

Robert Schuman Centre for Advanced Studies

"Good Governance" im Europäischen Binnenmarkt:
Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen
Integrationskonzepten und deren Aufhebung (S. 3-29)

"Good Governance" in the European Internal Market:
Two Competing Legal Conceptualisations of European Integration
and their Synthesis (pp. 31-56)

An Essay in Honour of
CLAUS-DIETER EHLERMANN.

Christian Joerges

RSC No. 2001/29

EUI WORKING PAPERS



EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the authors.

© 2001 Christian Joerges
Printed in Italy in September 2001
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

"Good Governance" im Europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und deren Aufhebung

„Dies mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“, lautet der berühmte Gemeinpruch von Immanuel Kant.¹ Er behandelt im Schlußteil den Vorschlag, Europa von einem stets gefährdeten Frieden, der bloß auf einer "so genannten Balance der Mächte" beruhe, zu einem dauernden Friedenszustand zu bringen, der freilich "Gesetze" voraussetze, "denen sich jeder Staat unterwerfen müßte". Eine utopische, eben bloß theoretisch richtige Vorstellung? „Die menschliche Natur erscheint nirgendwo weniger liebenswürdig, als im Verhältnisse ganzer Völker zueinander“, gibt Kant zu, und „der Vorschlag zu einem allgemeinen Völkerstaat“ sei, so „artig“ er auch klinge, jederzeit „verlacht worden“.² Der Theoretiker Kant läßt sich aber nicht beirren: „Was aus Vernunftgründen für die Theorie gilt, gilt auch für die Praxis“, so lautet sein unverdrossener Schlußsatz. Und wie ist dieser zum Rechtweisenden Vernunft in der widerspenstigen Staatenwelt Europas praktische Geltung zu verschaffen? Das sei ein mühseliges Unterfangen, das man anzupacken habe, als ob die „moralisch-praktische Vernunft nach vielen mißlungenen Versuchen endlich ... siegen“ werde.³ – Dies sind Maximen, an die man glauben möchte, die man dann aber auch aktualisieren muß. Zu dem Rechtszustand, in den Europa gebracht werden soll, gibt es sehr viele, inhaltlich weit divergierende Vorstellungen. Welche Art von Recht kann da auf allgemeine Geltung rechnen? Und die vielen Probleme, um die in Europa gestritten wird, kann das Recht ohnehin nicht lösen. Welche Leistung darf man ihm abverlangen?

Erinnerungen an Kant und ungemein abstrakte Fragen zum Recht als solchen – sind das Sprüche, wie man sie von Festschriften her gewohnt ist? Es handelt sich um Themen, die tatsächlich mit dem Lebenswerk Claus-Dieter Ehlermanns zu tun haben, wenn auch nur indirekt und dabei ein wenig spekulativ. Aber gewiß ist immerhin: Mit einer wohl schwerlich überbietbaren Beharrlichkeit hat Claus-Dieter Ehlermann bei der Transformation Europas zu einer Rechtsgemeinschaft mitgewirkt. Er handelte dabei als institutionell gebundener und dennoch den akademischen

¹ I. Kant, Über den Gemeinpruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (Bd. 9 der von W. Weischedel besorgten Werkausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt), 1971, 125 *et seq.*

² A.a.O., 171. 172.

³ A.a.O., 172.

Standards seiner Disziplin verpflichteter, eben wissenschaftlicher, Praktiker. Man kann in seinen Veröffentlichungen etwas über die Gefährdungen der Integrität des Rechts in schwierigen Phasen oder angesichts neuer Probleme erfahren. Überzeugung und Klugheit müssen zusammenkommen („fata volentem ducunt, nolentem trahunt“, heißt es bei Kant im Blick auf die Widerspenstigkeit der „Mächte in Europa“⁴). Wie hat der amtlich bestellte Jurist mit theoretischen Kontroversen und umstrittenen politischen Gestaltungsvorstellungen umzugehen, die sich nicht rechtlich „entscheiden“ lassen und zu deren theoretischen Klärung dem Praktiker doch eigentlich der Beruf fehlt? Wie kann er gegenüber den institutionellen Zwängen und Interessen auf der Beachtung des Rechts als einer unabdingbaren Voraussetzung der Legitimität öffentlichen Handelns bestehen, ohne es seinen juristisch unbelasteten Kollegen als lästiges Hindernis bei der Bewältigung praktischer Probleme erscheinen zu lassen?

Fragen solchen Zuschnitts stellen sich im Tagesgeschäft nicht in dieser Direktheit und sind doch immer, jedenfalls hintergründig, präsent. Sie sollen im folgenden weder als rechtstheoretische Grundlagenprobleme behandelt, noch in konkreten Einzelfällen veranschaulicht werden, sondern in einem rekonstruktiven Verfahren zur Sprache kommen. Um den Umgang mit konkurrierenden rechtswissenschaftlichen Integrationstheorien wird es im ersten Abschnitt gehen, der die ordoliberalen und die funktionalistische Tradition im (deutschen) Europarecht behandeln wird, um Integrationskonzepte also, die den Entwicklungsprozeß des Europarechts „von Beginn an“ begleitet haben und bis heute bedeutsam geblieben sind (I). – „Fata volentem ducunt, non volentem trahunt“: Das Projekt der Europäischen Integration wurde als Projekt der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes auf den Weg gebracht und durch die Binnenmarktinitiative der 80er Jahre in einer theoretisch überraschenden und praktisch erfolgreichen Weise zugleich „vollendet“ und verändert. Dies geschah, um einen Begriff aus dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zu zitieren, „auf Kosten“ *beider* im ersten Abschnitt behandelten Theorietraditionen. Dies war wesentlich die Leistung einer ihre Engpässe reflektierenden, kreativ nach neuen Lösungen suchenden und sich neuen Erfahrungsformen aussetzenden Praxis (II). Keine Erfolgsgeschichten ohne Folgeprobleme: Der Schlußabschnitt wird sich mit der normativ-konstitutionellen Problematik jener Governance-Strukturen befassen, die im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes etabliert wurden. Um eine

⁴ A.a.O.

diese Frage dramatisierende Formel zu paraphrasieren:⁵ Ist Europa im Begriff, dem Recht den Prozeß zu machen oder wird es mit Hilfe des Rechts gelingen, den Prozeß der Integration in eine legitime Verfassung zu bringen (III.)?

I. Rechts-Begründungen Europas jenseits des Verfassungsstaates in der deutschen Tradition: Ein Rückblick

„Europa sei kein Staat, aber es brauche eine Verfassung“ – dies ist nicht gerade eine *communis opinio*, aber doch eine Formel, die den aktuellen Europarechtsdiskurs kennzeichnet. „Europa habe bereits eine Verfassung, die es bloß weiter zu entwickeln gelte, aber dies nicht notwendigerweise schriftlich“ – so lautet eine der nuancierteren (Gegen-)Positionen im gegenwärtigen Rechtsstreit um Europa.⁶ „Europa hat sich eine Verfassung gegeben, die ein von dem Beispiel nationalstaatlicher Demokratien grundsätzlich abweichendes Legitimitätsmuster institutionalisieren muß“ – für diese Position gibt es der deutschen Rechtstradition Begründungen, die sich geschichtlich zumindest bis in die Weimarer Republik zurückverfolgen lassen, und an die das deutsche Europarecht anknüpfen konnte, als es sehr früh und in einer anderswo nicht vorfindbaren konzeptionellen Stringenz⁷ auf die Frage reagierte, wie Europa als eine über dem Recht der Mitgliedstaaten stehender „Herrschaftsverband“⁸ möglich sei. Diese Begründungen waren uneinheitlich – und sind gerade wegen ihrer Differenzen aufschlußreich.

⁵ R. Wiethölter, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: A. Honneth/Th. McCarthy/C. Offe/A. Wellmer (Hg.), *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, 1989, 794 et seq.

⁶ J.H.H. Weiler, Prologue: Amsterdam and the Quest for Constitutional Democracy", in: B. O'Keefe/P. Twomey (eds.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, 1999, 1 et seq.

⁷ Diese Qualität bestätigen gerade auch neuere nicht-deutsche Untersuchungen, z.B. D.J. Gerber, Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe, *American Journal of Comparative Law* 42 (1994), 25 et seq.; W. Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, 1997, 26 et seq.

⁸ Diesen der Weberschen Soziologie entlehnten Begriff verwendet M. R. Lepsius, Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung, in: Ch. Joerges/Y. Mény/J.H.H. Weiler (Hg.) *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Europäisches Hochschulinstitut, Florenz/Harvard Law School, 2000, 203 et seq. (<http://www.iue.it/RSC/symposium/>).

1. Deutsche Traditionsbestände

Im Rahmen seiner Studien zur Privatrechtsgeschichte hat Knut Wolfgang Nörr⁹ kürzlich zwei Konzepte in der (deutschen) Wirtschaftsrechtsgeschichte unterschieden: das der „organisierten Wirtschaft“ und das der „sozialen Marktwirtschaft“. Die organisierte Wirtschaft behandelt er als eine Weimarer Erblast, deren Vorläufer in der Epoche des von den Bielefelder Sozialgeschichtlern so genannten „organisierten Kapitalismus“ zu finden seien. Die zweite, die ordoliberalen, in der Sicht Nörrs: bessere Tradition haben in der Nationalökonomie vor allem Walter Eucken und in der Jurisprudenz Franz Böhm begründet.¹⁰

Nörrs Deutungen und Wertungen sind umstritten.¹¹ Aufschlußreich sind seine Analysen der "Doppelstruktur" der deutschen Tradition allemal. Wir haben Leitbilder, Konzeptionen, Institutionalisierungen im ordoliberalen Sinne gepflegt *und* eine ordnungspolitische Indifferenz im Staats-, Verfassungs-, Verwaltungsrecht an den Tag gelegt. Dies gilt auch und vor allem für die Aufbauphase der Bundesrepublik. Der Ordoliberalismus wurde für deren vor allem dank seiner Aufnahme in das Konzept einer "sozialen Marktwirtschaft" praktisch wirksam.¹² Aber der Ordoliberalismus hat eben nur das Denken der Privat- und Wirtschaftsrechtler beherrscht. Im Staats-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht blieb der ordnungstheoretische Ansatz schwach und die politische Praxis hat sich seinen praktischen Zumutungen immer wieder zu entziehen verstanden. Nörr diagnostiziert deshalb „als ein Grundphänomen in der Entstehungsgeschichte der Bonner Republik... [eine]

⁹ *Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, 1999, 5 *et seq.*; vgl. zuvor K. W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen 1988; ders., *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1994.

¹⁰ Vgl. nur F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, 1933; W. Eucken, Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus, *Weltwirtschaftliches Archiv* 36 (1932) 297 *et seq.*

¹¹ Vgl. z.B. F. Kübler, Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme, in: D. Simon (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, 364 *et seq.* und zuletzt D. Wielsch, *Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, 2001, 83 *et seq.*

¹² W. Abelshäuser, *Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland 1949 - 1966*, 1987; D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordo-Liberalismus*, 1991, 117 *et seq.*; K.W. Nörr, a.a.O. (Fn. 9), 1999, 58 *et seq.*, 81 *et seq.*

wirtschaftspolitische und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zweigleisigkeit". Und „für die Wirtschaftsordnung, die den neuen Staat prägen sollte, müssen wir geradezu von einer doppelten Inszenierung sprechen, von zwei Aufführungen desselben dramatischen Stückes, die voneinander keine Notiz nahmen."¹³ Die Weigerung des Bundesverfassungsgerichts, dem Grundgesetz eine rechtlich bindende Wirtschaftserfassung zuzuschreiben,¹⁴ belegt dies Nörr zufolge¹⁵ am nachdrücklichsten.

2. Europäisierungen

Dem Ordoliberalismus ging es um eine Bindung der Politik an Bestandsvoraussetzungen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung – eben diese Bindung sollte die Theorie der Wirtschaftsverfassung rechtlich begründen. Das Staats- und Verfassungsrecht bestand demgegenüber grundsätzlich auf dem Vorrang des demokratisch (majoritär) beglaubigten Gesetzgebers – auch wenn dieser sich bloß "opportunistisch" und ordnungspolitisch prinzipienlos den jeweiligen Mehrheitsvoten entsprach.. Die Institutionalisierung beider Rationalitätsmuster nebeneinander, des ordnungspolitischen wie des politisch-interventionistischen, ließ sich theoretisch nicht auflösen – deshalb blieb die Frage nach der Rechtsqualität der Wirtschaftsverfassung umstritten; praktisch-politisch war jener „Gegensatz und Widerspruch“¹⁶ jedoch, wie die wirtschaftspolitische Erfolgsgeschichte der jungen Bundesrepublik belegte, gut aushaltbar.

Mit dem Projekt der Integration Europas aber entstand eine neue Lage. Der Ordoliberalismus war auf sie konzeptionell am besten vorbereitet. Die im EWGV verbürgten Freiheiten, die Öffnung der Volkswirtschaften, die Diskriminierungsverbote und Wettbewerbsregeln wurden als gemeinschaftliche Entscheidung für eine Wirtschaftsverfassung verstanden, die den ordoliberalen Vorstellungen über die Rahmenbedingungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung, wenn man die vielen ordnungspolitischen Exklaven als bloße Ausnahmen einstuft und von dem Sündenfall der Agrarpolitik absieht, entgegen kamen. Und gerade der Umstand, daß Europa als bloße Wirtschaftsgemeinschaft auf den Weg gebracht wurde, verlieh der ordoliberalen Argumentation Plausibilität: Mit der Deutung der wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaft als einer auf Recht gegründeten und auf die Sicherung wirtschaftlicher

¹³ Nörr, a.a.O., 84.

¹⁴ BVerfGE 7, 377 (1958) – Investitionshilfe.

¹⁵ 103 *et seq.*

¹⁶ K.W. Nörr, a.a.O., 84.

Freiheiten verpflichteten Ordnung, gewann die Gemeinschaft eine eigene, von den Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates unabhängige Legitimität, aus der sich zugleich Schranken für die Gestaltung dieser Gemeinschaft ergaben.¹⁷

Europa ressortierte jedoch ungeachtet seiner Ausrichtung als Wirtschaftsgemeinschaft im öffentlichen Recht. Im Völkerrecht, im Staats- und Verfassungsrecht war die Vorstellung einer die souveränen Verfassungsstaaten bindenden supranationalen Wirtschaftsrechtsordnung nicht gerade geläufig.¹⁸ Damit war aber bereits der Grundstein für die Debatte um das später so genannte Demokratie-Defizit gelegt: Da eine parlamentarisch-majoritäre Begründung für ein diskretionäres wirtschaftspolitisches Handeln auf europäischer Ebene nicht zur Verfügung stand, mußte solches Handeln durch die Kompetenzordnung und durch Vetopositionen zugunsten der „Herren der Verträge“ eingeschränkt werden. Daß diese Einschränkungen das Integrationsprojekt gefährden würden, war bekannt oder doch absehbar. Eben deshalb kam es darauf an, eine alternative Legitimitätsgrundlage supranationalen Regierens zu finden.

Dies gelang Hans Peter Ipsen mit seiner Qualifikation der (drei) Europäischen Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“.¹⁹ Der Topos „Zweckverband“ öffnete das Gemeinschaftsrecht für Aufgabenfelder, die in der Ordnungspolitik keinen Raum hatten – ohne es deshalb demokratischen Anforderungen auszusetzen. Als Zweckverband sollte Europa sich mit Fragen „technischer Realisation“ befassen, d.h. mit Verwaltungsaufgaben, die einer supranationalen Bürokratie übertragen werden können – und müssen.²⁰

Ebenso wie der Ordoliberalismus hatte Ipsens Funktionalismus eine bis in die Weimarer Republik Vorgeschichte.

„In einem modernen Staat liegt die wirkliche *Herrschaft*, welche sich ja weder in parlamentarischen Reden noch in Enunziationen des Monarchen, sondern in der *Handhabung der Verwaltung* im Alltagsleben auswirkt, notwendig und unvermeidlich in den Händen des *Beamtentums*... Wie der sogenannte Fortschritt

¹⁷ Prägnant A. Müller-Armack, „Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes“, in: ders., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1966, 401 *et seq.*

¹⁸ Vgl. Ch. Joerges, „Vorüberlegungen zur einer Theorie des Internationalen Wirtschaftsrechts“, *RabelsZ* 43 (1979) 6 *et seq.*

¹⁹ H.P. Ipsen, „Der deutsche Jurist und das Europäische Gemeinschaftsrecht“, *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages*, 1964, Bd. 2 L 14 *et seq.*

²⁰ H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 176 *et seq.*

zum Kapitalismus seit dem Mittelalter der eindeutige Maßstab der Modernisierung der Wirtschaft, so ist der Fortschritt zum bürokratischen, auf Anstellung, Gehalt, Pension, Avancement, fachmäßiger Schulung und Arbeitsteilung, festen Kompetenzen, Aktenmäßigkeit, hierarchischer Unter- und Überordnung ruhenden Beamtentum der ebenso eindeutige Maßstab der Modernisierung des Staates".²¹

Ist die von Max Weber beschriebene bürokratische Rationalität tatsächlich in der Lage, die „Sachaufgaben“ komplexer Gesellschaften zu bewältigen und sie dabei gleichzeitig zu entpolitisieren? In einer rechtsvergleichenden Studie aus dem Jahre 1936 – also im Zeichen der nationalsozialistischen Machtergreifung, aber vor seiner eigenen Entmachtung – hat Carl Schmitt die Problematik aufgegriffen.²² Er hat sie auf die „Notwendigkeit“ einer „vereinfachten“ Gesetzgebung reduziert²³ und ihre – nationalsozialistische – Auflösung in der „*Aufhebung der Trennung von Legislative und Exekutive*“ gesehen.²⁴ Demgegenüber hat Art. 80 GG die Bindung der exekutiven Rechtssetzung an die Legislative erneuert. Aber auch unter der Geltung des GG blieb die Problematik der Entmachtung der Legislative virulent. In seinem „Staat der Industriegesellschaft“ diagnostizierte Ernst Forsthoff ein die förmliche Verfassung überlagerndes, ihr existentiell überlegenes Herrschaftssystem. Neben der fest etablierten „sozialen Realisation“ („Daseinsvorsorge“) kämen Zwänge einer „technischen Realisation“ zur Geltung,²⁵ die, wie es in einem Begleitaufratz hieß, „dem freiheitlichen Staat eine partielle Identifizierung mit der Technik durch die Bedingungen des technischen Prozesses“ aufgenötigten.²⁶ Es gebe einen „inneren Kreis, in dem das Sachwissen herrscht und die sachgerechten Entscheidungen

²¹ M. Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (1918), zitiert nach der von J. Winckelmann besorgten Ausgabe der *Gesammelten Politische Schriften*, 4. Aufl. 1980, 320. – Vgl. die Kommentierung bei S. Puntcher-Riekmann, *Die Kommissarische Neordnung Europas. Das Dispositiv der Integration*, 1998, 95 et seq., die hervorhebt, daß dieser "Bürokratie" der Souverän abhanden gekommen ist. Sie kann eben deshalb nicht als Weberianische Bürokratie funktionieren (und m.E. auch nicht als "kommmissarische Verwaltung" in ihrem Sinne); vgl unten III.

²² C. Schmitt, *Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)*, *ZaöRV* 6 (1936), 252 et seq.

²³ A.a.O., 267; vgl. 253.

²⁴ A.a.O., 266 (Hervorhebung im Original).

²⁵ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2. unveränderte Auflage 1971; vgl. die Interpretation von V. Neumann, *Der harte Weg zum sanften Ziel. Ernst Forsthoffs Rechts- und Staatstheorie als Paradigma konservativer Technikkritik*, in A. Roßnagel (Hg.), *Recht und Technik im Spannungsfeld der Kernenergiekontroverse*, 1984, 88 et seq.

²⁶ *Technischer Prozess und politische Ordnung*, *Studium Generale* 22 (1969), 849 et seq., 852.

getroffen werden".²⁷ Kongenial hieß es bei Helmut Schelsky: "An die Stelle der politischen Normen und Gesetze [treten] Sachgesetzmäßigkeiten der wissenschaftlich-technischen Zivilisation..., die nicht als politische Entscheidung setzbar und als Gesinnungs- und Weltanschauungsnormen nicht verstehbar sind".²⁸

Die sogenannte Technokratie-Debatte, in deren Kontext diese Aussagen gehören, hat der Europäischen Gemeinschaft wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Aber sie bot sich als Beleg für die Emergenz einer technokratischen Herrschaft an.²⁹ In Ipsens Zweckverbandstheorie fand sie eine Fassung, die der technokratischen Vernunft in der EWG einen institutionellen Ankerplatz verschaffen, deren Geltungsbereich aber auch auf „Wissensfragen“ beschränken und wirklich „politische“ Fragen demokratisch legitimitierten Entscheidungsträgern vorbehalten wollte.³⁰ Mit seiner Zweckverbandstheorie hat Ipsen sowohl weiterreichende föderale Integrationsvorstellungen als auch die frühen Deutungen der Gemeinschaft als bloße Internationale Organisation zurückgewiesen. Das Gemeinschaftsrecht stellte sich ihm als ein tertium zwischen dem (bundes)-staatlichem Recht und dem Völkerrecht dar, das sich durch seine „Sachaufgaben“ konstituiert und hinlänglich legitimiert.³¹

²⁷ *Staat der Industriegesellschaft*, a.a.O. (Fn. 25), 84.

²⁸ Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation (1961) in: ders., *Auf der Suche nach Wirklichkeit*, 1964, 442 et seq., 453; vgl. I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 1976, 23 et seq.; N. Stehr, *Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften*, 1994, 422 et seq.

²⁹ Vgl. M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997, 300 et seq.; vgl. M. Bach, *Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa*, 1999, 46 et seq.

³⁰ Vgl. H.P. Ipsen, a.a.O. (Fn. 20), 1045; Ipsen hat an diesen Unterscheidungen stets festgehalten; vgl. Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der EG, in P. Badura/R. Scholz (Hg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, 1993, 425 et seq.

³¹ M. Kaufmann, a.a.O. (Fn. 29), 300 et seq.; 312 et seq.; M. Bach, a.a.O. (Fn. 29), 1999, 38 et seq.

3. Zwischenergebnis

Der Ordoliberalismus und der Funktionalismus repräsentierten Rationalitätsmuster, die ohne parlamentarisch-demokratische Bestätigung auskommen, aber dennoch so unterschiedlich und gegensätzlich waren wie die „innerstaatlichen“ Antworten auf das Problem der Wirtschaftsverfassung. Beide Konzeptionen hatten ihr Fundamentum in re. Indessen: Weder kam die ordolibérale Vision einer gemeinschaftsweiten wettbewerblichen Wirtschaftsverfassung über Teilerfolge hinaus, noch gelang die Verwirklichung eines Gemeinsamen Marktes mit der durch die Einstimmigkeitsregel des Art. 100 gebundenem legislativen Harmonisierung und dem unterentwickelten administrativen Instrumentarien der Gemeinschaft.³² Diese Blockade haben erst die mittlerweile legendäre Binnenmarktinitiative der Delors-Kommission³³ und die Einheitliche Europäische Akte von 1987 überwunden. Das Integrationsprojekt gewann eine neue Dynamik und sein institutioneller Rahmen veränderte sich nochmals durch den Vertrag von Maastricht gründlich. Beide Integrationskonzepte, das ordolibérale wie das neo-funktionalistische, erfuhren in diesem Prozeß gründliche Revisionen. Obsiegt hat, so soll der folgende Abschnitt zeigen, weder das eine noch das andere. Stattdessen hat die Praxis der Integrationspolitik den Binnenmarkt zu einer Polity transformiert – einer Polity freilich, in der die „moralisch-praktische Vernunft“ noch keine Rechtsverfassung erhalten hat, die sie im Sinne von Kant „auch als liebenswürdig darstellen“ würde.³⁴

II. Die Institutionalisierung des Binnenmarktes

Claus-Dieter Ehlermann war an all dem handelnd und beobachtend beteiligt. Er hat als wissenschaftlicher Praktiker zu den institutionellen Veränderungen, die im folgenden zur Sprache kommen, politisch sensibel und juristisch präzise Stellung genommen.³⁵ Alle eingangs angesprochenen

³² Vgl. ausführlich Ch. Joerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Gemeinschaft, 1988, 239 *et seq.*, 305 *et seq.*

³³ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM(85) 310 endg. v. 14.06.1985.

³⁴ Gemeinspruch, a.a.O. (Fn. 1), 172.

³⁵ Insbes.: The Internal Market Following the Single European Act, C.M.L.Rev. 24 (1987), 361 *et seq.*; Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten, in: *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, 205 *et seq.*

Fragen nach der Rolle des Rechts und des in öffentlicher Verantwortung handelnden Juristen haben sich ihm gestellt.

1. Europa als Markt ohne Staat?

Die Binnenmarktinitiative wurde von ihren Protagonisten als eine Progammatik dargestellt, die durch den Abbau antikompetitiver Regelungsstrukturen und die sich daraus ergebende Intensivierung des Wettbewerbs die Wirtschaft Europas liberalisieren und modernisieren sollte.³⁶ Insbesondere zwei vom EuGH beglaubigte³⁷ institutionelle Innovationen – die extensive Interpretation der "vier Freiheiten" und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung – sollten die Beschwerlichkeiten der gemeinschaftlichen Harmonisierungsverfahren überwinden, weil sie die Verabschiedung einheitlicher Regulierungen zu erübrigen schienen, um stattdessen eine regulative Konkurrenz anzuregen, von der man sich die Entdeckung optimaler, aber eben nicht unbedingt einheitlicher Regelungsniveaus erhoffte.³⁸ Selbst der Übergang zu den qualifizierten Mehrheitsentscheidungen der EEA wurde als Mittel zur Verwirklichung deregulativer Zielsetzungen aufgefaßt.³⁹ Als dann noch der EuGH Art. 5 wiederentdeckte, um einen Vorrang des EG-Wettbewerbsrechts vor anti-kompetitiven nationalen Regimen sicherzustellen, schien dies die neoliberale Vision einer supranationalen EG-Wirtschaftsverfassung weiter zu bestärken.⁴⁰

³⁶ Vgl. statt vieler A. Moravcsik, *Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional State Craft in the European Community*, *International Organization* 45 (1991), 19 *et seq.* m. Nachw.

³⁷ Rs. C-120/78, *Rewe-Zentrale AG./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*.

³⁸ Durchaus repräsentativ: Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Stellungnahme zum Weißbuch der EG über den Binnenmarkt*, 1986 (BMW-Studienreihe, Bd. 51).

³⁹ Vgl. R. O. Keohane/St. Hoffmann, *Institutional Change in Europe in the 1980s*, in: dies. (Hg.), *The New European Community. Decision Making and Institutional Change*, 1991, 1 *et seq.*

⁴⁰ Vgl. die ausführliche Würdigung der sogenannten Van Eycke-Rechtsprechung (Rs. 267/86, *Van Eycke ./ Aspa*, Slg. 1988, 4769) durch die Monopolkommission: 8. *Hauptgutachten der Monopolkommission 1988/89*, BT-Drs. 11/7582 v. 16.07., 1990, 389 *et seq.*, 408 *et seq.*

Aber solche Erwartungen wurden rasch enttäuscht.⁴¹ Das Programmatik einer Negativintegration mit Hilfe der Freiheitsrechte blieb auch in der Nachfolge der Cassis-Rechtsprechung immer nur begrenzt durchsetzbar und die Realisierung des Binnenmarktes auf legislative Unterstützung angewiesen. Ebenso blieben das Prinzip der wechselseitigen Anerkennung und die Übertragung von Kontrollaufgaben an das Herkunftsland auf administrative Feinsteuerungen angewiesen. Die Forderung nach einer *rechtlichen* Bindung der Wirtschaftspolitik wurde mit der Stärkung der Industriepolitik im Vertrag von Maastricht zurückgewiesen.⁴²

Auf die Vorhaltungen der Ordnungstheorie gegen diesen regulativen Aktivismus und industriepolitischen Opportunismus,⁴³ hat Claus-Dieter Ehlermann, damals schon als Generaldirektor der Generaldirektion IV, mit historischen und positiv-rechtlichen Argumenten, aber auch verfassungspolitisch reagiert: „...Constitutions have to be open for the pursuit of different economic policies. Otherwise there would be no constitutions agreed by different political parties or states. Consensus building is an indispensable element of any political system, whether at the regional, the national, or the European Union level“.⁴⁴ Ist dies bloß die aus dem deutschen Recht bekannte⁴⁵ ordnungspolitische Indifferenz des Öffentlichrechtlers? Die Forderung nach einer wirtschaftspolitischen Offenheit der Verfassung besagt nicht einfach, daß die Ordnung der Wirtschaft nicht im den Verträgen vorentschieden sei; sie bedeutet wohl darüber hinaus, daß Europa mit einem Pluralismus von Ordnungsvorstellungen zu rechnen habe und es darauf ankomme, für eben diesen Pluralismus eine Rechtsverfassung zu finden.

⁴¹ Zum folgenden genauer Ch. Joerges, Legitimationsprobleme des Europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht, in: G. Brüggemeier (Hg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, 1994, 91 *et seq.*, 105 *et seq.*

⁴² Eingehend W. Sauter, a.a.O. (Fn. 7), 43 *et seq.*, 93 *et seq.*

⁴³ M. Streit/W. Mussler, The Economic Constitution of the European Community – From ‚Rome‘ to Maastricht‘, ELJ 1 (1995), 5 *et seq.*; P. Behrens, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: G. Brüggemeier (Hg.), a.a.O. (Fn. 41), 73 *et seq.*; W. Mussler, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, 1998, 166 *et seq.*

⁴⁴ Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler: The Economic Constitution of the European Community – From ‚Rome‘ to ‚Maastricht‘, ELJ 1 (1995), 84 *et seq.*, 85.

⁴⁵ Oben I.1.

2. Europa als "Regulatory State"?

Weil die Vollendung des Binnenmarktes mit einer Deregulierungsstrategie nicht erreichbar war, sondern vielmehr einen neuen Verrechtlichungsschub auslöste, stellte sich die Frage nach der Legitimität einer „Positiv-Integration“ mit neuer Dringlichkeit.⁴⁶ Die Mehrheitsregeln der EEA, die den neuen Aktivismus ermöglichten, ließen eine Rückführung der Gemeinschaftsgesetzgebung auf demokratisch beglaubigte Entscheidungsträger, wie sie unter der Geltung der Einstimmigkeitsregel möglich war, nicht mehr zu.⁴⁷ Umso wichtiger wurden Versuche, für die europäischen Politik eine alternative konzeptionelle Grundlage zu finden. Mit der Zweckverbandstheorie H.P. Ipsens stand eine solche Konzeption zur Verfügung. Sie wurde in der Tat erneuert, freilich nicht in der Jurisprudenz, sondern in der Politikwissenschaft, am erfolgreichsten durch die Konzeptualisierung Europas als „regulatory state“, eine Idee, die Giandomenico Majone Ende der 80er Jahre vorstellte,⁴⁸ um sie dann Schritt um Schritt systematisch zu entfalten.⁴⁹

Ipsen wird Majone kaum zur Kenntnis genommen haben, und Majone hat sich auf Ipsen erst berufen, als seine Theorie schon ausgereift war.⁵⁰ Aber beide sind in der Tat Geistesverwandte. Beide sehen die Stärke des Integrationsprojekts in der Problemlösungsfähigkeit europäischer Institutionen. Den „Sachaufgaben“, die Ipsen vor Augen standen, entsprechen in ihrer administrativ-technischen Qualität den „regulativen

⁴⁶ Eindringlich: E. Steindorff, Quo vadis Europa? Freiheiten, Regulierung und soziale Grundrechte nach den erweiterten Zielen der EG-Verfassung, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (Hg.), *Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der Marktwirtschaft*, 1992, 11 et seq.

⁴⁷ Vgl. insbes. J.H.H. Weiler, The Transformation of Europe, Yale L.J. 100 (1991), 2405 et seq., 2453 et seq.

⁴⁸ Regulating Europe: Problems and Perspectives, Jahrbuch zur Staats und Verwaltungswissenschaft 3 (1989), 159 et seq

⁴⁹ Als Zwischensumme vgl. G. Majone, *Regulating Europe*, 1996. Seither ist das Gedankengebäude ständig vervollkommenet worden; vgl. unter den neuesten Bausteinen G. Majone/M. Everson, Institutional reform: independent agencies, oversight, coordination and procedural control, in: O. De Schutter/ N. Lebessis/ J. Paterson (Hg.), *Governance in the European Union*, 2001, 129 et seq.; G. Majone, Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach, JITE 157 (2001), 57 et seq.

⁴⁹ G. Majone, "The European Community: 'An Independent Fourth Branch of Government'?", in: G. Brüggemeier, op.cit. (note 41), 23 et seq. (notes 1 and 2).

⁵⁰ G. Majone, The European Community: "An Independent Fourth Branch of Government"?, in: G. Brüggemeier, a.a.O. (Fn. 41) 23 et seq. (in Fn. 1 u. 2).

Politiken", die Majone zufolge die Entwicklung des Binnenmarktes begleiten müssen. Und beide Autoren teilen die Auffassung, daß eine sachgerechte Aufgabenerfüllung auf Expertenwissen setzen müsse und eine Abschottung der europäischen Institutionen gegen politische Einflußnahmen erfordere: „Nicht-majoritären" Institutionen – die Kommission selbst, vor allem aber: unabhängige Agenturen amerikanischen Musters –, denen eine sachgerechte Behandlung legislativ vorgegebener zuzutrauen sei, sollen das Regierungssystem der Gemeinschaft ausmachen. Damit werde, so fügt Majone hinzu, Europa keineswegs insgesamt zu einem a-demokratischen Projekt. Auch innerhalb demokratischer Verfassungsstaaten komme es darauf an, die regulative Politik gegen majoritäre Einflußnahmen zu schützen,⁵¹ und für die Gemeinschaft sei gerade wegen ihrer politischen Vielfalt eine entsprechende Verselbständigung des „fourth branch of government" unabdingbar. Die nicht-majoritären Institutionen der Europäischen Polity und die majoritären Institutionen der Mitgliedstaaten ergänzten einander: auf europäischer Ebene gehe es primär um die sachrational-regulative Politik, während für die im eigentlichen Sinne politischen wohlfahrtsstaatlich-distributiven Entscheidungen die Nationalstaaten zuständig bleiben sollten, weil sie nur dort demokratisch-majoritär legitimiert werden könnten.⁵²

Die Konzeptualisierung Europas als Regulierungs-„Staat" bedeutet eine sehr weitgehende Entmachtung der Nationalstaaten, auch wenn diese insbesondere für die sensiblen Bereiche der redistributiven Politik allein zuständig bleiben sollen. Dies kann nicht gutheißen, wer, wie insbesondere das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Maastricht-Urteil,⁵³ den Verfassungsstaat grundsätzlich gegen die Erosion seiner Kompetenzen in Schutz nehmen will.⁵⁴ Im europäischen Institutionengefüge müßte eine Übertragung regulativer Aufgaben an unabhängige europäische Agenturen vor allem die Kommission schwächen. Es verwundert nicht, daß die Kommission bei all ihrer Bereitschaft, die Einrichtung neuartiger Agenturen

⁵¹ G. Majone, *Regulating Europe*, a.a.O., 284 *et seq.*

⁵² Auf jene Geistesverwandtschaft wird mittlerweile häufig hingewiesen, zuweilen so, daß dabei weder der eine, noch der andere Verwandte zu seinem Recht kommt: G. Majone's theoretische Grundlagen sind individualistisch und ganz anders durchdacht als die Anleihen Ipsens beim amerikanischen Neofunktionalismus einerseits, der deutschen Staatsrechtslehre andererseits; vgl. zu Majone Ch. Joerges, *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer*, *ELJ* 5 (1999), 147 *et seq.*

⁵³ BVerfGE 89, 155 (1993).

⁵⁴ Vgl. jüngst nachdrücklich wieder P. Kirchhof, *Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?*, *NJW* 2001, 1032 *et seq.*

zu fördern,⁵⁵ stets, zuletzt auch wieder in ihren Vorschlägen zu einer europäischen Food Authority,⁵⁶ darauf geachtet hat, daß ihr die förmliche Verantwortung für regulative Entscheidungszuständig nicht entgleitet.

Es ist nicht der Beruf des amtlich bestellten Juristen, zu den sozialtheoretischen Prämissen integrationspolitischer Konzepte Stellung zu nehmen. Es steht ihm ebensowenig an, sich in die Arenen politischer Auseinandersetzungen zu begeben. Er hat indessen sehr wohl die Pflicht, auf die Unvereinbarkeit institutioneller Vorstellungen mit dem geltenden Recht hinzuweisen, im Falle Europas sogar dann, wenn dieses Recht sich nur als eine Art *acquis communautaire doctrinal*⁵⁷ darstellen sollte. Er kann sehr viel mehr tun, ohne sich in theoretischen Untiefen zu verlieren oder in politischen Fallstricken zu verfangen. Claus-Dieter Ehlermann's Stellungnahmen zu einem Aufbau unabhängiger europäischer Agenturen haben sich auf den Bereich der Wettbewerbspolitik konzentriert.⁵⁸ Sie begnügen sich in der Tat nicht mit Verweisen auf das Primärrecht *tel quel*, etwa das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts und die delegationsfeindliche Meroni-Doktrin.⁵⁹ Sie lassen sich auch nicht auf die

⁵⁵ Vgl. die Übersicht bei E. Vos, *Reforming the European Commission: What Role to Play for European Agencies*, CMLRev. 37 (2000) 1113 *et. seq.*

⁵⁶ Vgl. den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Erfordernisse des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Lebensmittelbehörde und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, KOM(00) 716 endg. v. 8.11.2000.

⁵⁷ Diese Figur haben, wenn auch nicht unter diesem Namen, H. Schepel/R. Wesseling, *The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe*, ELJ 3 (1997), 165 *et seq.* als Konsensstiftungsmechanismus einer (geschlossenen) europarechtsdogmatischen "epistemic community" identifiziert und kritisiert. Eine legalistisch-doktrinale Tradition, die sich „streng juristisch“ über theoretische und politische Schwierigkeiten des Rechts im Integrationsprozeß hinwegzusetzen verstand, gibt es in der Tat. Sie ist nicht mehr zureichend – auch und gerade, wenn Europa als „Rechtsgemeinschaft“ weiterkommen soll (vgl. unten III. a.E.).

⁵⁸ Vor allem: C.-D. Ehlermann, *Reflections on a European Cartel Office*, CMLRev. 32 (1995), 471 *et seq.* (= Überlegungen zum Europäischen Kartellamt, in: *Festschrift für Ulrich Everling*, Bd.1, 1995, 283 *et seq.*). – Für einen aktualisierten Rückblick auf die Agentur-Debatte im Kartellrecht und deren Weiterentwicklung vgl. R. Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, 2000, 168 *et seq.*, 174 *et seq.*

⁵⁹ Rs. 9/56, *Meroni & Co. Industrimetallurgiche S.p.A. ./ High Authority of the ECSC*, Slg. 1958, 133; Rs. 10/56, *Meroni & Co. Industrimetallurgiche S.p.A. ./ High Authority of the ECSC*, Slg. 1958, 157 (so ernst das Delegationsproblem ist – vgl. unten III –, so unbefriedigend ist seine rechtliche Absicherung mit jenen Entscheidungen aus der Europäischen Frühzeit; vgl. näher Ch. Joerges/H.Schepel/E. Vos, 'Delegation' and the European Polity: The Law's Problems with the Role of Standardisation

ordnungstheoretischen Prämissen ein, die in der deutschen Präferenz für ein unabhängiges Europäisches Kartellamt zur Geltung kommen: man dürfe nicht erwarten, daß sich nach einer Übernahme der institutionellen Vorstellungen Deutschlands auf Gemeinschaftsebene die Überzeugungen, die diesen Vorstellungen zugrunde liegen, europaweit durchsetzen würden.⁶⁰ Überdies habe sich zwischen Kommission und Rechtsprechung auf europäischer Ebene eine Aufgabenteilung entwickelt, die immerhin gewährleiste, daß für die diskretionär-politischen Dimensionen die Kommission verantwortlich bleibe; die Delegation solcher Aufgaben an ein neues Amt werde neue *politische*, nicht bloß rechtliche, Mitwirkungsforderungen provozieren.⁶¹ Diesen Argumenten zugunsten des status quo folgt ein Plädoyer für Neuerungen: Wer die Autonomie der Wettbewerbspolitik auf Gemeinschaftsebene und in den Mitgliedstaaten stärken wolle, solle lieber auf die Stärkung der Position der Generaldirektion Wettbewerb innerhalb der Kommission als Kollegialorgan hinwirken. In solche Hinweise auf den „Kontext“ der Europäischen Rechtspolitik, sollte man nicht einfach eine resignative (real)politische Kompromißbereitschaft hineinlesen. Sie bringen vielmehr Einsichten in die Wirkungsvoraussetzungen des Europäischen Rechts in Erinnerung, die de facto gar nicht zur Disposition stehen und daher von der Politik als Datum hinzunehmen sind, die aber auch, weil sie einen guten normativen Sinn haben, von der Theorie respektiert werden sollen.

Will man sie im Wissenschaftsgefüge verorten, so muß man sich zwischen die Disziplinen begeben. Claus-Dieter Ehlermann hat sehr früh rechtssoziologische Forschungen gefördert, die sich mit der „Implementation“ des Europäischen Rechts befassten⁶² (und inzwischen unter dem Titel „compliance“ den Anschluß an entsprechende politikwissenschaftliche und interdisziplinäre Forschungen zum Völkerrecht finden). Daß es die Aufgabe eines wissenschaftlich gebildeten Rechtspraktikers sei, Theorie und Politik auf solche extra-legalen Bedingungen der Rechtsgeltung hinzuweisen, ist nicht gut bestreitbar. Allerdings bedeutet dies, daß die Vorstellung, das Recht verfüge wenigstens

Organisations in European Legislation, EUI Working Paper in Law 9/99; http://www.iue.it/PUB/law_fm.html/pdf-file).

⁶⁰ A.a.O., 476.

⁶¹ A.a.O., 477. 481.

⁶² C.-D. Ehlermann/S. Krislow/J.H.H. Weiler, The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community, in: M. Cappelletti/M. Seccombe/J.H.H. Weiler (Hg.), *Integration through law: Europe and the American federal experience*, Bd. 1, Buch 2, 1986, 3 et seq.

über ein institutionelles Leitbild seiner Wirksamkeit im Binnenmarkt, das es nur auszubauen und umzusetzen gelte, aufgegeben werden muß. Normativ wird die gleichsam inkrementalistische Pragmatik, als die sich Ehlermanns Argumentation darstellt, erst dann attraktiv, wenn sie auf einen institutionellen Lernprozeß abzielt, in dem, um noch einmal Kant zu bemühen, die „moralisch-praktische Vernunft nach vielen mißlungenen Versuchen endlich ... siegen" soll.⁶³

3. Das Ausschußwesen als real existierende Herrschaftsstruktur im Binnenmarkt?

Der Nachweis, daß die Regelungsmuster des Binnenmarktes, die sich im Zuge von dessen „Vollendung" de facto herausgebildet haben und weiter entwickeln, nicht den Blaupausen der gerade skizzierten theoretischen Entwürfe entsprechen, ist leicht zu erbringen. Die weitergehende Behauptung, daß in jene Entwicklungen das Potential zu einem auch normativ überzeugenden Konzept legitimen Regierens enthalten sei, ist schwieriger zu belegen. Reagiert die nicht versiegende Normenflut auf Funktionsbedingungen des Binnenmarktes? Erscheinen die Regelungsanliegen, die dabei verfolgt werden, berechtigt oder wenigstens plausibel? Oder ist dieser Regelungsaktivismus weniger Ausdruck eines Marktversagens als vielmehr eines Staats- und Bürokratieversagens, das bloß der interessierten Nachfrage regulierter Wirtschaftszweige oder Bündnissen von industriellen und administrativen Akteuren auf nationaler oder supranationaler Ebene nachgibt⁶⁴. Kommt all dies vielleicht nebeneinander vor? Sofern man diese Art Ursachenforschung auf sich beruhen läßt und sich mit Aussagen zu den Inhalten des Binnenmarktrechts begnügt, fällt die Beurteilung leichter, weil einige Befunde weitgehend streitfrei sind:

⁶³ Gemeinspruch, a.a.O. (Fn. 1), 172.

⁶⁴ Nach einer vielzitierten, aber nun auch etwas betagten Aussage von Jacques Delors (Rede im Europäischen Parlament am 4.7.1988, Bulletin der EG 1988, 7/8, 124) wird das in den Mitgliedstaaten der EG geltende Wirtschaftsrecht zu 80% durch die Gemeinschaft erlassen bzw. veranlaßt. Klagen über die "Regelungswut" seiner Bürokratie hat Delors [Europa im Umbruch. Vom Binnenmarkt zur Europäischen Union, in Kommission der EG (Hg.), *Europäische Gespräche*, Heft 9, 1992] zurückgewiesen: Von 100 Rechtssetzungsinitiativen der Gemeinschaft seien nur 8 wirklich der Kommission zuzurechnen; in 92% der Fälle nähmen seine Beamten Anliegen der Mitgliedsstaaten auf – und 70% der Fälle mache die Gemeinschaft sich Rechtssetzungsanliegen aus der Bundesrepublik zu eigen (a.a.O., 12).

(1) Die institutionellen Rahmenbedingungen und rechtlichen Feinstrukturierungen des Binnenmarktes bewegen sich durchweg auf einem erstaunlichen Niveau.⁶⁵ Die bekanntesten Beispiele bieten Produktregelungen, die Verbraucher- und Gesundheitsinteressen schützen, aber auch Belange des Arbeits- und Umweltschutzes aufgreifen. Hierbei sorgten die Vorgaben des Art. 100a Abs. 3 in der EEA und die den regulierungswilligen Mitgliedstaaten zugestandenen Rechte zu einem „nationalen Alleingang“ (Artt. 100a Abs. 4, 118a Abs. 3, 130t) dafür, daß die Öffnung der Märkte nur um den Preis einer Modernisierung und Qualitätssteigerung der einschlägigen Regelungen zu haben war. Aber auch bei wirtschafts- und privatrechtlichen Regelungen der Güter- und Dienstleistungsmärkte zeigte sich, daß ein einheitlicher Markt umfassende rechtliche Schutzvorkehrungen benötigt. Das gesetzgebungspolitische Programm der wechselseitigen Anerkennung zwingender nationaler Vorschriften wurde bei seiner Durchführung regulativ verfremdet: durch eine Teilvereinheitlichung der Aufsichtsrechte, Vorkehrungen zur Koordination der Praxis nationaler Aufsichtsbehörden, durch Reservatrechte der Mitgliedstaaten zum Schutz ihrer Allgemeininteressen.

(2) Weil die EG nicht selbst über die Ressourcen zur Generierung von Standards verfügt und ihr auch die administrativen Kompetenzen zur Durchsetzung rechtsverbindlicher Vorgaben in den Mitgliedstaaten fehlen, muß sie diese Defizite auszugleichen versuchen. Schon deshalb muß die Kommission bei der Erarbeitung von Produktsicherheitsnormen mit den europäischen Normungsorganisationen zusammenarbeiten, den Aufbau und die Koordination nationaler Zertifizierungsstellen fördern und im übrigen durch ein dichtes Netzwerk von Ausschüssen operieren, in denen die Verwaltungsexperten der Mitgliedstaaten, aber auch unabhängige Wissenschaftler, Vertreter wirtschaftlicher und sozialer Interessen mitwirken.

(3) Der Integrationsprozeß hat die Autonomie der nationalen Politik zwar eingeschränkt, ihr aber auch neue Einwirkungsmöglichkeiten eröffnet. Formal zeigt sich dies daran, daß europäische Richtlinien regelmäßig sog. Schutzklauselverfahren vorsehen, die Einsprüche

⁶⁵ Sehr eingehend V. Eichener, *Das Entscheidungssystem der Europäischen Union. Institutionelle Analyse und demokratietheoretische Bewertung*, 2000; speziell zum Arbeitsschutz vgl. A. Bucker, *Von der Gefahrenabwehr zu Risikovorsorge und Risikomanagement im Arbeitsschutzrecht*, 1997; zum Lebensmittelrecht S. Schlacke, *Risikoentscheidungen im Europäischen Lebensmittelrecht*, 1998.

gegen getroffene Festlegungen zulassen und zu deren Revision führen können. Ohnehin hat Art. 100a Abs. 4 (jetzt: 95) „nationale Alleingänge“ – unter den dort näher geregelten Voraussetzungen – anerkannt. All diese Vorbehalte für die nationale Politik sind zugleich Handlungschancen. Die Einschränkung nationalstaatlicher Autonomie verpflichtet zur Rücksichtnahme auf „fremde“ Interessen – und dies bedeutet umgekehrt: die eigenen Regelungsanliegen können jenseits der eigenen Territoriums zur Geltung gebracht werden.

Weder "der Markt" noch ein "fourth (regulatory) branch of government" haben im regulativen Wettbewerb um den Binnenmarkt obsiegt; dort regiert vielmehr ein Geflecht von regulativen, wissenschaftlichen und beratenden Ausschüssen,⁶⁶ das als infrantionaler Albtraum kritisiert⁶⁷ oder als technokratisch-bürokratische Normalität akzeptiert wird,⁶⁸ dem man aber auch schmeichelhafte, durch empirische Untersuchungen im Bereich des Lebensmittelrechts und der Produktnormung gestützte⁶⁹ Zeugnisse ausgestellt hat: Im Ausschußwesen sei es gelungen, die regulativen Ressourcen der Gemeinschaft zu poolen; die Mitspracherechte der Mitgliedstaaten und die Einschaltung wissenschaftlicher Ausschüsse und die sich verstärkende öffentliche Beobachtung der Ausschußarbeit gewährleisteten in kritischen Fragen einen Meinungs-Pluralismus, der im nationalen Rahmen nicht erreicht werde, und in den Ausschußverfahren,

⁶⁶ Für eine detaillierte Bestandsaufnahme vgl. J. Falke, *Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung*, in: Ch. Joerges/J.Falke (Hg.), *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, 2000, 43 et seq.

⁶⁷ J.H.H. Weiler, *Epilogue: 'Comitology' as Revolution – Infranationalism, Constitutionalism and Democracy*, in: Ch. Joerges/E. Vos (Hg.), *EU Committees. Social Regulation. Law and Politics*, 1999, 339 et seq; ders., *Prologue*, a.a.O. (Fn. 6), 9 et seq.

⁶⁸ W. Wessels, *Die Öffnung des Staates. Modelle und Wirklichkeit grenzüberschreitender Verwaltungspraxis 1960-1995*, 2000, 195 et seq.

⁶⁹ Ch. Joerges/J. Falke, a.a.O. (Fn. 66); methodisch anders, sachlich bemerkenswert: Th. Roethe, *EG-Ausschußwesen und Risikoregulierung – ein Problem von Handlungsstruktur und Rationalität*, EUI Working Paper LAW 94/7. – Die konzeptionellen Überlegungen, die von T. Larsson und A. Maurer im Rahmen des Projektes "Governance by Committee, the Role of Committees in European Policy-Making and Policy Implementation" am Europäischen Institut für öffentliche Verwaltung (EIPA) in Maastricht angestellt werden, kommen den hier vertretenen Positionen sehr nahe. Der Teilbericht "The Committee System. Legitimacy, Citizen's Perceptions and Acceptance of the EU-System of Governance" (Stand Mai 2000) ist zugänglich unter

http://eipa-nl.com/public/public_publications/current-books/WorkingPapers/ResearchPapers/chap_5.pdf.

gerade weil es an einer hierarchischen Verwaltungsstruktur fehle, zu "deliberativen" Problemerkörterungen führe.⁷⁰ Dies sind Überlegungen, die in den das Ausschußwesen seit Jahrzehnten begleitenden rechtlichen Auseinandersetzungen um die institutionelle Rolle der Kommission, der Mitgliedstaaten und des Europäischen Parlaments so nicht vorkommen und die auch bei der sich allmählich verdichtenden Juridifizierung der Ausschußverfahren⁷¹ erst allmählich zur Sprache kommen.⁷² Hierauf wird sogleich zurückzukommen sein. Zunächst aber lohnt sich ein Blick zurück.

Claus-Dieter Ehlermann hat zu dem Ausschußwesen zuerst vor nunmehr 30 Jahren im Rahmen einer Anmerkung zu der grundlegenden Köster-Entscheidung des EuGH⁷³ Stellung genommen.⁷⁴ Der EuGH hat dort die Praxis der Verwaltungsausschußverfahren im Agrarsektor legalisiert und es dem Rat "freigestellt", ob er der Kommission überhaupt Durchführungsmaßnahmen im Sinne des Art. 155 (jetzt: 211) übertragen will, um ihm dann auch das Recht einzuräumen, "die Modalitäten" der Ausübung übertragener Befugnisse zu bestimmen. Die Anmerkung besticht durch die juristische Eleganz, mit der sie die Positionen des EuGH erhellt, und die praktische Klugheit, mit der sie sich aus dem Formalrecht ergebenden Möglichkeiten aufzeigt: Daß der Rat sich Durchführungsbefugnisse vorbehalten könne, ändere daran nichts, daß er „im Hinblick auf seine Zusammensetzung und Arbeitsweise, formalen Befugnisse und praktische Arbeitsweise nach dem EWGV nicht berufen ist, derartige Befugnisse in großem Umfang – womöglich gar täglich – wahrzunehmen".⁷⁵ Faktisch habe auch das Verwaltungsausschußverfahren die Stellung der Kommission gestärkt; und auch im

⁷⁰ Vgl. Ch. Joerges/J. Neyer, Von internationalem Bargaining zur deliberativen Politik: Gründe und Chancen für eine Konstitutionalisierung der europäischen Komitologie, in B. Kohler-Koch (Hg.), *Regieren in entgrenzten Räumen (PVS Sonderheft 28)*, 1998, 207 *et. seq.*

⁷¹ Bemerkenswert in einer inzwischen ansehnlichen Entscheidungskette: Rs. T-188/97, *Rothmans International ./.* Kommission, Slg. 1999, II-2463.

⁷² Als Rechtsprechungsüberblick vgl. J. Falke, a.a.O. (Fn. 66); Ch. Joerges, ‚Gutes Regieren‘ im Binnenmarkt, in: Ch. Joerges, J. Falke (Hg.) a.a.O. (Fn. 66), 349 *et seq.*, 363 *et seq.*; L. Azoulay, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, PhD-These, EHI-Florenz, 2000, Teil II.

⁷³ EuGH, Rs. 25/70, *Einfuhr und Voratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Frankfurt a.M. ./. Köster, Bertoldt & Co., Slg. 1970, 1161.

⁷⁴ Institutionelle Probleme im Bereich der Durchführung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts, *Europarecht* 1971, 250 *et seq.*

⁷⁵ A.a.O., 260.

Regelungsausschußverfahren seien die Eingriffsbefugnisse des Rates bedeutungslos geblieben.⁷⁶ Solche Diskrepanzen zwischen Form und Funktion sind der Stoff, aus dem sich Innovationen gewinnen lassen: In der Sache plädiert die Anmerkung für die Anerkennung einer transnationalen Governance-Struktur, die der EWGV nicht vorgesehen hatte. Das wäre fragwürdig, wenn nicht auch dieser Schritt reflektiert würde. Die "Organverfassung der EWG", so heißt es weiter, sei im Sekundärrecht "nicht starr, sondern elastisch"; sie werde respektiert, wenn der Kommission – "ihrer Struktur nach Exekutivorgan par excellence" – eine Schlüsselrolle bei der "Durchführung" des Binnenmarktrechts zugewiesen wird.⁷⁷

III. "Good Governance" im Binnenmarkt?

Back to the beginning! Am Anfang dieses Essays stand ein Rückblick auf zwei deutsche Theorietraditionen: die ordoliberalen Idee einer der politischen Demokratie vorgeordneten (und sie stabilisierenden) Wirtschaftsverfassung einerseits, der staats- und verfassungsrechtlichen Indifferenz gegenüber der Wirtschaftsordnung und dem "organisierten Kapitalismus" andererseits. Beide Traditionen haben nebeneinander her gewirkt und beide haben europäische Perspektiven entwickelt; dem Ordoliberalismus konnte dies gleichsam organisch und bruchlos gelingen, die öffentlich-rechtlich-staatsrechtliche Tradition mußte sich einer technokratisch-funktionalistischen Rationalität verschreiben. Im Zuge der Dynamisierung der Binnenmarktpolitik haben sich diese beiden Integrationskonzepte noch einmal weiterentwickelt. Aber die Ordnungstheorie und die Konzeptualisierung Europas als "regulatory state" blieben unverbunden. Beide bleiben aktuell und konkurrieren miteinander. Dies blieb freilich eine Konkurrenz im Geistigen. Die Praxis ist nicht als Schiedsrichter aufgetreten; sie ist mit dem Ausbau des Europäischen Ausschußwesens einen dritten Weg gegangen.

⁷⁶ A.a.O., 256; 257.

⁷⁷ A.a.O., 260. – In der nächsten Runde der Auseinandersetzung mit dem Ausschußwesen ging es um die Freiheiten des Rates nach der Neufassung des Art. 145 (inzwischen: 202) durch die EEA und die Bemühungen der Kommission um eine Stärkung ihrer Exekutivbefugnisse, die darin beim Europäischen Parlament Unterstützung fand – und am Rat scheiterte (Beschluß 87/373/EWG des Rates vom 13.7.1987 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. L 197/1997, 33). Dazu unaufgeregt, aber auch nicht aufregend, C.-D. Ehlermann, *Compétences d'exécution conférée à la Commission – la nouvelle décision-cadre du Conseil*, *Revue du Marché Commun* 316 (1988), 232 *et seq.*; zum Kontext Ch. Joerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier, *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, 1988, 377 *et seq.*

Diese hybride Erscheinung ist nicht nur mit den Gegensätzen zwischen Ordnungspolitik und regulativer Politik zurecht gekommen. Sie hat auch einen zweiten Gegensatz überwunden: den von Supranationalismus und Intergouvernementalismus. Dieser zweite Leistung ist zumindest ebenso bemerkenswert wie die erste und hängt mit dieser zusammen.

1. Supranationalismus und Infranationalismus

Bei der Auseinandersetzung mit den Geltungsansprüchen des Europäischen Rechts sind seit jeher Unterscheidungen zwischen dem Primärrecht und dem Sekundärrecht und verschiedenen Phasen des Integrationsprozesses geläufig. Die analytische Berechtigung und normative Bedeutung solcher Unterscheidungen ist explikationsbedürftig und muß hier sehr knapp ausfallen.⁷⁸

1.1. Supranationalismus oder: "Deliberativer Supranationalismus I"

In seiner formativen Phase hat sich das Europäische Recht von seinen staatsvertraglichen Ursprüngen emanzipiert und als autonome Ordnung etabliert. Den Bürgern der Mitgliedstaaten wurden Freiheitsrechte verliehen und Handlungsspielräume garantiert, die sie dem je eigenen verfassungsstaatlich beglaubigten Recht entgegenhalten können. Die Staaten wurden (insbes.) durch Art.30 und die Unternehmen durch das Wettbewerbsrecht zur Öffnung ihrer Grenzen angehalten. Die Geschichte der rechtlichen Anerkennung und Ausformung all dieser Prinzipien ist bekannt.⁷⁹ Sie muß keineswegs umgeschrieben, darf aber ergänzt werden: Die Geschichte der Europäischen Integration ist nicht nur eine Antwort auf das historische Versagen der europäischen Nationalstaaten. Das supranationale Recht reagiert auch auf ein gleichsam systematisches „Nationalstaats-Versagen“, das sich vor allem an der ständigen Produktion extraterritorialer Effekte – auch durch demokratische Gemeinwesen! – ablesen läßt. Die Belastungen, die dem jeweiligen Nachbarn einseitig aufbürdet werden, sind schwer zu rechtfertigen: "No taxation without representation", dieser Grundsatz trägt einen Supranationalismus, der den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft abverlangt, die Interessen und Belange von Nichtstaatsangehörigen auch innerhalb des nationalen Staatswesens zu

⁷⁸ Eingehender Ch. Joerges, Transnationale deliberative Demokratie oder deliberativer Supranationalismus?, Zeitschrift für Internationale Beziehungen 7 (2000), 145 *et seq.* und ders., Das Recht im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, EUI Working Papers Law No. 2001/6.

⁷⁹ Als meisterhaft gilt mit gutem Grund die Rekonstruktion bei J.H.H. Weiler, a.a.O. (Fn. 47), 2410 *et seq.*

berücksichtigen. Insbesondere die Rechtsprechung zu Art. 30 (jetzt: 28) hat immer wieder überzeugend vor Augen geführt, wie sich einzelstaatliche Idiosynkrasien als solche identifizieren lassen und – "autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich"⁸⁰ – auf ein ziviles Maß zurückgeführt werden können. In diesem Sinne gewährleistet der Supranationalismus tatsächlich *politische*, nicht nur wirtschaftliche Rechte der Gemeinschaftsbürger; er schafft kein Demokratie-Defizit, sondern lindert es.

1.2. Infranationalismus oder: "Deliberativer Supranationalismus II"

Aber dies ist nur die eine Seite des Prozesses. Mit eben jenen Maßnahmen, die auf den Abbau von Handelshemmnissen abzielen und zur Europäisierung der Märkte führen, und im Gefolge eben jener Kontrollen, die einzelstaatliche Interessen und Orientierungen zurückweisen, sind allen analytisch so überzeugenden Unterscheidungen zwischen „negativer“ und „positiver“ Integration, zwischen nationalem und Europäischem Recht zum Trotz, transnationale *Governance*-Strukturen entstanden, die selbst wirkungsmächtig werden und eine Eigenlogik entfalten, in denen sich gesellschaftliche Akteure auf eine transnationale Wirklichkeit einstellen, die nicht mehr staatlich domestizierbar ist. Diese – in einer nicht unbedingt glücklichen, aber einprägsamen Formel: "infrationalen"⁸¹ – Strukturen sprengen die vom europäischen Recht vorgesehenen Formen intergouvernementalen Handelns und supranationalen Entscheidens. Der Aufstieg des Ausschußwesens wurde nicht von ungefähr *nach* der Einheitlichen Europäischen Akte wahrhaft unaufhaltsam: in ihm hat der Infranationalismus institutionellen Halt gefunden. Das läßt sich nicht nur erklären, sondern sogar rechtfertigen – sofern eine Konstitutionalisierung der Ausschußverfahren gelingt, die eine deliberative Qualität der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung gewährleistet.⁸² Eine starke und riskante These, gewiß.

⁸⁰ F.W. Scharpf, *Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik der Europäischen Mehrebenenpolitik*, Diskussionspapier MPI für Gesellschaftsforschung Köln, 93/9.

⁸¹ J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. „Do the New Clothes have an Emperor?“ and other Essay on European Integration*, 1999, 98; vgl. 270 *et seq.*

⁸² Vgl. die Nachw. in Fn. 70, 72, 79.

2. Alternativen

Bevor man sie für illusorisch erklärt oder aus normativen Gründen zurückweist, sollte man die verfügbaren Alternativen vergleichen. Und es ist instruktiv, jene oben schon zitierte Problemstellung aufzugreifen, die bei Carl Schmitt in eine destruktive Parlamentarismus-Kritik mündet.⁸³ "Legislative Delegation", die "vereinfachte" Entscheidungsverfahren ermöglichen, hätten sich allenthalben durchgesetzt und seien unausweichlich.⁸⁴ Hinfällig sei deshalb der "scharfe Gegensatz zwischen Legislative und Exekutive"⁸⁵ und alle Versuche, Delegationen in einer hinlänglich bestimmten Weise einzugrenzen, zum Scheitern verurteilt.⁸⁶ Hiergegen ist vieles zu erinnern; aber nicht jeder an sich plausible Einwand, ist auch im europäischen Kontext tragfähig.

- (1) "Delegationen" haben verschiedenartige Gründe und werden dementsprechend unterschiedlich ausgestaltet. Zum Teil geht es um eine Stabilisierung insbes. ordnungspolitischer Commitments, zum Teil um eine Einbeziehung von Expertenwissen. Von solchen Gründen läßt sich z.B. G. Majone bei seinem Plädoyer für einen Europäischen "regulatory state" leiten.⁸⁷ Die Vorbehalte gegen dieses Konzept sollen nicht etwa besagen, daß diese Gründe generell nicht tragfähig seien, sondern daß die institutionellen Vorstellungen Majones den ethisch-normativen Dimensionen der regulativen Politik und den daraus resultierenden politischen Mitwirkungsansprüchen nicht angemessen Rechnung tragen können.⁸⁸
- (2) Überzogen ist die Behauptung, Delegationen ließen sich nicht in einer juristisch nachvollziehbaren Weise begrenzen und parlamentarisch nicht kontrollieren. Dabei stellen sich indessen im europäischen Kontext dilemmatische Schwierigkeiten. Eine "Parlamentarisierung" würde aber, wenn sie von Mitgliedstaaten ausgeht, zu einer Renationalisierung der regulativen Politik führen, während sie, wenn

⁸³ Vgl. oben I.2.

⁸⁴ A.a.O. (Fn. 22), 252.

⁸⁵ A.a.O. 260, vgl. 266.

⁸⁶ A.a.O., 264 et seq.

⁸⁷ Oben II.2.; speziell zur Delegationsproblematik vgl. G. Majone, *Ideas, Interests and Institutional Change: The European Commission Debates the Delegation Problem*, Typoskript Florenz, 2001; instruktiv zum Stand der politikwissenschaftlichen Debatte J. Tallberg, *Delegation to Supranational Institutions: Why, How, and with What Consequences?*, *West European Politics. Special Issue zu "The Politics of Delegation to Non-Majoritarian Institutions in Europe"* (2001, im Erscheinen).

⁸⁸ Vgl. oben II.2.

sie das Europäische Parlament als oberste Autorität einsetzen wollte, dem präföderalen Status der Union nicht Rechnung trüge.⁸⁹

3. *Good Governance?*

Ist also das Wirkliche, nämlich der Infrantionalismus und seine Institutionalisierung im europäischen Ausschußwesen, auch vernünftig? Zunächst einmal kommt es auf die Gründe an, die seinen Aufstieg so unaufhaltsam erscheinen lassen. Sie werden deutlich, wenn man sich vor Augen führt, warum alle Versuche, das Ausschußhandeln rechtlich in die verfügbaren Kategorien des nationalen und europäischen Verwaltungsrechts einzuordnen, scheitern müssen. Das Ausschußwesen ist keine hierarchisch organisierte Verwaltung, die den „Willen“ eines Souveräns umsetzen würde. Weder bildet die Kommission seine exekutive Spitze, noch können die intergouvernemental mitwirkenden Vertreter aus den Mitgliedstaaten eine solche Führungsrolle wahrnehmen: Die Ausschüsse stehen unter Einigungs"zwang"; sie müssen Entscheidungen herbeiführen, ohne einem unitarischen Inspirator folgen zu können. Im Hinblick auf diese notwendigerweise kreative Problemlösungen, in denen Interessengegensätze geschlichtet, kulturelle Differenzen überwunden, normative Fragen geklärt werden müssen, erscheint es auch nicht angemessen, das Ausschußhandeln als „exekutive Rechtsetzung“ zu bezeichnen⁹⁰ – in dieser Qualifikation bringt seine Komplexität und Spezifika nicht zum Ausdruck.

„Governance“ ist ein Modebegriff geworden,⁹¹ ist aber dennoch die bessere Kategorie. Sie entspricht der sachlichen, normativen und politischen

⁸⁹ Zu bedenken sind natürlich auch die praktischen Schwierigkeiten des Parlaments, sich in die Tagesgeschäfte der Ausschüsse wirksam einzuschalten; vgl. die Berichterstattung bei J. Falke, *Komitologie*, a.a.O. (Fn.66), 94 *et seq.* Dies spricht dafür, dem Europäischen Parlament in Anlehnung an das Vorbild der amerikanischen Kongreßausschüsse Untersuchungs- und Bewertungsfunktionen zuzuweisen, die im Falle der BSE-Krise so erfolgreich getan hat; vgl. Ch. Joerges, „Gutes Regieren“ im Binnenmarkt, a.a.O. (Fn.66), 270 *et seq.*

⁹⁰ J. Falke/G. Winter, *Management and regulatory committees in executive rule-making*, in: G. Winter (Hg.), *Sources and Categories of European Union Law. A Comparative and Reform Perspective*, 1996, 541 *et seq.*

⁹¹ Eine offiziöse Definition findet sich in dem Arbeitsprogramm der Kommission zum Governance-Weißbuch: „Das Weißbuch ... versteht unter ‚Governance‘ alle Regeln, Verfahren und Verhaltensweisen, die mit der Art der Ausübung der Befugnisse auf europäischer Ebene, insbesondere mit der Verantwortlichkeit, der Sichtbarkeit, der Transparenz, der Kohärenz, der Effizienz und der Effektivität zusammenhängen.“ Die „gegenseitige Abhängigkeit und Interaktion der verschiedenen Entscheidungsträger auf verschiedenen Ebenen“ wird ebenso hervorgehoben wie die „Mitwirkung nachgeordneter

Komplexität der „Durchführung“ des Gemeinschaftsrechts. Diese geschieht nicht in einem rechtsfreien Raum. Die primärrechtlichen Regeln und Prinzipien, an die sich die Mitgliedstaaten beim Umgang mit Regelungsdifferenzen zu halten haben, bleiben wirksam, und die unmittelbar anwendbaren Freiheitsrechte entfalten eine horizontale Wirkung. Es gibt, wenn auch einstweilen allzu rudimentäre, Transparenz-Gewährleistungen, Partizipationsrechte, Rechtsschutz-Möglichkeiten; es gibt etablierte politische Akteure und Institutionen – die Regierungen der Mitgliedstaaten, das Europäische Parlament, die Europäische Kommission – , denen Handlungsreservate verbleiben und die jene Gebilde der transnationalen Governance zur Verantwortung rufen können.⁹² Seine daraus resultierender Pluralismus gewährleistet, daß nationale Bürokratien sich mit den Positionen ihrer Nachbarstaaten auseinandersetzen müssen, daß Interessen und Besorgnisse in den Mitgliedstaaten nicht weggefiltert werden können, daß heterogene Gesichtspunkte in der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

Zwei Gruppen von Einwänden liegen nahe: Zum einen erscheint das Ausschußwesen gerade auch in den vom Komitologie-Beschluß⁹³ erfaßten Bereichen allemal als eine bürokratisch-technokratische, bestenfalls "kameralistische" Veranstaltung, in der Beamte und Experten das Gemeinwohl und in weiter Ferne von den Betroffenen ausmachen.⁹⁴ Immerhin: Die Transparenz der Ausschüßarbeiten hat sich dank der Nutzung des Internet⁹⁵ ungemein verbessert und deren Beobachtung durch unterschiedliche Öffentlichkeiten intensiviert. Es bleibt dabei, daß es regelmäßig nicht nur um den Ausgleich von Interessen und einsichtige normative Konstellation, sondern um Fragen geht, für deren Klärung Expertenwissen unerläßlich ist. Hierauf kann man nicht mit allgemeinen

und nichtstaatlicher Akteure" (Europäische Kommission, "Ein Weißbuch zur „Governance“ für die Europäische Union. 'Die Demokratie in der Europäischen Union vertiefen'. Arbeitsprogramm", SEK(2000) 1547/7 endg. v. 11. 10. 2000, 4. – Instrukтив Ph. Steinberg, "Governance-Modelle in der Politikwissenschaft und Möglichkeiten Ihrer verfassungsrechtlichen Umsetzung", WHI Working Paper 6/99 – www.rewi.hu-berlin.de/WHI/

⁹² Vgl die Hinweise oben in Fn. 72.

⁹³ Jetzt Beschluß 1999/468/EG des Rates vom 28.6.1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. L 184/1999, 23

⁹⁴ Vgl. O. Gerstenberg/Ch.F. Sabel, Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?, <http://www.law.columbia.edu/sabel/papers.htm>.

⁹⁵ Informationen sind leicht zugänglich (z.B. via sanco-news@cec.eu.int) und werden transparent vermittelt.

Partizipationsforderungen reagieren. Worauf es ankommt ist vielmehr, das Spektrum des verfügbaren Expertenwissens auszuschöpfen und zu gewährleisten, daß verschiedenartige Wissensbestände und Erfahrungen in den Entscheidungsprozeß einfließen.⁹⁶

⁹⁶ Weiterführend zu all dem: J. Bohman, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy*, 1996, 165 *et seq.* (über Expertenwissen und Demokratie), 172 *et seq.* (über die Interaktion mit der Öffentlichkeit); W. van den Daele, Objektives Wissen als politische Ressource: Experten und Gegenexperten im Diskurs, in: W. van den Daele/W. Neidhardt (Hg.), *Kommuniktion und Entscheidung: politische Funktionen öffentlicher Meinungsbildung und diskursiver Verfahren*, 1996, 297 *et seq.*

Ganz entschieden hat sich J.H.H. Weiler gegen die Idee einer Konstitutionalisierung des Ausschußwesens gewandt.⁹⁷ Zwar stellt seine Philippika die Leistungsfähigkeit der Komitologie nicht in Abrede. Aber es handele sich bei diesem Gebilde um "a new sub-atomic particle, a neutrino or a quark".⁹⁸ Zu begreifen ist diese unerfreuliche Qualifikation am besten in Weilers eigener kategorialer Welt. Von den ersten Publikationen zum Europäischen Supranationalismus⁹⁹ bis hin zu den jüngsten Untersuchungen zur WTO¹⁰⁰ kann man in seinen Arbeiten einen Dualismus von Recht und Politik finden, der unauflösbar erscheint, aber einen erträglichen, in Weilers insoweit unkantischer Sicht sogar: sinnvollen Zustand finden kann. Die Originalität, wenn nicht: Genialität, seiner Analyse des EU-Systems bestand darin, daß er die Politik dem Integouvernementalismus zuordnete, um so einen Raum für das supranationale Recht zu gewinnen. Die Gleichgewichtslage von Recht und Politik ist, wie sich an allen späteren Arbeiten ablesen läßt, stets prekär. Der "Infranationalismus" negiert diese Dichotomie; er vermischt Intergouvernementalismus und Recht. Die institutionelle Form, die er im Ausschußwesen gefunden hat, erscheint hybride der Terminus "deliberativer Supranationalismus" gilt als begriffliches Unding, bestenfalls als Oxymoron.¹⁰¹

Man sollte zwischen Botschaft und Botschaftern unterscheiden. Die Botschaft ist, daß es den Infranationalismus wirklich gibt. Daran ist der Botschafter, der dies darlegt, nicht Schuld. Die Sachfrage ist, ob die „moralisch-praktische Vernunft nach vielen mißlungenen Versuchen" ausgerechnet in dieser seltsamen Form "siegen" könnte.¹⁰² Sie darf man nicht kategorisch entscheiden.

In seinem Vortrag zur Eröffnung des Zentrums für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen i.J. 1983 hat Claus-Dieter Ehlermann, damals Leiter des Juristischen Dienstes, einen beim ersten

⁹⁷ Oben Fn. 67; ferner sein Interview "In der Unterwelt der Ausschüsse", DIE ZEIT Nr. 44 v. 22.10.98, S. 9.

⁹⁸ Epilogue, a.a.O. (Fn. 67), 340.

⁹⁹ The Community System. The Dual Character of Supranationalism, Yearbook of European Law 1 (1981), 267 *et seq.*

¹⁰⁰ The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and the External Legitimacy of WTO Dispute Settlement, Harvard Jean Monnet Working Paper 09/00.

¹⁰¹ Epilogue, a.a.O. (Fn. 67), 347.

¹⁰² Oben Fn. 3.

Anschein paradoxen Wunsch ausgesprochen: „Die Rolle des Rechts, der rechtlichen Verfahren und damit auch die der Juristen“ in der Gemeinschaft möge geringer werden und zu einem „Zustand juristischer Normalität“ finden, wie ihn die Mitgliedstaaten erreicht haben.¹⁰³ Dies war ein Plädoyer gegen den Juristen als solchen, nicht gegen das Recht an sich und auch nicht gegen einen Rechts-Streit. An dem kleinen Beispiel dieses Beitrags: Ist der real existierende Infrantionalismus im Begriff, dem Recht den Prozeß zu machen oder wird es mit Hilfe des Rechts gelingen, den Infrantionalismus eine legitime Verfassung zu bringen? Das hängt davon ab, wie die Praxis verfährt.

Christian Joerges
Florence/Bremen

*
* *

¹⁰³ Die Rolle des Rechts und der Juristen in der Europäischen Gemeinschaft, in: Reden und Beiträge. Eröffnungsveranstaltung des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP) am 21.-22.4.1983, ZERP, DP 7/83, 45 *et seq.*, 54.

“Good Governance” in the European Internal Market: Two Competing Legal Conceptualisations of European Integration and their Synthesis*

“*Dies mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*” (It might be fine in theory, but it’s no good in practice), runs Immanuel Kant’s famous “*Gemeinspruch*” (common saying).¹ In the closing section of his essay, Kant discusses the proposal to transform Europe’s constantly endangered “balance of powers” into a lasting state of peace in which “every State would subject itself to common laws”. The *Gemeinspruch* casts scepticism on the practical utility of such a utopian conception of Europe – only to call this scepticism into question. Is a peaceful, cooperative Europe really useful only as a theoretical construct?

“Human nature nowhere seems less loveable than in the relationship of whole peoples to each other”, admits Kant. However “*artig*” (agreeable) it might sound, “the proposal for a universal State of peoples” has always “been ridiculed”.² But Kant, the theoretician, refuses to be perturbed: “What is true for theory on the basis of reason is true for practice too”, states his untroubled closing sentence.

What can be done to promote the intrusion of enlightened reason into law and to ensure that it achieves practical validity “in the refractory world of Europe’s States?” This is certainly a laborious undertaking and the task must be tackled with the conviction that “moral practical reason will eventually, after many failed attempts ... be victorious”.³ These are maxims that one would like to follow. But they must also be brought up to date. Europe’s current development is marked by an unprecedented degree of “juridification”, and by an increasingly intensive debate about the nature of a valid “*Rechtszustand*” or the transformation of a juridified- into a constitutionlized Europe. What form of “law” could claim general validity within Europe’s pluralist polity?

Mentions of Kant and enormously abstract questions about the nature of law. Is this yet another overblown essay of the type customarily found in *Festschriften*? Not at all. These are themes that really do relate – even if

* Translated by Iain L. Fraser.

¹ “Über den *Gemeinspruch*: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis” (Vol. 9 of the *Werkausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt*, edited by W. Weischedel), 1971, 125 *et seq.*

² *Op. cit.*, 171. 172.

³ *Op. cit.*, 172.

only indirectly, and somewhat speculatively – to the decades of work produced by Claus-Dieter Ehlermann.

One thing is certain: Ehlermann the scholarly bureaucrat has worked with scarcely surpassable tenacity to transform Europe into a legal community. His have been the actions of a practitioner with institutional ties. Yet he has also been committed to the *academic* standards of his discipline. His publications reveal the various dangers to the integrity of law that difficult stages of integration and new legal problems have posed. Conviction and intelligence must merge in such situations (“*fata volentem ducunt, nolentem trahunt*”, Kant says about the stubbornness of the “powers in Europe”⁴). How can a lawyer, who must act with loyalty to his institution, deal with theoretical controversies and disputed political ideas for which law has no clear answer and solution? And how can he strive to achieve the theoretical clarification for which the practitioner lacks the vocation? How might he persuade non-legal colleagues that – despite institutional constraints and interests – compliance with the law is an indispensable precondition for the legitimacy of public action, and not simply an annoying hindrance to the resolution of practical problems? Questions of this sort might not be put so bluntly in day-to-day business, but they are always present in the background.

The following discussion will not treat such issues as basic problems of legal theory, and nor will it deliberate over specific cases. It will instead discuss the answers to these questions in a reconstructive manner. The first section will deal with the practical responses to competing legal theories of integration: more specifically, the choice between the “*ordo-liberal*” and functionalist traditions of (German) European law. These are concepts of integration that have accompanied the development of European law from the outset and that remain important today (Section I).

“*Fata volentem ducunt, nolentem trahunt*”: the European integration project was initiated to create a common market. It was simultaneously “completed” and transformed in a theoretically surprising and practically successful fashion through the internal-market initiatives of the 1980s. This happened – to use a term borrowed from the (German) law of unjust enrichment – “*auf Kosten*” (at the expense) of *both* of the theoretical traditions dealt with in Section I. The transformation was basically achieved in “discovery procedure of legal practice”; it was a movement that reflected

⁴ *Op. cit.*

upon bottlenecks in the integration process, that creatively sought new solutions, and that was open to new experiences (Section II). However, success stories always seem to have corollary difficulties, and the final section will deal with the constitutional/normative issues raised by the governance structures that were established in the course of making the internal market a reality. To paraphrase a formula that dramatises the question adequately:⁵ has Europe put the law on trial? Or will it, with the aid of law, manage to imbue the process of integration with a legitimate constitution? (Section III).

I. The German Tradition and the Legal Foundations of “Europe”, beyond the Constitutional State: A Retrospective

“Europe is not a State, but it needs a constitution.” This is not exactly a *communis opinio*, but is nonetheless a formula that typifies current discourse in European law.

“Europe already has a constitution: it merely needs to be developed further, but not necessarily in writing”, runs one of the qualified (counter-) positions in the current legal debate about Europe.⁶

“Europe’s constitution must institutionalise a pattern of legitimacy that departs radically from the model of nation-State democracies”: historical justifications for this position reach back within the German legal tradition at least as far as the Weimar Republic. On these sources German European law built amazingly stringently⁷ when addressing the question of how Europe might be constructed as a “*Herrschaftsverband*” (sovereignty association)⁸ standing above the law of the Member States). These

⁵ Wiethölter, “Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?”, in: A. Honneth/Th. McCarthy/C. Offe/A. Wellmer (eds.), *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, 1989, 794 et seq.

⁶ Weiler, “Prologue: Amsterdam and the Quest for Constitutional Democracy”, in: B. O’Keefe/P. Twomey (eds.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, 1999, 1 et seq.

⁷ This quality is confirmed also by more recent non-German studies, e.g. Gerber, “Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the ‘New’ Europe”, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 25 et seq.; W. Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, 1997, 26 et seq.

⁸ This term borrowed from Weber’s sociology is used by Lepsius, “Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung”, in: Ch. Joerges/Y. Mény/J.H.H. Weiler (eds.) *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, European University Institute, Florence/Harvard Law School, 2000, 203 et seq. (<http://www.iue.it/RSC/symposium/>).

justifications were not uniform and they are illuminating by virtue of their very differences.

1. Materials from German Traditions

In the context of his studies into the history of private law, Knut Wolfgang Nörr⁹ recently distinguished two concepts in the (German) history of economic law: the “*organsierte Wirtschaft*” (organised economy) and the “*soziale Marktwirtschaft*” (social market economy). He treats the organised capitalist economy as a hereditary defect within the Weimar Republic; its predecessors are to be found in the era of what the Bielefeld social historians call “*organisierter Kapitalismus*” (organised capitalism). The second tradition – and, Nörr believes, the better one – is *ordo*-liberalism. This was primarily established within the discipline of economics (*Volkswirtschaft*) by Walter Eucken, and within jurisprudence by Franz Böhm.¹⁰

Nörr’s interpretations and evaluations are controversial.¹¹ His analyses of the “dual structure” of the German tradition are unquestionably enlightening. Germany has cultivated *ordo*-liberal themes, concepts and modes of institutionalisation. It has also been complacent. Most of its *Staatsrecht* (constitutional and administrative law) remained indifferent towards the *ordo*-liberal “constitutionalization” of the economy, and displayed indifference to the systemic aspects of public, constitutional and administrative law.

⁹ *Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, 1999, 5 *et seq.*; cf. earlier K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen 1988; *idem*, *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1994.

¹⁰ Cf. only F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, 1933; Eucken, “Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus”, *Weltwirtschaftliches Archiv* 36 (1932) 297 *et seq.*

¹¹ Cf. e.g. Kübler, “Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme”, in: D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, 364 *et seq.* and most recently D. Wielsch, *Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, 2001, 83 *et seq.*; equally illuminating Manow, “Modell Deutschland as an interdenominational compromise“, Minda De Gunzburg Center for European Studies, Discussion Paper 2001 (<https://www.cc.columbia.edu/sec/dlc/ciao/wpsfrm.html>).

This is also true of the initial construction phase of post-war (Western) Germany. *Ordo*-liberalism was particularly important to the young Federal Republic's self-perception, specifically thanks to its inclusion within the idea of a "social market economy".¹² Yet *ordo*-liberalism only dominated the thinking of private law- and economic-lawyers. Its impact remained weak within "public law" (constitutional law/*Staatsrecht*/administrative law), while the political system managed to dodge its practical challenges. Nörr accordingly diagnoses:

"a basic phenomenon in the history of the emergence of the Bonn Republic ... [a] dual line, in economic policy and economic constitutional law [... and] for the economic order that was to characterise the new State, we have even to talk about a dual *mise en scène*, two stagings of the same play that took no notice of one another."¹³

According to Nörr, the Federal Constitutional Court's refusal to read the *ordo*-liberal vision of an economic "*ordo*" of constitution quality¹⁴ into the Basic Law confirms this most emphatically.¹⁵

2. Europeanization

Ordo-liberalism was concerned with tying politics to existential prerequisites for a free economic system, and these ties were supposed to provide the legal justification for the theory of the economic constitution. By contrast, public and constitutional law insisted upon the basic primacy of the legislature elected in accordance with majoritarian democratic values, even when its substantive acts looked purely opportunistic and unprincipled. The institutionalisation of the systematically liberal and the politically interventionist rationality patterns alongside each other could not be resolved theoretically, and the legal quality of the economic constitution thus remained controversial among academics. But the "contradiction and paradox"¹⁶ proved miraculously successful in practice and the young Federal Republic managed to live with its incoherencies.

¹² W. Abelshausen, *Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland 1949 - 1966*, 1987; D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordo-Liberalismus*, 1991, 117 *et seq.*; K.W. Nörr, *op. cit.* (note 9), 1999, 58 *et seq.*, 81 *et seq.*

¹³ K.W. Nörr, *op. cit.*, 84.

¹⁴ BVerfGE 7, 377 (1958) – Investment aids.

¹⁵ 103 *et seq.*

¹⁶ K.W. Nörr, *op. cit.*, 84.

A new situation arose with the European integration project. Conceptually, *Ordo*-liberalism was particularly well suited to integration. The freedoms guaranteed in the EEC Treaty, the opening up of national economies, and bans on discrimination and competition rules, were easily understood as a collective decision in favour of an economic constitution that matched *ordo*-liberal conceptions of the framework conditions for a market economic system (at least to the degree that the many departures from the system might be classified as exceptions, and a blind eye could be turned to the original sin of the common agricultural policy). The fact that Europe had started its integrationist path as a mere economic community lent plausibility to *ordo*-liberal arguments: the Community acquired a legitimacy of its own by interpreting the economic-law provisions of the European Community as a law-based order committed to guaranteeing economic freedoms. This legitimacy was independent of the State's democratic constitutional institutions and thus placed limits upon the political powers of the Community.¹⁷

Despite its orientation as an economic community, the “Europe” construct fell within the disciplinary confines of “public” law. The concept of a supranational system of economic law that binds sovereign constitutional States was not exactly current in international law or *Staatsrecht* (constitutional law).¹⁸ And this is the origin of the later discovery of the democratic deficit: as parliamentary majorities accorded no room for discretionary economic policy action at the European level, that action had to be limited by the allocation of powers and by veto positions in favour of the “masters of the treaties”. It was known, or at least foreseeable, that these restrictions would endanger the integration project, and it therefore seemed important to find an alternative legitimacy basis for supranational governance.

Hans Peter Ipsen tackled this conundrum by treating the (three) European Communities as “*Zweckverbände funktionaler Integration*” (special-purpose associations of functional integration).¹⁹ The term “special-purpose association” opened Community law to tasks for which there was

¹⁷ Significant here is A. Müller-Armack, „Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes”, in: *idem*, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1966, 401 *et seq.*

¹⁸ Cf. Joerges, “Vorüberlegungen zu einer Theorie des Internationalen Wirtschaftsrechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 43 (1979) 6 *et seq.*

¹⁹ Ipsen, „Der deutsche Jurist und das Europäische Gemeinschaftsrecht”, *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages*, 1964, Vol. 2 L 14 *et seq.*

no place in the *ordo*-liberal world, but it did not expose it to democratic requirements. As a special-purpose association, “Europe” was supposed to deal with “technical” matters. It was supposed to perform administrative tasks that could – and had to – be transferred to a supranational bureaucracy.²⁰

Like *ordo*-liberalism, Ipsen’s functionalism had a prehistory going back to the Weimar Republic:

“In a modern State real *power*, which after all operates in everyday life neither in parliamentary speeches nor in pronouncements by the Monarch, but in the *handing of competences to the administration*, necessarily and unavoidably lies in the hands of *officialdom*.... As the so-called progress towards capitalism since the Middle Ages is the clear criterion of the modernisation of the economy, so the progress to bureaucratic officialdom, based on appointment, salary, pension, promotion, professional training and division of labour, fixed powers, reliance on records, and hierarchical subordination and superordination, is the equally clear criterion for the modernisation of the State”.²¹

Is the bureaucratic rationality described by Max Weber really capable of handling the “technical tasks” of complex societies while simultaneously depoliticizing them?

Carl Schmitt addressed these issues in a comparative-law study in 1936 (under the auspices of the National Socialist power seizure, but before his own disempowerment).²² He conceptually reduced them to the “necessity of ‘simplified’ legislation”,²³ and saw their (National Socialist)

²⁰ H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 176 *et seq.*

²¹ Weber, “Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland” (1918), cited from the edition by J. Winckelmann of Max Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, 4th ed. 1980, 320 (translation by Iain F. Fraser). – Cf. the commentary in S. Puntsher-Riekmann, *Die Kommissarische Neuordnung Europas. Das Dispositiv der Integration*, 1998, 95 *et seq.*, who stresses that this “bureaucracy” operates without a superior sovereign. For exactly this reason, it cannot function as a Weberian bureaucracy (nor, in my view, as a “commissary administration” as Puntsher-Riekmann claims); see Section III below.

²² Schmitt, „Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 6 (1936), 252 *et seq.* (the essay was later published in French: “Une étude de droit constitutionnel comparé: L’évolution récente du problème des délégations législatives,” *Introduction à l’étude du droit comparé: Recueil en l’honneur d’Edouard Lambert*, 3d and 4th parts (Paris: Sirey/L.G.D.J., 1938).

²³ *Op. cit.* p. 267; cf. 253.

resolution in “*transcending the separation between legislature and executive*”.²⁴ As a counterpoint to this, Article 80 of Germany’s Basic Law sought to re-establish the primacy of Parliament over executive law-making. But even under the influence of the Basic Law, the question of disempowerment of the legislature remained thorny. In his *Der Staat der Industriegesellschaft* (The State in Industrial Society), Ernst Forsthoff diagnosed a system of domination that was superimposed on the formal constitution. Alongside the well-established “*soziale Realisation/Daseinsvorsorge*” (social accomplishment), pressure was exerted by “*technische Realisation*” (technical accomplishment).²⁵ As Forsthoff wrote in an accompanying essay, these accomplishments “compel the liberal State to partly identify with technology, because of the conditions of the technical process”;²⁶ technical knowledge prevails in an inner circle where technically correct decisions are made.²⁷ As Helmut Schelsky rephrased it: “The political rules and laws [are replaced by] objective laws of scientific and technical civilisation ... that cannot be taken as political decisions, and are not to be understood as philosophical or ideological norms”.²⁸

The “technocracy debate” – the particular context in which these statements belong – paid little attention to the European Community, yet it suggested itself as confirmation of the emergence of technocratic rule.²⁹ Ipsen’s theory of the special-purpose association provided a concept that gave an institutional foundation to technocratic logic in the EEC, but that also sought to limit its application to “questions of knowledge” and to

²⁴ *Op. cit.* p. 266 (emphasis in original).

²⁵ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2nd unchanged edition 1971; cf. the interpretation by Neumann, “Der harte Weg zum sanften Ziel. Ernst Forsthoffs Rechts- und Staatstheorie als Paradigma konservativer Technikkritik”, in A. Roßnagel (ed.), *Recht und Technik im Spannungsfeld der Kernenergiekontroverse*, 1984, 88 *et seq.*

²⁶ “Technischer Prozess und politische Ordnung”, *Studium Generale* 22 (1969), 849 *et seq.*, 852.

²⁷ *Staat der Industriegesellschaft, op. cit.* (note 25), 84.

²⁸ “Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation“ (1961) in: *idem, Auf der Suche nach Wirklichkeit*, 1964, 442 *et seq.*, 453; cf. I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 1976, 23 *et seq.*; N. Stehr, *Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften*, 1994, 422 *et seq.*

²⁹ Cf. M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997, 300 *et seq.*; M. Bach, *Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa*, 1999, 46 *et seq.*

apportion truly “political” questions to democratically legitimate decision-makers.³⁰ Ipsen rejected the broader ideas of federal integration and early interpretations of the Community as a mere international organisation. He saw Community law as a *tertium quid* between (Federal) State law and international law that was constituted and adequately legitimated through its “technical tasks”.³¹

3. Interim Summary

Ordo-liberalism and functionalism represent patterns of rationality that do not require parliamentary democratic confirmation; they are as divergent and contradictory as “domestic” answers to the problems of the economic constitution. *Both* conceptions had their *fundamentum in re*. And both experienced their limits. The *ordo*-liberal vision of a Community-wide constitution for the competitive economy could not consolidate its partial successes. Nor could the Common Market be achieved by the legislative means so visibly constrained by the unanimity rule of Article 100 and with the underdeveloped administrative resources at the disposal of the Community.³² These impasses were not overcome until the (now legendary) internal-market initiative of the Delors Commission³³ and the 1987 Single European Act. The integration project acquired new dynamics and its institutional framework again underwent substantial change following the conclusion of the Maastricht Treaty. Both concepts of integration – the *ordo*-liberal and the neofunctionalist – went through fundamental revisions in this process.

As the next section will show, victory went to neither one nor the other. The practice of integration policy instead transformed the internal market into a polity. It was admittedly a polity in which “moral-practical

³⁰ Cf. H.P. Ipsen, *op. cit.* (note 20), 1045; Ipsen always kept to these distinctions; cf. „Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der EG”, in P. Badura/R. Scholz (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, 1993, 425 *et seq.*

³¹ M. Kaufmann, *op. cit.* (note 29), 300 *et seq.*; 312 *et seq.*; M. Bach, *op. cit.* (note 29), 1999, 38 *et seq.*

³² Cf. in detail Ch. Joerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier, *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Gemeinschaft*, 1988, 239 *et seq.*, 305 *et seq.* (= *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards*, <http://www.iue.it/LAW/WP-Texts/Joerges91/>, chapters 3 and 4).

³³ Commission White Paper to the European Council on completion of the Internal Market, COM(85) 310 final, 14 June 1985.

reason” was far from realizing a legal constitution that would, in a Kantian sense, make it “*liebenswürdig*” (worthy of love) for its constituency.³⁴

II. The Institutionalisation of the Internal Market

Claus-Dieter Ehlermann was involved in all of this, as both a participant and an observer. As a scholarly practitioner he took a politically sensitive and legally precise position on the institutional changes that will be discussed below.³⁵ All the questions concerning the public responsibility of law and the responsibility of the lawyer presented themselves to him.

1. *The Community as Market without State?*

Protagonists presented the internal-market initiative as a programme to liberalise and modernise Europe’s economy by dismantling anti-competitive regulatory structures. The result was to be an intensification of competition.³⁶ The ECJ had initiated and confirmed institutional innovations³⁷ – especially the extensive interpretation of the four freedoms and the principle of mutual recognition – that were to overcome the cumbersome nature of Community harmonisation procedures; they seemingly made the adoption of uniform regulations superfluous and instead encouraged a degree of regulatory competition that, it was hoped, would lead to optimal – though not necessarily uniform – levels of regulation.³⁸ Even the transition to qualified majority voting in the SEA was perceived as a means to further the deregulatory agenda.³⁹ When the ECJ also rediscovered Article 5 as a way in which to guarantee the primacy of EC competition law over anti-competitive national systems, the neo-liberal

³⁴ “Gemeinspruch”, *op. cit.* (note 1), 172.

³⁵ See esp.: “The Internal Market Following the Single European Act”, C.M.L.Rev. 24 (1987), 361 *et seq.*; “Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten”, in: *Du droit international au droit de l’intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, 205 *et seq.*

³⁶ Among many, see Moravcsik, “Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional State Craft in the European Community”, *International Organization* 45 (1991), 19 *et seq.*, with further references.

³⁷ Case C-120/78, *Rewe-Zentrale AG. v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] ECR 649 – *Cassis de Dijon*.

³⁸ Quite representative here was: Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Stellungnahme zum Weißbuch der EG über den Binnenmarkt*, 1986 (BMWi-Studienreihe, Vol. 51).

³⁹ Cf. the analysis by R. O. Keohane/St. Hoffmann, “Institutional Change in Europe in the 1980s”, in: *idem* (eds.), *The New European Community. Decision Making and Institutional Change*, 1991, 1 *et seq.*

vision of a supranational European economic constitution seemed to grow even stronger.⁴⁰

But these expectations were quickly disappointed.⁴¹ Even in the wake of the *Cassis* case law, freedom-based “negative” integration could still only be implemented to a limited extent, and completion of the internal market remained dependent on legislative support. The principle of mutual recognition and the conveyance of monitoring tasks to the country of origin remained similarly dependent on administrative fine-tuning. The demand that economic policy be bound through *legal* means was rejected with the Maastricht Treaty’s strengthening of industrial policy.⁴² Ehlermann, already Director-General of Directorate-General IV, responded to criticisms of the Community’s practices from *ordo*-liberal quarters.⁴³ He used historical and legal arguments drawn from positive law, as well as constitutional policy:

⁴⁰ Cf. the exhaustive assessment of the so-called Van Eycke case law (Case 267/86, Van Eycke v. Aspa, [1988] ECR 4769) by the German Monopoles Commission: 8. *Hauptgutachten der Monopolkommission 1988/89*, BT-Drs. 11/7582 v. 16.07.1990, 389 *et seq.*, 408 *et seq.*

⁴¹ On this see in more detail Joerges, “Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty”, in: R. Dehousse (ed.), *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?*, 1994, 29 *et seq.*, 41 *et seq.* and earlier Joerges, “Paradoxes of deregulatory strategies at Community level: The example of Product Safety Policy”, in: G. Majone (ed.), *Deregulation or reregulation?: Regulatory reform in Europe and in the United States*, 1990, 176 *et seq.*

⁴² For a detailed treatment see W. Sauter, *op. cit.* (note 7), 43 *et seq.*, 93 *et seq.*

⁴³ Streit/Mussler, “The Economic Constitution of the European Community – From ‘Rome’ to ‘Maastricht’”, *ELJ* 1 (1995), 5 *et seq.*; Behrens, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, in: G. Brüggemeier, *op. cit.* (note 41), 73 *et seq.*; W. Mussler, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, 1998, 166 *et seq.*

“...Constitutions have to be open for the pursuit of different economic policies. Otherwise there would be no constitutions agreed by different political parties or states. Consensus building is an indispensable element of any political system, whether at the regional, the national, or the European Union level”.⁴⁴

Is this merely the typical indifference of Germany’s public law disciplines to the concerns of the *ordo*-liberals?⁴⁵ There is more to Ehlermann’s insistence on constitutional openness in the organisation of the economy. His objection that no *ordo*-liberal economic constitution can be found in the treaties is just one part of the argument that Europe must come to terms with a *plurality* of visions on the proper *ordo* of Europe’s economy. European constitutionalism must strive for a legal framework within which the “varieties of its capitalisms”, and the pluralism of the values they represent, can be addressed and subjected to public contemplation.

2. Europe as “Regulatory State”?

Because the Internal Market could not be completed through a deregulation strategy and instead sparked a new wave of juridification, the legitimacy of “positive integration” had to be considered with renewed urgency.⁴⁶ SEA’s majority rules had made the new activism possible, but they no longer permitted Community legislation to be traced back to democratically accredited decision-makers (as had been the case under the unanimity rule).⁴⁷ It was therefore all the more important to find an alternative conceptual basis for European policy.

Such a conception was available in Ipsen’s special-purpose association theory. This very early model was most fascinatingly renewed outside Europe’s legal community by Giandomenico Majone’s conceptualisation of Europe as a “regulatory state”. Majone started to

⁴⁴ “Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler: The Economic Constitution of the European Community – From ‘Rome’ to ‘Maastricht’”, *ELJ* 1 (1995), 84 *et seq.*, 85.

⁴⁵ Section I.1. above.

⁴⁶ Penetratingly: Steindorff, “Quo vadis Europa? Freiheiten, Regulierung und soziale Grundrechte nach den erweiterten Zielen der EG-Verfassung”, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (ed.), *Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der Marktwirtschaft*, 1992, 11 *et seq.*

⁴⁷ *Cf. esp.* Weiler, “The Transformation of Europe”, *Yale L.J.* 100 (1991), 2405 *et seq.*, 2453 *et seq.*

present this idea in the late eighties;⁴⁸ he has gradually and systematically extended and deepened it ever since.⁴⁹

Ipsen will scarcely have recognised Majone, and Majone did not refer to the work of the German jurist until his own theory was already mature.⁵⁰ But the two authors are intellectually akin. Both see the strength of the integration project in the problem-solving capacity of European institutions. The “technical tasks” (*Sachaufgaben*) contemplated by Ipsen correspond to the “regulatory policies” that Majone believes must accompany the development of the internal market. Both authors share the view that the proper performance of such tasks must rely on expert knowledge, and both call for the European institutions to be quarantined from political influences. After the adoption of the Internal Market programme, Majone argued that the Community’s system of governance ought to rely “non-majoritarian” institutions – the Commission itself and new independent agencies based on the American pattern – that could be trusted to deal successfully with complex regulatory issues. This would not make Europe into a non-democratic project. Even within democratic constitutional States, regulatory policy-making should be protected from political interference.⁵¹ Within the Community, a clear autonomization of the “fourth branch of government” seems the only conceivable response to the diversity of regulatory traditions in Europe and the regulatory needs of the integrating market. Ideally, the non-majoritarian institutions of the European polity would complement the majoritarian institutions of the Member States. At the European level, the focus should be primarily on regulatory policy; distributional questions (welfare state policies) should be decided and pursued at the Nation-State level, where such truly political decisions can be legitimised in majoritarian terms.⁵²

⁴⁸ “Regulating Europe: Problems and Perspectives”, *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 3 (1989), 159 *et seq.*

⁴⁹ For an interim summary see G. Majone, *Regulating Europe*, 1996; but the edifice keeps growing steadily; *cf.* among the latest complements Majone/Everson, “Institutional reform: independent agencies, oversight, coordination and procedural control”, in: O. De Schutter/N. Lebessis/J. Paterson (eds.), *Governance in the European Union*, 2001, 129 *et seq.*; Majone, “Non-majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach”, *JITE* 157 (2001), 57 *et seq.*

⁵⁰ Majone, “The European Community: ‘An Independent Fourth Branch of Government?’”, in: G. Brüggemeier, *op. cit.* (note 41), 23 *et seq.* (notes 1 and 2).

⁵¹ G. Majone, *Regulating Europe*, *op. cit.*, 284 *et seq.*

⁵² The intellectual kinship has since often been pointed out, sometimes in such a way that does justice to neither sibling. Majone’s theoretical foundations are individualistic, thought through in a different way from Ipsen’s borrowings from American neo-

Conceptualising Europe as a “regulatory state” means the extensive disempowerment of the nation States, even if the latter remain solely competent for the sensitive area of redistributive policies. This cannot be approved by those who (like the German constitutional court in its Maastricht judgment)⁵³ wish, in principle, to protect the constitutional State against erosion of its powers.⁵⁴ In the European institutional structure, a transfer of regulatory tasks to independent European agencies would weaken the Commission. Despite its readiness to promote the establishment of new types of agency,⁵⁵ it is hence unsurprising that the Commission has been careful not to lose control of the formal power for regulatory decisions. The most recent example is found in its proposals for a European Food Authority.⁵⁶

It is not the proper role of the Commission’s legal service to take an explicit stance towards the social-theory premises of integration-policy concepts. It is equally incorrect for Commission officials to become involved in political disputes. However, both have a duty to point to incompatibilities between institutional ideas and the law in force, even where the law represents only a sort of *acquis communautaire doctrinal*.⁵⁷ It is not a comfortable position. How can the Commission’s lawyer avoid theoretical depths and political traps?

functionalism on the one hand and German constitutional theory on the other; on Majone, see Joerges, “Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer”, ELJ 5 (1999), 147 *et seq.*

⁵³ BVerfGE 89, 155 (1993); English translation [1994] C.M.L.Rev. 57.

⁵⁴ Most recently and emphatically see once again Kirchhof, “Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?”, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 1032 *et seq.*

⁵⁵ See the survey in Vos, “Reforming the European Commission: What Role to Play for European Agencies”, C.M.L.Rev. 37 (2000) 1113 *et seq.*

⁵⁶ Cf. the proposal for a Directive of the European Parliament and the Council laying down the general principles and requirements for foodstuffs law, on the establishment of a European Food Authority and the laying down of food safety procedures, COM(00) 716 final, 8.11.2000.

⁵⁷ This figure was identified and criticized, albeit not by this name, by Schepel/Wesseling, “The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe”, ELJ 3 (1997), 165 *et seq.* as a consensus-producing mechanism of a (closed) “epistemic community” in European legal dogma. A legalistic doctrinal tradition that manages “in strict legal terms” to disregard theoretical and political difficulties of law in the integration process indeed exists. It is no longer sufficient, even and especially if Europe is to go further as a “legal community” (*cf.* III. below, end).

Ehlermann's positions on the construction of independent European agencies have concentrated on the area of competition policy.⁵⁸ They certainly do not content themselves with restatements of the primary law *tel quel*, such as the principle of institutional balance or the anti-delegation messages of the Meroni-Doctrine.⁵⁹ Nor do they invoke the conceptual underpinnings of the German plea for an independent European Antitrust Office. Nobody should expect, Ehlermann explained, that adoption of the German institutional model at the Community level would ensure compliance with the *ordo*-liberal regulatory philosophy.⁶⁰ Ironically, adoption of that model might work against the intentions of its proponents. Under the present Community system, the Commission is responsible for the discretionary ("political") dimensions of competition law. Delegating such tasks to a new office would provoke new *political* (not merely legal) demands for participation.⁶¹

These arguments in favour of the *status quo* are followed by a plea for innovation: those wishing to strengthen the autonomy of competition policy at Community level and in the Member States ought to work towards strengthening the position of the competition Directorate-General as a collegial body within the Commission. References to the "context" of European legal policy ought not simply be interpreted as complacent (real)-political readiness to compromise. Instead, they recall insights into the internal structures of the European legal system and its operation. It would be senseless to lose sight of such conditions. And this is exactly what it means to master the tensions between theory and practice: to "comply" in practice with the normative *proprium* of law requires an understanding of the law's non-judicial context.

⁵⁸ Esp.: Ehlermann, "Reflections on a European Cartel Office", C.M.L.Rev. 32 (1995), 471 *et seq.* (= "Überlegungen zum Europäischen Kartellamt", in: *Festschrift für Ulrich Everling*, Vol.1, 1995, 283 *et seq.*). For an updated retrospective on the agency debate in antitrust law and its further development see R. Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, 2000, 168 *et seq.*, 174 *et seq.*

⁵⁹ Case 9/56, Meroni & Co. Industrimetallurgiche S.p.A. v. High Authority of the ECSC, [1958] ECR 133; Case 10/56, Meroni & Co. Industrimetallurgiche S.p.A. v. High Authority of the ECSC, [1958] ECR 157 (however serious the delegation problem may be – see III below – its legal underpinning by these decisions from the early stages of Europe is just as unsatisfactory; for more, see Joerges/Schepel/Vos, "'Delegation' and the European Polity: The Law's Problems with the Role of Standardisation Organisations in European Legislation", EUI Working Paper in Law 9/99 (http://www.iue.it/PUB/law_fm.html/pdf-file)).

⁶⁰ *Op. cit.*, 476.

⁶¹ *Op. cit.*, 477, 481.

In which academic discipline can insights of this type be located? They have no disciplinary *Heimat* at all. They are neither purely empirical or analytical, nor purely normative or doctrinal. If anything, they reside somewhere in the undefined world of the interdisciplinary. Unsurprisingly, Ehlermann was an early proponent of socio-legal studies dealing with the “implementation” of European law⁶² (which, under the heading of “compliance” research, are now bringing international relations and international law research on the “legalisation” and “juridification” of the international system back into European arenas). It can hardly be disputed that it is the job of a scholarly legal practitioner to point out such extra-legal conditions for the validity of law to both theory and politics. But this has to mean that we must dispense with the notion that the law possesses an institutional model (that can simply be extended and implemented to avoid all difficulties) to guide the maintenance of its effectiveness within the internal market. The incremental pragmatism encapsulated by Ehlermann’s arguments only becomes normatively attractive when it focuses on an institutional learning process in which, to again cite Kant, “moral-practical reason will eventually ... be victorious after many failed attempts”.⁶³

3. “Comitology” as the Master Institution in the Internal Market?

It is easy to provide evidence that the regulatory patterns of the internal market (that have *de facto* formed in the course of its “completion”, and that are developing further) do not fit the blueprints of the theoretical designs just outlined. It is far harder to prove the more far-reaching assertion that these developments contain the potential for a concept of legitimate governance that is also convincing in normative terms. Is the inexhaustible flow of norms a response to the functional conditions of the internal market? Do the regulatory concerns pursued thereby seem justified, or at least plausible? Or is this regulatory activism less an expression of market failure than a failure of the State and of bureaucracy, with the latter simply yielding to the interest-led demands of regulated branches of the economy, or of alliances of industrial and administrative protagonists at the national or supranational level?⁶⁴ Is this perhaps all happening at once? To the degree

⁶² Ehlermann/Krislow/Weiler, “The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community”, in: M. Cappelletti/M. Seccombe/J.H.H. Weiler (eds.), *Integration through law: Europe and the American federal experience*, Vol. 1, Book 2, 1986, 3 *et seq.*

⁶³ “Gemeinspruch”, *op. cit.* (note 1), 172.

⁶⁴ According to a much quoted but now rather hoary statement by Jacques Delors (Speech to the European Parliament on 4.7.1988, EC Bulletin 1988, 7/8, 124), the

that one avoids the search for causes and is content with statements about the content of internal-market law, the evaluation is easier. Some findings are largely undisputed:

(1) The institutional framework conditions and finely-tuned legal structures for the internal market exist throughout Europe to an astonishing degree.⁶⁵ The best-known examples are the product regulations that protect consumer and health interests, and that often comprise safety-at-work issues and environmental concerns. Here the provisions of Article 100a (3) SEA, and the rights of Member States with high regulatory aspirations “to go it alone” (ex Articles 100a(4), 118a(3), 130t), ensured that the opening of markets was accompanied and supported by the adoption of sophisticated regulatory machinery. And even in private and economic law, the “completion” of the internal market was marked by a growth and steady refinement of the patterns of economic regulation and new consumer protection policies. The originally envisaged mutual recognition of mandatory national law was thoroughly alienated by the partial unification of supervisory rights, by the implementation of measures to co-ordinate the practice of national supervisory bodies, and by the Member States’ reservation of rights to protect their general interests.

(2) The Community does not itself have the resources to generate standards and it lacks the administrative powers necessary to implement legally binding rules in Member States. It must therefore try to compensate for these shortcomings. For that reason alone, the Commission must promote the development and co-ordination of national certification bodies as it develops product safety standards that co-operate with the European standardisation organisations. It must also operate through a dense network of committees in which

economic law in force in EC Member States is to a large degree (80%) enacted or brought into being by the Community (formally speaking). Delors rejected complaints about his bureaucracy’s regulating-mania [“Europa im Umbruch. Vom Binnenmarkt zur Europäischen Union”, in: Kommission der EG (ed.), *Europäische Gespräche*, Heft 9, 1992]: of 100 Community law-making initiatives, only 8 were truly to be attributed to the Commission. In 92% of cases, his officials were taking up concerns of Member States – and 70% of cases saw the Community taking up law-making concerns of the Federal Republic (*op. cit.*, 12).

⁶⁵ In great detail see V. Eichener, *Das Entscheidungssystem der Europäischen Union. Institutionelle Analyse und demokratietheoretische Bewertung*, 2000; specifically on labour protection see A. Bückler, *Von der Gefahrenabwehr zu Risikovorsorge und Risikomanagement im Arbeitsschutzrecht*, 1997; on foodstuffs law S. Schlacke, *Risikoentscheidungen im Europäischen Lebensmittelrecht*, 1998.

Member State administrative experts, and also independent scientists and representatives of economic and social interests, collaborate.

(3) While the integration process has restricted the autonomy of national policy, it has also opened new possibilities. Formally, this can be seen in the fact that European directives regularly provide for “safeguard procedures” that allow objections to decisions and that may lead to revisions. Art. 100a(4) (now 95) allowed nations to independently approach the conditions it regulates in more detail. By the same token, all these reservations for national policy-making provide opportunities for learning and action. The restriction of national autonomy compels the taking of “foreign” interests into account; and, conversely, self-regarding regulatory concerns can be “exported” beyond one’s own territory.

Neither “the market” nor a “fourth (regulatory) branch of government” has been victorious in the process of regulatory competition within the internal market; a web of regulatory, scientific and advisory committees prevails instead.⁶⁶ This committee governance has been criticised as an infranational nightmare,⁶⁷ defended as a technocratic/bureaucratic normality,⁶⁸ and praised as new type of transnational governance (a new “deliberative”, rather than “hierarchical”, supranationalism).⁶⁹ Europe’s regulatory resources were successfully pooled within comitology structures. Member States have retained participatory rights, scientific committees have become involved, and public observation of committee work has been strengthened. All these factors are said to ensure a sort of pluralism of opinion in critical questions,

⁶⁶ For a detailed stock-taking cf. Falke, “Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung”, in: Ch. Joerges/J.Falke (eds.), *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, 2000, 43 et seq.

⁶⁷ Weiler, “Epilogue: ‘Comitology’ as Revolution – Infranationalism, Constitutionalism and Democracy”, in: Ch. Joerges/E. Vos (eds.), *EU Committees. Social Regulation. Law and Politics*, 1999, 339 et seq.; *idem*, “Prologue”, *op. cit.* (note 6), 9 et seq.

⁶⁸ W. Wessels, *Die Öffnung des Staates. Modelle und Wirklichkeit grenzüberschreitender Verwaltungspraxis 1960-1995*, 2000, 195 et seq.

⁶⁹ Joerges/Neyer, “From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology”, 3 (1997) ELJ 273 et seq.; for an in many respects convergent recent study cf. Larsson/Maurer, “The Committee System. Legitimacy, Citizen’s Perceptions and Acceptance of the EU-System of Governance”, a contribution to the project on “Governance by Committee, the Role of Committees in European Policy-Making and Policy Implementation” at the European Institute for Public Administration (EIPA), Maastricht, accessible at http://eipa.nl.com/public/public_publications/current-books/WorkingPapers/ResearchPapers/chap_5.pdf.

of a kind that is not attained in national settings. The non-unitary character of the European polity, and the lack of a hierarchical structure in the “political Administration” of the common market, have favoured “deliberative” modes of problem solving. These considerations have not arisen in that form in the legal debates that have accompanied comitology for decades (notably, the debates about the institutional role of the Commission, the Member States and the European Parliament).⁷⁰ They are of relatively recent origin,⁷¹ but are arguably supported by a steadily intensifying juridification of committee procedures.⁷² We shall return to this forthwith. First, however, it is worth looking back in time.

Ehlermann first stated his position on comitology 30 years ago⁷³ in a comment on the ECJ’s Köster decision.⁷⁴ The Court had just legalised the regulatory committee procedures in the agricultural sector and had left the Council “free” as to whether it wished to transfer implementation measures to the Commission pursuant to Article 155 (now 211) in order to also grant it the right to determine the “modalities” of the exercise of transferred powers. Ehlermann’s comment is admirable for the legal elegance with which it throws light on the ECJ’s positions, and the practical intelligence with which it displays the possibilities arising from formal law. The fact that the Council could itself maintain control of implementing powers changed nothing because, “in the light of its composition and working methods, formal powers and practical working in accordance with the EEC Treaty, it is not entitled to exercise such powers to any great extent—far less daily”.⁷⁵ *De facto*, the administrative committee procedure had strengthened the Commission’s position. And, in the regulatory committee procedure too, the

⁷⁰ Cf. E. Vos, *Institutional Frameworks of Community Health and Safety Regulation: Committees, Agencies and Private Bodies*, 1999, 110 *et seq.*; Haibach, “The History of Comitology”, in: M. Andenas/A. Türk (eds.), *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, 2000, 186 *et seq.*

⁷¹ But see Roethe, “EG-Ausschußwesen und Risikoregulierung – ein Problem von Handlungsstruktur und Rationalität”, EUI Working Paper LAW 94/7.

⁷² Cf. for a survey of the case law Falke, *op. cit.* (note 66); Joerges, “‘Good Governance’ Through Comitology?”, in: Ch. Joerges/E. Vos, *op. cit.* (note 67), 311 *et. seq.*, 332 *et seq.*; L. Azoulay, “Les garanties procédurales en droit communautaires. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement”, PhD Thesis, EUI, Florence, 2000, part II. – Noteworthy in a now sizeable chain of decisions is Case T-188/97, Rothmans International v. Commission, [1999] ECR II-2463.

⁷³ “Institutionelle Probleme im Bereich der Durchführung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts”, *Europarecht* 1971, 250 *et seq.*

⁷⁴ ECJ, Case 25/70, Einfuhr und Voratsstelle für Getreide und Futtermittel v. Köster, Bertodt & Co., [1970] ECR 1161.

⁷⁵ *Op. cit.*, 260.

Council's powers of intervention remained insignificant.⁷⁶ Such discrepancies between form and function are the matter from which innovations can be derived. Specifically, the comment pleads for recognition of a transnational governance structure that the EEC Treaty had not granted. That would have been questionable if this step had not also been reflected upon, but the "Community's organisational structure", the comment continues, is "not rigid, but elastic" in secondary law. It would be respected if the Commission – "*per definitionem* an executive organ" – were to be allocated a key role in "implementing" internal-market law.⁷⁷

III. "Good Governance" in the Internal Market?

This essay started with a look back at two German theoretical traditions, the *ordo*-liberal idea of an economic constitution ("supreme" to and, by the same token, stabilising the political constitution) on the one hand, and constitutional and public law's indifference to the economic system and "organised capitalism" on the other. The traditions worked alongside each other, and both developed European perspectives. *Ordo*-liberalism managed this organically and without a break, while the traditions prevailing in *Staatsrecht*, constitutional and administrative law first had to subscribe to a technocratic, functionalist rationality.

⁷⁶ *Op. cit.*, 256; 257.

⁷⁷ *Op. cit.*, 260. – The next round of the debate on comitology concerned the Council's freedoms after the reformulation of Art. 145 (now 202) by the SEA, and the Commission's efforts at strengthening its executive powers, in which it found support from the European Parliament – which failed in the Council (Council Decision 87/373/ECC of 13.7.1987 laying down the detailed rules for exercise of implementing powers transferred to the Commission, OJ L 197/1997, 33). Unexcited by this, but not exciting either, is Ehlermann, "Compétences d'exécution conférée à la Commission – la nouvelle décision-cadre du Conseil", *Revue du Marché Commun* 316 (1988), 232 *et seq.*; on the context see Ch. Joerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier, *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, 1988, 377 *et seq.* (in English: <http://www.iue.it/LAW/WP-Texts/Joerges91/>, chapter 4.5).

These two integration concepts further developed as they made internal-market policy more dynamic. But regulatory theory and the conceptualisation of Europe as a “regulatory state” continued to be separate. Both remain topical in the world of theories. Their theoretical dispute has not been settled and practice has not acted as an umpire. It has instead discovered and taken a third way: the European committee system.

This hybrid phenomenon has not just overcome the dichotomies between *ordo*-liberalism and functionalism. It has also prevailed over a second dichotomy: the contradiction between supranationalism and intergovernmentalism.

This second achievement is at least as noteworthy as the first, and is connected to it.

1. Supranationalism and “Infra-nationalism”

When discussing the validity claims of European law, distinctions have always been drawn between primary and secondary law, and the various stages of the integration process. The analytical justification for, and the normative significance of, such distinctions deserves a more thorough explanation than the brief one that follows.⁷⁸

1.1. Conventional Supranationalism, or “Deliberative Supranationalism I”

In its formative phase, European law emancipated itself from its intergovernmental treaty origins and was able to establish itself as an autonomous body of law. Member-State citizens were given freedoms that they could use against their own constitutionally valid laws. The States were required by (especially) Article 30 to open their borders. Competition law made the same demand of firms. The history of the recognition and shaping of all these principles is well known.⁷⁹ It does not need rewriting, but it can be supplemented.

The history of European integration is not just a response to the dramatic historical failures of European nation states. Supranational law is

⁷⁸ For more details see Joerges, “Transnationale deliberative Demokratie oder deliberativer Supranationalismus?”, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 7 (2000), 145 *et seq.* (=“Deliberative Supranationalism’ – A Defence”, *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 5 (2001) N° 8; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-008a.htm>), Joerges/Sand, *Constitutionalism and Transnational Governance*, <http://www.iue.it/LAW/joerges/transnationalism/project.htm>, together with “Das Recht im Prozess der Konstitutionalisierung Europas”, *EUI Working Papers Law* No. 2001/6.

⁷⁹ *Cf. masterly Weiler, op. cit.* (note 47), 2410 *et seq.*

also to be understood as a correction of, as it were, systematic “nation state failures” that can primarily be seen in the unavoidable extraterritorial effects that any national policy will impose on “foreign” communities. It is not possible to justify the burdens that States – even constitutional democracies” – unilaterally impose on other polities. “No taxation without representation” is a principle that conveys a supranationalism requiring the Member States to take the interests and concerns of non-nationals into account within their national polities. The case law on Article 30 (now 28) has repeatedly and convincingly demonstrated how the idiosyncrasies of individual States can be identified and – “in a way that safeguards autonomy and is compatible with the treaties”⁸⁰ – can be reduced to civil proportions. In this sense, supranationalism guarantees the *political* (not just the economic) rights of Community citizens. It does not *create* a democratic deficit, but rather mitigates it.

1.2. “Infranationalism” or “Deliberative Supranationalism II”

However, this is only one part of the process. The very same measures that aim to break down barriers to trade and Europeanise markets, and the very controls that curb individual State’s interests and approaches, have had effects that jeopardized the objectives of the proponents of both “negative” and “positive” integration strategies. They have furthered the emergence of transnational governance structures situated between national and European law. These structures have become effective and developed a logic of their own. Social actors have learned adjust to, and make use of, a transnational reality that can no longer be nationally contained. These “infra”-national”⁸¹ structures break through the forms of intergovernmental action and supranational decision-making allowed by European law. It was not a coincidence that the rise of comitology became truly unstoppable only *after* the Single European Act: it was with the SEA that infranationalism was stopped. This can be explained, and may even be justified (provided that the committee procedures are successfully constitutionalized), as a means of guaranteeing a deliberative quality of opinion-formation and decision-making.⁸² This is a strong and adventurous conclusion.

⁸⁰ Scharpf, “Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik der Europäischen Mehrebenenpolitik”, Diskussionspapier MPI für Gesellschaftsforschung Köln, 93/9.

⁸¹ For a more elaborate explanation of the term cf. J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. „Do the New Clothes have an Emperor?” and other Essays on European Integration*, 1999, 98 and 270 *et seq.*

⁸² See the references in notes 70, 72, 79.

2. Alternatives

Before pronouncing that this conclusion is illusory, or rejecting it on normative grounds, one should compare it with the available alternatives. It is instructive to recall Carl Schmitt's destructive criticism of parliamentarism.⁸³ "Legislative delegation" had appeared in all quarters to enable "simplified" decision-making procedures, and it was unavoidable.⁸⁴ Accordingly, Schmitt suggested, the "sharp distinction between legislature and executive"⁸⁵ was outdated, and all attempts to limit delegation in an adequately definitive way were doomed to failure.⁸⁶ Much could be levelled against this argument, but not every possible objection also stands up in the European context.

- 1) "Delegation" can have a variety of justifications, and it takes correspondingly different forms. What is involved is, partly the stabilisation of policy commitments, and partly the introduction of expert knowledge. These are the grounds that guide Giandomenico Majone in his plea for a European "regulatory state".⁸⁷ The reservations against this concept ought not imply that these grounds are not generally viable, but that Majone's institutional conceptions cannot take adequate account of the ethical and normative dimensions of regulatory policies and the resulting claims to political participation.⁸⁸
- 2) The assertion that delegation cannot be limited in ways that can be legally monitored and controlled by parliament goes too far. Yet such dilemmas do arise in the European context. If it started in the Member States, "parliamentarization" would lead to a denationalisation of regulatory policy. If it sought to introduce the European Parliament as

⁸³ Cf. Section I.2. above.

⁸⁴ *Op. cit.* (note 22), 252.

⁸⁵ *Op. cit.* 260, see 266.

⁸⁶ *Op. cit.*, 264 *et seq.*

⁸⁷ Section II.2. above; specifically for Majone's views on the delegation issues, cf. his "Ideas, Interests and Institutional Change: The European Commission Debates the Delegation Problem", Typescript, Florence, 2001; for an instructive overview on the debate in political science cf. Tallberg, "Delegation to Supranational Institutions: Why, How, and with What Consequences?", forthcoming in the special issue of *West European Politics* on "The Politics of Delegation to Non-Majoritarian Institutions in Europe".

⁸⁸ See Section II.2. above.

the supreme authority, it would fail to take account of the Union's pre-federal status.⁸⁹

3. Good Governance?

We are left with a reality of infranationalism and its institutionalisation in the European committee system. Is the factual also reasonable? The answer depends partly on the causes that seem to make the rise of committee governance so irresistible. These become clear if one looks at the failure of all the attempts to classify committee action into the available categories of national and European administrative law. The committees do not represent a hierarchically organised "administration" that would function as the transmission belt of some sovereign's will. The Commission is not the executive head of the committee system, nor can the representatives of national governments act as its principal. The committees act under the "constraint" of consensus; they must reach decisions in the absence of unitary inspiration. These are necessarily creative solutions to problems in which conflicting interests have to be reconciled, cultural differences overcome and normative questions clarified. In light of this, it does not seem appropriate to call committee action "executive law-making".⁹⁰

"Governance" has become a fashionable word,⁹¹ but is nonetheless a better category. It fits the normative and political complexity of

⁸⁹ One has, of course, also to bear in mind the practical difficulties for Parliament to truly involve itself in the day-to-day business of the committees; see Falke, "Komitologie", *op. cit.*, (note 66), 94 *et seq.* This militates in favour of assigning the European Parliament powers of investigation and assessment on the model of the American congressional committees, as was so successful in the case of the BSE crisis; *cf.* Joerges, "'Good Governance' Through Comitology?", in: Ch. Joerges/E. Vos (eds.), *op. cit.* (note 67), 311 *et seq.*, 326 *et seq.*

⁹⁰ Falke/Winter, "Management and regulatory committees in executive rule-making", in: G. Winter (ed.), *Sources and Categories of European Union Law. A Comparative and Reform Perspective*, 1996, 541 *et seq.* The notion of "governmental law-making" which A. v. Bogdandy (*Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, 2000) presents as an empirically and normatively superior alternative, does not capture the *problématique* of Europe's governance without government; this, *v.* Bogdandy (*op. cit.*, 495) readily admits – and it remains to be seen how he will "Europeanize" his concept.

⁹¹ There is now even an official definition: "'Governance' will be taken to encompass rules, processes and behaviour that affect the way in which powers are exercised at European level, particularly as regards accountability, clarity, transparency, coherence, efficiency and effectiveness". The "interdependence and interaction between various

“implementing” Community law. Implementation does not occur outside any law. The rules and principles of primary law that the Member States must comply with in dealing with regulatory differences remain effective, and the immediately applicable freedoms develop horizontal effects. Even if they are still rather rudimentary, there are transparency guarantees, participatory rights and possibilities for redress. There are established political actors and institutions – the Member States’ governments, the European Parliament, the European Commission – that have retained autonomous powers and are, if operating in co-ordination, quite well equipped to supervise the committee system and its performance.⁹² The pluralism built into the system ensures that national bureaucracies have to deal with the positions of their neighbour States, that interests and concerns in Member States cannot be filtered out, and that heterogeneous types of knowledge and conflicting viewpoints have to be taken into account in decision-making.

Two groups of objections can be suggested. First, even in the areas covered by the comitology decision,⁹³ the committee system appears to be a bureaucratic, technocratic and (at best) “cameralistic” affair, in which officials and experts determine the common good at a far distance from those concerned by these decisions.⁹⁴ Yet the transparency of committee work has improved enormously. This is partly due to use of the Internet,⁹⁵

powers at multiple levels” is emphasized just as much as “the involvement of regional, local and non-governmental actors in the policy-making process” (White Paper on European governance. ‘Enhancing democracy in the European Union.’ Working Programme”, SEC (200) 1547, 7 final 11.10.2000, 4; <http://europa.eu.int/comm/governance/work/en.pdf>): *cf.* Steinberg, “Governance-Modelle in der Politikwissenschaft und Möglichkeiten Ihrer verfassungsrechtlichen Umsetzung”, WHI Working Paper 6/99 – www.rewi.hu-berlin.de/WHI/; the definition in the final version of the White paper runs more simplistically: “‘Governance’ means rules, processes and behaviour that affect the way in which powers are exercised at European level, particularly as regards openness, participation, accountability, effectiveness and coherence”, European Governance. A White Paper, COM(2001) 428 of 25.7.2001 fin.

⁹² See references in note 72 *supra*.

⁹³ Now Council Decision 1999/468/EG, 28.6.1999 laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission, OJ L 184/1999, 23.

⁹⁴ *Cf.* Gerstenberg/Sabel, “Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?” (2000), <http://www.law.columbia.edu/sabel/papers.htm>; but see more recently at the same site Sabel/Cohen, “Sovereignty and Solidarity in the EU: A Working Paper Where We Face Some Facts” (2001).

⁹⁵ Information is easily accessible (*e.g.* from sanco-news@cec.eu.int) and is conveyed transparently.

and partly – and more importantly – due to intensified observation by a variety of constituents. As a rule, it is not just the harmonisation of interests and clear-cut normative issues that is involved, but usually issues that cannot be meaningfully addressed without resorting to expertise despite their trans-scientific and normative dimensions. Issues of this type cannot be settled through voting or by authoritative fiat. They require deliberations that must take into account the whole range of available expert knowledge, and that ensure that qualitatively different types of expertise and experience are brought to bear.⁹⁶

Weiler is very decisively against the idea of constitutionalizing the committee system.⁹⁷ Interestingly enough, his philippic does not question the performance of comitology. He characterises comitology with some disrespect: as “a new sub-atomic particle, a neutrino or a quark”.⁹⁸ This can probably best be understood in Weiler’s own categorical world. From his first publications about European supranationalism⁹⁹ to his latest studies of the WTO,¹⁰⁰ one can see in his work a dualism in which law and politics are mutually interdependent. This interdependence is necessary, but also fragile. The originality, not to mention genius, of Weiler’s analysis of the EU system lies in this very ambivalence. “Politics” is the medium of intergovernmentalism, whereas supranational law reigns outside that domain through its genuinely normative operation. The equilibrium established between law and politics is, as can be seen from all his later works, always precarious.

“Infra-nationalism” denies this dichotomy; it mixes intergovernmentalism and law. The institutional form it has taken in the committee system seems hybrid, the term “deliberative supranationalism” is

⁹⁶ For more substantiated explanations cf. J. Bohman, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy*, 1996, 165 *et seq.* (on expert knowledge and Democracy), 172 *et seq.* (on interaction with the public); van den Daele, “Objektives Wissen als politische Ressource: Experten und Gegenexperten im Diskurs”, in: W. van den Daele/W. Neidhardt (eds.), *Kommunikation und Entscheidung: politische Funktionen öffentlicher Meinungsbildung und diskursiver Verfahren*, 1996, 297 *et seq.*

⁹⁷ Note 67 above; also his interview “In der Unterwelt der Ausschüsse”, DIE ZEIT No. 44 v. 22.10.98, p. 9.

⁹⁸ “Epilogue”, *op. cit.* (note 67), 340.

⁹⁹ “The Community System. The Dual Character of Supranationalism”, *Yearbook of European Law* 1 (1981), 267 *et seq.*

¹⁰⁰ “The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and the External Legitimacy of WTO Dispute Settlement”, Harvard Jean Monnet Working Paper 09/00.

a “semantic faux pas”.¹⁰¹ However, one should distinguish between the message and the messenger. “Infra”-nationalism” is a product of European market integration. This message is beyond the messenger’s responsibility. The troubling follow-up question is, to cite Kant (yet) again,¹⁰² whether (after its many failed attempts) “moral-practical reason” might be victorious in this odd form. This question should not be decided categorically and the question mark after “good governance” should remain in place. To dramatise the issue once again: do we have to treat the infranational “quark” as some pre-legal given that is threatening the integrity of law? Or, should we instead assume that the “power” of practical reason will bind law and legitimacy together?

In his speech at the opening of the Centre for European Legal Policy at the University of Bremen in 1983, Claus-Dieter Ehlermann expressed a wish that initially seems paradoxical. His desire was “that the role of law, of legal procedures and therefore also of lawyers” in the Community should diminish, eventually arriving at the same “state of legal normality” that the Member States have reached.¹⁰³ That was a plea against the lawyer (den Juristen als solchen), rather than against the law (das Recht an sich), or against a contest over law and justice. Using the example of this article: is existing infranationalism about to put the law on trial? Or will it be possible to use the law to imbue infranationalism with a legitimate constitution? The answer depends on how legal and political practice behave.

Christian Joerges
Florence/Bremen

¹⁰¹ “Epilogue”, *op. cit.* (note 67), 347.

¹⁰² Note 3 above.

¹⁰³ “Die Rolle des Rechts und der Juristen in der Europäischen Gemeinschaft”, in: “Reden und Beiträge. Eröffnungsveranstaltung des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP) am 21.-22.4.1983”, ZERP, DP 7/83, 45 *et seq.*, 54.