

## Deliberativer Supranationalismus in der Krise

Joerges, Christian; Neyer, Jürgen

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Joerges, C., & Neyer, J. (2014). *Deliberativer Supranationalismus in der Krise*. (ZERP-Arbeitspapier, 1). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62374-3>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

Universität Bremen

**ZERP**

**Christian Joerges / Jürgen Neyer**

## **Deliberativer Supranationalismus in der Krise**

ZERP-Arbeitspapier 1/2014

*Eine revidierte (und dabei gestraffte) Fassung erscheint in Oliver Flugel-Martinsen / Daniel Gaus / Tanja Hitzel-Cassagnes / Franziska Martinsen (Hg.), Deliberative Kritik – Kritik der Deliberation. Festschrift für Rainer Schmalz-Bruns, Springer VS (2014). – Timo Rosemeier, Bremen, danken wir für seine Assistenz bei der Ausarbeitung des Textes.*

## **IMPRESSUM**

Herausgeber/ Redaktion/ Vertrieb:	Zentrum für Europäische Rechtspolitik Universität Bremen Universitätsallee, GW 1 28359 Bremen
Nachdruck:	Nur mit Genehmigung des Herausgebers
ISSN (Internet):	1868-7520

Bremen, im Januar 2014

# Inhaltsverzeichnis

1. Deliberation, Kooperation und Demokratie anno 1997 .....	1
2. Der Kern des Arguments.....	3
3. Weiterentwicklungen .....	5
3.1 Jürgen Neyer: Das Recht auf Rechtfertigung in der Europäischen Union.....	5
3.1.1 Ausgangsbedingungen.....	6
3.1.2 Kritik und Rechtfertigung .....	7
3.2 Christian Joerges: Die Idee eines drei-dimensionalen Kollisionsrecht als konstitutioneller Form der EU.....	12
3.2.1 Europarecht als Kollisionsrecht neues Typs .....	12
3.2.2 Von der Konstitutionalisierung der Komitologie zum „exekutiven Regieren“ .....	15
3.2.2.1 Komitologie heute.....	15
3.2.2.2 Verwissenschaftlichung .....	17
3.2.2.3 „Agencification“ .....	19
3.2.3 Regieren im Notstands-Europa .....	21
4. Epilog.....	22



## Gliederung

### 1. Deliberation, Kooperation und Demokratie anno 1997

Das europäische Ausschusswesen gilt vielen als eines der kafkaesken Phänomene der europäischen Politik, das dabei für die Funktionsweise des Gesamtsystems ungemein aufschlussreich sei. Joseph H. H. Weiler beschrieb es Ende der neunziger Jahre „as a new sub-atomic particle, a neutrino or a quark, affecting the entirety of molecular physics which requires an account of both the phenomenon itself and the way it impacts upon the rest of nuclear understanding“.<sup>1</sup> Und doch meinten die Autoren dieses Textes vor nunmehr über fünfzehn Jahren genau hier normative Gehalte, gar den Kern der Legitimität europäischen Regierens, sehen zu können.<sup>2</sup> Wir beschrieben damals wie sich in der Praxis des europäischen Ausschusswesens eine rechtsbasierte Form der supranationalen Politikdeliberation entwickelt hat, die nationale Egoismen zähmt, zivilgesellschaftliche Gruppen einbindet und alle Beteiligten auf einen Diskurs verpflichtet, der an europäischen und nicht mehr nationalen Zielen ausgerichtet ist. Gewiss, unsere empirischen Befunde waren kaum repräsentativ. Und den demokratischen Standards einer parlamentarisch-repräsentativen und inklusiven Form des Regierens genügten sie nicht.

Aber so hat Rainer Schmalz-Bruns unsere Analyse verstanden und gegen eine solche Äquivokation von deliberativer Kooperation und Demokratie protestiert.<sup>3</sup> Demokratie, eine deliberative zumal, erfordere eine umfassende europäische Staatswerdung mit voll ausgebildeten reflexiven Prozessen gesell-

---

1 *Joseph H.H. Weiler*, Epilogue: “Comitology” as Revolution – Infranationalism, Constitutionalism and Democracy in: Christian Joerges / Ellen Vos (Hg.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford 1999: Hart Publishing 1999, 339-350, 340.

2 *Christian Joerges / Jürgen Neyer*, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalization of Comitology, *European Law Journal* 3 (1997), 273-299; *Christian Joerges / Jürgen Neyer*, Transforming Strategic Interaction Into Deliberative Problem-Solving: European Comitology in the Foodstuff Sector, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 609-625; *Christian Joerges / Jürgen Neyer*, Von intergouvernementalem Bargaining zur deliberativen Politik: Gründe und Chancen für eine Konstitutionalisierung der europäischen Komitologie, in: Beate Kohler-Koch (Hg.), *Regieren in entgrenzten Räumen (PVS-Sonderheft 28/1998)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1998, 207-233.

3 *Rainer Schmalz-Bruns*, Deliberativer Supranationalismus. Demokratisches Regieren jenseits des Nationalstaates, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 6 (1999), 185-242.

schaftlicher Selbstbestimmung,<sup>4</sup> also letztlich wohl einem starken supranationalen Parlament, individuellen Rechten und breiter gesellschaftlicher Teilhabe.

Nach wie vor sind wir allerdings der Ansicht, dass es möglich und geboten ist, zwischen der demokratischen Verfasstheit von Nationalstaaten und der Legitimität transnationaler Einschränkungen nationalstaatlicher Autonomie im Rahmen rechtlich basierter Kooperationsverhältnisse zu unterscheiden.<sup>5</sup> Es gibt zudem durchaus legitime nicht-majoritäre Formen des Regierens und es gibt sogar eine ganze Reihe von herrschaftsbegabten politischen Instanzen, deren Legitimität negativ betroffen wäre, wenn sie majoritären Verfahren gehorchten. Auch die EU, darin stimmen viele Beobachter überein, würde schwer daran tragen, wenn ihre institutionelle Ordnung das Modell der majoritären Demokratie zu replizieren suchte.

Mit diesen Vorbehalten verbinden sich praktische Konsequenzen. Ein Europa, das auf nicht-majoritären Legitimationsquellen aufbaut, muss inhaltlich schlank bleiben. Es sollte weder tief in nationale Verfassungstraditionen eingreifen,<sup>6</sup> noch redistributive Umverteilungen vornehmen.<sup>7</sup> Gleichzeitig aber scheint jeder denkbare Ausweg aus der europäischen Finanzkrise entweder supranationale Eingriffe in die nationale Haushaltsautonomie oder umfassende

---

4 Rainer Schmalz-Bruns, *The Unfinished Task of Constituting Europe: Democratic Logics and Dynamics of the European Integration Process*, Centre for German and European Studies (CGES), Working Papers WP 2010-01, Bielefeld/St. Petersburg 2010.

5 Christian Joerges, *Deliberative Processes Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making*, in: *Journal of Common Market Studies* 44 (2006), 779-802; Jürgen Neyer, *The Deliberative turn in Integration Theory*, *Journal of European Public Policy* 13 (2006), 779-791; beide zuvor in 'Deliberative Supranationalism' Revisited, EUI WP-LAW 2006/20, abrufbar unter <<http://cadmus.iue.it/dspace/handle/1814/6251>>.

6 "In political terms, this Principle of Tolerance finds a remarkable expression in the political organization of the Community which defies the normal premise of constitutionalism ... A majority demanding obedience from a minority which does not regard itself as belonging to the same people is usually regarded as subjugation ... And yet, in the Community, we subject the European peoples to constitutional discipline even though the European polity is composed of distinct peoples. It is a remarkable instance of civic tolerance to accept to be bound by precepts articulated not by 'my people' but by a community composed of distinct political communities: a people, if you wish, of others", Joseph H.H. Weiler, *Federalism without constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in: Kalypso Nicolaïdis and Robert Howse (Hg.), *The federal vision: legitimacy and levels of governance in the United States and the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 54-72, 67 f.

7 So vor allem Giandomenico Majone, *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*, *European Law Journal* 4 (1998), 5-28.

Transferzahlungen zu erfordern. Wahrscheinlich ist sogar beides notwendig. Vor diesem Hintergrund nehmen wir die Auseinandersetzung mit den Einwänden von Rainer erneut zum Anlass unser damaliges Argument zu überprüfen: Wie weit trägt das Argument eines im Kern legitimen, nicht-majoritären Europas, wenn gleichzeitig die Handlungsnotwendigkeiten immer dringender nach tiefen Eingriffen in staatliche Souveränität (Haushaltsrecht) und nach redistributiven Zahlungen verlangen? Und inwieweit haben sich unsere damaligen Hoffnungen erfüllt, dass das Komitologieverfahren den Blueprint für ein deliberatives Europa darstellt und dass sich von hier aus vielleicht sogar die Geltungsreichweite deliberativer Prinzipien weiter ausdehnt?

## 2. Der Kern des Arguments

Die in der Mitte der neunziger Jahre entwickelte Idee des deliberativen Supranationalismus zog Konsequenzen aus der weithin geteilten Einsicht, dass der demokratische Verfassungsstaat in Europa an praktische und normative Grenzen stößt. Die europäischen Mitgliedstaaten sind zu einem Ausmaß miteinander sozial und ökonomisch vernetzt, dass sich in immer weniger Bereichen Politik autonom gestalten lässt. Staatliches Handeln in der Arbeitsmarkt-, der Bildungs-, der Wirtschafts-, Finanz- und Umweltpolitik hat externe Effekte in anderen Staaten. Gleichzeitig sind Verfassungsstaaten geradezu darauf festgelegt, diese externen Effekte zu vernachlässigen, weil sie sich an den Präferenzen und Interessen ihrer je eigenen Bürger orientieren sollen. Demokratische Staaten werden so – zugespitzt formuliert – zu Fremdherrschern, die den von ihren Entscheidungen betroffenen Angehörigen anderer Staaten kein Mitspracherecht bei den sie betreffenden Entscheidungen einräumen:

„In räumlicher, sozialer und sachlicher Hinsicht, belasten sich Nationalstaaten gegenseitig mit den externen Effekten von Entscheidungen, die sich reziprok auf andere, am Entscheidungsprozess Unbeteiligte auswirken“.<sup>8</sup>

Erst über zwischenstaatliche Kooperationen und den europäischen Integrationsprozess hebt sich diese Fremdherrschaft zumindest der Idee nach wieder auf. Demokratien können unter der Bedingung komplexer Interdependenz erst in der Kooperation zu vollständig gerechtfertigten politischen Ordnungen werden. Anders ausgedrückt: der europäische Integrationsprozess ist eine notwendige Bedingung innerstaatlicher Demokratie. Ganz in diesem Sinn lässt sich

---

8 *Jürgen Habermas*, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders. *Der gespaltene Westen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, 113-193, 175.



auch für die Globalisierung und das Völkerrecht sagen, dass wir heute von der Emergenz einer internationalen Staatengemeinschaft ausgehen können, „die das Recht in Anspruch nehmen dürfe, den Staaten Standards legitimer Herrschaft aufzuerlegen“.<sup>9</sup>

Trotz der normativen Sinnfälligkeit europäischer Integration ist der Integrationsprozess selbst noch keine hinreichende Bedingung der Legitimität von europäischem Regieren. Es gilt nach wie vor in hohem Maße als begründungsbedürftig, wenn intergouvernementale Gremien Regelungen erlassen, die Vorrang vor demokratischem Recht beanspruchen. Die Beteiligung des Europäischen Parlamentes im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens kann dieses Defizit nicht beseitigen. Dem steht nicht nur die Argumentation des BVerfG entgegen, dass das EP aufgrund des Prinzips der degressiven Proportionalität gegen das demokratiekonstitutive Prinzip individueller politischer Gleichheit verstößt, sondern mehr noch seine Schwäche im politischen Prozess. Weder ist das EP im zentralen Lenkungsgremium der EU, dem Europäischen Rat, vertreten, noch verfügt es in vielen zentralen Bereichen wie der Finanz- und Währungspolitik über mehr als marginale Kompetenzen. Solange diese grundlegenden Defekte nicht behoben sind können majoritäre Verfahren auch nur begrenzte Gültigkeit reklamieren.<sup>10</sup>

Bis auf weiteres ist die EU daher darauf verwiesen, deliberativen Verfahren eine zentrale Rolle beizumessen. Hierunter sind allerdings nicht unverbindliche, gar im Geheimen abgehaltene Beratungen im Europäischen Rat oder anderen intergouvernementalen Gremien zu verstehen.<sup>11</sup> Deliberation, wie wir sie verstehen, ist eine sehr viel anspruchsvollere Form der politischen Interaktion, in der argumentative Sprechakte unter Bezug auf anerkannte Rechtsgrundsätze formuliert und im Fall nicht erfolgter Einigung unter den Verhandlungsparteien der Bewertung durch unabhängige Dritte überantwortet werden. Die zentrale Funktion des Rechts und des EuGH im Integrationsprozess leitet sich nicht zuletzt aus diesem Unterschied zwischen bloßem unverbindlichem Argumentieren und verbindlicher Deliberation ab. Ohne das Recht gibt es keine Deliberation und ohne Deliberation kein effektives Management demokratischer Interdependenz.

---

9 Ulrich K. Preuß, Gibt es eine völkerrechtliche Demokratietheorie?, in: Hans M. Heinig / Jörg P. Terhechte (Hg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoeotatismus, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, 169-178.

10 Eingehend Florian Rödl, Zum Begriff demokratischer und sozialer Union in: Jürgen Bast / Florian Rödl (Hg.), Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale Demokratie in der Europäischen Union, EuR-Beiheft 1/2013, 179-204

11 Vgl. Uwe Pütter, Europe's deliberative intergovernmentalism: the role of the Council and European Council in EU economic governance, Journal of Public Policy 19 (2012), 161-178.

### 3. Weiterentwicklungen

#### 3.1 *Jürgen Neyer: Das Recht auf Rechtfertigung in der Europäischen Union*

Diese grundlegenden Einsichten einer deliberativ-supranationalen Analyse der EU stehen in einem offenen Spannungsverhältnis zu weiten Teilen der Debatte über die Legitimität Europas. Nach wie vor operieren viele Beobachter entlang einer dichotomen Unterscheidung zwischen einer intergouvernementalen euro-skeptischen und einer supranational bundesstaatlichen Sichtweise. Keine der beiden Perspektiven wird Europa allerdings gerecht. Während Intergouvernementalisten die Realität eines supranationalen Rechts übersehen und seine tiefen Eingriffe in die politische Ordnung der Mitgliedstaaten unterschätzen,<sup>12</sup> verfallen Bundesstaatler in das entgegengesetzte Extrem. Europa wird von Autoren wie Eriksen oder Morgan<sup>13</sup> als demokratischer Nationalstaat *in statu nascendi* gedacht, der entweder alle institutionellen Merkmale ausprägen müsse, die in der klassischen Demokratietheorie beschrieben werden oder aber als defizitär zu beschreiben sei. Beide Antworten sind sowohl politisch als auch wissenschaftlich unbefriedigend. Sie übersehen den spezifischen europäischen Dualismus aus vertikaler Rechtsordnung und horizontaler politischer Ordnung,<sup>14</sup> der jeder Rückführbarkeit Europas auf eine entweder internationale oder aber nationalstaatsanaloge Ordnung widerspricht. Europa ist weder national (in statu nascendi) noch international oder intergouvernemental, sondern eben dual-supranational.

Wenn wir diese grundlegende Einsicht als eine Ausgangsbedingung des Nachdenkens über Europa akzeptieren, dann verbietet es sich, die Suche nach einer angemessenen Legitimationsstrategie auf Ansätzen aufzubauen, die entweder demokratisch-nationalstaatliche oder internationale Denkfiguren bemühen. Wir brauchen vielmehr eine normative Theorie, die auf die besonderen Bedingungen einer dualistischen Ordnung zugeschnitten ist. In einer derartigen „normativ-realistischen“ Sicht geht es somit um die schwierige Frage, ob sich auf der Grundlage der dualistischen europäischen Ordnung eine überzeugende

---

12 Prominent findet sich diese Position bei *Andrew Moravcsik*, In Defence of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union, *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), 603-24.

13 *Erik O. Eriksen*, *The Unfinished Democratization of Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2009; *Glyn Morgan*, *The Idea of a European Superstate: Public Justification and European Integration*, Princeton/NJ: Princeton University Press. 2005.

14 So schon *Joseph Weiler*, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1 (1981), 267-306.

reformatorische Legitimationsstrategie aufbauen lässt.

### 3.1.1 Ausgangsbedingungen

Das Kernargument eines politikwissenschaftlich interpretierten deliberativen Supranationalismus lässt sich so reformulieren, dass die Legitimität der EU sich aus ihrer Fähigkeit ableitet, dem Recht auf Rechtfertigung<sup>15</sup> transnationalen Nachdruck zu verleihen.<sup>16</sup> Die einfache Übertragung demokratiethoretischer Kriterien verbietet sich für die EU, weil sie auf einer Reihe grundlegend anderer Ordnungsprinzipien aufbaut. Nicht die individuelle politische Gleichheit ist in Europa zentral, sondern der Ausgleich zwischen der individuellen und der staatlichen politischen Gleichheit (Prinzip der degressiven Proportionalität). Majoritäre Verfahren werden bewusst nur in sehr engen Grenzen angewandt und sind in den meisten Fällen von elaborierten diskursiven Mechanismen überlagert. Ein Gewaltmonopol gibt es ebenfalls nicht. Die EU weicht von diesen Minimalkriterien einer Demokratie (Rechtsstaatlichkeit, majoritäre Verfahren und Gewaltmonopol) zudem nicht nur ab, sondern weist sie sogar offen für sich zurück. Die Demokratie gilt ihr als normativer und rechtlich verbindlicher Maßstab für ihre Mitgliedstaaten, nicht aber für die supranationalen Institutionen. Der Vertrag von Lissabon lässt hier an Klarheit nichts zu wünschen übrig. In Art. 2 EUV heißt es, dass die Werte, auf die die Union sich stützt „allen Mitgliedstaaten“ gemeinsam sind. Von den europäischen Institutionen ist hier keine Rede. Keines der Organe der EU hat daher auch jemals behauptet, dass die EU in der Lage wäre die Kopenhagener Kriterien zu erfüllen, die an alle Mitgliedstaaten gestellt werden.

Diese klare Positionierung wird trotz ihrer nur beschränkten demokratischen Gehalte von allen Mitgliedstaaten inklusive ihrer Parlamente und der ganz überwiegenden Mehrheit ihrer Gesellschaften unterstützt. Es ist daher alles andere als ein allmählich an Relevanz verlierendes Überbleibsel ihrer internationalen Vergangenheit. Der nicht-demokratische Charakter der EU ist vielmehr ein mehrfach von den demokratischen Gesellschaften Europas bestä-

---

15 Grundlegend: *Rainer Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2007 sowie *ders.*, Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.

16 Eingehender: *Jürgen Neyer*, The Justification in Europe. A Political Theory of Supranational Integration, Oxford: Oxford University Press, 2012, *passim*; s. auch *Christian Joerges*, Legitimacy without democracy in the EU? Perspectives on the constitutionalization of Europe, in Miguel Poiares Maduro, Kaarlo Tuori, Suvu Sankari (Hg.), Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking, Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 248-268.

tiges und damit ihre Identität definierendes Merkmal. Seine Überwindung steht weder auf der politischen Agenda der europäischen Institutionen noch derjenigen irgendeines ihrer Mitgliedstaaten oder auch nur einer der Parteien im Europäischen Parlament. Die mitgliedstaatlichen Gesellschaften der EU sind vielmehr ganz überwiegend stolz auf ihre demokratischen Errungenschaften und willens, für diese auch zukünftig einzustehen. Die EU zielt daher auch nicht auf die Überwindung des Mitgliedsstaats und seine Einschmelzung in einen europäischen Bundesstaat ab, sondern auf seine autonomieschonende Einbindung im Rahmen kooperativer Rechtsprinzipien. Integration in Europa bedeutet nicht Verschmelzung mit dem Anderen, sondern Berücksichtigung des Anderen. Die EU ist danach weder versehentlich undemokratisch, noch ist sie auf dem Weg eine eigenständige Demokratie zu werden. Sie ist vielmehr eine empirisch grundlegend andere (dualistische) Einheit, die eines entsprechend eigenständigen normativen Maßstabes bedarf.

### 3.1.2 Kritik und Rechtfertigung

Das Argument einer auf prozeduralen Gerechtigkeitsideen aufbauenden Legitimität der EU und die gleichzeitige Zurückweisung des normativen Standards der Demokratie als angemessener Analytik für die Rekonstruktion ihres normativen Potentials hat Kritik provoziert.<sup>17</sup> Rainer Forst stellt heraus, dass Demokratie als die einzige denkbare Praxis der Gerechtigkeit zu verstehen sein. Jeder Versuch, die EU als eine nicht-demokratische Praxis der Gerechtigkeit zu verstehen, sei hingegen von vornherein zum Scheitern verurteilt.<sup>18</sup> Diese an der Beobachtung der Praxis nationalstaatlicher Demokratie geschulte Einsicht ist für die normative Analyse Europas allerdings wenig hilfreich. Sie lässt nicht nur die Frage offen, weswegen es kategorial ausgeschlossen sein sollte, dass auch andere Praktiken Gerechtigkeit realisieren können sollten, sondern übersieht auch die mangelnde Kompatibilität der EU mit demokratischen Grundprinzipien. Demokratie ist nicht nur Diskurs und Rechtfertigung, son-

---

17 *Danny Nicol*, Can Justice Dethrone Democracy in the European Union? – A Reply to Jürgen Neyer, *Journal of Common Market Studies (JCMS)* 2012, Volume 50, Issue 3, 508-522; *Alexander Somek* The Preoccupation with Rights and the Embrace of Inclusion: A Critique in: University of Iowa, Legal Studies Research Paper Series 2012, Number 13-11 sowie *Rainer Forst*, Justice, Not Democracy: Comment on Jürgen Neyer (Fn. 12).

18 *Rainer Forst*, Justice, Democracy and the Right to Justification. Reflections on Jürgen Neyer's Normative Theory of the European Union, in: Gráinne de Búrca, Dimitry Kochenov and Andrew Williams, *Debating Europe's Justice Deficit: The EU, Swabian Housewives, Rawls, and Ryanair*. European University Institute, Florence, Italy, LAW WP 2013/11.

dem letztlich wesentlich von majoritären Verfahren und der Bereitschaft ihrer Mitglieder abhängig, diese für sich als bindend zu akzeptieren. In Europa ist genau dieses aber nur sehr beschränkt gegeben. Polen und Dänemark werden auch längerfristig nicht bereit sein, mit einem mehrfach größeren Deutschland in einem majoritär regierten Gebilde zusammen zu leben. Die gravierenden Differenzen in Europa über die richtige Finanz- und Wirtschaftspolitik, die Außen- und Sicherheitspolitik und viele andere Fragen verbieten es ebenfalls auch mittelfristig, über eine unbeschränkte Ausdehnung majoritärer Verfahren nachzudenken wenn nicht der Zusammenhalt Europas gefährdet werden soll. Wenn aber eine supranationale majoritäre Demokratie für Europa mittelfristig nicht zu realisieren ist, bedeutet das dann auch gleichzeitig, dass Legitimität und Gerechtigkeit unerreichbar sind?

In einer stärker politologischen Interpretation des Rechts auf Rechtfertigung<sup>19</sup> besteht für diesen Fatalismus kein Grund. Die Demokratie ist sicherlich sowohl die vorherrschende als auch wahrscheinlich die beste Praxis der Gerechtigkeit; sie ist aber nicht notwendigerweise auch die einzig denkbare Praxis. Dagegen spricht zuerst einmal die einfache Einsicht, dass wir nicht sinnvoll beurteilen können was wir (noch) nicht kennen. Auch ein genauerer Blick in die Empirie hilft hier weiter: Supranationalität schafft faktisch einen Raum für Rechtfertigungsdiskurse und transformiert internationales Verhandeln in transnationale Deliberation. Sie ist damit nicht nur ein Instrument politischer Herrschaft, sondern gleichzeitig auch herrschaftsdisziplinierendes Instrument. Supranationalität hat emanzipatorisches Potential indem sie die Bürger Europas dazu ermächtigt, überstaatliches Recht gegen ihre nationalen Regierungen in Anschlag zu bringen. Dieses Bürgerrecht findet in der EU in einer Vielzahl von Rechtsbestimmungen seinen Rückhalt. Immer dann, wenn das europäische Recht Rechtfertigungen einfordert, sind staatliche Akteure genötigt, Gründe für ihre Handlungen anzugeben und sich auf die Angemessenheit und Güte dieser Gründe befragen zu lassen. Demokratien werden so durch das europäische Recht aus ihrer Selbstbezüglichkeit gelöst und in einen gemeinsamen Rahmen kollektiver Problemerkörterung und -lösung eingebunden. Diese deliberativen Praktiken dürfen zwar nicht als Äquivalent zur Demokratie von Verfassungsstaaten verstanden werden;<sup>20</sup> gleichzeitig aber darf auch ihr inhärentes normatives Potential nicht übersehen werden. In den

---

19 Siehe hierzu *Neyer*, *Justification* (Fn.16), 2012, Kap. 6.1., Fn. 14.

20 *Rainer Schmalz-Bruns*, *Deliberativer Supranationalismus. Demokratisches Regieren jenseits des Nationalstaates* in: *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 6 (1999), 185-242 sowie *Peter Niesen*, *Deliberation ohne Demokratie? Zur Konstruktion von Legitimität jenseits des Nationalstaats* in: *Regina Kreide / Andreas Niederberger* (Hg.), *Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Frankfurt a.M./New York: Campus: 2008, 240-259.

vergemeinschafteten Bereichen der EU transformiert Supranationalität die Willkür der ehemaligen europäischen Anarchie in eine Struktur des disziplinierten transnationalen Diskurses und eröffnet damit dem Recht auf Rechtfertigung eine realistische Chance. Eine prozedural verstandene Gerechtigkeit hat damit nicht nur innerhalb von Demokratien, sondern eben auch in demokratieübergreifenden Strukturen eine realistische Chance.

Viele Beobachter, deren normatives Bewusstsein an der nationalen Konstellation und der Analyse der nationalstaatlichen Demokratie geschult ist, haben Schwierigkeiten, diesen Befund hinreichend zur Kenntnis zu nehmen. Der spezifisch nichtstaatliche, rechtsbasierte und auf der Idee von Ausgleich und Kompromiss beruhende Charakter der EU verleitet leicht dazu, sie als eine bloße Abweichung von dem bekannten Modell nationalstaatlicher Demokratie zu kritisieren und ihre normativen Qualitäten zu übersehen. In der Folge von Habermas scheinen viele Beobachter davon auszugehen, dass es geradezu einen moralischen Imperativ demokratisch-majoritärer Integration in Europa gäbe. Der empirische Umstand, dass sich die Bürger der europäischen Mitgliedstaaten über ihre verfassungsmäßig festgelegten Verfahren mehrfach darauf verständigt haben, eine dualistisch-supranationale Ordnung oberhalb des Nationalstaates zu etablieren, wird dabei ebenfalls übersehen.

Im Hintergrund dieser Missachtung demokratischer Meinungsbildung und Entscheidungsfindung steht letztlich die These, dass nicht der artikulierte Willen der Bürger, sondern die philosophische Bestimmung des Richtigen die entscheidende Größe für das politische Gebotene ist: „a moral reason, properly justified, has to trump other considerations. This is what justice demands”.<sup>21</sup> Die hier offensichtlich implizierte hierarchische Überordnung der philosophischen Reflexion über den demokratischen Prozess ist allerdings alles andere als unproblematisch. Sie treibt den Beobachter fast zwangsläufig in eine Situation, in der es außerordentlich schwierig wird, dem demokratischen Meinungsbildungsprozess den angemessenen Respekt entgegen zu bringen. Auch der Versuch von Forst, den demokratischen Diskurs auf die Einhaltung von „nicht zurückweisbaren Argumenten“ festzulegen und damit eine unhintergehbare moralphilosophische Grundlage politischer Institutionalierungsanforderungen einzuziehen, erscheint zwar konsequent, steht aber in offenem Widerspruch zu dem Prinzip, dass es in einer diskursbasierten Herrschaftsordnung wie der Demokratie (und auch der EU) solche Gewissheiten letztlich nie geben kann. In der Demokratie kann – mit Ausnahme grundlegender Menschenrechte – alles bestritten werden. Genau deswegen gibt es Wahlen und genau deswegen ist der Wahlakt in letzter Konsequenz politisch wichtiger als jede noch so wohl begründete moralische Bewertung.

---

21 Rainer Forst, *Justice, Democracy and the Right to Justification*, Fn. 18, S. 6

Mit der grundsätzlichen Anerkennung der Selbstbestimmungspraxis demokratischer Gesellschaften und der normativen Stärken des Integrationsprojektes geht keinesfalls eine unkritische Affirmation der Praxis einher. Der Ausgangspunkt der Kritik wird allerdings ein anderer. Es ist nicht mehr der realitätsentobene Bezugspunkt einer letztlich sterilen und kontextenthobenen reinen Vernunft, sondern die grundsätzliche Anerkennung der Ergebnisse einer demokratischen Selbstbestimmungspraxis. Von hier aus fragt der/die KritikerIn nach den normativen Gehalten, die in diesen Ergebnissen aufgehoben sind und nach den Ansprüchen, die von diesen Gehalten wiederum an die Praxis herangetragen werden können. Es handelt sich um eine Form der Kritik, die nicht einen externen, sondern einen internen Maßstab anwendet und eine gegebene Praxis daraufhin befragt, ob und wie sie vor dem Hintergrund dieses Maßstabes gerechtfertigt werden kann. Dabei ist evident, dass ein derartiges Unterfangen keine idealen normativen Theorien produzieren kann. Es entsteht vielmehr eine „realistische“ normative Theorie, die sowohl theoretische Reflexionen als auch konkrete gesellschaftliche Entscheidungen berücksichtigt. Ihr kritisches Potential zeigt sich in dem Aufzeigen von Widersprüchen zwischen tragenden normativen Ideen und vorherrschenden politischen Praktiken. Derartige Widersprüche finden sich in der EU etwa in der Unvereinbarkeit des Rechts auf Rechtfertigung mit der organisierten Unverantwortlichkeit europäischer Verhandlungssysteme<sup>22</sup> und der zunehmenden Marginalisierung nationaler Parlamente im europäischen politischen Prozess.<sup>23</sup>

In diesem Kontext ist es hingegen nicht recht nachvollziehbar, dass die mangelnde redistributive Kapazität der EU ein Gerechtigkeitsdefizit bedeuten sollte.<sup>24</sup> Niesen fragt hier sogar, ob supranationale Integration unter Ausblen-

---

22 Jürgen Neyer, Der verlorene Souverän: Europäische Staatlichkeit im Umbruch, in: Klaus Günther und Stefan Kadelbach (Hg.), *Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung*, Schriftband des XII. Walter Hallstein Kolloquiums, i.E.

23 Jürgen Neyer, *Justified Multi-Level Parliamentarism: Situating National Parliaments in the European Polity*, *Journal of Legislative Studies* 20 (2014), 125-138.

24 Peter Niesen, Buchbesprechung in: *Politische Vierteljahresschrift* 2014, (im Erscheinen); Alexander Somek, *The Preoccupation with Rights and the Embrace of Inclusion: A Critique*, University of Iowa, Legal Studies Research Paper Series, 2012, Number 13-11; ders., *The darling dogma of bourgeois Europeanists*, *European Law Journal* 24 (2014) (im Erscheinen); Somek erneuert hier seine Kritik an dem Argument von der Kompensation externer Effekte: *The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement*, *European Law Journal* 16 (2010), 315-344; *The Argument from Transnational Effects II: Establishing Transnational Democracy*, *European Law Journal*, 16 (2010), 375-394. Dabei scheint ihm ein Kategorien-Fehler zu unterlaufen. Wir qualifizieren die Auswirkungen nationalstaatlicher Entscheidungen auf die Bürger anderer Mitgliedstaaten nicht etwa als externe Effekte i.S. ökonomischer Theorien zum Marktversagen, sondern

derung von redistributiven Ansprüchen überhaupt rechtfertigungsfähig sein kann oder ob die Dichte von Interdependenz nicht genau das zwingend erfordere. Auch hier gilt letztlich wieder das gleiche Argument des notwendigen Respektes gegenüber den Ergebnissen demokratischer Selbstbestimmungspraktiken. Das Fehlen einer europäischen Umverteilungsdimension (jenseits der Strukturfonds) bringt zuerst einmal den Subsidiaritätsanspruch Europas und den politischen Willen der europäischen Gesellschaften zum Ausdruck, den nationalen Wohlfahrtsstaat nicht zu überwinden, sondern ihn lediglich in eine gesamt-europäische Struktur mit dem Ziel der Internalisierung externer Effekte einzu-binden. Hier bringt sich die grundlegende Organisationslogik der EU als ein bloß ergänzenden, nicht aber ersetzenden Instrumentes nationalen Regierens zum Ausdruck. Forderungen nach einem Umbau der EU hin zu einem europäischen Wohlfahrtsstaat werden zudem von keiner Regierung irgendeines der europäischen Mitgliedstaaten erhoben und sind bei keiner der europäischen Parteien Bestandteil ihrer Programmatik. Der gerade in der aktuellen Finanzkrise als so herzlos („hartleibig“, Habermas) erscheinende europäische und nationale Liberalismus ist insofern demokratisch rückgekoppelt und verdient ein Mindestmaß an Anerkennung. Das bedeutet natürlich nicht, dass wir uns nicht mit guten Gründen für die Sinnhaftigkeit eines wohlfahrtsstaatlichen Umbaus der EU oder auch für einen Ausstieg eines oder mehrerer Mitgliedstaaten aus der Währungsunion aussprechen können. Wir sollten bei derartigen Forderungen aber immer vorsichtig unterscheiden, ob unsere Forderungen politischen Charakter haben oder sich wirklich plausibel als Implikationen abstrakter Gerechtigkeitskriterien rechtfertigen lassen.

---

als ein Demokratieversagen, das sich daraus ergibt, dass die durch solche Entscheidungen Betroffenen nicht in den politischen Prozessen zu Wort kommen können, auf denen diese Entscheidungen beruhen. Diese Defizite nationalstaatlich organisierter Demokratien kann man nicht durch ökonomische Rationalitätsmaximen kompensieren. Richtig ist, dass dies bei Miguel Poiarés Maduro so geschieht (s. z.B.: *Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*, *European Law Journal* 3 (1997), 55-82, 73; richtig ist aber ebenso, dass wir derartiges nie vertreten haben; vgl. oben zu 2. sowie exemplarisch *Christian Joerges*, *The timeliness of direct democracy in the EU – and the contest over atomic energy in conflicts-law perspectives*, in Jürgen Busch et al. (Hg.), *International Constitutional Law in Legal Education. Proceedings of the Erasmus Intensive Programme NICLAS 2010-2012*, Wien: Facultas 2014, 89-100.



### 3.2 *Christian Joerges: Die Idee eines drei-dimensionalen Kollisionsrecht als konstitutioneller Form der EU*

Der Deliberative Supranationalismus begegnet in der Rechtswissenschaft anderen Diskussionszusammenhängen als in der Politikwissenschaft. Die folgenden Abschnitte behandeln zunächst seine rechtlich-konzeptionelle Fortentwicklung (3.2.1), gehen dann auf die rechtliche Umformatierung der Komitologie und die ihr nahestehenden Institutionalisierungen regulativer Politik ein (3.2.2), um schließlich, wenn auch sehr knapp, die Bedeutung der Krise Europas anzusprechen (3.2.3).

#### 3.2.1 *Europarecht als Kollisionsrecht neues Typs*

Es ist nicht einfach, Politikwissenschaftlern nahe zu bringen, was es mit jener Disziplin auf sich hat, deren Urheberschaft dem im Bologna des 12. Jahrhunderts lehrenden Magister Aldricus zugeschrieben wird, die in Deutschland als IPR firmiert und in den USA „conflict of laws“ heißt. Es gibt auch nicht viele, die sich an solchen Aufklärungsversuchen beteiligen könnten, unter den Europarechtlern nicht, weil sie vom IPR gemeinhin nichts Näheres wissen, unter den Internationalprivatrechtlern nicht, weil sie sich einem Verständnis dieser Disziplin verpflichtet fühlen, mit dem den Problemen des Rechts der Integration nicht beizukommen ist.<sup>25</sup> Ungeachtet der vielleicht unglücklichen Terminologie sind die Zusammenhänge aber einsichtig: IPR sucht das richtige Recht für Sachverhalte, die mit mehreren Jurisdiktionen verknüpft sind. Es verrechtlicht den grenzüberschreitenden Verkehr zwischen Privatrechtssubjekten und überbrückt dabei die Verschiedenheit der Rechtsordnungen dadurch, dass es eine von ihnen für anwendbar erklärt. Den Naturzustand zwischen souveränen Staaten tastet es jedoch nicht an, weil ihm dazu der politische Beruf fehlt. Das Europarecht aber tut nun beides: Es transformiert den zwischenstaatlichen Naturzustand in einen *Rechtsraum*, in dem sich ein freier Waren- und Dienstleistungsverkehr entwickeln kann; es beschränkt die Regelungsautonomie der

---

25 Näher *Christian Joerges / Florian Rödl*, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II: Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der post-nationalen Konstellation, in: Galf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009: De Gruyter Recht, 765-778 unter Bezugnahme auf eine Frühschrift: *Christian Joerges*, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts. Die „Governmental Interest Analysis“ und die „Krise des Internationalen Privatrechts“ (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 38), Berlin-Tübingen 1971: deGruyter/ Mohr-Siebeck.

Mitgliedstaaten und organisiert kooperative Problemlösungen. Auf solche Gestaltungsaufgaben kann sich nur ein IPR einstellen, das seine privatistisch-unpolitische Tradition überwindet und die Überbrückung von Rechtsunterschieden als Gestaltungsaufgabe begreift. Solche Aufgaben begegnen nun dem IPR auf Schritt und Tritt in allen möglichen Formen und Rechtsgebieten. Ein derart umorientiertes IPR kann dann das Europarecht zu einem „Kollisionsrecht neuen Typs“ erklären und dabei die Regelungsaufgaben des Europarechts umdefinieren, es rekonzeptualisieren.<sup>26</sup> Was kann das Europarecht dabei lernen: Zunächst, und vor allem, dass Rechtsunterschiede unterschiedliche Politiken zu indizieren pflegen, die ihrerseits auf unterschiedliche sozioökonomische Verhältnisse und politische Orientierungen verweisen. Wenn, und weil dem so ist, kann eine Rechtsharmonisierung, die die vormals 6, inzwischen aber 28 Jurisdiktionen einem einheitlichen Recht unterstellen will, weder sinnvoll noch legitim sein. Je zahlreicher und je vielfältiger die Mitgliedstaaten der Union werden, desto klarer wird zum einen, dass der Umgang mit rechtlichen Differenzen politische Abstimmungen erfordert, und zum anderen, dass dabei die solchen Differenzen zugrunde liegenden Verhältnisse nicht vereinheitlicht werden können. Deshalb gilt einfach: „one size fits no one“.

Umgekehrt muss nun allerdings das IPR zur Kenntnis nehmen, dass seine Suche nach der anwendbaren Rechtsordnung, also die Entscheidung für oder gegen eine der betroffenen Rechtsordnungen, für das Integrationsprojekt nicht zielführend sein kann, zum einen, weil für die spezifischen Konfliktkonstellationen des europäischen Mehrebenensystems keine wählbare Rechtsordnung bereit steht, zum anderen, weil sich in diesem System Regelungsaufgaben stellen, die einen die Rechtsfindung legitimierenden politischen Rahmen und darüber hinaus eine administrative Infrastruktur erfordern, die in den internationalen Beziehungen nur rudimentär zur Verfügung steht.

Aus dem Nebeneinander von mitgliedstaatlichem Recht und einem Europarecht, das nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung keine umfassende Regelungszuständigkeit haben soll, ergeben sich dabei drei Typen von Konfliktlagen: „horizontale“ Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten, „vertikale“ Konflikte zwischen europäischem und einzelstaatlichem Recht und „diagonale“ Konfliktkonstellationen und Koordinationserfordernisse, die daraus resultieren, dass Regelungskompetenzen der nationalstaatlichen und der europäi-

---

26 Siehe *Christian Joerges*, Europarecht als ein Kollisionsrecht neuen Typs: Wie eine europäische „unitas in pluralitate“ verfasst werden kann, in: Martin Führ, Rainer Wahl, Peter von Wilmowsky (Hg.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Rehbinder*, Berlin 2007: Erich Schmidt Verlag, 719-747.

schen Ebene jeweils nur einen Aspekt eines Problemkomplexes abdecken.<sup>27</sup> In leicht verfremdeter Zusammenfassung:

“[The conflicts approach] distinguishes between vertical, horizontal, and diagonal legal conflicts in the EU, *i.e.*, conflicts about which legal norms apply to a given case. These three types of legal conflict can be applied to MLG generally. Vertical conflicts are conflicts between legal regimes at different territorial levels; they occur both between national law and EU legislation, and between EU law and WTO rules. In horizontal conflicts, the injunctions of different national laws to a given case diverge. Horizontal legal conflicts occur typically in the context of transactions involving the movement of persons, goods, or finances (24) across national borders. Diagonal legal conflicts finally occur if regimes at two different levels that apply to different aspects of a given case make contradictory demands.”<sup>28</sup>

In allen drei Dimensionen bedarf eine diese Konflikte bewältigende Problemlösung politischer Legitimation. Sie bedarf aber auch einer dreifachen Binnendifferenzierung, die den im Integrationsprojekt anfallenden Aufgaben gerecht wird. In der Sache entspricht diese Binnendifferenzierung den Transformationsprozessen, die auch die nationalstaatlichen Rechtssysteme durchgemacht haben. Ebenso wie diese muss das europäische Recht regulative Politik organisieren und sich auf Formen des Regierens einlassen, die auf Selbstregulierung setzen, nicht-gouvernementale Akteure an politischen Programmen beteiligen, Expertenwissen berücksichtigen können – überall mit solchen Besonderheiten, die sich aus den Spezifika des europäischen Mehrebenensystems ergeben.

Die nähere rechts- und regulierungstechnische Ausarbeitung dieser Idee eines dreidimensionalen Kollisionsrechts mag hier auf sich beruhen. Hier kommt es vielmehr darauf an, die Geltungsgrundlagen des „Deliberativen Supranationalismus“, wie sie oben skizziert wurden<sup>29</sup> und seiner kollisionsrechtlichen Interpretation zu überprüfen. Dies soll zunächst exemplarisch am Beispiel der Komitologie geschehen, die sodann mit den Transformationsprozessen in Verbindung gebracht werden soll, denen Europa seit dem Einbruch der Finanzkrise ausgesetzt ist.

---

27 Ausführlicher zu all dem *Christian Joerges*, Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte in: Josef Falke / Christian Joerges (Hg.), *Handelsliberalisierung und Sozialregulierung in transnationalen Konstellationen* (Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen (ZERP), Bd. 67), Baden-Baden: Nomos, 2013., 393-445, 405 ff.

28 *Renate Mayntz*, The Architecture of Multi-level Governance of Economic Sectors, MPIfG Discussion Paper 07/13, Köln 2007, 23-24.

29 Abschnitt 2.

### 3.2.2 Von der Konstitutionalisierung der Komitologie zum „exekutiven Regieren“<sup>30</sup>

#### 3.2.2.1 Komitologie heute

Seit unserer Vorstellung der europäischen Komitologie als eines Forums deliberativer Politik, dessen normative Qualitäten es zu stabilisieren und fortzuentwickeln gelte, hat sich deren rechtliche Ausgestaltung drei Mal geändert. Die erste Erneuerung i.J. 1999<sup>31</sup> war eher marginal, die zweite aus d.J. 2006<sup>32</sup> enthielt eine institutionelle Innovation, nämlich das „Regelungsverfahren mit Kontrolle“, das dem Europäischen Parlament einige, freilich recht mühselige, Kontrollrechte gegenüber der Kommission einräumte.<sup>33</sup> Stets ging es dem Parlament darum, seine Einflussmöglichkeiten auf die Komitologie zu steigern.<sup>34</sup> Dies ist in veränderter Form auch in dem dritten Schritt der Fall, also bei der

---

30 Zur Qualifikation des Ausschusswesens in seiner früheren Verfassung haben wir den Begriff „politische Verwaltung“ verwendet (vgl. *Christian Joerges*, Die Europäische ‚Komitologie‘: Kafkaeske Bürokratie oder Beispiel ‚deliberativen Regierens‘ im Binnenmarkt, sowie *ders.*, Zusammenfassung und Perspektiven: ‚Gutes Regieren‘ im Binnenmarkt, in *Christian Joerges / Josef Falke* (Hg.), *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, Baden-Baden: Nomos 2000, 17-44 bzw. 349-381). Diesen Terminus hat Rudolf Wiethölter geprägt (Art. Wirtschaftsrecht, in: A. Görlitz, Hg., *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München: Ehrenwirth, 1972, 531-539; *Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*, Mainz: Universitätschriften, 1973. Es handelt sich um eine Kategorie, die den Umgang mit Zweckprogrammen in demokratisch organisierten Gesellschaften orientieren sollte. Für die Komitologie in ihrer heutigen Gestalt erscheint sie uns zu euphemistisch.

31 ABl. L 184/23 vom 28.06.1999.

32 ABl. L 200/11 vom 17.07.2006.

33 „Regulatory procedure with scrutiny“ heißt dies im Englischen, was schöner ist, weil dieser Term die dereinst in Dominkaner-Klöstern geübte scrutinum Methode in Erinnerung bringt: geheime Abstimmung, aber danach Aufdeckung der Abstimmungsverhaltens; so *Philippe Urfalino / Pascaline Costa*, *Secrete-Public Voting in FDA Advisory Committees*, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales Centre National de la Recherche Scientifique 2013, abrufbar unter <<https://www.google.de/#q=Philippe+URFALINO%2C+Pascaline+COSTA%2C+Secrete-Public+Voting+in+FDA+Advisory+Committees%2C>>.

34 Näher *Ellen Vos*, 50 Years of European Integration, 45 Years of Comitology, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2009/3, 16 ff., abrufbar unter <<http://ssrn.com/abstract=1345729>>. – Für eine systematische Aufarbeitung des neuen Rechtsrahmens vgl. *Arne Pilniok / Eike Westermann*, Strukturwandel im Verwaltungsverbund? Eine Analyse des neuen Rechtsrahmens der unionalen Komitologieausschüsse, *Verwaltungsarchiv* 103 (2012), 279-398.

im Lissabon-Vertrag eingeführten Unterscheidung zwischen der Delegation legislativer Befugnisse „zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes“ an die Kommission (Art. 290) einerseits und den Maßnahmen zur „Durchführung der verbindlichen Rechtsakte nach innerstaatlichem Recht“ (Art. 291) andererseits. Die kategoriale Differenz ist wichtig, weil bei Legislativakten Parlament und Rat deren Inkrafttreten blockieren (präventive Kontrolle) und übertragene Befugnisse widerrufen können (reaktive Kontrolle). Aber die Neuregelung wirft mancherlei Fragen auf. Zunächst: Es ist unwahrscheinlich, dass die neuen präventiven und reaktiven Befugnisse größere Bedeutung entfalten werden.<sup>35</sup> Sodann: Die Unterscheidung zwischen legislativen Delegationen und bloßen administrativen Durchführungsmaßnahmen ist theoretisch zwar einsichtig, aber kaum praktikabel. Schließlich: Wie wird es bei „Durchführungsmaßnahmen“, also der „neuen Komitologie“ zugehen? Annette Töller berichtet für das Jahr 2011 von 268 Ausschüssen, die in 783 Sitzungen an 1.625 Durchführungsmaßnahmen beteiligt waren.<sup>36</sup> Es gibt dabei augenscheinlich zwischen Kommission und Mitgliedstaaten gut eingespielte Routinen und sachhaltige Übereinkünfte, aber auch heftige Auseinandersetzungen über sensible Themen, in denen die Ausschussmitglieder sich bei ihren Regierungen rückversichern müssen.<sup>37</sup> Die heutige Praxis der Komitologie entspricht nicht den normativen Erwartungen, die wir unter dem Signum des „Deliberativen Supranationalismus“ anno 1997 artikuliert haben. Einerseits ist es heute dank Internet-Publikationen und Kommunikationen zwar viel einfacher und viel genauer in Erfahrung zu bringen, wie viele Ausschüsse es gibt, wie häufig sie tagen und welche Tagungsordnung sie abarbeiten. Dennoch verharrt die Komitologie in jener Sphäre des Opaken, das ihre „Konstitutionalisierung“ doch aufhellen sollte. Empirisch gehaltvolle, aber zugleich konzeptionell anspruchsvolle Studien, die nicht bloß die Auseinandersetzungen zwischen institutionellen Akteuren rekonstruieren und dabei Gewinner und Verlierer ermitteln; sich darüber hinaus der Frage stellen, unter welchen Bedingungen das transnationale Regieren durch Ausschüsse „Anerkennung verdient“ und was hierzu das Recht beitragen kann und soll, sind Mangelware und in ihren Auskünften eigentümlich

---

35 *Josef Falke*, *Comitology After Lisbon: Towards Horizontal Constitutionalism?*, Ms. Bremen 2013.

36 *Annette Töller*, *Die Reform der Komitologie mit und nach dem Vertrag von Lissabon*, *Integration* 2013 (3), 213-232, 213.

37 *Jens Blom-Hansen / Gijs Jan Brandsma*, *The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism?*, *Journal of Common Market Studies* 47 (2009), 719-740.

vage.<sup>38</sup> Hat nach allem Joseph Weiler mit seiner Philippika von 1999 Recht behalten? Sein strenges Urteil erschien uns damals und erscheint uns auch bei der heutigen Lage der Komitologie zu streng. Die Komitologie ist gleichsam „alternativlos“ geblieben. Ihre kafkaeske Erscheinung ist der Unmenge der zu erledigenden Aufgaben, der unübersichtlichen Vielfalt und der Komplexität der Konfliktkonstellationen geschuldet, mit denen Delegationen und Durchführungsmaßnahmen zurecht kommen müssen. Man darf sich mit einer Praxis des „Durchwurstelns“ gewiss nicht zufrieden geben, muss aber zum einen fragen, welche Alternativen es gibt (3.2.2.2 und 3.2.2.3) und dann auch überlegen, woran es liegen mag, dass die Wirklichkeit so ist wie sie ist (3.2.2.4).

### 3.2.2.2 *Verwissenschaftlichung*

Das Ausschusswesen ist von Experten verschiedenster Provenienz durchsetzt. Dies indiziert Bemühungen um Neutralität und Rationalität. Dabei ist nun aber zu bedenken, dass nicht zu allem und jedem, was zur Entscheidung ansteht, alles verfügbare Wissen zusammengetragen und hochprofessionell in praktische Entscheidungen umgesetzt werden kann. Wo dies dennoch geschieht, stellen sich neue Probleme ein. Das instruktivste Exempel bietet die Zulassung von genetisch veränderten Organismen durch die Europäische Lebensmittelbehörde (EFSA).

In eingehenden Untersuchungen hat Maria Weimer<sup>39</sup> gezeigt, wie sich in diesem Feld ein Funktionswandel der einschlägigen Regelungen durchsetzt. Bekanntlich ist die Beurteilung von GMOs, ihres Anbaus, ihrer Verwendung in Futtermitteln und in Lebensmitteln, politisch nicht etwa nur zwischen den

---

38 Dies gilt selbst für die Beiträge in *Mark Bovens / Deirdre Curtin / Paul 't Hart*, *The Real world of EU Accountability. What Deficit?*, Oxford: Oxford University Press, 2010. Sehr informativ, wenngleich sehr niederländisch in Fokus: *Gijs Jan Brandsma*, *Accountable Comitology?*, ebda., 150-173. S. auch die Ph.D Thesis dieses Autors: *Controlling Comitology: Accountability in a Multi-Level System*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013.

39 Vor allem in: *Maria Weimer*, *Democratic Legitimacy through European Conflicts-Law? The case of EU administrative governance of GMOs* (PhD Thesis, EUI, Florence), 2012; zuvor schon: dies. *Applying Precaution in EU Authorisation of Genetically Modified Products – Challenges and Suggestions for Reform*, *European Law Journal* 16 (2010), 624-657; *Maria Weimer / Ellen Vos*, *The Role of the EU in Transnational Regulation of Food Safety: Extending Experimentalist Governance?*, in: Jonathan Zeitlin (Hg.), *Extending Experimentalist Governance? The EU and Transnational Regulation*, Oxford 2014, Oxford University Press (im Erscheinen), Zugänglich als GR:EEN Working Paper No. 35 bei SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2285401>>.

USA und der EU, sondern auch innerhalb Europas hoch kontrovers, die Evaluation der mit ihnen verbundenen Risiken umstritten, die sozioökonomischen Implikationen in den Mitgliedstaaten der Union von unterschiedlicher Art und Bedeutung. Dennoch ist es in langen und mühsamen politischen Auseinandersetzungen, die in den 90er Jahren begannen, gelungen, Zulassungsregelungen zu erarbeiten.<sup>40</sup> Diesem komplexen Regelwerk attestiert Weimer erhebliche Qualitäten. Es ermögliche nämlich die Beachtung all jener sich aus der Heterogenität der ergebenden Belange, also jener „berücksichtigungswerten“ Faktoren, von denen im Art. 6 Abs. 3 der grundlegenden Verordnung 178/2002 zum Lebensmittelrechts bei der Risikobewertung und dem Risikomanagement die Rede ist. Es stehe damit ein Rechtsrahmen zur Verfügung, in dem Konflikte ausgetragen werden können; die GMO-Zulassungsregeln kämen damit den Anliegen des kollisionsrechtlichen Ansatzes sehr weit entgegen. Dieser Befund verliert dann allerdings seinen theoretischen Glanz in den Niederungen der Implementation. Weimer zeigt, wie sich gleichsam im Rücken des „harten“ Rechts „sanfte“ Umsetzungsformen etablieren konnten, die eine neue Hierarchie aufgebaut haben, an deren Spitze nun nicht mehr eine hierarchisch organisierte Verwaltung steht, sondern die Wissenschaft, vertreten durch die von der EFSA herangezogenen Experten. Dies ist aber noch nicht die Ironie und tiefere Bedeutung der Ablösung des harten Rechts durch neue Formen des Regierens, die sich als Verwissenschaftlichung des Regierens legitimieren möchte. Die Grenzen der Wissenschaft und ihrer Auskünfte kommen in solchen Momenten ans Tageslicht, wenn die Behörde es mit Antragstellern zu tun bekommt, die ihrerseits wissenschaftliche Autoritäten aufbieten können, welche die Behörde nicht gewachsen ist – jedenfalls nicht so zügig, wie dies Art. 8 des WTO-Abkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen in der von der Kommission als maßgeblich betrachteten Auslegung eines WTO-Panel Entscheides gebietet.<sup>41</sup> Die Verwissenschaftlichung der regulativen Politik stößt auf immanente Grenzen,<sup>42</sup> und erfährt gleichzeitig an eben genau diesen

---

40 Vor allem die Richtlinie 2001/18/EG v. 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt, die Verordnung 1829/2003/EG v. 22. September 2003 über die Zulassung und Kennzeichnung von gentechnisch veränderten Lebens- und Futtermitteln und die Verordnung 1830/2003 v. 22. September 2003 über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von gentechnisch veränderten Organismen.

41 *European Communities--Measures affecting the approval and marketing of biotech products*, (DS291, DS292 and DS293), <[http://www.wto.org/english/news\\_e/news06\\_e/291r\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news06_e/291r_e.htm)>.

42 Vgl. Daniel Innerarity, *Power and knowledge: The politics of the knowledge society*, *European Journal of Social Theory* 16 (2013), 3-16.

Grenzen, dass diese Politik den in den „Märkten“ mobilisierbaren Kräften nicht gewachsen ist.<sup>43</sup>

### 3.2.2.3 „Agencification“

Der schwerlich übersetzbare Terminus der „Agencification“ bezeichnet den Aufbau immer neuer Agenturen für die sich ständig erweiternden regulativen Politikfelder der EU.<sup>44</sup> Zu den Zeiten der Konzipierung des „Deliberativen Supranationalismus“ galten uns Agenturen und Giandomenico Majones Plädoyer für einen europäischen „regulatory state“<sup>45</sup> als das technokratische Gegenmodell zur – freilich erst noch zu konstitutionalisierenden – Komitologie. Inzwischen ist auch hier eine Art Erledigung in der Hauptsache eingetreten. Beide Ansätze, das Plädoyer für einen Regulierungsstaat ebenso wie der Deliberative Supranationalismus, haben auf die Funktionsbedingungen von Märkten im Allgemeinen und die „Vollendung“ des europäischen Binnenmarktes im Besonderen reagiert. Beiden ging es um Effizienz sowie Legitimität des europäischen Regierens. Im Fall der Agenturen ist nun dieses Dual in nicht geringeren Verlegenheiten geraten als die neue Komitologie und das aus ihr hervorgegangene GMO-Regime.

Independent agencies amerikanischer Provenienz sind noch immer nur über das „transmission belt“-Modell konstitutionell begreifbar. Dieses Modell greift in der EU nicht – insoweit hat die berühmte Meroni-Doktrin,<sup>46</sup> der zufolge „politische“ Ermessensfragen nicht an außervertragliche Institutionen delegiert werden dürfen, ganz Recht. Aber auch der neue Art. 290 mit seiner Delegationsermächtigung ist für eine demokratische Beglaubigung von politisch-diskretionären Entscheidungsbefugnissen, die im Einzelfall für Betroffene bindende Wirkung entfalten sollen, eigentlich zu dünn.<sup>47</sup> Die fragile Legitimitätsgrundlage wird durch das exponentielle Wachstum der benötigten Expertise und auch des verfügbaren Wissens nur noch brüchiger, weil gerade mit dieser

---

43 Am 13.12. erging das Urteil in der Rechtssache T-240710 (Ungarn ./Kommission) zur Amflora-Kasrtoffel der BASF. Offizielle Informationen sind noch nicht verfügbar.

44 Es gibt inzwischen über 30 Agenturen vgl. <[http://europa.eu/about-eu/agencies/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/agencies/index_en.htm)>.

45 *Giandomenico Majone*, *Regulating Europe*, London: Routledge, 1996.

46 Case 9/56, *Meroni & Co, Industrie Matallurgische S.P.A. v High Authority*, 1958, ECR 133.

47 Eingehend *Michelle Everson*, *European Agencies: Barely Legal?*, in: *Michelle Everson / Cosimo Monda / Ellen Vos (Hg.), European Agencies in Between Institutions and Member States*, Alphen aan den Rijn-London: Kluwer Law (im Erscheinen).



Steigerung auch die Notwendigkeit einer Entscheidung zwischen vielen Alternativen immer sicherer und das Wissen und das Nichtwissen immer sicherer wird.<sup>48</sup> Unter solchen Bedingungen kann der „Output“, den die Agenturen erbringen sollen, ihr Handeln nicht legitimieren. Giandomenico Majone hatte diese Probleme immer gesehen und sie zum einen durch einen normativ gehaltvollen Begriff der sozialen Regulierung<sup>49</sup> und des Weiteren dadurch verkleinert, dass er die distributive Politik ganz den Nationalstaaten vorbehalten wollte. All diese Grenzen hat die EU überschritten – und Majone attestiert ihr ganz im Einklang mit seinen Prämissen gründliche Ineffizienz.<sup>50</sup>

Halten wir fest: Die Komitologie hat sich nicht konstitutionalisiert; sie ist auch nach Lissabon praktisch bedeutsam geblieben und operiert zumeist still und unauffällig. Man kann sich diese konzeptionell anspruchslose Praxis einfach erklären: die Unsumme der Aufgaben und die Heterogenität der Konfliktlagen bedeutet eine politische und kognitive Herausforderung des politisch-administrativen Systems, die das Abgleiten der Union in eine opake Verwaltungsmaschinerie bewirkt. Eine Verwissenschaftlichung und Politisierung, wie wir sie im Umgang mit GMO erleben können, ist nicht durchgängig vorstellbar – und stößt an ihre eigenen Grenzen. Letzteres gilt auch für das Agenturwesen: die Agenturen müssen sich über eine objektiv-neutrale Expertise ausweisen, die es nicht geben kann. Friedrich A. von Hayek hätte dies als eine Anmaßung von Wissen bezeichnet;<sup>51</sup> die heutige Risikoforschung erkennt darin einen verfehlten Umgang mit dem Problem des Handelns unter Ungewissheit.

Ganz unabhängig davon ist die Abkehr des von der Gemeinschaftsmethode

---

48 Vgl. allgemein *Gotthard Bechmann*, Risk and the Post-Modern Society, in: Betty Zucker (Hg.), Risiko- Dialog – Von der Idee zur konkreten Umsetzung. Festschrift für Prof. Dr. Matthias Haller zum 60. Geburtstag, St. Gallen 2001: Institut für Versicherungswirtschaft der Universität, 139-154 und speziell zu Finanzmärkten Elena Esposito, Die Zukunft der Futures: Die Zeit des Geldes in Finanzwelt und Gesellschaft, Heidelberg 2010: Carl Auer, insbes. 18 ff., 90 ff.; *Daniel Innerarity*, Demokratie des Wissens. Plädoyer für eine lernfähige Gesellschaft, Bielefeld: Transcript, 2013, bes. 135 ff.

49 Nämlich den von ihm immer wieder zitierten *Philip Selznick*, Focusing Organizational Research on Regulation in: Roger G. Noll (Hg.), Regulatory Policy and the Social Sciences, Berkeley CA: University of California Press, 1985, 363-367.

50 *Giandomenico Majone*, Political and normative limits to regional integration: Rethinking the European project after the crisis of the monetary union, Oslo 2011, abrufbar unter <[http://www.reconproject.eu/main.php/Majone\\_RECONconcluding\\_Oslo\\_25nov11.pdf?fileitem=5374065](http://www.reconproject.eu/main.php/Majone_RECONconcluding_Oslo_25nov11.pdf?fileitem=5374065)>.

51 *Friedrich A. Hayek*, The Pretence of Knowledge, The American Economic Review 79:6, 1989, 3-7 (Nobel memorial Lecture, 11 December 1974).

dominierten Integrationspfades und der Aufstieg des exekutiv-intergouvernementalen Regierens einstweilen unaufhaltsam. Am eindringlichsten hat diese Entwicklung Deirdre Curtin untersucht und auf den Begriff gebracht.<sup>52</sup> Die Union schreitet nicht etwa auf dem Weg zu einer repräsentativen Demokratie voran sondern mutiert zu einem administrativ-gouvernementalem Gebilde, an dessen Spitze nunmehr der Europäische Rat den Gang der Dinge bestimmt (Artt. 15-16 EUV; Artt. 235-236 AEUV). Dieser Befund ist an sich beunruhigend genug. Im Zuge der Finanzkrise hat sich der Zustand Europas dramatisch verschlimmert.

### 3.2.3 *Regieren im Notstands-Europa*

Die beiden Kerntheoreme des Deliberativen Suprationalismus – die Legitimität einer Korrektur externer Effekte einzelstaatlichen Handelns und die Legitimität kooperativer Reaktionen auf interdependente Problemlagen – sind zu einem Ansehen gekommen. Insbesondere die Begründung europäischer Einschränkungen der nationalstaatlichen Souveränität mit den externen Effekten einzelstaatlichen Handelns wird in der europäischen Krisenpolitik gern herangezogen. In eleganter Weise geschieht dies bei Miguel Maduro in seinem Gutachten für das Europäische Parlament.<sup>53</sup> In der Eurozone verursache eine mangelnde fiskalische Disziplin externe Effekte, die durch eine Einschränkung der Mitgliedstaaten aufgefangen werden müssten; die Vorteile, die der Binnenmarkt für Europas Bürger erbringe, legitimiere die Erhebung von genuin europäischen Steuern, die dann gerecht verteilt werden könnten. Maduro bemüht sich durchaus, seine Vorstellungen mit Geboten sozialer Gerechtigkeit und politischer Demokratie in Einklang zu bringen. Dafür nimmt sich das Europäische Krisenrecht allerdings keine Zeit. Es hat binnen eines Zeitraums von wenigen Jahren ein Regime durchgesetzt, das es einer transnationalen Funktionsbürokratie ermöglicht, die Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten zu bestimmen und ihre Sozial- und Arbeitsverfassungen an Imperativen der Wettbewerbsfähigkeit auszurichten. Die Umsetzung dieser Vorgaben geschieht in diskretionären Evaluationen an denen sich der Rat, die Kommission und die Europäische Zentralbank (!) beteiligen. All dies hat mit einer rechtlichen

---

52 Vor allem: *Deirdre Curtin*, *Executive Power in the European Union: Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press; 2011; *dies.*, *Keeping Government Secrecies Safe: Beyond Whack-a-Mole*, EUI Florence, Max Weber Lecture 2011/7, abrufbar unter <<http://cadmus.eui.eu/>>; *dies.*, *The Challenge of Executive Democracy in Europe*”, *Modern Law Review* 77 (2014), 1-32.

53 *Miguel Poiares Maduro*, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, abrufbar unter <<http://ssrn.com/abstract=2180248>>.

Kompensation struktureller Demokratiedefizit, deren politische Legitimität rechtlich vermittelt würde, nichts zu tun.<sup>54</sup>

Nicht besser steht es um die Konstitutionalisierung von kooperativen Problemlösungen wie wir sie für die Komitologie gefordert haben. Kooperationsverhältnisse sind als Reaktionen auf interdependente Problemlagen grundsätzlich „alternativlos“. Aber ihre Legitimität versteht sich nicht von selbst. In seinem frühesten Beitrag zur Integration<sup>55</sup> hatte Habermas die heute sich dramatisch zuspitzende Problematik dieser Kooperationsverhältnisse bereits sehr genau bezeichnet: Europa gerate in die Regierungsgewalt einer „von demokratischen Prozessen abgehobenen Bürokratie“; damit öffne sich „die Schere zwischen Betroffensein und Teilnahme immer weiter“.<sup>56</sup> Dieses Problem entsteht unausweichlich, wenn die Ausarbeitung von Problemlösungen transnationalen Instanzen überantwortet wird. Umso wichtiger wäre es, die Rückbindung ihres Handelns und Entscheidens an demokratisch legitimierte Instanzen zu sichern. Davon kann im autoritären Krisenmanagement Europas nicht die Rede sein.

Die Umgestaltung Europas durch die neuen Formen ökonomischen Regierens hat mit dem Deliberativen Supranationalismus nichts gemein. Allerdings ist auch deutlich, dass die Krise nicht etwa zu stabilen Verhältnissen, sondern stattdessen zu neuen Konfliktkonstellationen führt. Wir dürfen hoffen, dass in diesen Auseinandersetzungen zivilisierte Streitformen und rechtlich gebundene Streitschlichtungen gefragt sein werden und dass dabei ein deliberatives Verständnis von Supranationalismus in Erinnerung gebracht werden kann.

#### 4. Epilog

Rainer Schmalz-Bruns' demokratiethoretische Überlegungen und unsere Vorstellungen von einem deliberativen Supranationalismus teilen ein tiefes Unbehagen an der Praxis Europas. Wir sind davon überzeugt: Europe should and could do better. In seinem jüngsten Beitrag zur Demokratie in Europa beginnt Rainer Schmalz-Bruns seine Bestandsaufnahme der im Lissabon-Vertrag kodierten konstitutionellen Lage mit einer düsteren Diagnose: Dieses Vertragswerk verfehle nicht bloß politische Effizienz- und Effektivitätsziele, sondern

---

54 Einzelheiten bei *Christian Joerges*, Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise, *Der Staat* 51, 2012, 357-386 und *ders.*, *Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, *Tetra Working Paper 12/2012* (revidiert 2013), abrufbar unter: <<http://ssrn.com/abstract=2179595>>.

55 *Jürgen Habermas*, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, Zürich 1991: Erker (Annex II zu *Faktizität und Geltung*, 632-660).

56 A.a.O., 646.

setze die Legitimität und die öffentliche Unterstützung aufs Spiel, die für die Rechtfertigung Europas unabdingbar sei.<sup>57</sup> Dieses real existierende Europa wird von ihm mit vor allem demokratiethoretisch begründeten, aber auch soziologisch abgesicherten Prinzipien konfrontiert: deliberation, publicness, public equality, civic trust, rule of law.<sup>58</sup> Auf dem Weg zur Entwicklung dieser Prinzipien begegnet uns die Krise nur im Vorübergehen: sie habe das Bewusstsein dafür geschärft, dass Europa sein Handlungspotential drastisch ausweiten müsse.<sup>59</sup>

Was wir hier allerdings vermissen ist eine Auseinandersetzung mit dem real existierenden Krisenmanagement: Europa hat doch seine Zugriffsmöglichkeiten drastisch ausgeweitet und nutzt sie intensiv. Dabei diskreditiert es nun allerdings die von Rainer begründeten Prinzipien durchgängig und gründlich. Das spricht nicht etwa gegen diese Prinzipien, wohl aber dafür, Alternativen zu dem Ruf nach „mehr Europa“ zu erkunden. Angesichts der Malaise Europas, und der zutiefst undemokratischen Formen der Krisenbearbeitung, die nicht von ungefähr so ausfallen wie sie ausfallen, müssen wir fragen, ob Europa sich nicht bescheiden sollte – dies verstehen wir nicht als Europaskepsis, sondern als Rettungsversuch.

Wir glauben dabei, dass es nicht wirklich hilfreich ist, die Überführung Europas in eine mitgliedsstaatsanaloge Form von Wohlfahrtsstaatlichkeit zu fordern. Die rechtspolitische Suche nach neuen Wegen täte gut daran, in den europäischen Konfliktkonstellationen nach ausbaufähigen Ansätzen zur Überwindung der Malaise zu suchen, statt normative Maßstäbe zu bemühen, die in offenem Konflikt zu jeder denkbaren politischen Praxis stehen. Die politische Philosophie generell muss sich hier fragen, inwiefern sie den letztlich demokratisch bestimmten europäischen Praktiken Anerkennung zu zollen bereit ist, auch wenn diese imperfekt und im Widerspruch zu den hohen Idealen der Gerechtigkeitstheorie stehen. Hier geht es keinesfalls darum, Kritik gegen Affirmation auszuwechseln. Das Ziel muss es vielmehr sein, innerhalb und nicht jenseits der demokratischen Praktiken das gerechtigkeits- und demokratiethoretisch Unterstützungswürdige zu finden. Nur so lässt sich letztlich eine politisch relevante politische Philosophie etablieren.

---

57 Rainer Schmalz-Bruns, *The Unfinished Task*, (Fn. 4).

58 A.a.O., 12.

59 A.a.O., 5.

## Jüngste ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform oder elektronisch auf [www.zerp.eu](http://www.zerp.eu))

- DP 1/13 *Christian Joerges / Peer Zumbansen* (Hrsg.), Politische Rechtstheorie Revisited. Rudolf Wiethölter zum 100. Semester, März 2013
- DP 1/11 *Christian Joerges / Tobias Pinkel* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?, May 2011
- DP 3/10 *Michelle Everson / Frank Rodriguez*, What Can the Law do for the European System of Central Banks? Good Governance and Comitology 'within' the System, December 2010
- DP 2/10 *Andreas Fischer-Lescano*, Europäische Rechtspolitik als transnationale Verfassungspolitik. Soziale Demokratie in der transnationalen Konstellation, February 2010
- DP 1/10 *Andreas Fischer-Lescano / Christian Joerges / Arndt Wonka* (Hrsg.), The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives, January 2010
- DP 3/09 *Andreas Fischer-Lescano/Lena Kreck*, Piraterie und Menschenrechte. Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta, June 2009
- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, March 2009
- DP 1/09 *Florian Rödl*, Europäische Arbeitsverfassung, February 2009
- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypothecc & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, July 2008
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, July 2008
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, June 2008

## Online verfügbare ZERP-Arbeitspapiere (ZERP-Arbeitspapiere erscheinen nur online)

- WP 1/2013 *Christoph Schmid / Jason Dinse*, Towards a Common Core of Residential Tenancy Law in Europe? The Impact of the European Court of Human Rights on Tenancy Law, Juli 2013
- WP 2/2012 *Christoph Schmid*, The Dutch and German Notarial Systems Compared, Dezember 2012
- WP 1/2012 *Silvia Sonelli*, Constitutional Rights without a Constitution: The Human Rights Act under Review, Januar 2012
- WP 3/2011 *Katharina Ewert*, Die Überprüfung von Schiedssprüchen auf ihre Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht im Anschluss an die Eco Swiss-Entscheidung des EuGH, September 2011
- WP 2/2011 *Andreas Fischer-Lescano / Carsten Gericke*, The ICJ and Transnational Law. The “Case Concerning Jurisdictional Immunities” as an Indicator for the Future of the Transnational Legal Order, September 2011
- WP 1/2011 *Klaus Sieveking*, Ende einer Dienstfahrt: Erinnerungen an eine Bremer akademische Professionalisierung, May 2010
- WP 4/2010 *Thurid Ilka Gertich*, Menschenrechte in Chile am Beispiel des Zugangs zu AIDS-Medikamenten, April 2010
- WP 3/2010 *Christian Joerges / Christoph Schmid*, Towards Proceduralisation of Private Law in the European Multi-Level System, January 2010
- WP 2/2010 *Andreas Fischer-Lescano / Carsten Gericke*, Der IGH und das transnationale Recht. Das Verfahren BRD ./ Italien als Wegweiser der zukünftigen Völkerrechtsordnung, January 2010
- WP 1/2010 *Johanna Wallenhorst / Marie Vaudlet*, Rechtsfolgen des Einsatzes privater Sicherheits- und Militärfirmen, January 2010
- WP 10/2009 *Klaus Sieveking*, Introduction of political participation rights for non-EU-national immigrants in Germany, November 2009
- WP 9/2009 *Christoph U. Schmid*, The ‘Three Lives’ of European Private Law, Oktober 2009
- WP 8/2009 *Franz Christian Ebert*, Between Political Goodwill and WTO-Law: Human Rights Conditionality in the Community’s New Scheme of Generalised Tariff Preferences (GSP), September 2009