240/90	Slg. 1992, I-5383
1994	Deutschland/Rat	Rs. C-280/93	Slg. 1994, I-4973
1994	van der Veldt	Rs. C-17/93	ECLI:EU:C:1994:299
1996	Vereinigtes Königreich/Rat	Rs. C-84/94	Slg. 1996, I-5755
1997	Affish	Rs. C-183/95	Slg. 1997, I-04315
1997	Bakers of Nailsea	Rs. C-27/95	Slg. 1997, I-1847
1997	SAM Schifffahrt & Stapf	verb. Rs. C-248/95 und C-249/95	ECLI:EU:C:1997:377
1997	Woodcock District Council/Bakers of Nailsea	Rs. C-27/95	Slg. 1997, I-1847
1998	National Farmers' Union	Rs. C-158/96	Slg. 1998, I-2211
1998	Northern Ireland Fish Producers' Association and Northern Ireland Fishermen's Federation/Department of Agriculture for Northern Ireland	Rs. C-4/96	Slg. 1998, I-681
1998	Vereinigtes Königreich/Kommission (BSE)	Rs. C-180/96	Slg. 1998, I-2265
1999	Upjohn	Rs. C-120/97	Slg. 1999, I-223
2000	Molkereigenossenschaft	Rs. C-356/97	Slg. 2000, I-5461
2001	Spanien/Rat	Rs. C-36/98	Slg. 2001, I-779
2002	Omega Air u.a.	verb. Rs. C-27/00 und 122/00	Slg. 2002, I-2569
2003	Kik/HABM	Rs. C-361/01 P	Slg. 2003, I-8283
2003	Kommission/Dänemark	Rs. C-192/01	Slg. 2003, I-9693
2003	Monsanto	Rs. C-236/01	Slg. 2003, I-08105
2003	Océ van der Grinten NV/Kommission	Rs. C-58/01	Slg. 2003, I-9809
2004	Greenham und Abel	Rs. C.95/01	Slg. 2004, I-01333
2004	Kommission/Frankreich	Rs. C-24/00	Slg. 2004, I-1277
2005	Alliance for Natural Health u.a.	verb. Rs. C-154/04 u. C-155/04	Slg. 2005, I-6451
2005	Tralli/EZB	Rs. C-301/02 P	Slg. 2005, I-4071
2006	Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat	Rs. C-217/04	Slg. 2006, I-3771
2007	Kommission/Belgien	Rs. C-254/05	ECLI:EU:C:2007:319
2007	Kommission/Deutschland	Rs. C-319/05	ECLI:EU:C:2007:678
2007	Kommission/Rat	Rs. C-440/05	Slg. 2007, I-9097
2007	Parlament/Kommission	Rs. C-403/05	Slg. 2007, I-9045
2007	Schweden/Kommission, IFAW	Rs. C-64/05 P	Slg. 2007, I-11389
2009	Azienda Agricola Disarò Antonio/Cooperativa Milka	Rs. C-34/08	ECLI:EU:C:2009:304
2009	Bavaria/Bayerischer Brauerbund e.V.	Rs. C-343/07	ECLI:EU:C:2009:415
2009	Kommission/Irland u.a.	Rs. 89/08 P	Slg. 2009, I-11245
2009	Kommission/Parlament und Rat	Rs. C-411/06	Slg. 2009, I-7585
2010	Gowan Comércio	Rs. C-77/09	Slg. 2010, I-13533
2010	Kommission/Bavarian Lager	Rs. C-28/08 P	Slg. 2010, I-06055
2010	Kommission/Frankreich	Rs. C-333/08	Slg. 2010, I-00757
2010	Vodafone u.a.	Rs. C-58/08	Slg. 2010, I-04999
2011	Etimine	Rs. C-15/10	ECLI:EU:C:2011:504
2011	Luxemburg/Parlament und Rat	Rs. C-176/09	ECLI:EU:C:2011:290
2012	ANETT	Rs. C-456/10	ECLI:EU:C:2012:241
2012	Parlament/Rat	Rs. C-130/10	ECLI:EU:C:2012:472

2012	Parlament/Rat	Rs. C-355/10	ECLI:EU:C:2012:516
2012	Polen/Kommission	Rs. C-335/09 P	ECLI:EU:C:2012:385
2013	Kommission/Rat	Rs. C-63/12	ECLI:EU:C:2013:752
2014	Acino	Rs. C-269/13 P	ECLI:EU:C:2014:255
2014	Kommission/Parlament und Rat	Rs. C-43/12	ECLI:EU:C:2014:298
2014	Kommission/Parlament und Rat (Biocides)	Rs. C-427/12	ECLI:EU:C:2014:170
2014	Parlament/Kommission	Rs. C-65/13	ECLI:EU:C:2014:2289
2014	Strack/Kommission	Rs. C-127/13 P	ECLI:EU:C:2014:2250
2014	Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat (ESMA)	Rs. C-270/12	ECLI:EU:C:2014:18
2015	Kommission/Parlament und Rat	Rs. C-88/14	ECLI:EU:C:2015:499
2015	Neptune Distribution SNC	Rs. C-157/14	ECLI:EU:C:2015:823
2015	Parlament/Rat	Rs. C-48/14	ECLI:EU:C:2015:91
2015	Parlament/Rat	Rs. C-363/14	ECLI:EU:C:2015:579
2016	Kommission/Stichting Greenpeace Nederland	Rs. C-673/13 P	ECLI:EU:C:2016:889
2016	Pesce	verb. Rs. C-78/16 und C-79/16	ECLI:EU:C:2016:428
2016	Polen/Parlament und Rat	Rs. C-358/14	ECLI:EU:C:2016:323
2017	Dextro Energy/Kommission	Rs. C-296/16 P	ECLI:EU:C:2017:437

Schlussanträge der Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof

Jahr	Generalanwalt	Titel	Aktenzeichen	Fundstelle
2005	GA Léger	Schlussanträge zu EuGH, Rica Foods	Rs. C-40/03 P	ECLI:EU:C:2005:93
2013	GA Jääskinen	Schlussanträge zu EuGH, UK/Parlament und Rat	Rs. C-270/12	ECLI:EU:C:2013:562
2014	GA Cruz Villalon	Schlussanträge zu EuGH, Parlament/Rat	Rs. C-65/13	ECLI:EU:C:2014:2071
2015	GA Kokott	Schlussanträge zu EuGH, Polen/Parlament und Rat	Rs. C-358/14	ECLI:EU:C:2015:848
2016	GA Bot	Schlussanträge zu EuGH, Pesce u.a.	verb. Rs. C-78/16 und C-79/16	ECLI:EU:C:2016:340
2016	GA Bobek	Schlussanträge zu EuGH, Lidl GmbH & Co. KG/Freistaat Sachsen	Rs. C-134/15	ECLI:EU:C:2016:169
2016	GA Szpunar	Schlussanträge zu EuGH, Deutsche Parkinson Vereinigung	Rs. C-148/15	ECLI:EU:C:2016:394

Entscheidungen U.S.-amerikanischer District Courts (Amts- bzw. Landgerichte)

Jahr	Gericht	Titel	Aktenzeichen
1997	U.S. District Court for the District of Columbia	Defenders of Wildlife v. Babbitt	958 F.Supp. 670
1998	U.S. District Court for the Southern District of Texas	Stewart v. Potts	996 F.Supp. 688
2010	U.S. District Court for the Eastern District of California	Family Farm Alliance v. Salazar	749 F.Supp.2d 1083
2012	U.S. District Court for the Western District of Wisconsin	Wisconsin Resources Protection Council, Center for Biological Diversity v. Flambeau Mining Company	903 F.Supp.2d 690
2016	U.S. District Court for the Southern District of Indiana	Boucher v. United States Department of Agriculture	149 F.Supp.3d 1045

Entscheidungen U.S.-amerikanischer Court of Appeals (Berufungsgerichte)

Jahr	Gericht	Titel	Aktenzeichen
1968	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd	407 F.2d 330
1973	U.S. Court of Appeals for the 8th Circuit	The Dow Chemical Company v. William D. Ruckelshaus	477 F.2d 1317
1973	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Mobil Oil Corp. v. FPC	483 F.2d 1238

1975	U.S. Court of Appeals for the 8th Circuit	Reserve Mining Co. v. EPA	514 F.2d 492
1976	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Ethyl Corp. v. EPA	541 F.2d 1
1976	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Lead Indus. Ass'n, Inc. v. EPA	647 F.2d 1130
1977	U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit	United States v. Nova Scotia Food Products Corp.	568 F.2d 240
1979	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Alabama Power v. Cosle	636 F.2d 323
1979	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Ethyl Corp. v. EPA	598 F.2d 91
1979	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Monsanto Co. v. Kennedy	613 F.2d 947
1980	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	National Lime Ass'n v. EPA	627 F.2d 416
1981	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Environmental Defense Fund, Inc. v. Costle	657 F.2d 275
1981	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Sierra Club v. Costle	657 F.2d 298
1982	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Connecticut Light & Power Co. v. NRC	673 F.2d 525
1984	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Board of Governors of Federal Reserve System	745 F.2d 677
1987	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Independent U.S. Tanker Owners Committee v. Dole	809 F.2d 847
1987	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Public Citizen v. Young	831 F.2d 1108
1990	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	American Mining Congress v. EPA	907 F.2d 1179
1991	U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit	Corrosion Proof Fittings v. EPA	947 F.2d 1201
1994	U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit	Madison Gas & Elec. Co. v. EPA	25 F.3d 526
1995	U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit	Sierra Club v. Marita	46 F.3d 606
1995	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Arent v. Shalala	70 F.3d 610
1997	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Nat'l Mining Ass'n v. MSHA	116 F.3d 520
1997	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Reytblatt v. NRC	105 F.3d 715
2000	U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit	Alenco Commc'ns, Inc. v. FCC	201 F.3d 608
2001	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Canadian Ass'n of Petroleum Producers v. FERC	254 F.3d 289
2004	U.S. Court of Appeals for the 11th Circuit	Sierra Club v. Leavitt	368 F.3d 1300
2004	U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit	Nakamoto v. Ashcroft	363 F.3d 874
2005	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	New York v. EPA	413 F.3d 3
2005	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	PPL Wallingford Energy LLC v. FERC	419 F.3d 1194
2006	U.S. Court of Appeals for the 4th Circuit	Salt Institute v. Leavitt	440 F.3d 156
2006	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Chamber of Commerce v. SEC	443 F.3d 890
2006	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	EarthLink, Inc. v. FCC	462 F.3d 1
2008	U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit	Singh v. U.S. Dep't of Homeland Sec.	526 F.3d 72
2008	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	American Radio Relay League, Inc. v. FCC	524 F.3d 227
2008	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Defenders of Wildlife v. Gutierrez	532 F.3d 913
2009	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	South Coast Air Quality Management District v. EPA	554 F.3d 1076
2010	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Prime Time Intern. Co. v. Vilsack	599 F.3d 678
2012	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Coalition for Responsible Regulation, Inc. v. EPA	684 F.3d 102
2012	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Fox v. Clinton	684 F.3d 67
2014	U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit	San Luis & Delta-Mendota Water Authority v. Jewell	747 F.3d 581
2015	U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit	Indiana v. EPA	796 F.3d 803
2015	U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit	Harkonen v. U.S. Dept. of Justice	800 F.3d 1143
2015	U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit	Mississippi Com'n on Environmental Quality v. EPA	790 F.3d 138
2016	U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit	Zero Zone, Inc. v. United States Department of Energy	832 F.3d 654
2016	U.S. Court of Appeals for the 10th Circuit	Gutierrez-Brizuela v. Lynch	No. 14-9585

Entscheidungen des U.S. Supreme Court (Oberster Gerichtshof)

Jahr	Titel	Aktenzeichen
1825	Wayman v. Southard	23 U.S. 1
1848	West River Bridge Co. v. Dix	47 U.S. 507
1872	Slaughter-House Cases	83 U.S. 36
1880	Stone v. Mississippi	101 U.S. 814
1892	Budd v. New York	143 U.S. 517
1897	Allgeyer v. Louisiana	165 U.S. 578
1905	Lochner v. New York	198 U.S. 45
1905	Manigault v. Springs	199 U.S. 473
1908	Londoner v. City and County of Denver	210 U.S. 373
1911	United States v. Grimaud	220 U.S. 506
1915	Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization	239 U.S. 441
1916	Rast v. Van Deman & Lewis Co.	240 U.S. 342
1922	Pennsylvania Coal Co. v. Mahon	260 U.S. 393
1923	Meyer v. Nebraska	262 U.S. 390
1926	Myers v. United States	272 U.S. 52
1928	J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States	276 U.S. 394
1928	Miller v. Schoene	276 U.S. 272
1934	Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell	290 U.S. 398
1934	Nebbia v. New York	291 U.S. 502
1935	A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States	295 U.S. 495
1935	Humphrey's Executor v. United States	295 U.S. 602
1935	Pacific States Box & Basket Co. v. White	296 U.S. 176
1935	Panama Refining Co. v. Ryan	293 U.S. 388
1936	Carter v. Carter Coal	298 U.S. 238
1938	United States v. Carolene Products Co.	304 U.S. 144
1940	Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins	310 U.S. 381
1943	Securities and Exchange Comm'n v. Chenery	318 U.S. 80
1946	United States v. Causby	328 U.S. 256
1951	Universal Camera Corp. v. NLRB	340 U.S. 474
1953	American Trucking Ass'ns v. United States	344 U.S. 298
1954	Berman v. Parker	348 U.S. 26
1955	Williamson v. Lee Optical	348 U.S. 483
1958	Kent v. Dulles	357 U.S. 116
1971	Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe	401 U.S. 402
1974	Morton v. Ruiz	415 U.S. 199
1974	National Cable Television Ass'n v. United States	415 U.S. 336
1977	United States Trust Co. v. New Jersey	431 U.S. 1
1978	Penn Cent. Transp. Co. v. New York City	438 U.S. 104
1978	Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill	437 U.S. 153
1978	Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Res. Def. Council, Inc.	435 U.S. 519
1979	Andrus v. Allard	444 U.S. 51
1980	Industrial Union Department v. API	448 U.S. 607
1980	Industrial Union v. API	463 U.S. 29
1980	Pruneyard Shopping Center v. Robins	447 U.S. 74
1980	Webb's Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith	449 U.S. 155
1982	Loretto v. Teleprompter Manhattan Catv Corp.	458 U.S. 419
1983	American Paper Institute, Inc. v. American Electric Power Service Corp.	461 U.S. 402
1983	Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council	462 U.S. 87
1983	Immigration & Naturalization Service v. Chadha	462 U.S. 919

1983	Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	463 U.S. 29
1984	Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.	467 U.S. 837
1984	Hawaii Housing Authority v. Midkiff	467 U.S. 229
1984	Ruckelshaus v. Monsanto Co.	467 U.S. 986
1986	Bowsher v. Synar	478 U.S. 714
1988	Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.	488 U.S. 204
1988	Morrison v. Olson	487 U.S. 654
1989	DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services	489 U.S. 189
1989	Marsh v. Oregon Natural Resources Council	490 U.S. 360
1989	Mistretta v. United States	488 U.S. 361
1991	Rust v. Sullivan	500 U.S. 173
1992	City of New York v. United States	505 U.S. 144
1992	Lucas v. South Carolina Coastal Council	505 U.S. 1003
1993	Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.	509 U.S. 579
1995	United States v. Lopez	514 U.S. 549
1997	Auer v. Robbins	519 U.S. 452
1997	Printz v. United States	521 U.S. 98
1997	Raines v. Byrd	521 U.S. 811
1998	Clinton v. City of New York	524 U.S. 417
1998	County of Sacramento v. Lewis	523 U.S. 833
1998	Phillips v. Washington Legal Foundation	524 U.S. 156
2000	United States v. Morrison	120 S. Ct. 1740
2001	Whitman v. American Trucking Associations, Inc.	531 U.S. 457
2004	Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance	542 U.S. 55
2005	Kelo v. City of New London	545 U.S. 469
2005	Lingle v. Chevron	544 U.S. 528
2005	Nat'l Cable & Telecomms. Ass'n v. Brand X Internet Servs.	545 U.S. 967
2006	Rapanos v. United States	547 U.S. 715
2007	Massachusetts v. EPA	549 U.S. 497
2007	Nat'l Ass'n of Home Builders v. Defs of Wildlife	551 U.S. 644
2007	Zuni Public School Dist. No. 89 v. Department of Education	550 U.S. 81
2009	Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.	556 U.S. 208
2011	Judulang v. Holder	132 S.Ct. 476
2012	Holder v. Martinez Gutierrez	132 S.Ct. 2011
2014	Utility Air Regulatory Group v. EPA	573 U.S. ____
2015	Michigan v. EPA	135 S. Ct. 2699
2015	Obergefell v. Hodges	14 U.S. 556

Selbstständigkeitserklärung

Hiermit versichere ich, dass ich die vorliegende Dissertation selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Literatur und Hilfsmittel angefertigt habe.

Maria von Bonin