

**Symposium:  
Responses to the European Commission's  
White Paper on Governance**

**Christian Joerges**

*“Ökonomisches Gesetz“ – “Technische Realisation“ – “Stunde der Exekutive”:  
Rechtshistorische Anmerkungen zum Weißbuch der Kommission  
über Regieren in Europa – KOM(2001) 428 v. 25.7.2001 –*

Christian Joerges, Yves Meny & J.H.H.Weiler (eds.)  
2001

**European University Institute**



**The Robert Schuman Centre for Advanced Studies**



&

***Harvard Law School***



***The Jean Monnet Program***

## **“Ökonomisches Gesetz“ – “Technische Realisation“ – “Stunde der Exekutive”:**

### **Rechtshistorische Anmerkungen zum Weißbuch der Kommission**

über Regieren in Europa – KOM(2001) 428 v. 25.7.2001 –\*

CHRISTIAN JOERGES

Florenz/Bremen

#### **1. Einführung**

Das Projekt eines Weißbuchs, das die Kommission in Angriff nahm, um Perspektiven für ein demokratisch reformiertes “europäisches Regieren” zu erarbeiten, hat Hoffnungen genährt und ist Vorbehalten begegnet. Die Skeptiker stellten den praktischen Nutzen des ganzen Unternehmens in Frage. Sie sahen sich bestätigt, als der Vertrag von Nizza am 26. Februar 2001 so ausgefallen war, daß eine Folgekonferenz nicht bloß unausweichlich, sondern höchst dringlich erschien. In der Tat: hätte der Ratifikationsprozeß seinen erwarteten Verlauf genommen, so hätte der sogleich so genannte “Post-Nizza-Prozess” die europapolitische Tagesordnung besetzt und für das Weißbuch kaum Raum gelassen. Nun, da das irische Referendum Bestürzung und Verwirrung ausgelöst hat, darf das Weißbuch wieder mit größerer Aufmerksamkeit rechnen. So sehen es offenbar auch seine Autoren: Das irische Nein zum Nizza-Vertrag sei ein Ausdruck für die Unzufriedenheit mit der Politik und den Institutionen Europas (S. 9) – als „Politikverdrossenheit“ hat man derartiges früher verbucht; das Phänomen betrifft nicht nur Europa.<sup>1</sup>

Das irische Mißgeschick des Vertrages von Nizza kann man aber auch umgekehrt als eine Bestätigung für die das Projekt des Weißbuchs interpretieren. Belegen nicht die Abstinenz und die Ablehnung der Iren einmal mehr die These, daß die europäische Politik dem intergouvernementalistischen Modus der Regierungskonferenzen entglitten

---

\* Beitrag zur Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration über „Das Governance-Weißbuch der Europäischen Kommission vom 25. Juli 2001“, Berlin, 18.-19. Oktober 2001.

<sup>1</sup> Wer diesen Begriff in die Suchmaschine Google.com eintippt, bekommt in 17 Sekunden 5.690

ist, daß sie nach neuen Mustern und Ausdrucksformen zu suchen habe. Ist es da nicht die Aufgabe der Kommission neue Initiativen zur Überwindung der Stagnation und der sich aus ihr ergebenden Gefährdungen des Integrationsprojektes zu ergreifen. War also Romani Prodi genau richtig beraten, als er einer programmatischen Erneuerung der Praktiken des europäischen Regierens eine so hohe Priorität einräumte?<sup>2</sup> Ist es gar angebracht, historische Bezüge herzustellen und an die Lage Preußens im frühen 19. Jahrhunderts zu erinnern, in der kluge und energische Reformer durch eine „Regierungsverfassung“ den Weg zur allgemeinen Verfassung ebnen wollten?<sup>3</sup>

Der endgültige Text des Weißbuchs nimmt sich, gemessen an solchen historischen Beispielen, eher unscheinbar aus. Die schon angesprochene Einstiegssentenz des Weißbuchs, liest sich zuweilen wie ein – in der Übersetzung freilich ziemlich holprigen geratenes – Stück Öffentlichkeitsarbeit. Und wenn viele Europäer, wie es wenig später heißt, „sich dem Wirken der Union entfremdet“ (S. 9) fühlen, so mag dies besorgniserregend, ist aber doch kein analytisch hinlänglich präziser Ansatzpunkt institutioneller oder programmatischer Reformen.

All dies scheint den Skeptikern recht zu geben. Und dennoch bleibt richtig, daß vielleicht nicht so sehr das allzu wohlgefällig klingende Weißbuch selbst, aber doch jedenfalls die Vor- und Begleitarbeiten der europäischen Politik ungemein interessante Fragen gründlich erörtern, daß mit dem Governance-Projekt jedenfalls aus rechtswissenschaftlicher Sicht das Kern- und Dauerproblem des Integrationsprojektes schlechthin aufgreift und seine den Zugang zu ihm aktualisiert: Das Stich- und Modewort „Governance“ – mit „Regieren“ so gut wie eben möglich übersetzt – reagiert auf die Entstehung und den Ausbau genuin transnationaler Herrschaftsstrukturen („governance structures“),<sup>4</sup> die entstanden sind, als die Mitgliedstaaten der

---

einschlägige Nachweise.

<sup>2</sup> Vgl. das Weißbuch zur „Governance“ für die Europäische Union. „Die Demokratie in der Europäischen Union vertiefen“. Arbeitsprogramm, SEK(2000) 1547/7 endg. v. 11. 10. 2000 und die Dokumente auf der einschlägigen Website der Kommission: [http://europa.eu.int/comm/governance/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm).

<sup>3</sup> Genaueres bei R. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung, Stuttgart 1975, 163ff.; G.-Ch. von Unruh, Die Veränderungen der Preußischen Staatsverfassung durch Sozial- und Verwaltungsreformen, in: K.G.A. Jeserich/H.Pohl/ G.-Ch. von Unruh (Hg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band II (Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zur Auflösung des Deutschen Bundes), Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 1983, 399-470.

<sup>4</sup> Zum deutschen Begriff vgl. 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 ff. (<http://www.iue.it/RSC/symposium/>).

Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft übereinkamen, mehr als nur intergouvernementale Beziehungen zu einander zu unterhalten und mehr als eine internationale Organisation zu errichten – die entstehen müssen, wenn autonome Akteure zu einer Kooperationsform finden wollen, mit der dauerhaft gemeinsame Problemlösungen erreicht werden sollen. Gewiß hat Europa sich spätestens seit dem Jahre 1963 mit der richterlichen Einsicht vertraut gemacht, daß seine Verträge nicht als zwischenstaatliche Vereinbarungen zu begreifen und die europäischen Befugnisse in bloß völkerrechtlichen Begriffen nicht zu legitimieren seien.<sup>5</sup> Aber spätestens seit der Einheitlichen Europäischen Akte des Jahres 1987 ist der Europäische Verbund auch über jene Gemeinschaft hinausgewachsen, die dem EuGH i.J. 1963 vor Augen stand, als er fand, daß die Mitgliedstaaten, „wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt“ hätten und so eine neue Rechtsordnung entstanden sei, „deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind“. „Governance“, der Leitbegriff des Weißbuchs, ist immerhin eine positive Bezeichnung dieses sonst immer bloß negativ umkreisten aliud, und die Metapher vom „guten Regierens“ stellt sich – in dem Verständnis der Kommission nicht bloß metaphorisch – dem eigentümlichen Schwebezustand, in den die Union geraten ist, seit die Auffassung vordringt, daß die „constitutional charter“, über die sie verfügt, nicht zureichend sei, ohne daß klar wäre, welche Art von Verfassung jene Charta ablösen solle.

Diese Aussagen soll der folgende Abschnitt (2.) in einem rekonstruktiven Verfahren präzisieren, das an rechtswissenschaftliche Begründungen legitimen transnationalen Regierens aus der formativen Phase der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erinnern wird und bei deren Rekonstruktion bis in die Zeiten der Weimarer Republik zurückgreifen. Der Rückgriff auf deutsche Traditionsbestände nimmt sich einseitig aus. Anders als „einseitig“ ist indessen eine historisch angelegte Rekonstruktion nicht denkbar. Die Problematik ist aus dem IPR geläufig; sie hat bei Bartin und Kahn ihre klassische Fassung und bei Rabel ihre transnationale Lösung gefunden: Die nationalstaatlich organisierten Rechtssysteme definieren die Voraussetzungen einer international funktionierende Kooperation zunächst für sich selbst. Dabei entdecken sie dann, ob und inwieweit sie zu einem transnationalen Problemverständnis übergehen

---

<sup>5</sup> EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, I, 23f. - Van Gend en Loos.

müssen. Europarechtlich gefaßt: Welcher Art gemeinschaftlicher Herrschaft sollen und dürfen Staaten anstreben, die selbst demokratisch verfasst sind und diese Regierungsform sogar, wie Art. 79 Abs. 3 GG dies tut, für grundsätzlich unantastbar erklären?

Es kommt nicht von ungefähr, daß gerade das Grundgesetz diese Bestimmung getroffen hat – und sich gleichzeitig, in Art. 24, zu einer „offenen Staatlichkeit“ bekannte.<sup>6</sup> Und es kommt ebensowenig von ungefähr, daß gerade in Deutschland Traditionsbestände verfügbar waren, die sich erneuern ließen, an die angeknüpft werden konnte, als es darauf ankam, das Demokratiegebot des Grundgesetzes mit seiner Integrationsoffenheit zu versöhnen – und dabei zwischen unbeschädigten und diskriminierten Beständen der Tradition zu unterscheiden.

All das spricht sehr nachdrücklich dafür, in der Rekonstruktion rechtswissenschaftlicher Begründungen der Legitimität transnational-europäischen Regierens „einseitig“ vorzugehen – was gerade nicht heißt, daß es anderswo keine funktionalen äquivalenten Konzepte oder diese weniger bedeutsam gewesen seien. Im Gegenteil: Gerade in der Rekonstruktion der unterschiedlichen Ausgangsbedingungen der Mitgliedstaaten des Integrationsprojektes erschließen sich dessen Errungenschaften – zu denen die schrittweise Entfaltung transnationaler governance structures gehört. Die Programmatik des Weißbuchs möchte diesen Prozeß bewußt machen, ihn weitertreiben und gleichzeitig demokratieverträglich gestalten. Wer sich die Mühsal dieses Prozesses und die konzeptionellen Probleme, mit denen er zu tun hat, vergegenwärtigt, wird mit dem mit dem Stil, in dem das Weißbuch sie abhandelt, seine Schwierigkeiten haben, auch Einwände formulieren wollen (unten 4.) – ohne mit fertigen Rezepten aufwarten zu können.

## **2. Rechtswissenschaftliche Begründungen transnationaler Herrschaftsstrukturen: Ein Rückblick auf deutsche Traditionsbestände**

Die heute so verbreitete Meinung, Europa sei kein Staat, aber es brauche eine Verfassung, ist neueren Datums allenfalls insofern, als im Begriff der Verfassung der einer demokratischen Legitimation mitgedacht wird – einem Maßstab, den sich auch

das Weißbuch zu eigen macht, wenn es auf das „zweifache demokratische Mandat der Union verweist (S. 9), um dann die „Grundsätze des guten Regierens“ als demokratisch-rechtsstaatliche Prinzipien vorzustellen, die in allen Regierungsebenen stärker zur Geltung kommen sollen (S. 13).

Das als Demokratiedefizit bezeichnete Legitimationsproblem hat indessen die Rechtswissenschaft gleichsam von Anfang an beschäftigt. Sie hat hierauf nur anders reagiert, als dies in der gegenwärtigen Debatte weithin üblich ist: Sie hat – wenngleich vielfach in der verschlüsselt-doktrinellen Weise der Jurisprudenz und ohne sich um die Übersetzung ihrer Begriffe in die Kategorien und Fragestellungen anderer Disziplinen oder öffentlicher Diskurse zu kümmern – für eine Institutionalisierung von Rationalitätskriterien plädiert,<sup>7</sup> die ein transnationales „Regieren“ rechtfertigen können, das den Maßstäben der nationalstaatlich organisierten Verfassungsstaaten nicht genügen mag, mit ihnen aber dennoch verträglich ist. „Europa hat sich eine Verfassung gegeben, die ein von dem Muster nationalstaatlicher Demokratien grundsätzlich abweichendes Legitimitätsmuster institutionalisieren mußte“ – für diese Antwort gibt es der deutschen Rechtstradition Begründungen, die sich geschichtlich zumindest bis in die Weimarer Republik zurückverfolgen lassen. An sie konnte das deutsche Europarecht anknüpfen, als es sehr früh und in einer unbelasteten Tradition so nicht zu erwartenden konzeptionellen Stringenz auf die Frage reagierte, wie Europa als eine über dem Recht der Mitgliedstaaten stehender „Herrschaftsverband“ möglich sei. Diese Begründungen waren uneinheitlich – und sind gerade wegen ihrer Differenzen aufschlußreich. Drei kommen im Titel dieses Essays zur Sprache; zwei von ihnen – der Ordoliberalismus und der Funktionalismus – sind wirkliche Markenzeichen der deutschen Europarechtswissenschaft geworden; eine dritte hatte sich diskreditiert – auch dies sollte man wissen und nicht vergessen.

## *2.1. Ordoliberalismus: Die Einheit von nationaler und europäischer Wirtschaftsverfassung*

---

<sup>6</sup> Vgl. AK-GG-M. Zuleeg, Art. 24 Abs. 1, Rz. 3 ff.

<sup>7</sup> Zum Begriff wiederum M. R. Lepsius, Max Weber und das Programm einer Institutionenpolitik, Berliner Journal für Soziologie 5 (1995), 327-333.

Im Rahmen seiner Studien zur Privatrechtsgeschichte hat Knut Wolfgang Nörr<sup>8</sup> zwei Konzepte in der (deutschen) Wirtschaftsrechtsgeschichte identifiziert. Bei beiden handelt es sich in aktuelleren Sprechweise um deutsche *varieties of capitalism* „organisierte Wirtschaft“ nennt Nörr die eine, „sozialen Marktwirtschaft“ heißt die andere Variante. Die „organisierte Wirtschaft“ sieht Nörr als eine Erblast aus der Weimarer Republik, freilich eine, deren Vorläufer in der Epoche des in „organisierten Kapitalismus“ des 19. Jahrhunderts zu finden seien. Die zweite Variante, die „soziale Marktwirtschaft“, repräsentiert für Nörr die bessere Tradition. Ihren ordnungspolitischen Kern bildet der Ordoliberalismus. Diese Konzeption haben in der Nationalökonomie vor allem Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke kongenial mit dem Juristen Franz Böhm, am Ende 20er Jahre entwickelt – angesichts und gleichsam auf dem Höhepunkt der wirtschafts- und verfassungspolitischen Krise der Weimarer Republik. In diesem Kontext entstand die ordoliberalen Forderung nach einem „starken“ Staat, der eine dem Wirtschaftsgeschehen immanente, freilich schutzbedürftige, *ordo* ohne politische Rücksichtnahmen durchsetzen sollte.<sup>9</sup> Hermann Heller hat – noch vor der nationalsozialistischen Machtergreifung den ordoliberalen als „autoritären“ Liberalismus kritisiert.<sup>10</sup> Diese Qualifikation traf die ordoliberalen Kritik an einem Pluralismus, in dem der Interessenkampf den Inhalt der staatlichen Politik bestimmt. Dies war freilich nicht der „starken Staat“, den Carl Schmitt in seiner Rede von 1932 als Garanten einer „gesunden Wirtschaft“ vorstellte,<sup>11</sup> und den dann der Nationalsozialismus in Szene setzte. In diesem starken Staat galt der Primat der Politik gegenüber der Wirtschaft – und dessen Exponenten kam der Gedanke einer ordnungspolitischen Bindung der Politik nicht in den Sinn.

Eben dieser Kerngedanke war es denn auch, den der Ordoliberalismus in der formativen Phase zunächst der Bundesrepublik und dann der Europäischen

---

<sup>8</sup> Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition, 1999, 5 ff.; 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.

<sup>9</sup> Vgl. mit vielen Belegen Ph. Manow, Modell Deutschland as an interdenominational compromise, Minda De Ginzburg Center for European Studies. Working Paper, <https://www.cc.columbia.edu/sec/dlc/ciao/wps/man01>; ders., Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie, Leviathan 2001, 179-198.

<sup>10</sup> H. Heller, Autoritärer Liberalismus, Die Neue Rundschau 44 (1933), 289-298.

<sup>11</sup> Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern (gehalten am 23.11.1932), in: Volk und Reich, 81-94.

Wirtschaftsgemeinschaft zur Geltung brachte. Im Innern wurde der politischen Verfassung die Wirtschaftsverfassung an die Seite gestellt, um so die Marktwirtschaft gegen diskretionäre politische Zugriffe abzuschirmen.<sup>12</sup> Der ordoliberalen Theorie der Wirtschaftsverfassung beantwortete gleichzeitig die Frage nach der Legitimität europäischen „Regierens“: Sie verstand die im EWGV verbürgten Freiheiten, die Öffnung der Volkswirtschaften, die Diskriminierungsverbote und Wettbewerbsregeln als gemeinschaftliche Grundsatz-Entscheidung für eine marktwirtschaftlichen Ordnung zu deuten.<sup>13</sup> Und gerade der Umstand, daß Europa als bloße Wirtschaftsgemeinschaft auf den Weg gebracht worden war, verlieh der ordoliberalen Argumentation Plausibilität: Mit der Deutung der wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaft als einer auf Recht gegründeten und auf die Sicherung wirtschaftlicher 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.

## *2.2. Die Disjunktion von „organisierter Wirtschaft“ und europäischer Technokratie*

Die ordoliberalen Theorie hat einen faktisch-normativen Doppelstatus. Ihre Aussagen über die Ordnungsmuster der Wirtschaft, bezeichnen wirtschaftliche Abläufe, institutionelle Vorstellungen, wirtschaftspolitische Programmatiken; ihre Wohlfahrtsversprechen „gelten“ empirisch, wenn institutionelle Rahmen „gilt“, den die Ordnungstheorie postuliert. Deshalb ist der Ordoliberalismus durch eine politische Praxis, die seinen Vorstellungen nicht entspricht, kaum in Verlegenheit zu bringen. So eindeutig ist das Verhältnis von Theorie und Praxis aber ohnehin nicht. Die deutsche Politik hat den Leitbildern, Konzeptionen, Institutionalisierungen im ordoliberalen Sinne immer wieder ihre Reverenz erwiesen; sie hat andererseits eine ordnungspolitische Indifferenz an den Tag gelegt, die ein Paktieren mit der „organisierten Wirtschaft“ einschloß.<sup>14</sup> Und sie konnte sich darauf berufen, daß der

---

<sup>12</sup> Vgl. repräsentativ und tonangebend F. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950.

<sup>13</sup> Eingehend mit allen Belegen: W. Mussler, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht, Baden-Baden 1998, 58 ff.

<sup>14</sup> Vgl. z.B. W. Abelshäuser, Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland



Ordoliberalismus im Staats-, Verfassungs-, Verwaltungsrecht nur sehr verhalten unterstützt wurde – dort bestimmte die wirtschaftspolitische Gestaltungsfreiheit des demokratisch beglaubigten Gesetzgebers über die „Verfassung“ der Wirtschaft. Nörr bezeichnet deshalb „als ein Grundphänomen in der Entstehungsgeschichte der Bonner Republik... [ihre] 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.“<sup>15</sup> Die Weigerung des Bundesverfassungsgerichts, dem Grundgesetz eine rechtlich bindende Wirtschaftserfassung zuzuschreiben,<sup>16</sup> belegt dies Nörr zufolge<sup>17</sup> am nachdrücklichsten.

Die Institutionalisierung beider Rationalitätsmuster nebeneinander, des ordnungspolitischen wie des politisch-diskretionären, ließ sich theoretisch nicht auflösen; praktisch-politisch war jener „Gegensatz und Widerspruch“,<sup>18</sup> das belegt die wirtschaftliche Erfolgsgeschichte der jungen Bundesrepublik, ohne weiteres aushaltbar.

Mit dem Projekt der Integration Europas aber entstand eine neue Lage. Der Ordoliberalismus kam, weil seine Theorie der Wirtschaftsverfassung diese gerade dem parlamentarisch-majoritären Zugriff entziehen sollte, mit den Suprematieansprüchen des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich ohne weiteres zu Recht – jedenfalls, wenn und soweit dieses sich an der Programmatik der Herstellung eines „Systems unverfälschten Wettbewerbs“ orientierte. Demgegenüber stellten die Diskrepanzen zwischen den Prinzipien der parlamentarischen Demokratie und den so nicht legitimierten Befugnissen der Gemeinschaft für die „zweite Tradition“ ein Problem dar, dessen Lösung eine alternative Legitimation und Beschränkung europäischer Gestaltungsansprüche verlangte.

Solche Alternativen fanden sich. Und wie im Falle des Ordoliberalismus reichen ihre Begründungen in die Zeit der Weimarer Republik zurück. Unter dem Eindruck einer schon damals als rasant erscheinenden technischen Entwicklung und

---

1949-1966, Düsseldorf 1987, 21 ff.

<sup>15</sup> Die Republik der Wirtschaft (Fn. 8), 84.

<sup>16</sup> BVerfGE 7, 377 (1958) – Investitionshilfe.

<sup>17</sup> A.a.O., 103 ff.

<sup>18</sup> Nörr, a.a.O., 84.

Verwissenschaftlichung formiert sich in Deutschland eine überwiegend konservative Kulturkritik,<sup>19</sup> in den USA und anderswo eher zuversichtlich gestimmte technokratische Politikkonzepte.<sup>20</sup> In den 60er Jahren erlebten diese Vorstellungen ihre Renaissance. Im deutschen Verfassungsrecht ist hier vor allem an Ernst Forsthoff zu erinnern. Er diagnostizierte in seinem „Staat der Industriegesellschaft“ ein die förmliche Verfassung überlagerndes, ihr existentiell überlegenes Herrschaftssystem.<sup>21</sup> Neben der schon lange – seit 1938 in Übernahme des von Karls Jaspers geprägten Begriffs – fest etablierten „sozialen Realisation“ („Daseinsvorsorge“) kämen Zwänge einer „technischen Realisation“ zur Geltung, die, wie es in einem Begleitartikel hieß, „dem freiheitlichen Staat eine partielle Identifizierung mit der Technik durch die Bedingungen des technischen Prozesses“ aufgenötigten.<sup>22</sup> Es gebe einen „inneren Kreis, in dem das Sachwissen herrscht und die sachgerechten Entscheidungen getroffen werden“.<sup>23</sup> Kongenial erklärte Helmut Schelsky: „An die Stelle der politischen Normen und Gesetze [treten] Sachgesetzlichkeiten der wissenschaftlich-technischen Zivilisation..., die nicht als politische Entscheidung setzbar und als Gesinnungs- und Weltanschauungsnormen nicht verstehbar sind“.<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup> 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

---

<sup>19</sup> N. Stehr, Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften, Frankfurt a.M. 1994, 278 ff.

<sup>20</sup> C. Radaelli, Technocracy in the EU, Essex/New York 1999.

<sup>21</sup> 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 ff.

<sup>22</sup> Technischer Prozess und politische Ordnung, Studium Generale 22 (1969), 849 ff., 852.

<sup>23</sup> Der Staat der Industriegesellschaft, a.a.O., 84.

<sup>24</sup> Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation (1961) in: ders., Auf der Suche nach Wirklichkeit, Düsseldorf 1965, 442 ff., 453; vgl. I. Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, München 1976, 23 ff.; N. Stehr, a.a.O., 422 ff.

<sup>25</sup> Vgl. M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, 300 ff.; vgl. M. Bach, Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa, 1999, 46 ff.

legitimierten Entscheidungsträgern vorbehalten wollte:<sup>26</sup> 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 durch deren Lösung hinlänglich legitimiert.

### 2.3. Die „Stunde der Exekutive“

Nicht nur der Vollständigkeit halber ist an eine dritte, freilich gründlich diskreditierte Alternative zu erinnern. Auch sie entstammt dem Laboratorium von Weimar. Systematisch handelte es sich um eine Kritik sowohl an der Institutionalisierung ökonomischer Rationalität, wie sie dem Ordoliberalismus vor Augen stand, als auch der Institutionalisierung einer technokratischen Vernunft, wie sie der Funktionalismus befürwortete. Die Speerspitze dieser doppelseitigen Kritik war Carl Schmitt. Eine „gesunde Wirtschaft“, so hatte er in einer berühmten Rede im Jahre 1932 verkündet,<sup>27</sup> benötige einen „starken Staat“. Dieser starke Staat war nicht der wettbewerblichen Ordnungsvorstellungen verpflichtete Staat der Ordoliberalen. Carl Schmitt insistierte auf dem Primat der Politik gegenüber einer sich ergeben „selbstverwaltenden“ Wirtschaft – Führerverfassung nannte sich dies wenig später. Sein Plädoyer für den „starken Staat“, in dem die Politik gegenüber der Wirtschaft ihre Priorität behaupten solle, hatte Carl Schmitt mit einer Polemik gegen alle technokratischen Bestrebungen verbunden, die meinen, „durch technische und wirtschaftliche Sachverstände nach angeblich rein sachlichen, rein technischen und rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten alle Fragen“ entscheiden zu können.<sup>28</sup>

Bei beiden Alternativen, die Schmitt kritisiert, geht es darum, spezifische Politikbereiche gegen eine paramentarisch-majoritäre Politik abzuschirmen, sei es, weil diese die Gebote allgemein-wirtschaftlicher Vernunft mißachte, um stattdessen

---

<sup>26</sup> Vgl. H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, 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 ff.

<sup>27</sup> Fn. 11.

<sup>28</sup> A.a.O., 73.

Gruppeninteressen nachzugeben, sei es, weil sie nicht über den Sachverstand verfüge, den die technisch-wissenschaftliche Entwicklung dem Regieren abnötigt. Was bleibt möglich, wenn man, wie Carl Schmitt dies tut, beide Alternativen zurückweist und gleichzeitig die Möglichkeit der Rückkehr zu einer parlamentarisch verantworteten Politik für illusorisch erklärt? In einer rechtsvergleichenden Studie aus dem Jahre 1936 hat Schmitt sich dieser Frage gestellt.<sup>29</sup> Seine Antwort: "Legislative Delegation", die "vereinfachte" Entscheidungsverfahren ermöglichen, hätten sich allenthalben durchgesetzt; der "scharfe Gegensatz zwischen Legislative und Exekutive" sei hinfällig und alle Versuche, Delegationen in einer hinlänglich bestimmten Weise einzugrenzen, zum Scheitern verurteilt; die Stunde einer „*Aufhebung der Trennung von Legislative und Exekutive*“ habe geschlagen.<sup>30</sup>

### 3. “Good Governance“ nach dem Weißbuch der Kommission

Aus historischen Rückblicken können wir keine fertigen Antworten auf neue Problemlagen beziehen. Aber wir können durch sie etwas von der Wirkungsgeschichte der Konzepte erfahren, die wir verwenden, und uns darüber vergewissern, ob wir wirklich mit neuen Konzepten operieren, alte Antworten bloß fortschreiben, uns Versäumnissen der Vergangenheit stellen. Im allgemeinen ist all dies gleichzeitig der Fall – und dies gilt auch für das Weißbuch. Die folgenden Bemerkungen werden sich auf die Institutionalisierung der regulativen Politik im Binnenmarkt konzentrieren. Dies ist nicht das einzige, aber doch ein ungemein wichtiges Thema des Weißbuchs. Es ist ein Thema, das seit der Gründung der EWG von zentraler Bedeutung war und das Tagesgeschäft der Integrationspolitik beherrscht. Dieser Politik eröffnet das Governance-Weißbuch tatsächlich neue Horizonte. Es bewegt sich aber auch auf alten Pfaden und in alten Sackgassen.

#### 3.1. Governance als Schlüsselbegriff

---

<sup>29</sup> C. Schmitt, Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen), ZaöRV 6 (1936), 252 ff.

<sup>30</sup> A.a.O., 266 (Hervorhebung im Original).

Der Begriff des Regierens, den das Weißbuch als Schlüsselbegriff der Integrationspolitik verwendet, ist gewiß ein Modewort mit schillernden Konnotationen. Aber der Begriff ist nicht konturenlos<sup>31</sup> und eignet sich tatsächlich zur Kennzeichnung integrationspolitischer Entwicklungen und Problemlagen. Das Integrationsprojekt stand in seiner ersten, seiner formativen Phase im Zeichen der „Integration durch Recht“. Europa verstand sich als „Rechtsgemeinschaft“, als ein Gemeinwesen, das sich durch Recht konstituieren und im Rechtsmedium handeln sollte. Als dann in den 80er Jahren die „Vollendung“ des Binnenmarktes zum Politikziel Nr. 1 avancierte, sollten sich die Gewichte verschieben. Die Neue Binnenmarktpolitik der Delors-Kommission stellte die ökonomische Vernunft über die juridische, nicht um zwischen beiden einen Gegensatz zu konstruieren, wohl aber in der Absicht, die Inhalte und Zielsetzungen der Rechtsintegration an den Imperativen einer ökonomischen Vernunft auszurichten. Die Adaption des Governance-Begriffs durch das Weißbuch trägt den Erfahrungen und Lernprozessen während und nach der „Vollendung“ des Binnenmarktes Rechnung, der Einsicht vor allem, daß die Binnenmarktprogrammatische ein pro-aktives Handeln in immer neuen Bereichen verlangte, daß die Dynamik der Marktintegration ein auf Dauer gestelltes Management erforderte, das die ökonomischen Implikationen und sozialen Dimensionen bearbeitet. Der Governance-Begriff kennzeichnet Aktivitäten und Akteure. „Governance“ ist weder mit dem Handeln von Regierungen und Verwaltungen noch mit Rechtsetzungsaktivitäten oder der Rechtsanwendungstätigkeit von Behörden und Gerichten gleichzusetzen. Es ist all dies „auch“. Aber ein Spezifikum der modernen regulativen Politik ist, daß sie auf das Wissen in der Gesellschaft, die Management-Kapazitäten von Unternehmen und Organisationen baut (angewiesen ist). Sie kann dabei nicht einfach „hoheitlich“ vorgehen; aber auch als „Delegation“ regulativer Aufgaben an nicht-gouvernementale Akteure wären solche Kooperationsverhältnisse nicht angemessen bezeichnet. Governance-Strukturen sind eine Antwort auf Problemlagen der Gesellschaft und des politischen Systems.

So weit so gut. Und Jérôme Vignon hat überdies Recht, wenn er diese Entwicklungen mit einer „transformation of the knowledge used in the formation of rules of public

---

<sup>31</sup> Ph. Steinberg, Governance-Modelle in der Politikwissenschaft und Möglichkeiten Ihrer verfassungsrechtlichen Umsetzung, WHI Working Paper 6/99 – [www.rewi.hu-berlin.de/WHI/](http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/) (Berlin) – die politikwissenschaftliche Literatur ist nicht mehr überschaubar; besonders aufschlußreich zur Herkunft und Karriere des Begriffs m.E. Ph.C. Schmitter, What is there to legitimize in the European

life“ in Verbindung bringt: „Knowledge is no longer ‚given‘ and accessible by the mechanisms of elected representation or by the concentration of specialist expertise, but rather thought to be ‚constructed‘ and renewed in a process of collective learning that draws support from social pluralism“.<sup>32</sup> Möchte Vignon auch suggerieren, daß die Veränderungen im Wissen der “Wissensgesellschaft” und die damit zusammenhängenden Umorganisation von Entscheidungsprozessen eine „profound mutation of democracy in the nations of Europe and elsewhere“ bedeuten? Eine solche Äquivokation ist kaum gemeint und würde von den Verhandlungen und Berichten der Arbeitsgruppe „Democratising Expertise“ dementiert. Überall ist die regulative Politik auf Expertenwissen angewiesen. Aber dieses Wissen ist immer fragmentarisch, regelmäßig kontrovers. Experten müssen selbst praktisch-normative Diskurse führen und können bei den auf ihren Rat angewiesenen Instanzen keine objektiven Wahrheiten abliefern. Die Organisation der regulativen Politik hat dem Umstand Rechnung zu tragen, daß die politisch-administrativen Systeme nicht über die Wissens- und Steuerungsressourcen verfügen, die für Problemlösungen mobilisiert werden müssen. Auch innerhalb der Nationalstaaten müsse, so konstatierte Wolfgang Schluchter bereits i.J. 1972,<sup>33</sup> die Verwaltung eingestehen, daß ihre „Amtsautorität“ auf eine „Sachautorität“ angewiesen sei, die sie nicht aus ihrer Zuständigkeit zur Exekution von Normen beziehen könne. Deshalb müssen Amts- und Sachautoritäten neue Verbindungen eingehen; Governance-Strukturen müssen entstehen, in denen private Akteure und „die Zivilgesellschaft“ an der „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ teilnehmen. „Governance“ statt Regierung und Verwaltung: Dies ist das Resultat – aber auch das Problem.

### *3.2. Regulierungsagenturen?*

Resultat und Problem haben spezifisch europäische Dimensionen, mit denen das Weißbuch sich auseinandersetzt, und eine Geschichte, die es in dieser Auseinandersetzung fort- und umschreibt. Vom deutschen Ordoliberalismus und seiner

---

Union... and how might this be accomplished?, Institut für Höhere Studien (IHS), Reihe Politikwissenschaft, Heft 75, Wien 2001, auch zugänglich unter [http://www.iue.it/RSC/Governance/..](http://www.iue.it/RSC/Governance/)

<sup>32</sup> Governance and Collective Adventure, in: O. De Schutter, N. Lebessis & J. Paterson, John (Hg.), Governance in the European Union, Luxembourg 2001, 3.

Vision einer geordneten Freiheit ist im Governance-Buch recht wenig zu finden.<sup>34</sup> Umso stärker scheint dagegen die Tradition der organisierten Wirtschaft und des Funktionalismus nachzuwirken – freilich gilt auch dies nur in einem vordergründigen Sinn.

Die „Sachaufgaben“, deren Lösung Ipsen der europäischen Bürokratie anvertrauen wollte, sind nicht mit „regulativen Politiken“ identisch, die Majone zufolge die Entwicklung des Binnenmarktes begleiten müssen.<sup>35</sup> Ipsen hat seinen „Zweckverband“ Jahrzehnte früher als Majone seinen „regulatory state“ erdacht. Die Binnenmarktpolitik, das Wechselspiel von Deregulierung und Re-Regulierung, das Majone analysiert, gab es seinerzeit so nicht – sowenig wie das analytische Instrumentarium der *social choice*-Theorien, dessen Majone sich bedient. Gewiß, beiden Autoren handeln von Aufgaben, für deren Lösung Expertenwissen unerlässlich ist, und beide teilen die Auffassung, daß eine sachgerechte Aufgabenerfüllung eine Abschottung der europäischen Institutionen gegen politische Einflußnahmen erfordert. Aber Majones *regulatory state* steht eher auf angelsächsischen, denn auf deutschen Füßen: Die *governance structures*, die Majone als Modell vor Augen steht, ist ein „fourth branch of government“, der von einer Justiz begleitet wird, die zwar nicht die inhaltliche Richtigkeit der auf Expertenwissen bauenden Sachentscheidungen, wohl aber die Transparenz und Fairness der Entscheidungsverfahren und die Beachtung ihres legislativen Mandats kontrolliert.<sup>36</sup> Dieses Modell adaptiert Majone an die Situation der EU. Hier sollen die nicht-majoritären Institutionen Europas und die majoritären Institutionen der Mitgliedstaaten einander ergänzen. In der EU gehe es primär um die regulative Politik, während die wohlfahrtsstaatlich-distributive Fragen auf

---

<sup>33</sup> W. Schluchter, Aspekte bürokratischer Herrschaft: Studien zur Interpretation der fortschreitenden Industriegesellschaft (1972; Neuausgabe Frankfurt a.M. 1985), 145-176.

<sup>34</sup> Ausgerechnet die Wettbewerbspolitik soll in der Domäne der Kommission bleiben: „Agenturen dürfen keine Zuständigkeiten zugewiesen werden, für die der Vertrag eine unmittelbare Entscheidungsberufung der Kommission vorsieht (z.B. in der Wettbewerbspolitik)/ „Agencies cannot be given responsibilities for which the Treaty has conferred a direct power of decision on the Commission (for example, in the area of competition policy)” ( S. 31). Diese Aussage entspricht der das Weißbuch insgesamt kennzeichnenden Konzentration der Kommission auf sich selbst, aber nicht den institutionellen Idealen des Ordoliberalismus.

<sup>35</sup> G. Majone, *Regulating Europe*, London-New York 1996, 284-300.

<sup>36</sup> G. Majone, Giandomenico, *The European Community. An „Independent Fourth Branch of Government“?*, in: G. Brüggemeier, (Hg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 23-44.

nationalstaatlicher Ebene zu entscheiden seien, weil sie nur dort demokratisch-majoritär legitimiert werden könnten.

Mit diesen Vorstellungen stimmt die institutionellen Programmatik, die das Weißbuch skizziert, terminologisch in mancherlei Weise überein. Die Kommission möchte neue EU-Regulierungsagenturen schaffen, die auf der Grundlage eines klar definierten Mandats autonom entscheiden dürfen. Freilich: Die Unabhängigkeit soll nur „ein gewisses Maß“ haben; die Entscheidungsbefugnisse sollen auf Einzelentscheidungen beschränkt bleiben, dürfen keine „politischen Ermessensfragen“ betreffen und ebensowenig „komplizierte wirtschaftliche Bewertungen vornehmen“ (S. 31). Derartiges bleibe der Kommission vorbehalten; sie werde sich dank der neuen Agenturen stärker ihren „Kernaufgaben“ widmen können. „Exekutivagenturen“ heißen die neuen Gebilde nach dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates vom 24.04.2001.<sup>37</sup> Der Begriff signalisiert, was der Text ausführt. Die Kommission stellt die „Verwaltung“ des Binnenmarktes dar, als vollziehe diese den Willen eines europäischen Souveräns, als fungiere sie in der plastischen Sprache des amerikanischen Verwaltungsrechts bloß als „transmission belt“<sup>38</sup> in einer „unitary polity“: In diesem Verwaltungsapparat ist die Exekutiveagentur eine Art Gehilfe der Kommission, eben eine „Gemeinschaftseinrichtung mit Rechtspersönlichkeit, die unter Kontrolle und Verantwortung der Kommission damit beauftragt wird, die vom Gesetzgeber festgelegten Gemeinschaftsprogramme mitzuverwalten“.<sup>39</sup> Und: „Trotz ihrer Verwaltungsautonomie untersteht die Exekutivagentur der strengen Kontrolle durch die Kommission, die zum einen den Direktor und die Mitglieder des Lenkungsausschusses der Agentur ernennt und andererseits den Inhalt ihres Arbeitsprogramms festlegt“.<sup>40</sup>

Die Praxis des bisherigen Agenturwesens ist komplexer, wenn man will: chaotischer, wahrscheinlich aber auch: besser<sup>41</sup> Die Agenturen entsprechen bislang weder amerikanischen Modellen und Majones Vorstellungen – sie haben weder „regulative“

---

<sup>37</sup> KOM(2000) 788, ABl. C 120 E, 140-145.

<sup>38</sup> Vgl. R. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, Harv. L. Rev. 88 (1975) 1671, 1674 ff.

<sup>39</sup> Abschnitt 3.2. der Einleitung.

<sup>40</sup> Abschnitt 3.17. der Einleitung.

<sup>41</sup> Aktuelle Bestandsaufnahme bei G. Majone/M. Everson, Michelle, *Institutional reform: independent agencies, oversight, coordination and procedural control*, in: De Schutter et al. (Hg.), a.a.O. (Fn. 31), 129-168; E. Vos, *Reforming the European Commission: What Role to Play for European Agencies*, CMLRev. 37 (2000), 1113.



Kompetenzen im Rechtssinne, noch lassen sie sich von der Kommission als bloße Hilfseinrichtungen behandeln.<sup>42</sup> Das bisherige Agenturwesen steht in seiner juristischen Struktur dem Ausschußwesen nahe; de facto ist es freilich deutlicher sichtbar, besser ansprechbar, autonomer als die Komitologie. Die in Nizza endgültig auf den Weg gebrachte „Europäische Lebensmittelbehörde“<sup>43</sup> dürfen die Protagonisten des Exekutivagentur-Modells noch nicht auf ihrer Habenseite verbuchen. Die neue Behörde soll, so heißt es in der Ziffer 40 der Begründung des geänderten Kommissionsvorschlages, das „Vertrauen der Gemeinschaftsorgane, der Öffentlichkeit und der betroffenen Kreise“ gewinnen. Würde sie ein Exekutivorgan unter strenger Kontrolle der Kommission, könnte ihr dies nicht gelingen.<sup>44</sup> Man darf also gespannt sein, was aus diesem Vorschlag wird, zunächst im Amtsblatt, dann in der Praxis.

### 3.3. Kritik der Komitologie

Nicht die neuen Agenturen, sondern das seit langem etablierte Ausschußwesen ist die signifikanteste Institutionalisierung des Binnenmarktes. Ausschüsse haben nicht nur die sog. „Durchführung“ von gemeinschaftsrechtlichen Rahmenvorschriften in der Hand („Komitologie“), sondern fungieren viel umfassender als Foren politischer Prozesse und Koordinationsinstanzen zwischen supranationalen und nationalen, gouvernementalen und gesellschaftlichen Akteuren. Und beide, Agenturen wie Ausschüsse, werden umrahmt von – oder umgeben sich mit – halb-öffentlichen und privaten policy-Netzwerken.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Es gib für die heterarchische Struktur der „Administration“ des Binnenmarktes gute rechtliche Gründe, die hier immerhin angedeutet werden sollen. Sie gehen letztlich auf die Mehr-Ebenen-Struktur der Gemeinschaft zurück, die ihren rechtlichen Ausdruck darin findet, daß sachlich-funktional zusammengehörende Handlungsbefugnisse über verschiedene Ebenen verteilt sind und daher das Suprematie-Prinzip keine Ordnung stiften kann: Die Kompetenz-Konflikte in der EU sind nur teilweise vertikal, nur teilweise horizontal, sehr oft „diagonal“; zu diesem Terminus Ch. Joerges, *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective*, *European Law Journal* 3 (1997), 378-406. Eben deshalb sind nur kooperative Problemlösungen denkbar – und auch insoweit hat der *governance*-Begriff sein fundamentum in re..

<sup>43</sup> KOM(2001) 475 endg.

<sup>44</sup> Vgl die Analyse von L. Buonanno/S. Zablotney/R. Keefer, *Politics versus Science in the Making of a New Regulatory Regime in Europe*, *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 5 (2001) N° 12; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-012a.htm>.

<sup>45</sup> Vgl. die Beiträge in Ch. Joerges/J.Falke (Hg.), *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, Baden Baden 2000; Ch. Joerges/E. Vos (Hg.), *EU Committees. Social Regulation. Law and Politics*, Oxford 1999.

Die funktionale und formale Differenz von Agenturen und Ausschüssen ist wichtig, aber anders als diese Bezeichnungen suggerieren. Die europäischen Agenturen entscheiden nicht autonom über den Marktzutritt von Unternehmen oder die Zulassung ihrer Produkte; sie sollen vielmehr Informationen erheben, die Politik informieren – sie fungieren als technokratische Zuliefer-Betriebe der Politik. Ihr halb-amtlicher Status öffnet sie augenscheinlich privaten/gesellschaftlichen Interessen und stärkt ein technokratisch-unpolitisches, auf Autonomie bedachtes Selbstverständnis. Weder die Zuordnung zu Dienststellen der Kommission noch die Repräsentation von nationalen Akteuren in den Gremien der Agenturen scheint hieran etwas zu ändern.

Demgegenüber sollten die Ausschüsse als Kontrolleure und Agenten nicht nur technokratischer Erfordernisse, sondern auch der politisch-normativen Dimensionen der Vollendung und Verwaltung des Binnenmarktes fungieren. Sie erscheinen häufig als „kleine Räte“, als Foren, in denen die Logik der Marktintegration mit sozial-regulativen Anliegen und Interessen in den Mitgliedstaaten kompatibelisiert werden muß. Weniger sichtbar, aber keineswegs weniger bedeutsam als das Schisma von Agenturen und Ausschüssen sind die Unterschiede in der Art und Intensität, mit der europäische Institutionen mit der Öffentlichkeit interagieren, sich professionellen Sachverständigen versichern, die Interessendefinitionen privater Akteure erkunden. Das hat mit der Art, in der traditionelle Bürokratien ihr Verhältnis zur Öffentlichkeit definiert haben, nicht mehr viel gemein. Vor allem diejenigen Agenturen, die nicht über formelle Entscheidungsbefugnisse verfügen (und deshalb rechtlich so schwach erscheinen), erweisen sich als höchst aktive Organisatoren Europa-weiter Meinungsbildungsprozesse.

Agenturen, Ausschüsse, öffentliche und private Netzwerke – sie alle sind institutionelle Produkte, die „so“ nicht geplant waren und sich dennoch als „erforderlich“ erwiesen. Sie repräsentieren, was Joseph Weiler als „Unterwelt“ des Binnenmarktes gebrandmarkt hat.<sup>46</sup>

Und auch das Weißbuch geht auf Distanz: Anzustreben sei ein einfaches Gesetzgebungsverfahren, in dem Parlament und Rat als Legislative fungieren und die Kommission mit der „Durchführung des Gemeinschaftsrechts“ betraut wird. „Die bestehenden Ausschüsse müßten daher auf ihre Existenzberechtigung hin überprüft

---

<sup>46</sup> In einem Interview in: Die Zeit Nr. 44 vom 22.10.1998.

werden” (S.40). In der Tat. Wer für Exekutivagenturen unter der Ägide der Kommission eintritt, kann das Ausschlußwesen nicht tolerieren. Das Weißbuch ist insoweit<sup>47</sup> konsequent. Ist es auch vernünftig?

#### **4. Einwände**

Back to the beginning. Die Begründbarkeit transnationaler Herrschaftsbefugnisse, die sich weder aus dem einzelstaatlichen Verfassungsrecht noch aus einer diesen Verfassungen überlegenen Ordnung herleiten, so wurde eingangs geltend gemacht, sei das Kern- und Dauerproblem des Europarechts. Die in der deutschen Tradition entwickelten Integrationskonzepte des Ordoliberalismus und des Funktionalismus, so lautete das zweite Argument, hätten diese Ausgangsproblematik richtig gesehen. Die Rationalitätskriterien, die sie auf der europäischen Ebene institutionalisieren wollten, seien jedoch nicht (mehr) zureichend. Daher sei die Forderung des Weißbuchs, von einer juristischen und ökonomischen Rationalität zu einem europäischen Regieren voranzugehen, grundsätzlich berechtigt.

Aber wie steht es um die Legitimität des Regierens, das im Weißbuch skizziert wird. Die Vorschläge zur regulativen Politik, die hier allein behandelt wurden, insinuieren eine transnationale Polity, die es nicht gibt. Sie setzen voraus, daß sich Europa als ein hierarchisch geordnet sei, daß es über einen Gesamtsouverän verfüge, dessen Willen eine transnationale Administration umzusetzen befugt sei. Gewiß, in dieser Kennzeichnung ist nichts von dem enthalten, was im Weißbuch über Partizipation, Kommunikation, die Rolle der Zivilgesellschaft und die „Fünf Grundsätze guten Regierens“ gesagt wird.

Systematisch kommt diesen Gesichtspunkten eine tragende Rolle zu. Sie sollen jenes „regulative surplus“, mit dem der Ordoliberalismus und der Funktionslismus nicht

---

<sup>47</sup> Es überrascht eigentlich, daß die sog. Offene Koordinierungsmethode im Weißbuch so wohlwollend (S. 28 f.) vorgestellt wird. Diese Methode sei eine Reaktion auf die „Vielschichtigkeit des Migrationsphänomens, der Vielzahl beteiligter Stellen und der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Umsetzung der Gemeinschaftspolitik“, so heißt es bestätigend in Ziff. 9 der Erläuterungen in der Kommissionsmitteilung zum „offenen Koordinierungsmechanismus für die Migrationspolitik der Gemeinschaft“ [KOM(2001) 387]. Das überzeugt ja, ändert aber daran nichts, daß die Offene Koordinierungsmethode sich keineswegs der „Gemeinschaftsmethode“ entspricht, die das Weißbuch (S. 10 ff.) bestärken möchte.

zurecht kommen, domestizieren; sie sollen dies leisten, indem sie das zweifache „demokratische Mandat“, auf das sich das europäische Regieren jetzt schon stütze, durch ein drittes ergänzen. Aber wie ist es um dieses dritte Mandat bestellt? Stellt man in Rechnung, welche Fragen die europäische Gesetzgebung dem Implementationsprozeß schon überläßt, und daß das Weißbuch für eine weitere Verschlinkung legislativer Vorgaben plädiert (S. 24 ff), so wird zunächst einmal deutlich, daß es sich um praktisch höchst bedeutsame und politisch vielfach sensible Themen handeln wird. Was berechtigt die im Weißbuch bezeichneten zivilgesellschaftlichen Akteure und *expert communities* zur Wahrnehmung eines derart weitreichenden politischen Mandats? Mechanismen einer Repräsentation von Interessen werden nicht genannt. Die Akteure ernennen sich selbst? Die Kommission überwacht diese Ernennung? Eine Delegation rechtssetzender Befugnisse ist in allen Verfassungsstaaten unabdingbar. Sie ist es auch und gerade angesichts der Komplexität des regulären legislativen Prozesses für die EU. In den Verfassungen der Mitgliedstaaten gibt nun allerdings korrigierende Regulative:<sup>48</sup> Artikel 80 GG ist eine Vorschrift, die der Ermächtigung der Exekutive Schranken setzen will, und das Bundesverfassungsgericht hat dieses Gebot Ernst genommen.<sup>49</sup> Das Gemeinschaftsrecht kann diesen Ausweg nicht einfach übernehmen, muß aber nach funktionalen Äquivalenten suchen.

Dies alles nötigt dazu, das vom Weißbuch verschmähte Ausschußwesen in Erinnerung bringen. Die Komitologie hat gegenüber Agenturen nach amerikanischem Muster und gegenüber den Exekutivagenturen, die das Weißbuch befürwortet, den enormen Vorzug, daß sie die regulative Politik auch in ihrer „Durchführungsphase“ pluralistisch auch im Sinne einer Sensibilität für gesellschaftliche Differenzen im „Binnenmarkt“ strukturiert, daß nationale Bürokratien sich mit den Positionen ihrer Nachbarstaaten auseinandersetzen müssen, daß Interessen und Besorgnisse in den Mitgliedstaaten nicht weggefiltert werden können. Sie grenzt die Entscheidungsspielräume ein, die das Weißbuch der Kommission zuweisen möchte. Dabei hat das Ausschußwesen *rebus sic stantibus* Schwächen, die denen der Programmatik des Weißbuchs spiegelbildlich zu

---

<sup>48</sup> Vgl. Die Beiträge von G. Haibach, E. Picard, A. Tomkins, A. Türk in M. Andenas/A. Türk. *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EU*, Den Haag-London-Boston 2000, 53-181.

<sup>49</sup> Für eine historisch und rechtlich informierende Analyse vgl. Ch. Möllers, *Das parlamentarische Gesetz als demokratische Entscheidungsform — Ein Beitrag zur Institutionenwahrnehmung in der Weimarer Republik*, in Ch. Gusy (Hg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 2000.

entsprechen scheinen: Während das Weißbuch alle Welt zur Partizipation einlädt, aber nicht zu erkennen gibt, wer dann auch wirklich Zutritt erhalten wird, erscheinen die Zugänge zu den Netzwerken des Ausschußwesens von vornherein viel zu eng. Es ist aber immerhin vorstellbar, daß in den dezentralen Kommunikationszusammenhängen, denen die Akteure des Ausschußwesens verpflichtet sind, die immer noch primär national organisierten und redenden Öffentlichkeiten ihre Interessen, Besorgnisse und Argumente einbringen, daß diese Öffentlichkeiten sich zur Kenntnis nehmen und das Ausschußwesen zu ihrer Vernetzung beiträgt. Und statt diese Pluralität zu beklagen, sollte man fragen, welche Chancen für eine in dem Aufeinandertreffen pluraler Öffentlichkeiten stecken – und wie diese Chancen institutionell stabilisiert werden können.<sup>50</sup>

Als „deliberativen Supranationalismus“ – nicht als „deliberative Demokratie“ – haben Jürgen Neyer und ich in einer Analyse des Ausschußwesens im Lebensmittelsektor<sup>51</sup> einen doppelten Prozeß bezeichnet: Zum einen die Einwirkung auf die „internen“ Entscheidungsprozesse in Verfassungsstaaten, die sich aus der Garantie Europäischer Rechte, aus Verpflichtungen zur Rücksichtnahme auf „fremde“ Belange, aus der Bindung der Nationalstaaten an transnationale Prinzipien und Rechtfertigungszwänge ergibt – „deliberativ“ ist ein solcher Supranationalismus, weil er sich nicht einfach aus einer Hierarchie von Rechtsquellen, sondern aus konstitutionellen Bindungen der Politik herleitet. Die zweite Dimension dieses deliberativen Supranationalismus ist eine unvermeidbare Konsequenz der Interdependenz, die aus den eben benannten Einwirkungen entstehen. In einer Union, die mit begrenzten Kompetenzen ausgestattet ist, deren Mitgliedstaaten durchaus noch aktiv sind, in der es viele Öffentlichkeiten

---

<sup>50</sup> Und man muß hierbei nicht nur defensiv argumentieren. Der rechtliche Rahmen der Komitologie ist besser als sein Ruf – und entwicklungsfähig; vgl. Ch. Joerges, ‘Transnationale “deliberative Demokratie” oder “deliberativer Supranationalismus”? Anmerkungen zur Konzeptualisierung legitimen Regierens jenseits des Nationalstaats bei Rainer Schmalz-Bruns’, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 7 (2000), 145 ; ders., *Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level – Stories on Baby Dummies, Mad Cows and Hormones in Beef*, *Columbia Journal of European Law* 8 (2001), 1, 16-17]. Zu verweisen ist aber auch auf soziologische Studien zur Öffentlichkeitsproblematik, vor allem die von K. Eder, *Zur Transformation nationalstaatlicher Öffentlichkeit in Europa. Von der Sprachgemeinschaft zur issuespezifischen Kommunikationsgemeinschaft*, *Berliner Journal* (2000), 167; K. Eder/Kantner, ‘Transnationale Resonanzstrukturen in Europa. Eine Kritik der Rede vom Öffentlichkeitsdefizit’, in: M. Bach (ed.), *Die Europäisierung nationaler Gesellschaften (Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 40/2000)*, 306.

<sup>51</sup> 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.

gibt, wird beides auf der Tagesordnung bleiben: die Europäisierung der Nationalstaaten *und* Entscheidungsberfugnisse jener *Polities*, die sich im Gefolge des Integrationsprozesses etablieren, die kein dem der Verfassungstaaten entsprechendes demokratisches Mandat in Anspruch nehmen können, sondern nur durch die Qualität ihrer Meinungsbildung und Entscheidungsfindung verweisen können und unauflösbare Differenzen als solche respektieren müssen. In diesem Kontext und in diesem Sinne habe auch ich mehrfach von „good governance“ gesprochen,<sup>52</sup> vor allem, weil sich im Terminus „Verwaltung“ jenes intergouvernemental-gubernative Element nicht findet, daß für das Management des Binnenmarktes unverzichtbar ist, weil in der Formel vom „guten“ Regieren immerhin ein normativer Anspruch zum Ausdruck kommt, der das Regieren im Binnenmarktes von einem strategischen Verhandeln abheben soll – freilich ohne die Metapher vom guten Regieren und Ambrogio Lorenzettis Bild dechiffrieren zu wollen.

Ein geradezuzu düsteres Schlußwort? Jene preußischen Reformer, die mit Hilfe einer Verwaltungsreform den Forderungen nach einer wirklichen Verfassung entgegenkommen und/oder sie als überflüssig erweisen wollten, haben ihre Zeitgenossen nicht beruhigen können und stattdessen den Weg zur Revolution von 1848 geebnet. Das hatten Preußens Reformer nicht im Schilde geführt, aber es war für Deutschland gut, wie wir heute wissen.

---

<sup>52</sup> Nachw. in Fn. 45.