European Journal of Legal Studies

Special Conference Issue: "Governance, Civil Society and Social Movements"
Edited jointly by Michael Blecher, Giuseppe Bronzini, Jennifer Hendry, Christian Joerges and the EJLS

Integration durch Entrechtlichung Ein Zwischenruf

Christian Joerges

VOLUME 1 NUMBER 3 2008
P. 1-37

Integration durch Entrechtlichung?
Ein Zwischenruf

Christian Joerges[*]

Zusammenfassung und Gliederung
Der Beitrag konzentriert sich auf das Verhältnis von Recht und Governance in Europa. Er entwickelt den von Jürgen Neyer und mir vor 10 Jahren unter dem Titel „Deliberativer Supranationalismus" eingeführten Ansatz fort. Die rechtstheoretische Grundlage dieses Ansatzes ist die Habermasche Diskurstheorie des Rechts und deren Prozeduralisierung der Rechtskategorie. Auf dieser Grundlage ist es möglich, die Wende zum Regieren[1] *in rechtsstaatlichen Bahnen zu halten. Dies gilt grundsätzlich für alle Ebenen des Regierens, erfordert aber Differenzierungen. Die rechtlich vermittelte Legitimation, die das prozeduralisierte Recht im Verfassungsstaat gewährleisten kann, erfordert in postnationalen Konstellationen eine „kollisionsrechtliche" Wende. Auf der Grundlage eines kollisionsrechtlichen Verständnisses des Europarechts sind nicht nur dessen Einwirkungen auf das nationale Recht demokratie-verträglich legitimierbar; auch die neuen (und nicht so neuen) Formen europäischen Regierens lassen sich auf dieser Grundlage eingrenzen und konstitutionalisieren. Diesen Thesen entspricht die Gliederung des Beitrags. Er beginnt mit knappen Hinweisen zur rechtstheoretischen Grundlage. Es folgt ein Rückblick auf die Kritik an interventionistischen Rechtskonzeptionen, die schon in den 80er Jahren Grundlagen für einen Umgang des Rechts mit Governance-Praktiken geschaffen hat (1). Die europäische Wende zum Regieren ist das Thema des Hauptteils, der mit einer Chronologie der europäischer Governance-Praktiken beginnt (2.1), um dann zu zeigen, wie sie kollisionsrechtlich erfasst werden können (2.2). Vor allem die sog. neuen Formen des Regierens, so wird abschließend gezeigt, suchen sich freilich rechtlicher Bindungen zu entledigen, und es ist fraglich, ob das Recht gegenüber diesen Tendenz bestehen wird (3.).*

Einführung

In einem interdisziplinären Projekt ist ohne Reflexionen über damit verbundene Verständigungsschwierigkeiten nicht auszukommen. Sie sind – in meinem Verständnis – wesentlich darauf zurückzuführen, dass sich unsere Disziplinen einer je eigenen Logik verschrieben haben: die Politikwissenschaft befasst sich mit Erklärungen, die

[*] Professor für Deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht an der Universität Bremen, Fellow am Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP).

[1] Governance mit „Regieren" zu übersetzen, entspricht dem seinerzeit (1996) im DFG-Schwerpunkt „Regieren in Europa" eingeführten Sprachgebrauch, soll aber nicht etwa programmatisch i.S. einer (Kehrt)Wende zur Regierung verstanden werden.

Rechtswissenschaft mit der Interpretation von autorisierten Texten und der Ausarbeitung von Dogmatiken.[2] In seinem rechtstheoretischen *magnum opus*, hat Habermas[3] behauptet, das moderne Recht verschränke Faktizität und Geltung. Deshalb müsse die Rechtswissenschaft, deshalb müssten aber auch sozialwissenschaftliche Analysen die real existierenden Phänomene der Rechtsdurchsetzung mit den normativen Geltungsansprüchen in Verbindung bringen, die sich auf seine Generierung in demokratischen Prozessen gründen. In einer trivialeren Fassung: Die Normativität des Rechts bleibt ein Faktum, auch wenn diese Faktizität einem szientifischen sozialwissenschaftlichen Selbstverständnis schwer zugänglich ist, und unabhängig davon, dass es für so viele Fragen sinnvoll oder gar notwendig ist, die Faktizität des Normativen auf sich beruhen zu lassen. Es macht nun allerdings keinen Sinn, all dies weiter auszubreiten, nicht bloß, weil wir hier nicht in einem rechtstheoretische Kolloquium befinden, sondern vor allem, weil sich aus der Diskurstheorie des Rechts keine Anleitungen zur Beurteilung der hier interessierenden Phänomene, jedenfalls nicht der transnationalen, deduzieren lassen.

Governance im Nationalstaat: *Bringing the 80's back in*

Was mit Governance bezeichnet werden soll, ist nicht so einfach festzustellen. In der Connex-Bibliographie, die das einschlägige Schrifttum sammelt, fanden sich im Oktober 2006 um die 2900 Einträge.[4] Seither ist vieles dazu gekommen, z.B. aktualisierte Übersichten zur Karriere

[2] J. Habermas, „Über den inneren Zusammenhang von Rechtssaat und Demokratie" in: U.K. Preuß, Hrsg., *Zum Begriff der Verfassung* (Frankfurt/M: Fischer, 1994) 83-94; siehe auch: "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?" in *Political Theory* 29:6 (2001) 766-781.

[3] J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt/M, Suhrkamp, 1992); siehe auch, auf Englisch, *Between Facts and Norms - Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1998,].

[4] http://www.connex-network.org/govlit.

des Governance-Begriffs und zum gegenwärtigen Diskussionsstand in den politikwissenschaftlichen Disziplinen.[5] Soviel bleibt bei all dem immerhin gewiss: Governance ist kein Rechtsbegriff. Die Praktiken, die der Begriff bezeichnet, unterscheiden sich von den Formen administrativen und auch gubernativen Handelns, die in den Rechtsbegriffen des Verwaltungs-, Staats- und Verfassungsrechts tradiert werden. Die hieraus resultierenden Übersetzungs-Schwierigkeiten kann man sich systemtheoretisch klar machen.[6] Für die Diskurstheorie des Rechts stellen sich fundamentale Fragen: Kann das Recht, wenn es jene Praktiken adaptiert und absegnet, die Geltungsansprüche aufrechterhalten, die ihm im demokratischen Verfassungsstaat zuerkannt werden dürfen? Kann es, wenn es die Wende zum Regieren nicht aufzuhalten vermag, immerhin Maßstäbe entwickeln und durchsetzen, die diese Praktiken so formen, dass sie, um noch eine Habermas-Formel aufzugreifen, Anerkennung „*verdienen*“,[7] d.h., um einem noch zu erläuternden Sprachgebrauch einzuführen, sie „konstitutionalisieren“.

Die Rechtswissenschaft in Deutschland hat auf die Wende zum Regieren, die von der Prodi-Kommission seinerzeit geradezu emphatisch verkündet wurde,[8] mit erfreulicher Zögerlichkeit

---

[5] B. Kohler-Koch & B. Rittberger, „The ‘Governance Turn’ in European Studies”, *Journal of Common Market Studies* 44:1 (2006) 27-49.

[6] G. Teubner *Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht* (Baden-Baden: Nomos, 2004) 17 ff.

[7] J. Habermas „Zur Legitimation durch Menschenrechte”, in: *idem*, *Die Postnationale Konstellation* (Frankfurt/M: Suhrkamp, 1998) 170-192: 171; siehe auch Habermas, *oben Fn.* 2.

[8] Europäische Kommission, „Die Demokratie der Europäischen Union vertiefen“, Arbeitsprogramm, SEK (2000) 1547, 7 endg. vom 11.10.2000, in: http://europa.eu.int/comm/governance/work/de.pdf; Europäische Kommission, „Regieren in Europa – Ein Weißbuch“, KOM (2001) 428 endg. vom 25.07.2001, ABl. C 287/2001, 5, in:

reagiert.[9] Die inzwischen sehr intensiven Rezeptionsansätze scheinen mir dem *proprium* des Rechts verpflichtet zu bleiben. Kennzeichnend ist für die Beiträge insbesondere von Trute u.a.,[10] Schuppert[11] oder Franzius,[12] dass sie Governance-Praktiken in einen normativ (verfassungsrechtlich) beglaubigten Kontext stellen wollen und sie analytisch als Kompensatoren für das Versagen von Steuerungsversuchen der regulativen Politiken begreifen.[13] Dieses Umdenken setzt sich in methodologischen Konzepten fort, die eine Umsetzung des neuen Steuerungs-Modus Governance ermöglichen und anleiten sollen. [14]

---

http://europa.eu.int/comm/governance/index_de.htm.

[9] C. Möllers, „Policy, Politics oder Politische Theorie?", in C. Joerges, Y. Mény & J.H.H. Weiler, Hrsg., *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, European University Institute-Robert Schumann Centre / NYU School of Law-Jean Monnet Centre (2002): http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010601.html.

[10] H-H. Trute, W. Denkhaus & D. Kühlers, „Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft", in *Die Verwaltung* 37 (2004) 451-473.

[11] G. F. Schuppert, „Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplin", in G.F. Schuppert, Hrsg., *Governance Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien* (Baden-Baden: Nomos, 2005) 371-469.

[12] C. Franzius, „Governance und Regelungsstrukturen", in *Verwaltungsarchiv* 97:2 (2006) 186-219.

[13] R. Mayntz, „Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie", in G.F. Schuppert, oben Fn. 11, 11-20.

[14] „Governance durch Regelungsstrukturen", die von Schuppert (oben Fn. 11, S. 382) geprägte und inzwischen einflussreiche Formel (oben Fn. 12, m. Nachw.), postuliert einen Zusammenhang zwischen Problemstruktur und Methodologie des Rechts rekonstruktiv in einer Form, die der oben I angesprochenen Wende zur Prozeduralisierung des Rechts entsprechen dürfte. Im folgenden soll es indessen um Spezifika Europas gehen, die dort „seit jeher" Governance-Praktiken erzwungen haben, und für deren rechtliche Bewältigung die im nationalstaatlichen Kontext entwickelten Muster umgestaltet werden müssen.

All dies wird auf dieser Tagung kompetent erörtert und liegt außerhalb des mir zugewiesenen Themenbereichs. Es ist für meine Stellungnahmen zur Europäisierung des Regierens allerdings wichtig, dass die rechtstheoretischen, insbesondere die methodologischen Thesen, die ich aufgreifen möchte, allgemeine, nicht bloß Europa-spezifische Grundlagen haben.

Für diese Grundlagen möchte ich an die in den 1980er Jahren formulierte rechtstheoretische Kritik am politischen und rechtlichen Interventionismus erinnern – und an die sich hieran anschließende Suche nach Konzepten eines „post-interventionistischen" Rechts. Die Enttäuschung über die Wirkungslosigkeit rechtlicher „Zweckprogramme"[15] und die Besorgnisse über eine „Kolonialisierung der Lebenswelt" durch sozialpolitische Programme und deren administrativ-rechtliche Umsetzung[16] standen seinerzeit neben- und gegeneinander. Gemeinsam war ihnen die Einsicht, dass wirtschaftliche und soziale Prozesse in modernen Gesellschaften sehr viel komplexer eingebettet sind, als dies in jenen Dichotomien vorgesehen war, die Markt und Staat, Wirtschaft und Intervention, Recht und Politik gegeneinander stellten. Gesucht wurde nach einer neuen Rechtsrationalität, die den sozialstaatlichen Interventionismus und seine „materiale" Rechtsrationalität ablösen sollten, ohne dabei in den klassischen rechtlichen Formalismus zurückzufallen und die ihm anhaftende Schwäche gegenüber Formen wirtschaftlicher und sozialer Macht in Kauf zu nehmen. Die neue Rechtsrationalität sollte zudem den Mythos entlarven, das Recht könne die soziale Wirklichkeit durch die „Anwendung" von Gesellschaftstheorien in den Griff bekommen. Die

[15] Zur Kategorie N. Luhmann *Rechtssoziologie, Band 2* (Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch, 1972) 227ff.

[16] J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1981) 522 ff.

„Prozeduralisierung“ der Rechtskategorie[17] und das Konzept eines „reflexiven“ Rechts[18] waren die neuen einander mehr oder weniger unfreundlich gesonnenen Hoffnungsträger. Beide Strömungen haben sich mit sehr vielen Dimensionen der Praxis des Rechts befasst: mit Implementationsdefiziten, Alternativen zu hierarchischen „command and control“-Regulierungen.[19] Alternativen zur strengen (gerichtlichen) Streitbeilegung, Alternativen zum „hard law“ usf. – sowie der Einsicht, dass ein Recht, das sowohl die Effektivität wirtschaftlicher und sozialer Regulierung fördern als auch ihre soziale Legitimität gewährleisten will, zur Re-Konzeptualisierung der konstitutionellen, administrativen und privaten Rechtssphären gezwungen wird und sich gleichzeitig auf eine kognitive Öffnung derjenigen normativen Erwartungsstrukturen einlassen muss, auf die es sich einstmals voll konzentrieren konnte.

---

[17] R. Wiethölter, „Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts)“, in V. Gessner & G. Winter, Hrsg., Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, *Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie* 8 (Opladen, 1982) 38-59; R. Wiethölter, „Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in: G. Brüggemeier & C. Joeges, Hrsg ., *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Zentrum für Europäische Rechtspolitik*, Materialien 4 (Bremen, 1984), 25-64.; J. Habermas (1992), *supra* note 3, 516 ff.; J. Habermas, „Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School” in *idem*, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1996) 309-398; 337 ff., 378 ff.

[18] G. Teubner, „Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 69 (1982) 13-59 [= 1983, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, *Law and Society Review* 17/2, 239-285].

[19] G. Teubner, *ibid*, und „Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”, in F. Kübler, Hrsg., *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Soldidarität. Vergleichende Analysen* (Baden-Baden: Nomos, 1984) 289-344 [= ‘Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions’, in *id.*, Hrsg., *Juridification of Social Spheres* (Berlin-New York: de Gruyter, 1987) 3-48].

Déjà vu? Genauer wohl: *The 80s revisited*! Alle eben genannten Fragen sind nach der „Wendung zum Regieren“ erneut oder immer noch auf der Tagesordnung. Löst also bloß eine Irritation die nächste ab, wird eine ungemein facettenreiche Mode von einer Neuen Strömung abgelöst? Dies mögen Rechtshistoriker mit begriffsgeschichtlichen Neigungen klären. Ich möchte mich damit begnügen, drei Kontinuitäten hervorzuheben, die mir für den Übergang nach Europa wichtig erscheinen.

1. Ein allenthalben virulentes Merkmal von Governace-Arrangements ist die Berücksichtigung von Expertenwissen, nicht etwa bloß von naturwissenschaftlichem Wissen, wie es für die Risikopolitik benötigt wird, sondern aller möglichen Arten von Sachverstand, der sich für Problemlösungen und Problem-Management anbietet. Dies ist ein sehr altes, auch schon im Nationalstaat verbreitetes Phänomen. Wolfgang Schluchter[20] hat es im Blick auf die Webersche Verwaltung durch das Dual von „Amtsautorität“ und „Sachautorität“ gekennzeichnet.

2. Wenn die Verwaltung bei ihrer Aufgabenerfüllung sich nicht mit der Exekution von Normprogrammen begnügen kann, dann dringt mit dem Sachverstand, über den sie nicht selbst verfügt, die Gesellschaft in die Verwaltung ein, und es liegt dann auch nahe, gesellschaftliche Akteure in die „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ einzubeziehen, nicht nur wegen ihres Sachwissens, sondern auch, um ihre Management-Kapazitäten zu nutzen.

3. Am wichtigsten für die folgende Argumentation ist ein Phänomen, dass in der Tradition der amerikanischen *Critical Legal Studies* als „Unbestimmtheit“ des

[20] W. Schluchter, *Aspekte bürokratischer Herrschaft: Studien zur Interpretation der fortschreitenden Industriegesellschaft*, zitiert nach der Neuausgabe (Frankfurt/M: Suhrkamp, 1985/1972) 145-176.

Rechts[21] und seiner Fragmentierung[22] gekennzeichnet wird. In einer systemtheoretischen Perspektive hat Helmut Willke seinerzeit[23] den Begriff der komplexen Konfliktlagen geprägt, auf den der „Supervisionsstaat“ mit „Relationierungsprogrammen“ reagieren müsse.[24] Man kann seine Befunde auch konventioneller beschreiben. Es gibt Probleme, für deren Behandlung verschiedene Zuständigkeiten koordiniert werden müssen, und es kann zwischen in Geltung gesetzten politischen Programmen Zielkonflikte geben, deren Lösung nirgendwo vorprogrammiert ist.

Dieser dritte Aspekt verweist auf die Unvermeidbarkeit und die Schwierigkeit einer Prozeduralisierung des Rechts. Koordinationsleistungen der eben bezeichneten Art werden faktisch in den „Entdeckungsverfahren der Praxis“ erbracht. Welche normativen Qualitäten haben solche Abstimmungen? Unter welchen Voraussetzungen verdienen sie Anerkennung? Es soll in diesem Beitrag um Europa gehen, und es muss daher genügen, die Problemstruktur und deren Verwandtschaft mit der europäischen Konstellation zu kennzeichnen: Auch im

---

[21] D. Kennedy, “Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education* 36 (1986) 518-567; M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (Helsinki, 1989; Cambridge: CUP, 2007).

[22] M. Koskenniemi, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2006) 9-36.

[23] H. Willke, *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer gesellschaftlichen Steuerungstheorie*, (Königstein/Ts: Atheneum, 1983)177 ff; *idem, Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, (Frankfurt/M: Suhrkamp, 1992).

[24] Die Nähe zur Offenen Koordinierungsmethode (unten 2.1.5) und die Begrifflichkeit frappieren gleichermaßen. Relationierungsprogramme sollen Inhalte nicht programmieren und ihre Supervision muss dementsprechend zurückhaltend ausfallen. Immerhin bezog Willke sich damals noch auf nationalstaatlich organisierte Gesellschaften.

Innern der nationalstaatlichen Rechtssysteme gibt es die Notwendigkeit, inkompatible Rechtssätze oder kollidierende Zielsetzungen zu koordinieren. Diese Koordinationsleistung lässt sich nicht zentral inhaltlich vorprogrammieren. Es handelt sich um eine Recht-Fertigung, die aus den Abstimmungsverfahren, in denen sie geschieht, ihre Legitimität gewinnen muss. Dies alles bringt die Diskurstheorie des Rechts in einige Verlegenheiten. Bei „politische(n) Entscheidungen von gesamtgesellschaftlicher Relevanz muss der Staat nach wie vor öffentliche Interessen wahrnehmen und gegebenenfalls durchsetzen können. Auch wenn er in der Rolle eines intelligenten Beraters oder Supervisors auftritt, der prozedurales Recht zur Verfügung stellt, muss diese Rechtssetzung mit Programmen des Gesetzgebers auf transparente, nachvollziehbare und kontrollierbare Weise rückgekoppelt bleiben", hat Habermas[25] postuliert. Er hat damit die Notwendigkeit und die Schwierigkeit einer „Konstitutionalisierung" dezentraler Rechtsproduktionen getroffen. Die Schwierigkeit ist eine doppelte: Problemlösungen sind auf *produktive* Leistungen *gesellschaftlicher* Akteure angewiesen, können also nicht inhaltlich vorprogrammiert werden. Die allein in Betracht kommenden prozeduralen Vorgaben müssen sich auf die Konzertierung gouvernmentaler und nicht-gouvernementaler Akteure erstrecken.[26] Hierauf wird im europäischen Kontext zurückzukommen sein (untern 2.2).

European Governance

[25] J. Habermas, oben Fn. 3,532.

[26] Verschlüsselt und genial, R. Wiethölter „Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts", in C. Joerges & G. Teubner, Hrsg.., *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, (Baden-Baden: Nomos, 2003) 13-21 [= "Just-ifications of a Law of Society", in O. Perez & G. Teubner, eds., *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, (Oxford: Hart, 2005) 65-77, available at http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/RW.html].

Offiziell, unübersehbar und mit weit reichenden praktisch-politischen Ambitionen hat sich die Wende zum Regieren in Europe unter der Ägide der Prodi-Kommission vollzogen.[27] Nun lassen sich Recht und Rechtswissenschaft durch eine wohlklingende und hoch autorisierte politische Agenda nicht ohne weiteres beeindrucken. Im Weißbuch zum Regieren[28] selbst finden sich sehr deutliche Spuren eines fachjuristischen, der traditionellen Gemeinschaftsmethode verpflichten Widerstandes gegen deren politik- und verwaltungswissenschaftlich inspirierte „Modernisierung".[29] Sehr deutlich spiegeln diese Kommunikationsschwierigkeiten die oben (vor 1.) angesprochenen Differenzen der beteiligten Disziplinen. Dem fügt sich die Strukturierung der folgenden Abschnitte. Sie setzt nicht bei einer der inzwischen erarbeiteten Governance-Definitionen ein,[30] sondern folgt

---

[27] B. Kohler-Koch & B. Rittberger (2006) oben Fn. 5.

[28] Oben Fn. 8.

[29] C. Joerges "'Economic order' – 'technical realization' – 'the hour of the executive': some legal historical observations on the Commission White Paper on European governance"; in C. Joerges, Y. Mény & J.H.H. Weiler, oben Fn. 9; C. Joerges, "The Commission's White Paper on Governance in the EU: A Symptom of Crisis?", Guest Editorial, *Common Market Law Review* 39/3 (2002), 441-445.

[30] Diese Form einer deskriptiven Annäherung kann analytischen Ansprüchen, wie sie Renate Mayntz (oben Fn. 13) formuliert, nicht genügen. Nun ist aber die Art, in der die Rechtspraxis Neuerungen einführt, und die Rechtswissenschaft sie reflektiert, ein Stolperstein interdisziplinärer Verständigungen, den man so leicht nicht aus dem Wege räumen kann und soll. Die Abwendung von der "Gemeinschaftsmethode" und die Entwicklung alternativer Formen des Regierens weisen eine geradezu exemplarische Verlaufstypik auf: (1) Die Praxis „entdeckt" ein unabweisbare Bedürfnis und „handelt". (2) Die interessierte und die akademische Fachwelt wird auf diese Irregularitäten aufmerksam und bemüht sich um ihre Rückbindung an gesicherte Rechtsbestände. (3) Je hoffnungsloser solche Bemühungen erscheinen, desto aussichtsreicher sind theoretische und methodische Innovationen und sogar interdisziplinäre Ansätze. Freilich kann das Rechtsystem mit seinen Alt-Bestände nicht so achtlos umgehen wie dies in der Politikwissenschaft in theoretischen Debatten um einen neuen Ansatz usus ist.

chronologisch der Entwicklung der europäischen Praxis (2.1), um dann zu fragen, ob diese unsere „Anerkennung verdient“ (2.2).

Neue und nicht so neue Formen europäischen Regierens: Eine Chronologie

Das Recht hat sich zur „Wende zum Regieren“ ausgesprochen pragmatisch verhalten. Die frühen Wegbereiter dieser Wende waren nicht wirtschafts- oder sozialwissenschaftliche think tanks, sondern Praktiker, Beamte und Richter, die sich gezwungen sahen, im Schatten und im Rücken der Verträge zu operieren. Sie taten früh, was die Praxis des Rechts stets kennzeichnet: Diese hilft sich in aller Regel wenig spektakulär, bleibt immer darauf bedacht, selbst tief reichende Neuerungen in die begrifflichen Gewänder der „bewährten“ Gemeinschaftsmethode zu kleiden oder doch als Umsetzung von Vorgaben der Rechtsprechung auszugeben. Erst im Zuge der Umsetzung des Binnenmarkt-Weißbuchs von 1985[31] wurde diese Zurückhaltung allmählich aufgegeben. Aus Optionen, die sich „ergeben“ hatten, wurden Ansätze und Regelungsmodelle, die sich als Institutionalisierungen spezifischer Handlungsrationalitäten auslegen lassen.

Das Formenspektrum des europäischen Regierens, das sich jenseits der überkommenen Gemeinschaftsmethode etabliert hat, ist ungemein reichhaltig geworden. Juristen pflegen sich, um eine Übersicht zu schaffen, an den institutionalisierten Handlungsformen zu orientieren und können so – subtile und raffinierte Differenzierungen vernachlässigend – fünf *modes of governance* unterscheiden.

[31] Kommission der EG, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 endg. vom 14.06.1985

Das Ausschusswesen (Komitologie)

Das europäische Ausschusswesen ist die älteste Form „neuen“ Regierens. Es ist dort entstanden, wo zuerst ein komplexes, europäische und nationale Akteure einbeziehendes Regieren unabweisbar war, nämlich in der Agrarpolitik.[32] Im Zuge der Ausweitung und Vertiefung des Europäisierungsprozesses war der Aufstieg des Ausschusswesens unaufhaltsam. „Komitologie“ ist der rechtstechnische Begriff für die mit der „Implementation“ gemeinschaftsrechtlicher Rahmenvorschriften betrauten Ausschüsse. Über diese Ausschüsse, die von der den Verwaltungen der Mitgliedstaaten und den von diesen benannten Experten bestückt werden, organisiert die Kommission die „gemeinschaftliche“ (ebenenübergreifend-kooperative) „Verwaltung“ des Binnenmarktes in Politikfeldern wie der Lebensmittelsicherheit, der Sicherheit technischer Produkte und der Arbeitssicherheit. Das Ausschusswesen muss den Mangel an genuinen administrativen Befugnissen der Gemeinschaft ausgleichen und gewährleistet – allen Klagen des Europäischen Parlaments zum Trotz – eine Kontrolle der Kommission durch die Mitgliedstaaten. Indem es nationale Organe einbezieht, fördert es aber auch die Akzeptanz europäischer Vorgaben in den Mitgliedstaaten. In den Ausschüssen werden die funktionalen und strukturellen Spannungen des Binnenmarktprojekts kleingearbeitet. Die Komitologie befasst sich nicht bloß mit „technischen“, sondern oft genug mit politisch sensiblen Themen; sie vermittelt zwischen funktionalen Erfordernissen und normativen Belangen. Die wechselhafte Zusammensetzung der Ausschüsse ergibt sich aus der Aufgabe, die unterschiedlichen Bestände an Fachwissen und regulativen Anliegen gegeneinander abzuwägen und zu einer Symbiose zu bringen. Sie spiegelt aber auch die Interessenvielfalt und politischen Differenzen, die im

[32] Vgl. J. Falke, „Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung” in C. Joerges & J. Falke, Hrsg., *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung* (Baden-Baden: Nomos, 2000) 43-159.

Implementationsprozess ausgetragen werden müssen. Die Ausschüsse agieren häufig wie „Mini-Räte“: sie dienen als Foren der Vermittlung zwischen Marktintegration und mitgliedstaatlichen Belangen, wobei tragfähige Indizien darauf hinweisen, dass ihre Beratungen sachhaltig-deliberativ verlaufen.[33]

Das Prinzip der gegenseitige Anerkennung als Governance-Praxis

Im Anschluss an die legendäre *Cassis*-Entscheidung des EuGH in 1979[34] hat die Kommission in einer Mitteilung, die dieses Urteil zu erläutern versprach, die Auffassung vertreten, aus dem vom EuGH entwickelten Prinzip der gegenseitigen Anerkennung sei zu folgern, dass Europa das „bessere Recht“ von nun an in einem Wettbewerb der Rechtordnungen finden könne und die Rechtsetzung eine entsprechende Zurückhaltung zu üben habe. Diese These haben viele aufgegriffen.

[33] See C. Joerges & J. Neyer, “From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology” in *European Law Journal* 3 (1998) 273-299 [= “Von intergouvernementalem Bargaining zur deliberativen Politik: Gründe und Chancen für eine Konstitutionalisierung der europäischen Komitologie“, in B. Kohler-Koch (Hrsg.), *Regieren in entgrenzten Räumen*, in *Politische Vierteljahresschrift* 1998, Sonderheft 28, 207-233.]. Um die Virulenz eines weiteren, hier nicht zu vertiefenden Problems wenigstens anzudeuten: Die Komitologie muss zu politischen Problemen Stellung nehmen, verfügt aber keineswegs über die Kompetenzen, die für eine umfassende, insbesondere auf wirtschaftliche Asymmetrien kompensatorisch reagierende Problembehandlung nötig wäre (vgl. bereits C. Joerges & J. Neyer (1997), 278 f., 293 f.). Man darf eben die Emergenz deliberativer Politikmodi nicht als transnationale Demokratie verstehen und ebenso wenig von der Etablierung von wechselseitiger Bebachtungs-, Evaluations- und Beratungsmechanismen die Bewahrung wohlfahrtsstaatlicher Politiken erhoffen.

[34] Rs. 120/78, Rewe Zentrale ./. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649..

Es handelte sich indessen in jener Mitteilung um ein *wishful thinking*, dem sich die Praxis der Binnenmarktpolitik nicht fügen konnte und wollte. Sie konnte es nicht, weil die Annahme, dass Prozesse, die sich aus einer wechselseitigen Beobachtung von Rechtssystemen und der Wahrnehmung von Freiheitsrechten europäischer Marktbürger ergeben, als ein wettbewerbliches Entdeckungsverfahren begriffen werden könnten, auf allzu heroischen Prämissen beruhte. Der Schritt, den die Rechtsprechung getan hat, war normativ anspruchsvoller und so etwas wie ein „constitutional moment": Die Mitgliedstaaten wurden nicht etwa mit Diskriminierungsvorwürfen konfrontiert oder mit freihändlerischen Geboten überzogen, sondern ihnen wurde abverlangt, die Berechtigung ihrer regulativen Belange darzulegen.[35] Seit dies offenbart wurde, ist die Diskussion um die wechselseitige Anerkennung intensiver und interessanter geworden.[36] Sie durfte es nicht, weil gerade im Bereich der Binnenmarktpolitik immer wieder Fragen von politischer Sensibilität anstehen, die politische Systeme nicht einfach sich selbst überlassen sollten.

Was die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten stattdessen bewirkt hat, ist die Öffnung der nationalen Rechtssysteme für eine interne Kritik, die ihre Argumente allerdings auf Gesichtspunkte anderer Jurisdiktionen stützen darf. Nationale Gesetzgeber müssen die Sinnhaftigkeit ihrer Gesetze vor den Foren ihrer eigenen Gerichte und vor dem EuGH rechtfertigen. Das Europarecht liefert hierfür Maßstäbe – wie den der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit – und verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Rücksichtnahme auf die

[35] M. Poiares Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution,* (Oxford: Hart) 150 ff.

[36] V. Schönberger & A. Somek, "Governing Regulatory Interaction: The Normative Question" in *European Law Journal* 12/4 (2006) 431-439; K. Nikolaïdes & S.K. Schmidt "Mutual Recognition on Trial: The Long road to Services Liberalisation" in *Journal of European Public Policy* 18 (2007).

Belange ihrer Nachbarn. Diese Prozeduralisierung des Rechts bedeutet nicht, dass den Bürgern Europas das Recht zugestanden worden wäre, das für sie jeweils günstigste Recht zu wählen, um so an die Stelle politisch-rechtlicher Auseinandersetzungen um das richtige Recht einen Wettbewerb der Rechtsordnungen zu setzen.[37]

Die „Neue Konzeption" zur technischen Harmonisierung und Normung:

„Private Transnationalism"

Die (Erfolgs-)Geschichte der „ Neuen Konzeption" ist oft genug rekonstruiert worden.[38] Hier sei lediglich folgendes in Erinnerung gerufen: Die Bemühungen um die Beseitigung von nicht-tarifären Handelshemmnissen hatte die EWG in Dilemmata verstrickt, weil sie, gefangen im Paradigma der „Integration durch Recht", den Binnenmarkt über die Harmonisierung der einschlägigen Normen der Mitgliedstaaten herstellen wollte. Diese erforderte „positive" legislative Kraftakte in einem Umfang, der Sisyphus hätte erbleichen lassen. Daran änderte die Ablösung der alten Einstimmigkeitsregel des Art. 100 EWGV durch qualifizierte Mehrheitsentscheidungen im Jahr 1987 (Art. 100a EGV) allein nicht viel. Auch die Umsetzung der Pflicht zur wechselseitigen Anerkennung, die durch die *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung (EuGH 1979)[39] eingeführt worden war, erwies sich als im Einzelfall praktisch dornenreich und taugte grundsätzlich nicht zu großflächigeren Änderungen.

---

[37] Exemplarisch am Beispiel des Gesellschaftsrechts, C. Joerges, oben Fn. 29, 161 ff; siehe auch, *idem*, „Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin", in A. Furrer, Hrsg., *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs,* (Bern: Stämpfli, 2006) 133-188, auch erhältlich von http://www.zerp.uni-bremen.de/english/publikationen/diskussionspapiere.php3.

[38] Siehe H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets* (Oxford: Hart, 2005) 37 ff.

[39] *Cassis de Dijon*, oben Fn. 34.

Bezeichnenderweise waren die „privaten“ Normenwerke, die namentlich in Deutschland Anforderungen an die Produktsicherheit konkretisierten, keineswegs integrationsfreundlicher. Gegen diese sub-legalen Produktstandards, konnte die Gemeinschaft, weil es sich definitionsgemäß um bloß „private“ Handelshemmnisse handelte, durch Harmonisierungsmaßnahmen nichts ausrichten. Die List der „Neuen Konzeption“ verbarg sich in einem Bündel aufeinander abgestimmter Maßnahmen: Die Europäische Rechtssetzung entlastete sich dadurch wesentlich, dass sie sich von nun an damit begnügte, „wesentliche Sicherheitsanforderungen“ festzulegen. Deren „Konkretisierung“ wurde an gut aufeinander eingespielte Experten der europäischen und nationalen Standardisierungsorganisationen delegiert. Die Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure bedeutete *de facto* eine „Delegation“ gesetzgeberischer Kompetenzen, die freilich nicht offen eingestanden werden konnte. Dies mussten die Protagonisten der Neuen Konzeption durch die Fiktion überspielen, jene „wesentlichen Sicherheitsanforderungen“ programmierten die Arbeit der Normungsorganisationen zur Genüge.

Agenturen: Politisierung administrativen Handelns

Unabhängige Agenturen bildeten das institutionelle Kernstück der Vorstellungen Giandomenico Majones[40] zur Entwicklung der EU i.S. eines „regulativen Staates“. Majones Anregungen fanden große Beachtung, wurden aber nie eins-zu-eins umgesetzt. Europa hat zwar die von ihm aus den USA mitgebrachte Begrifflichkeit übernommen und auch eine eindrucksvolle Anzahl von Einrichtungen geschaffen, die als Agenturen firmieren. Was diese neuen Entitäten „sind“ oder sein werden, ist noch nicht ausgemacht. So viel aber ist unumstritten: Die neuen europäischen Agenturen haben mit ihren amerikanischen

[40] G. Majone, “The Rise of the Regulatory State in Europe” in *West European Politics* 17 (1994) 77-101.

Namensvettern, den Independent Regulatory Agencies, nur einen Namensbestandteil gemein. Sie sind keine sich selbst genügenden Verwaltungseinheiten und haben keine Rechtsetzungs-Befugnisse. Befasst sind sie mit Zulassungsverfahren, z.B. von Arzneimitteln, oder mit allgemeinen, informellen, die „eigentliche“ Politik bloß anleitenden oder begleitenden Aufgaben der Informationsbeschaffung und -verbreitung. Die neuen europäischen Agenturen antworten also auf den Bedarf an marktkorrigierenden und sektorspezifischen Regulierungen gleichsam indirekt oder – den konzeptionellen Vorstellungen der Europäischen Kommission entsprechend – bloß als Exekutivorgane, die der Kommission zuarbeiten.

Dementsprechend wird in vielen offiziösen Verlautbarungen unterstellt, dass die Agenturen ihre Aufgaben „technokratisch“ erledigen könnten. Diese Vorstellung entspricht in der Tat ihrem semi-autonomen Status. Sie ist auch durchaus verträglich mit ihrer Funktion, den „Stakeholdern“ der Binnenmarktpolitik bei der Artikulation ihrer Interessen behilflich zu sein. Ebenso ist sie vereinbar mit der These, dass die „Verwaltung“ des Binnenmarktes mehr mit der „neutralen“ Unterstützung von Unternehmensaktivitäten als mit der Vorgabe und der Umsetzung politisch-sozialer Programmatiken zu tun hat. Aber die rechtliche Einordnung der Agenturen als bloße Hilfsorgane der Kommission ist dennoch unvollständig, wenn nicht gar irreführend. Trotz ihrer förmlichen Unterordnung und trotz der Mitgliedschaft von Vertretern nationaler Behörden in ihren Management-Gremien scheinen die Agenturen dank ihrer Gründungsstatuten (Richtlinien und Verordnungen des Rates), ihrer organisatorischen Stabilität, der relativen (und im Einzelnen unterschiedlich ausgestalteten) Autonomie ihrer Haushalte und infolge ihrer Vernetzung mit nationalen Verwaltungen von direkten, explizit

politischen Einflussnahmen recht gut abgeschirmt zu sein.[41] Freilich bedeuten all diese Einbindungen auch, dass die Agenturen ihre Programmatiken nicht autonom entwickeln können, sondern sich als eine reorganisierte Komitologie darstellen, deren Befugnisse sich *de jure* auf die Form der Beratenden Ausschüsse beschränken.

Die Offene Methode der Koordinierung (OMK): „Abschied vom Recht?"[42]

Die sog. Offene Methode der Koordinierung kann sich, was ihre Erfolgsbilanz angeht, mit den bislang skizzierten Formen des Regierens nicht messen. Dennoch hat sie seit der Einführung des neuen Titels VIII zur Beschäftigung im Vertrag von Amsterdam und nach der Empfehlung des Europäischen Rats in Lissabon im Jahr 2000, die „Offenen Methode der Koordinierung" (OMK) in Bereichen der Sozialpolitik zur Anwendung zu bringen, große Aufmerksamkeit erlangt und ist zur „new mode of governance" schlechthin avanciert.[43] Die OMK bezieht ihre Popularität aus der Erwartung, Abhilfe in Bereichen zu schaffen, in denen politische Akteure einen erheblicher Handlungsdruck verspüren, in denen aber der Vertrag ihnen keine legislativen Kompetenzen einräumt und in denen mit der traditionellen Gemeinschaftsmethode ohnehin wenig auszurichten wäre. Was Juristen begriffliche und methodische Kopfschmerzen bereitet, ist vor allem der Handlungsmodus: An die Stelle

[41] M. Everson, "Control of Executive Acts: The Procedural Solution. Proportionality, State of the Art Decision-Making and Relevant Interests" in D. Curtin, A.E. Kellermann & S. Blockmans, Hrsg., *EU Constitution: the Best Way Forward* (Den Haag: Asser Press, 2005) 181-200.

[42] Die Anführungszeichen stehen für eine weitere Reminiszenz: R. Voigt, ed., *Abschied vom Recht?* (Frankfurt/M: Suhrkamp, 1983).

[43] Statt vieler O. Gerstenberg & C. Sabel, "Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?" in C. Joerges & R. Dehousse, Hrsg., *Good Governance in Europe's Integrated Market* (Oxford: OUP, 2002) 289-341; G. De Búrca & J. Scott, Hrsg., *New Governance, Law and Constitutionalism* (Oxford: OUP, 2006).

rechtlicher Verbindlichkeit und Sanktionierbarkeit legislativen und administrativen Handelns tritt im Prozess der Koordinierung ein Verfahren der multilateralen Supervision, in welchem anhand der vom Europäischen Rat, dem Rat und der Kommission festzulegenden Leitlinien oder Indikatoren (*benchmarks*) eine wechselseitige, systematische Überprüfung (*multilateral surveillance*) und Bewertung der Leistungen der einzelnen Regierungen im Rat (*peer review*) erfolgt. Die öffentliche Wahrnehmung dieser Politikkoordinierung und der Vergleich der bewährten Praktiken (*best practices*) sollen den notwendigen Erfolgs- und Leistungsdruck für eine Anpassung und Änderung der nationalen Politiken auf Mitgliedstaatenebene auslösen.[44] Gerichtsschutz gegen solche politische Herrschaft, geschweige denn deren verfassungsgerichtliche Prüfung, ist nicht vorgesehen. Derartige Vorkehrungen müssen ja auch geradezu disfunktional erscheinen, wenn politisches Handeln außerhalb verfassungs- und europarechtlich vorgesehener Kompetenzen organisiert werden soll – sei es in der Sozialpolitik, der Bildungspolitik, der Harmonisierung des Zivilrechts in Europa.

Ein supranationales Kollisionsrecht neuen Typs als Form der Verfassung Europas

Die Gründer, die für die Entwicklung der para-legalen Praxis europäischen Regierens ins Feld geführt werden, sind aus der Kritik am interventionistischen Recht zu einem guten Teil bekannt: Es geht um komplexe Konfliktlagen, die sich nicht zentralistisch-hierarchisch bewältigen lassen; das positive Recht stellt nur noch einen Rahmen zur Verfügung, in dem eine Problemlösung erarbeitet werden muss. Zwei Eigenheiten des europäischen Systems bereiten zusätzliche Schwierigkeiten.

[44] Skeptisch z.B. A. Schäfer, *Die neue Unverbindlichkeit. Wrtschaftspolitishe Koordinierung in Europa*, Frankfurt/M, New York: Campus Verlag, 2005) 190 ff.

Auch wenn der Nationalstaat nicht in der Lage ist Problemlösungen zu programmieren und von einer Verwaltungshierarchie exekutieren zu lassen, so ist doch seine Integrationskraft, die für kohärente Problemlösungen erforderlich ist, stärker als die des europäischen Mehrebenensystems: In Europa muss Recht lernen, zwischen verschiedenen Kompetenzebenen zu vermitteln, deren rechtliche Bindungen schwächer sind als die eines föderalen Systems. Diese Schwierigkeit lässt sich, so soll im Folgenden gezeigt werden, durch eine kollisionsrechtliche Deutung des Europarechts bewältigen. Wenn das Recht darüber hinaus das Verhältnis zwischen politisch verantwortlichen (öffentlicher) Institutionen und der Eigenleistungen und einer sich selbst regulierenden privaten Sphäre organisieren muss, um deren Wissen und Managementkapazitäten nutzen zu können, so muss es seine Koordinationsleistungen entsprechend ausweiten. Schon in der bloßen Deskription der Praktiken europäischen Regierens ist dabei eine Tendenz sichtbar geworden, die Politikwissenschaftler augenscheinlich weniger irritierend finden als Juristen: Die Formen des Regierens, deren Europa sich bedient, waren in den Verträgen nicht oder doch „so nicht“ vorgesehen. Dieses Ausweichen in extra-legale Handlungsformen wird zunehmend durch eine Entformalisierung verstärkt, die im Falle der OMK bis zum Regieren jenseits der Kompetenzordnung des Vertrages reicht und dann konsequenterweise auch ganz ohne Recht auszukommen versucht. Auf all diese Schwierigkeiten soll sein europäisches „Kollisionsrecht zweiter Ordnung“ reagieren.

***Unitas in Pluralitate*: Das europäische Kollisionsrecht Erster Ordnung**

(Deliberativer Supranationalismus I)

Die Antwort auf die erste Schwierigkeit hält sich an den Rahmen eines Vorschlags, den Jürgen Neyer und ich[45] vor 10 Jahren entwickelt haben, als wir forderten, einen "deliberativen" an die Stelle des traditionellen oder orthodoxen Supranationalismus im Europarecht zu setzen – ein Ansatz, den wir weiterhin verfolgen.[46] Der Deliberative Suprantionalismus wurde am Beispiel einer seinerzeit theoretisch kaum beachteten, aber praktisch längst bedeutsamen Form europäischen Regierens, nämlich der Komitologie, entwickelt und zwar in legitimatorischer Absicht. Die Komitologie, so fanden wir nämlich, funktioniere weit besser, als dies ihr opakes Erscheinungsbild vermuten lasse. Freilich haben wir weder behauptet, dass deliberative Prozesse in transnationalen Gremien ein Demokratie-Ersatz seien; noch weniger wollten wir eine transnationale Funktionsbürokratie als Herrschaftsmodus für Europa empfehlen. Wir wollten stattdessen die übliche Auseinandersetzung mit dem Demokratiedefizit Europas unterlaufen. Der Kern des Arguments war und ist: Statt immer wieder darüber zu klagen, dass Europa nicht den Standards demokratischer Verfassungsstaaten entspricht, komme es darauf an, sich den strukturellen Demokratiedefiziten der Nationalstaaten zu stellen und zu fragen, was das Europarecht zu deren Beseitigung beitragen kann.

Die Begründung für diese Wendung ist schlicht: Europäisierungs- und Globalisierungsprozesse verstärken – um einen kollisionsrechtlichen Terminus zu verwenden – die „extraterritorialen" Effekte politischer und wirtschaftlicher Entscheidungen und

[45] Joerges & Neyer, oben Fn. 33.

[46] C. Joerges, oben Fn. 29; J. Neyer, "The Deliberative Turn in Integration Theory" in *Journal of European Public Policy* 13/5 (2006) 779-791.

untergraben gleichzeitig die Wirkungsmacht nationalstaatlicher – kollisionsrechtlich gesprochen: „einseitiger“ – Politiken. Es ist zunehmend undenkbar, dass ein Mitgliedstaat der EU signifikante politische Entscheidungen trifft, die sich nur innerhalb seines eigenen Territoriums auswirken würden. Dies hat demokratie-theoretische Implikationen: National organisierte Verfassungsstaaten sind strukturell außerstande, demokratisch zu agieren, weil sie nicht all diejenigen, die von nationalstaatlichen Entscheidungen betroffen sind, in die Wahlverfahren, in denen sie über ihre politischen Programme befinden, einbeziehen können. Und umgekehrt: Die Bürger der Mitgliedstaaten Europas können eine Vielzahl „fremder“ politischer Akteure nicht zur Verantwortung ziehen, die über ihre Belange entscheiden.

So ist die supranationale Geltung europäischen Rechts nicht begründet worden. Die List der Vernunft aber will es, dass sich so das methodisch-theoretisch ungemein kühne und praktisch so erfolgreiche Votum des EuGH für eine europäische Rechtsverfassung[47] rationalisieren lässt. Der europäische „Bund“ hat zu einer Rechtsverfassung gefunden, die nicht auf eine Staatswerdung Europas abzielen muss, sondern ihre Legitimität daraus gewinnen kann, dass sie Demokratiedefizite der Nationalstaaten ausgleicht. Eben darum geht es beim „Deliberativen Supranationalismus“. Das real existierende Europarecht habe, dies war unser Argument, Prinzipien und Regeln in Geltung gesetzt, die deshalb supranationale Anerkennung finden und verdienen, weil sie ein sinnfälliges Gemeinschaftsprojekt darstellen. Man muss nur hinschauen: Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft dürfen ihre Interessen und/oder Gesetze nicht rücksichtslos-souverän durchsetzen; sie sind verpflichtet, die Europäischen Freiheitsrechte zu respektieren; sie dürfen nicht diskriminieren; sie können nur “legitime” Regulierungsanliegen, die von der Gemeinschaft abgesegnet wurden, verfolgen; sie müssen sich in Bezug auf die Ziele, die sie mit ihrer Regulierung verfolgen wollen, untereinander

[47] EuGH, Rs. 26/62, Van Gend en Loos ./. Nederlandse Administratie der Belastingen, Slg. 1963, 1..

abstimmen, und sie müssen nationalstaatliche Regelungen gemeinschafts-freundlich gestalten: das Recht, das all dieses gebiete, sei nicht undemokratisch, sondern kompensiere Demokratiedefizite der Nationalstaaten.

Die rechtliche Form, in der das Europarechts diesen Beruf realisieren kann, steht in der Methodik des Kollisionsrecht zur Verfügung. Das Kollisionsrecht ist eine alte Disziplin, die in ihrer "modernen" Entwicklung in Deutschland (seit 1848), darauf abzielt, in internationalen Sachverhalten diejenige Rechtsordnung zu identifizieren, mit der jener Sachverhalt am engsten verbunden ist („in der das Rechtsverhältnis seinen Sitz hat"). Dabei gibt es eine wesentliche Einschränkung: Traditionelles Kollisionsrecht (Internationales Privatrecht; internationales öffentliches Recht) verweigert fremdem „öffentlichen" Recht die Anwendung und bestimmt den Geltungsbereich öffentlichen Rechts immer bloß „einseitig". Es ist das Paradebeispiel eines „methodologischen Nationalismus".[48] Aber kollisionsrechtliches Denken hat ein weiter weisendes Potential: Es kann überall da genutzt werde, wo in ihrem Inhalt und ihren Zielsetzungen divergierende Rechtssätze aufeinander treffen und koordiniert werden müssen, im Innern oder im Außenverhältnis einer Rechtsordnung.[49] Diese Autoren kann ich zwar für mein Verständnis des

[48] M. Zürn, „Politik in der postnationalen Konstellation: Über das Elend des methodologischen Nationalismus'" in C. Landfried, ed., *Politik in der entgrenzten Welt* (Köln: Verlag Wissenschaft & Politik, 2001) 181-204. [= *idem.* "The State in the Post-national Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance", *ARENA Working Paper*, 35 (1999)].

[49] R. Wiethölter, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm*, (Frankfurt/M: Festschrift Kegel, 1977) 213-263; G. Teubner, „Der Umgang mit den Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter", in C. Joerges & G. Teubner, Hrsg., *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie* (Baden-Baden: Nomos, 2003) 22-45; A. Fischer-Lescano & G. Teubner, „Prozedurale

Europarechts nicht in Anspruch nehmen, wohl aber für die Einsicht, dass das Recht, wenn es mit kollidierenden legitimen Geltungsansprüchen demokratisch legitimierter Rechtsordnungen befasst ist, kollisionsrechtlich denken und prozedurale Methoden der Konfliktbehandlung finden muss. Dieses europäische Kollisionsrecht muss als ein "law of law-making",[50] ein „Recht-Fertigungs-Recht"[51] verstanden werden.

Diese kollisionsrechtliche Sichtweise behält die Suprantionalitat des Europarechts bei, gibt ihr aber eine andere Bedeutung. Sie entlastet das Europarecht von unerfüllbaren praktischen und legitimatorischen Zumutungen. Sie öffnet zugleich den Blick für die vielfältigen vertikalen, horizontalen und diagonalen[52] Konfliktlagen im europäischen Mehrebenensystem. Es fördert die Einsicht, dass der Prozess der Europäisierung auf flexible und vielfältige Konfliktlösungen setzen sollte statt sich der Perfektionierung eines immer umfassenderen europäischen Rechtscorpus zu verschreiben.[53]

Rechtstheorie: Wiethölter" in S. Buckel, R. Christensen & A. Fischer-Lescano, Hrsg., 2006), (Stuttgart: UTB, 2006) 79-96.

[50] F.I. Michelman, Brennan and Democracy (Princeton, NJ: PUP, 1999) 34.

[51] R. Wiethölter, oben Fn. 26.

[52] Diese Konflikte entstehen durch die Zuweisung von Kompetenzen, die zur Problemlösung benötigt werden und deshalb sachlich zusammenhängen, an unterschiedliche Regierungsebenen – siehe C. Schmid „Selective harmonisation: Vertical, horizontal, and diagonal conflicts: Diagonal competence conflicts between European competition law and national regulation: A conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing." *European Review of Private Law* 8 (2000) 155-172.). Aus dem Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung folgt, dass die Vorrangsregel hier keine Anwendung finden darf.

[53] Diese Aussage ist mit der Existenz europäischen Sekundärrechts sehr wohl vereinbar und stellt nicht etwa dessen Legitimität grundsätzlich in Frage. Es gibt wichtige Problembereiche, in denen der „Bund" ein supranationales Sachrecht entwickeln muss. Systematisch kann diese Frage hier nicht behandelt werden.

Dies alles ist nicht bloß *wishful thinking.* Europa verfügt längst über ein Recht, das die Gemeinschaft zu einem die politische Autonomie der Mitgliedstaaten schonendem und die Mitgliedstaaten zu einer gemeinschaftsverträglichen Rechtspolitik anhält.[54] Die Mitgliedstaaten dürfen nicht diskriminieren und müssen Belange ihrer Nachbarn berücksichtigen. Die Bürger Europas können Verfahren in Gang bringen, in denen ihr Heimatstaat zur Rechtfertigung seiner Gesetzgebung gezwungen wird. In der vertrauteren Sprache des *acquis communautaire*: Die Staaten der Union können ihre Interessen und Gesetze nicht nach eigenem Gutdünken konzipieren und durchsetzen; sie sind verpflichtet, die europäischen Freiheiten zu achten; sie dürfen nicht diskriminieren; sie dürfen ausschließlich gemeinschaftsrechtlich anerkannte Regelungsziele verfolgen; bei der Verfolgung solcher Ziele müssen sie das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten.

Die Verrechtlichung europäischer Governance-Praktiken durch ein Kollisionsrecht Zweiter Ordnung (Deliberativer Supranationalismus II)

Die Plausibilität einer kollisionsrechtlichen Deutung europäischer Governance-Praktiken ist bei der wechselseitigen Anerkennung augenfällig, und die prozedurale Form dieses Prinzips ist sozialwissenschaftlich rekonstruierbar (als „managed mutual recognotion“).[55] Aber die

---

[54] F.W. Scharpf, „Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik einer europäischen Mehrebenen-Politik“ in W. Weidenfeld, ed., *Reform der Europäischen Union. Materialien zur Revision des Maastrichter Vertrages,* (Gütersloh: Bertelsmann,1993) 75-96 [= “Community and Autonomy, Multi-Level Policy-Making in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 1 (1994) 219–42].

[55] K. Nikolaïdes, “Globalization with Human Faces: Managed Mutual Recognition and the Free Movement of Professionals” in F. Kostoris & P. Schioppa, Hrsg., *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process* (New York: Palgrave, 2005) 190-223.

kollisionsrechtliche Interpretation des Europarechts braucht sich nicht auf dieses Exempel zu beschränken. Sie ist auch bei weiteren Formen des Regierens, namentlich für die Komitologie einleuchtend. Die Komitologie-Verfahren wurden im Zuge der „Vollendung“ des Binnenmarktes genutzt, um das Binnenmarktprojekt mit Anliegen der „Sozialregulierung“ (des Arbeits-, Verbraucher-, Umweltschutzes) verträglich zu halten. Die Rahmenregelungen, die hierbei „durchgeführt“ werden, verwenden typischerweise generalklauselartige Formeln, die diese Koordination nicht inhaltlich programmieren wollen, sondern darauf setzen, dass sich für alle Mitgliedstaaten akzeptable Konkretisierungen finden werden. Vielfach geht es um Problemlagen, für deren Bearbeitung die Berücksichtigung von Expertenwissen unerlässlich ist und die deshalb eine kognitive Öffnung des Rechts erfordern. Es ist die Beteiligung der Mitgliedstaaten durch ihre Vertreter in den Regelungsausschüssen i.V.m. der Beratung durch eine plurale *expert community*, die beides sichern soll: die politische Legitimität und die Sachhaltigkeit der erarbeiteten Regelungen. Schutzklauselverfahren, die in Gang gebracht werden, wenn neue Erkenntnisse gewonnen werden oder eine Regelung sich als unzulänglich erweist, stärken deren normativ-prozedurale Qualität. Eine kollisionsrechtliche Interpretation dieser Form des Regierens ist angemessen, weil es um Koordinationsleistungen für einen Verbund relativ autonomer Staaten geht, die ohne eine hierarchisch geordneten oder wenigstens einheitlich strukturierten Verwaltungsapparat auskommen muss. Freilich, eine die Anerkennungswürdigkeit der Komitologie sichernde „Konstitutionalisierung“ muss sich einer ganzen Reihe weiterer Fragen zuwenden: der Bestellung und Funktion der Expertenzirkel, die in Problemlösungs- und Entscheidungsprozesse einbezogen werden sollen; der Verbindungen zu parlamentarischen Gremien einerseits, zur Zivilgesellschaft andererseits; der Besonderheiten ethischer Fragen; der Berücksichtigung distributiver Implikationen regulativer Politiken; der Revidierbarkeit getroffener Festlegungen im Hinblick auf neue Erkenntnisse oder Wandlungen

gesellschaftlicher Präferenzen. Wegen der Komplexität dieser Anforderungen sind die häufig vernehmbaren Hoffnungen auf einen europäischen *Administrative Procedures Act* nach US-amerikanischem Muster unbegründet.[56]

Zwischenergebnis

Wir fassen zusammen und halten fest: Das europäische Mehrebenensystem ist auf ein Recht angewiesen, das seine Funktionsfähigkeit sichert, ohne auf eine Staatswerdung oder auch nur ein umfassendes oder vereinheitlichtes Recht zu zielen. Dies kann sich und dies soll sich, um die glückliche Formulierung des verunglückten Verfassungsvertrags aufzugreifen, auch nicht ändern: „In Vielfalt geeint" – dies soll „der Leitspruch der Union" werden, heißt es dort.[57] Man darf übersetzen: Es ist nicht die Beseitigung der Vielfalt, sondern vielmehr deren Achtung, durch die Europa sich auszeichnen soll – und es sollte, was die Vielfalt seiner Rechtstraditionen angeht, der Umgang mit Rechtsdifferenzen sein, der das *proprium* des post-nationalen EU-Rechts ausmacht. Das kollisionsrechtliche Verständnis des Europarechts ist ein Interpretationsangebot, das eben diesem Spezifikum Rechnung tragen will. Kollisionsrecht, auch das prozeduralisierte, ist supranationales „hard law". Es soll Europa wirklich verfassen und steht insofern in der Tradition der „Integration durch Recht".

Die Komplexität dieses Rechts hängt damit zusammen, dass die europäische Governance-Arrangements immer komplexer geworden sind, dass Entscheidungen weder an suprantionale Expertengremien delegiert noch der Europäischen Kommission anvertraut, aber auch nicht an

[56] J. Corkin "A Manifesto for the European Court: Democracy, Decentred Governance and the Process-Perfecting Judicial Shadow", Kap. V. G, (2007) PhD Thesis, EUI Florence.

[57] Art. I-8 des Vertrages über eine Verfassung für Europa, ABl. C 310/1 vom 16.12.2004.

nationale parlamentarische Gremien zurückverwiesen oder in die Letztverantwortung des Europäischen Parlaments gestellt werden können. Die Diffusität der neuen Formen des Regierens hat ihr *fundamentum in re* darin, dass es tatsächlich vernünftig erscheint, keine irreversiblen Festlegungen zu treffen, nationale und transnationale Dauerdiskurse zu organisieren, an denen sich politische Akteure und Expertengremien beteiligen und die Zivilgesellschaft sowie die allgemeine Öffentlichkeit Gehör finden.

Wie praktikabel sind solche Vorstellungen? Dazu kann man immerhin ihr Design prüfen: Die kollisionsrechtliche Deutung Europas nimmt seine Vielfalt ernst. Sie sieht keine unsichtbare Hand vor, die dafür sorgen würde, dass „autonomieschonende und gemeinschaftsverträgliche" Konfliktlösungen nicht bloß erdacht, sondern auch umgesetzt würden. Sie kann nur geltend machen, dass es in der EU Voraussetzungen gebe, die eine deliberative, durch Regeln und Prinzipien gebundene Form der politische Kommunikation begünstigen, in der Argumente nur akzeptiert werden, wenn sie den Betroffenen einleuchten, weil sie nicht einfach nur partikulare Interessen strategisch umformulieren – und sie ist insofern realistisch, als sie die Fragilität des EU-Systems eingesteht.[58]

Dies gilt auch für die alten und neuen Governance-Praktiken Europas. Ob eine Konstitutionalisierung dieser Praktiken gelingt, ist eine offene Frage. Die einzig denkbaren

[58] Auch darin bleibt der kollisionsrechtliche Ansatz der Tradition der „Integration durch Recht" verpflichtet, jedenfalls jener Version, die J.H.H. Weiler "The Community System: The Dual Character of Supranationalism", *Yearbook of European Law* 1 (1981) 257-306.) mit seinem Dualismus von rechtlicher Suprantionalität und politischer Intergouvernementalität entwickelt hat. Nichts in dieser Konstruktion garantierte die Stabilität des Gleichgewichts beider Integrationsmodi, die Weiler in der formativen Phase des Integrationsprozesses diagnostiziert hat.

Reaktionsformen, mit denen das Recht auf ihre Anerkennungswürdigkeit hinwirken kann, sind prozeduraler Natur: Transparenz, Pluralismus, Öffnungen von Beratungs- und Entscheidungsprozessen, inkrementalistische Verrechtlichungsstrategien und Reversibiltätsgarantien, Rücksichtnahmen auf ethische Vorbehalte, Evaluationen durch nationale und supranationale parlamentarische Gremien: Das Recht kann die deliberative Qualität europäischen Regieren fördern, sie aber nicht aus eigener Kraft garantieren.

Aussichten

M. Rainer Lepsius[59] hat die „Wandelverfassung"[60] des Europäisierungsprozesses als eine Geschichte der Institutionalisierung unterschiedlicher Rationalitätskriterien rekonstruiert. Der Terminus ist für eine Qualifikation der verschiedenen dem Recht in der wechselvollen Integrationsgeschichte zugewiesenen Funktionen verwendbar, in der im Anschluss an Weiler[61] gemeinhin drei Perioden unterschieden werden.

(1) Die „Integration durch Recht", in der es dem EuGH gelang, im beschaulichen Luxemburg unauffällig und erfolgreich eine „constitutional charter" zu schreiben, die politische Krisen überdauern sollte; dieser Modus verdankte seine Integrationskraft wohl dem Umstand, dass Europas Rechts-Charter sich mit Regeln und Prinzipen begnügte, die dem Integrationsprojekt keine inhaltliche Programmatik oktroyierte, weder eine Wirtschaftsverfassung ordo-liberalen

[59] R.M. Lepsius, „Die Europäische Union als rechtlich konstituierte Verhaltensstrukturierung", in H. Dreier, ed., *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposion für Edgar Michael Wenz*, (Tübingen: Mohr, 2000) 289-305.

[60] H-P. Ipsen, „Europäische Verfassung – Nationale Verfassung", *Europarecht* (1987) 195-213.

[61] J.H.H. Weiler, (1981) oben Fn. 58.

Zuschnitts, noch einen technokratischen Managerialism, wie ihn Ipsen in seiner Zweckverbandsthese konzipiert hat.[62]

(2) Eine entschieden ökonomische Orientierung vollzog sich später, nämlich im Zusammenhang mit dem Binnenmarktprojekt der Delors-Kommission, als die Wettbewerbsfähigkeit Europas und seine ökonomische Effizienz das zu behäbig wirkende Recht verdrängen sollten – um dennoch eine unerwartet intensive Re-Regulierung des Binnenmarktes zu initiieren.

(3) Der von der Prodi-Kommission ausgerufene „turn to governance" ist als Versuch begreifbar, auf die im Schatten der Binnenmarktpolitik entwickelten Praktiken zu reagieren, ihre pragmatischen und legitimatorischen Schwächen auszugleichen und neue Perspektiven für ein demokratisch reformiertes „gutes europäisches Regieren" zu entwickeln.

Wie in den vorausgegangenen Perioden muss man freilich zwischen der Ankündigung einer Programmatik und ihrer Umsetzung unterscheiden. Die Frage, was sich „wirklich" vollzieht, ist Gegenstand dieser Tagung und der 3.500 Schriften, auf die in Fn. 4 verwiesen wurde. Man kann dies nicht alles überblicken, geschweige denn besserwisserisch evaluieren. Kassandra-Rufe sind nicht angebracht. Wem an der Idee einer rechtlich vermittelten Legitimation des Regierens gelegen ist, kann aber besorgte Anfragen nicht unterdrücken.

---

[62] H-P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Tübingen: Mohr, 1972) 197 ff; dazu M. Kaufmann *Europäische Integration und Demokratieprinzip* (Baden-Baden: Nomos, 1997) 174 ff.

Die Komitologie funktioniere vernünftig, so haben Jürgen Neyer und ich vor einem Jahrzehnt[63] in unseren Studien zum Lebensmittelsektor (nicht zum Agrarsektor, schon gar seiner veterinärrechtlichen Sektion!) überrascht festgestellt. Wir hatten miteinander konkurrierende wissenschaftliche Denkschulen beobachtet, sachhaltige Diskussionen um öffentliche Interessen und Strategien des Risikomanagements registriert – und gefolgert, es komme darauf an, eine Rechtsrahmen zu entwickeln, der diese Praxis stabilisieren und die kafkaeske Züge der Komitologie korrigieren würde. Seither ist mancherlei geschehen. Die Kommission hatte im Jahr 2002 eine Neuregelung der Komitologie vorgeschlagen,[64] die dem Europäischen Parlament missfiel, aber in dem Verfassungs-Vertrag Berücksichtigung fand.[65] Schließlich kam es durch eine Ratsentscheidung vom Juli 2006[66] zu einer Reform. Sie stärkt die Mitwirkungsrechte des Parlaments – freilich nur da, wo eine Regelungsmaterie dem Verfahren (Art 251 EGV) unterliegt;[67] sie beseitigt insoweit – und nur insoweit – ein Skandalon des Regelungsausschussverfahrens, nämlich die Entscheidungsmacht der Kommission in Fällen des sog. *contre-filet*-Verfahrens, in denen ein Kommissionsvorschlag im zuständigen regulativen Ausschuss keine qualifizierte Mehrheit findet, daher an den Rat überwiesen wird, der sich aber nicht zu einer Abweisung des Vorschlags durchringt. Eine

[63] C. Joerges & J. Neyer (1997/1998) oben Fn. 33.

[64] KOM (2002) 719 endg. v. 11. Dezember 2002.

[65] Vgl. Art. 36-37 sowie die Empfehlungen der Arbeitsgruppe IX des Konvents (i.V.m. dem Amato-Bericht – CONV 424/02; http://european-convention.eu.int/). Siehe auch K.S. Bradley, "Halfway House: the 2006 Comitology Reforms", Contribution to the CONNEX Thematic Conference "Creating a European Administrative Space, London, 16.-18. November 2006 (manuscript on file with author).

[66] Ratsbeschluß 2006/512/EG v. 17.7.2006, ABl. L 200/2006, 11; konsolidierte Fassung in ABl. C 255/2006, 4.

[67] Article 5a („Regelungsauschussverfahren mit Kontrolle").

wirklich umfassende Reform ist nicht erreicht worden.[68] Sie hätte vorausgesetzt, dass Kommission, Rat und Parlament ihre jeweiligen institutionellen Interessen und Perspektiven zur Disposition stellen.

Ist die neue Welt der Agenturen besser?[69] Das interessanteste Beispiel ist die im Jahre 2002 eingerichtete Behörde für Lebensmittelsicherheit.[70] Dass diese Agentur zu Rechtsentscheidungen (die dann direkt gerichtlich überprüfbar wären) nicht befugt ist, wurde schon angemerkt. Ihr Mandat und ihre Macht ist von einer anderen Art. Sie soll, wie es im 22. Erwägungsgrund im Kommissions-Übersetzungsdeutsch heißt, „das Vertrauen der Verbraucher und der Handelspartner" stärken. Wie soll dies geschehen? Instruktiv ist die Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens für gentechnisch modifizierter Lebensmittel.[71] Die Agentur hat hier die bestmögliche wissenschaftliche Begutachtung von Zulassungsanträgen zu gewährleisten. Sie organisiert Wissensbestände, an denen kein Entscheidungsträger vorbeigehen kann. Wird sie so die Irritationen der europäischen Konsumenten abbauen? Der Verordnungstext selbst vertraut hierauf nicht. Artikel 37 Abs. 2 gewährleistet die Unabhängigkeit der wissenschaftlichen Beratung von jeglichen externen Einflussnahmen.

---

[68] Typ IIIa des Regelungsausschussverfahrens nach Komitologiebeschluss 87/1967/EWG, ABl. L 197/1997, 33 (dazu Falke 2000: 60 ff. oben Fn. 32); Art. 5 VI UAbs. 3 nach dem Komitologiebeschluss 1999/468/EG, ABl. L 184/2999, 23 (dazu Falke 2000: 101 ff. oben Fn. 32).

[69] Die in Berlin vorgelegte Fassung hatte die Agenturen zu pauschal und voreilig als eine weitere Variante der Entformalisierung europäischen Regierens dargestellt. Dagegen haben in Berlin Hans-Heinrich Trute und in Florenz Maria Weimer Verwahrung eingelegt. Dem trägt der Abschnitt Rechnung, ohne die Rechtsbindungen der Agenturen abschließend zu beurteilen.

[70] VO 187/2002, ABl. L 31/2002,1.

[71] P. Dabrowska, "Hybrid solution for Hybrid Products? EU Governance of GMOs", PhD Thesis (2006), EUI Florence, Kap. 4.

Nach Artikel 37 Abs.1 sind auch die Mitglieder des Verwaltungsrats, des Beirats und der Geschäftsführende Direktor unabhängig. Deren Unabhängigkeit soll sie aber nicht so wie die Wissenschaft abschirmen; sie soll sie zum Handeln „im öffentlichen Interesse“ verpflichten. Dies ist ein Begriff, der sich den politischen Dimensionen der Lebensmittelmärkte öffnet. Es kommt nicht von ungefähr, dass sich in der Zusammensetzung des Verwaltungsrats (Art. 25), des Beirats (Art. 27) und der Vorschriften zur Wissenschaftlichen Beratung (Art. 28) die aus der Komitologie-Verfahren bekannte Trias wiederfindet.

In der Institutionalisierung der Unabhängigkeit, der Gemeinwohlverpflichtung und den Rahmenbedingungen des Agenturhandelns findet Everson[72] attraktive Perspektiven einer „politischen Verwaltung“ des Binnenmarktes, in der das Recht sich behaupten könne: „Within a context of ‘arguing’ rather than ‘bargaining’, a political administration might thus identify the appropriate basis for regulatory self-restraint; the context specific primacy of competing public interests. In short, ‘effective problem-solving’ is a criterion that matches the Commission’s desire to ensure the factual legitimacy of European regulatory bodies … whilst deliberation augments the normative legitimacy functions of ‘accountability’, especially as regards the adequate representation of all civil society interests”,[73] “European law that both reflect legal-internal values (giving them legitimacy beyond any lacking constitutional settlement) and seem to support on-going processes of adjustment between equally valid public interests through political deliberation”.[74] Nicht das Ausschusswesen, sondern die neuen Agenturen wären dann Institutionalisierungen einer transnationalen Form der Demokratie: „However, where, and to the degree that, the law of review is tailored to ensure

[72] Everson (2005) *oben Fn.* 41.

[73] *Ibid.* (196).

[74] *Ibid*. (197).

that all relevant interests might participate in decision-making, either through a widened basis for *locus standi* or through the 'deliberative' stipulation that all relevant interests are reviewed during decision-making, lack of representation within the plural polity presents a lesser problem".[75]

Die offene Koordinierungsmethode ist radikaler. Hier sind die Entformalisierung und Ablösung der Komitologie-Strukturen gleichsam Programm. Die Legitimität dieses Regierens außerhalb des Rechts wird oft in einem Output gesucht, den man für möglich erklärt, den aber niemand prognostizieren kann. Theoretisch anspruchsvoller ist das Konzept des demokratischen Experimentalismus.[76] Danach sind das iterative *benchmarking*, der autonome Umgang der Nationalstaaten mit den vereinbarten Leitlinien und das dabei angeregte wechselseitige Lernen als genuin demokratische Prozesse zu verstehen, in denen sich ein problembezogener Demos artikuliert. Die hier nur angedeuteten Annahmen sind voraussetzungsvoll und Gegenstand intensiver Recherchen. Sie müssen viele Fragen klären: Wie finden sich die transnationalen Kriterien, die ein *benchmarking* nationaler Erfahrungen, nationaler Geschichte und nationaler Erwartungen ermöglichen und legitimieren sollen? Warum können wir darauf vertrauen, dass die Konfrontation mit den Erfahrungen Anderer in koordinierte Politiken münden und dann gegen skeptische Opponenten durchsetzbar sein

[75] *Ibid.* 198.

[76] O. Gerstenberg & C. Sabel, oben Fn. 43; C. Sabel & J. Zeitlin, "Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union" (2006), zugänglich unter http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers.htm. Die theoretische Sekundärliteratur ist noch immer spärlich; eine Ausnahme bildet W.E. Scheuerman, "Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization? Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 17 (2004) 101-127.

wird? Wie soll die Umsetzung dieser Vorstellungen in den sachlich überaus komplexen und von Interessengegensätzen geprägten Feldern der Sozialpolitik gelingen? Gewiss ist nichts dagegen einzuwenden, dass Bürokratien und Sachverständige Erfahrungen austauschen und ihnen neue Perspektiven nahe gebracht werden. Wie aber lässt sich gewährleisten, dass sich bei all dem nicht Netzwerke etablieren, die dann, ohne sich dem regulären politischen Prozess auszusetzen, umsetzen, was sie vereinbart haben? Ein solches Regieren wäre „weich" insofern, als es nicht mehr auf zwingendes Recht angewiesen ist. Es wäre aber „stark", weil es seiner Informalität wegen die Risiken rechtsstaatlicher Bindungen und Kontrollen unterlaufen kann.

Der in der Sache – der Koordination von Marktintegration und sozialer Regulierung – erfolgreichste Modus europäischen Regierens, nämlich die „Neue Konzeption für technische Harmonisierung und Normung" ist, wenn man nationalstaatliche Vorbilder berücksichtigt, die weitaus älteste und zudem die „seit jeher" am stärksten „privat" verfasste. Dabei mag geradezu paradox erscheinen, was sich plausibel erklären lässt: dass die „Verrechtlichung" dieses „privaten Transnationalismus"[77] weitaus intensiver ausgefallen ist, als die der traditionell öffentlich-rechtlich, jetzt von den neuen Formen des Regierens dominierten Felder. Dies gilt, wie Schepel[78] gezeigt hat, nicht nur für die europäische, sondern auch für die internationale Normung. Es haben sich allgemein anerkannte und stabile Prozeduren herausgebildet, die Rechtsprinzipien, professionelle Standards, Partizipationschancen synthetisieren und immer wieder zu konsentierten Problemlösungen führen.

[77] H. Schepel, *supra*, note 38.

[78] *Ibid,* 241.

Bezeichnenderweise hat die europäische Normung viele Merkmale der Komitologie übernommen. Ihre nichtunitarische Netzwerkstruktur stellt sicher, dass nationale Delegationen ihre jeweiligen Perspektiven einbringen und dadurch tatsächlich Lernprozesse auslösen. Verwaltungen und auch Gerichte sind in den Normungsfragen zuweilen aktuell und stets latent präsent. Er operiert nicht nach deren Weisungen, wird wohl aber von ihnen beschattet. Dieser „private Transnationalismus" hat sich vom staatlichen Recht gelöst, ist aber nicht entrechtlicht. Er versorgt sich mit Expertenwissen, liefert sich diesem aber nicht aus. Worauf beruht seine Akzeptanz?

> „The paradox is, of course, that the mechanism through which to achieve this is, well, politics. Due process, transparency, openness, and balanced interest representation are norms for structuring meaningful social deliberation. They are not obviously the appropriate vehicles for revealing scientific 'truth' or for allowing room for the invisible hand ".[79]

Recht wie Politik bleiben präsent. Freilich, jene politischen Prozesse, die das Recht des privaten Transnationalismus ordnen, werden von der öffentlichen Politik und dem öffentlichen Recht nicht direkt erreicht. Mit anderen Worten: Ihre Verrechtlichung geschieht augenscheinlich „von unten". Diese Recht-Fertigung trägt dem Umstand Rechnung, dass die moderne Wirtschaft und ihre Märkte eben nicht wie Maschinen funktionieren, sondern politisch wichtige Festlegungen treffen müssen. Können wir darauf setzen, dass in der Wirtschaft und Gesellschaft politische Prozesse sich selbst so verfassen, dass ihre Ergebnisse „Anerkennung verdienen"? Eine Parallele zur Komitologie, aber auch zu dem emergierenden Recht der neuen Agenturen, drängt sich auf: Wenn die Komitologie aus den epistemischen und politischen Potentialen deliberativer Prozesse sachhaltige Problemlösungen entwickeln und faire Kompromisse zustande bringen kann, so geschieht dies dank der Prinzipen und

[79] *Ibid,* 223.

Regeln, an denen sie sich orientiert, und im Schatten demokratisch legitimierter Institutionen und ihres Rechts. Ebenso beruht die Legitimität, die Schepel der Normung beimisst, auf der Kompatibilität ihrer Institutionalisierung mit den sie umgebenden rechtlichen Institutionen, die einsehen können, dass sie nicht selbst leisten können, was der Prozess der Normung zu leisten vermag. Ist all dies noch kollisionsrechtlichen Denkmustern zugänglich? Um Kollisionsrecht geht es auch, wenn, wie im Fall der Normung, ein nicht-staatliches Recht Anerkennung finden will.[80] Und ebenso bleibt die Frage zu stellen, ob jene Prinzipen und Prozeduren, nach denen transnationale governance arrangements sich verfassen, Anerkennung verdienen – eine Klärung dieser Frage ist noch nicht in Sichtweite.[81]

[80] E. Schanze "International Standards - Functions and Links to Law", in P. Nobel, ed., *International Standards and the Law*, Bern: Stämpfli, 2005) 84-103, 90 f.

[81] J.P. McCormick, "Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution", in *European Constitutional Law Review* 2/3 (2006) 398-429: 415 ff.