

Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft
Konzeptionelle Grundlagen und Anwendungsperspektiven

Sabine Frerichs

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	2
2 Zur thematischen und fachlichen Einordnung des Forschungsansatzes.....	2
2.1 Von der Kunst des Regierens.....	3
2.2 Governance als neues Steuerungsparadigma.....	4
2.3 Die Governance-Wende in der Europaforschung.....	4
2.4 Governance als interdisziplinärer Forschungsschwerpunkt.....	6
3 Integration und Regulierung in institutionalistischer Perspektive.....	8
3.1 Die Integrationsproblematik in der Theorie supranationalen Regierens.....	9
3.2 Die Regulierungsproblematik im Historischen Institutionalismus.....	11
3.3 Ansatzpunkte für die Entwicklung des Judicial-Governance-Konzeptes.....	13
4 Judicial Governance: Zum Verhältnis von Recht und Politik.....	14
4.1 Die Debatte um ein Gouvernement des Juges.....	15
4.2 Judicial Governance im neuen Konstitutionalismus.....	17
4.3 Die Spezifität des richterlichen Regierens.....	20
5 Judicial Governance: Zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft.....	20
5.1 Soziale Felder als Macht- und Bedeutungsstrukturen.....	21
5.2 Das juristische Feld als Legitimationsinstanz der sozialen Ordnung.....	23
5.3 Ein feldtheoretisches Modell der europäischen Integration.....	24
5.4 Die europäische Integration im globalen Kontext.....	26
5.5 Das europäische Rechtsfeld zwischen Integration und Regulierung.....	28
6 Integration und Regulierung in der europäischen Wirtschaftsverfassung.....	29
6.1 Zur Entwicklung der Binnenmarktdimension.....	32
6.2 Zur Entwicklung der Außenhandelsdimension.....	34
Literatur.....	35

Einleitung

Seit Mitte des 20. Jahrhundert haben die Gerichte als Steuerungsinstitutionen der Gesellschaft beträchtlich an Bedeutung gewonnen. Zwei machtvolle Trends haben diese Entwicklung vorangetrieben und nahezu unumkehrbar werden lassen: (1) die *Konstitutionalisierung des Rechtsstaats* und (2) die *Internationalisierung des Rechts und der Gerichtsbarkeit* (Badinter 2001, 290). Beide Dimensionen verbinden sich auf der europäischen Ebene in besonderer Weise, wo sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) als Motor des Integrationsprozesses (Internationalisierung) erwiesen und als supranationales Verfassungsgericht (Konstitutionalisierung) etabliert hat.

Im Sinne der Governance-Wende in der Europaforschung wird der Europäische Gerichtshof in dieser Arbeit als institutioneller Akteur im europäischen Mehrebenensystem des Regierens entworfen. Mit *Judicial Governance* wird ein institutionentheoretisch und rechtssoziologisch fundiertes Konzept ausgearbeitet, das den integrations- und regulierungspolitisch geprägten Kontext der Rechtsprechung zum Ausgangspunkt für die juristische Konstruktion Europas nimmt. Schließlich sollen Verschiebungen in den Steuerungskonzeptionen des Europäischen Gerichtshofs exemplarisch am Wandel der europäischen Wirtschaftsverfassung verdeutlicht werden.

Aufbau und Stand der Arbeit: Kapitel 1 führt anhand des Governance-Begriffs in die Thematik ein. Kapitel 2 situiert das Forschungsvorhaben am Schnittpunkt zweier governanceanalytischer und institutionentheoretischer Entwicklungslinien in der aktuellen Europaforschung. Kapitel 3 und 4 tragen in einer Literaturdiskussion die Grundlagen des Judicial-Governance-Konzeptes zusammen, bedürfen aber noch einer rechtssoziologischen Vertiefung. Kapitel 5 enthält Anwendungsperspektiven, die zur Vervollständigung des Gedankengangs angefügt werden, befindet sich aber erst im Anfangsstadium.

2 Zur thematischen und fachlichen Einordnung des Forschungsansatzes

Als modisches Allerweltswort hat Governance in den letzten Jahren zunehmend Eingang in den (anglisierenden) allgemeinen Sprachgebrauch gefunden. Dieser inflationären Entwicklung zum Trotz besitzt der Begriff als wissenschaftlicher Terminus den Vorzug, den Blick für die Interaktivität, Komplexität und Emergenz des ‚Regierens‘ in sozialen Systemen zu schärfen. Einführend werden daher die für diese Arbeit relevanten Extensionen des Begriffs vorgestellt, auf denen auch das Judicial-Governance-Konzept aufbauen wird. Darüber hinaus werden die interdisziplinären Anschlusspunkte dieser Arbeit im Rahmen der Europaforschung aufgezeigt.

2.1 Von der Kunst des Regierens

Governance ist eine jener *Leerformeln* des politischen Diskurses, die sich wegen ihrer Abstraktheit einer näheren Überprüfung zu entziehen scheinen. Der eigentliche Gehalt von Governance bleibt auch in der (noch einhelligen) Abgrenzung zu Government und in der (schon strittigeren) Losung von ‚Governance without Government‘ verborgen. An jeder Übersetzung, jeder Konkretisierung des Begriffs scheiden sich jedoch die Geister, und es ist verblüffend, in welcher begrifflichen Vielfalt Governance heute verwendet wird. Um den gemeinsamen Kern all dieser Definitionen und Variationen zu finden, erscheint es legitim, von der postmodernen Blüte des Begriffs zunächst zu seinen klassischen Wurzeln zurückzukehren (*griech.* κυβερναν, *lat.* gubernare „steuern; leiten, regieren“).

Hier stößt man nun – zwar nicht am semantischen Nullpunkt, jedoch am ideellen Anfangspunkt der Begriffskarriere – auf Platons berühmtes Gleichnis vom Steuermann, der „seine Kunst zum Gesetz machend seine Mitschiffenden erhält“. Auch für die Steuerung des Staatsschiffs soll gelten, dass „diese die rechte Staatsverfassung sein wird, welche die Kraft der Kunst höher stellt als die Gesetze“ (Politikos, 297a). Im platonischen Idealstaat bildet der weise Philosophenkönig an der Spitze der Regierung (Government) diese letzte Steuerungs- und Rechtsinstanz. Doch gebiert Platon mit der Figur des Steuermanns nicht nur den idealen Monarchen, sondern auch den modernen Verfassungsrichter, der sich wie jeder „wahrhafte Staatsmann“ dem Recht hinter dem Geschriebenen verpflichtet sieht. (Und tatsächlich kehrt in der Debatte um ein Gouvernement des Juges zwar nicht der Steuermann, aber immerhin der Philosophenkönig aus Platons Schriften wieder, als abschreckendes Beispiel allerdings.)

Mit der aktuellen Wiederentdeckung bzw. Neuprägung von Governance wird von der Gegenständlichkeit der Regierung bzw. der Persönlichkeit des Regenten zwar ausdrücklich abstrahiert und die Prozesshaftigkeit, Offenheit und Interaktivität einer den Staaten und Gesellschaften des 21. Jahrhunderts ‚gerechten‘ Kunst des Regierens hervorgehoben. Umso deutlicher (und eingedenk der Bedeutungsgeschichte des Begriffs wenig überraschend) tritt jedoch die nicht-legalistische Beschaffenheit dieses dynamischen Steuerungskonzepts hervor. Für die richterliche (Navigations) Kunst, Judicial Governance, die auf das Gesetz angewiesen ist, um Recht zu sprechen, verschärft sich damit das Rechtfertigungsproblem: das Dilemma von weniger Recht (Judicial Self-Restraint) und mehr Politik (Judicial Activism). Gerade in diesem Fall kann der Begriff also jenseits rhetorischer auch erkenntnisleitende Funktionen übernehmen und eine heuristisch gehaltvolle *Lehrformel* anbieten.

2.2 Governance als neues Steuerungsparadigma

Der Begriff Governance lässt sich im Deutschen zunächst mit *politischer Steuerung* übersetzen und damit an die so genannte Steuerungstheorie anschließen, die seit ihren Anfängen in den 1970er-Jahren mehrere Wandlungen durchgemacht (und dabei insbesondere ihren Steuerungsoptimismus eingebüßt) hat (Mayntz 1998, 7 u. 11). Entsprechend verlagerte sich der Schwerpunkt der steuerungstheoretischen Debatte von hierarchischen Formen der Steuerung mit Problemen der Steuerungsfähigkeit (des Staats) und der Steuerbarkeit (von Wirtschaft und Gesellschaft) auf kooperative Formen der gesellschaftlichen Selbstregulierung, deren Erfolg einerseits im freien Spiel der (Markt-) Kräfte, andererseits ‚im Schatten der Hierarchie‘ liegt (Mayntz 1998, 9-13). Mit der Veränderung nationalstaatlicher Handlungsspielräume durch Europäisierung und Globalisierung wird die Steuerungstheorie schließlich in einen internationalen Zusammenhang gestellt, wo sie sich in (Sonder-) Diskursen zur Governance im europäischen Mehrebenensystem und Global Governance ausdifferenziert (Mayntz 1998, 13-19). Beide Entwicklungsrichtungen führen weg von der (exklusiven) Steuerungshoheit des Staates und konvergieren in einer Entdeckung bzw. Aufwertung des Netzwerks als (inklusive) steuerungspolitischer Einheit. Dieser *Paradigmenwechsel* antwortet in einem beträchtlichen Maß auf strukturelle (aber auch ideelle) Veränderungen im Verhältnis von Markt und Staat, Staat und Gesellschaft; (Network) Governance wird so zur Chiffre einer gewandelten Staatlichkeit. Trotz der Fülle der mittlerweile dargebotenen Definitionen und Perspektiven von Governance (vgl. Rhodes 2000; Pierre/Peters 2000) lässt sich die Kernbotschaft des *neuen Steuerungskonzepts* (als einer neuen Conception of Control) daher immer noch mit der Formel ‚From Government to Governance‘, was die Richtung der Entwicklung betrifft, und ‚Governance without Government‘, was den (möglichen) Endpunkt der Entwicklung betrifft, einfangen (vgl. Rosenau/Czempiel 1992). Dieser Perspektivwechsel von der (transitiven) politischen Steuerung zur (reflexiven) *gesellschaftlichen Selbststeuerung* kommt insbesondere im Konzept der ‚Societal Governance‘ zum Ausdruck (Kooiman 2000).

2.3 Die Governance-Wende in der Europaforschung

Das Governance-Konzept wird insbesondere zur Beschreibung, Deutung und Erklärung der politischen Abläufe in der Europäischen Union herangezogen. Zum einen besitzt Government als Kategorie hier nur wenig Suggestivkraft, weil dem klassischen Staat auf supranationaler Ebene mangels Allzuständigkeit und Gewaltmonopol wesentliche Attribute fehlen und die Regierung zwischen Union und Mitgliedsstaaten nicht eindeutig positioniert ist. Zum anderen erfolgt mit dem *Governance Turn* in der Integrationsforschung auch eine Abkehr von der In-

tegrationsdimension als primärem Ordnungsprinzip theoretischer (und politischer) Auseinandersetzungen über die sich entwickelnde europäische Polity. Die konzeptionelle Wende reagiert auf Fragen, die mit der Runderneuerung des Integrationsprojekts in den 1980er- und 1990er-Jahren an Gewicht gewonnen haben, von den Klassikern der Integrationsforschung (Intergouvernementalismus und Neofunktionalismus) aber – auch in den Neuauflagen – weitgehend unbearbeitet bleiben. Wäre zur Erklärung des eigentümlichen Rhythmus des Integrationsprozesses noch eine Synthese klassischer Ansätze denkbar (vgl. Rosamond 2000, 99 ff.; Busch 2001), so kommt in den großen Entwürfen über die Einigung Europas der alltägliche Politikbetrieb in der EU doch zu kurz: „The politics of European integration are not just about whether there should be more or less *integration*. [...] Much (perhaps most) of what goes on in the EU game is about day-to-day technical, regulatory policy-making.“ (Rosamond 2000, 106 f.; H. i. O.). Mit Einführung des Governance-Begriffs wird insofern auch von der *Integrationsproblematik* auf die *Regulierungsproblematik* als vordringlichen Untersuchungsgegenstand umgeschaltet.

Mit *Multi-Level Governance* – dem Regieren im Mehrebenensystem – wird die Besonderheit von Form und Prozess (und bedingt auch Inhalt) europäischer Politik eindrücklich auf den Begriff gebracht: „M[ulti-]L[evel] G[overnance] analysis amounts to the claim that the EU has become a polity where authority is dispersed between levels of governance and amongst actors, and where there are significant sectoral variations in governance patterns.“ (Rosamond 2000, 110; vgl. Hooghe/Marks 2001; Jachtenfuchs/Kohler-Koch 1996). Zugleich wird aber darauf verwiesen, dass das Regieren in netzwerkartigen Strukturen nicht nur ein Spezifikum der Europäischen Union, sondern ein allgemeines Merkmal der postmodernen, internationalisierten Staatlichkeit darstellt, das hier nur zur besonderen Entfaltung gelangt (Rosamond 2000, 109 ff.). Die Veränderung der Staatlichkeit erscheint dabei als Folge der Internationalisierung funktionaler Teilsysteme, die territorial gebundene Autoritäten zur Anpassung zwingt: insbesondere zur Umstellung auf regulatorische, marktorientierte Politiken, für die das Netzwerk die geeignete gesellschaftliche Organisationsform bietet (Jachtenfuchs/Kohler-Koch 1996, 23 u. 39).

In der politikwissenschaftlichen Debatte besteht darüber Einigkeit, dass das europäische Entscheidungssystem eine heterarchische Struktur angenommen hat, die politische Aushandlungsprozesse zwischen einer Vielzahl von öffentlichen und privaten Akteuren (auf verschiedenen Ebenen, in unterschiedlichen Politikfeldern) ermöglicht. Auch ohne zentrale Staatsgewalt können so Probleme des gesellschaftlichen Zusammenlebens gelöst und kollektiv verbindliche Entscheidungen getroffen, also – in einem allgemeinen Sinne – Steuerungsleistungen erbracht werden: „In essence, ‚governance‘ is about the ways and means in which the

divergent preferences of citizens are translated into effective policy choices, about how the plurality of societal interests are transformed into unitary action and the compliance of social actors is achieved“ (Kohler-Koch 1999, 14).

Das Neuartige an Netzwerk-Governance besteht, soweit es sich über einen idealtypischen Vergleich mit den traditionellen Formen etatistischer, korporatistischer und pluralistischer Steuerung erschließen lässt, in einer Ausrichtung am Individualinteresse statt am Allgemeininteresse *in Kombination* mit einer Orientierung an Bündnisbildung statt an Mehrheitsbildung. Die Verknüpfung verschiedenartiger Einzelinteressen in einem übergreifenden Projekt und im Zuge dessen die Herausbildung gemeinsamer Interessen (unter Voraussetzung eines aktiv geführten Vermittlungsprozesses und grundsätzlicher Kooperationsbereitschaft der Beteiligten) können dabei als originäre Steuerungsleistung des Netzwerks betrachtet werden (Kohler-Koch 1999, 22 f.).

Bezeichnend ist nun, dass sich Netzwerk-Governance erst in jüngerer Zeit in Abgrenzung zu den genannten staatlichen Steuerungsformen (Etatismus, Korporatismus, Pluralismus) entwickelt hat – als Alternative zu einer sich durch Europäisierung und Globalisierung zunehmend aufdrängenden Steuerung durch den *Markt*. Anbetrachts der mit dem wirtschaftlichen Strukturwandel einhergehenden Macht- und Interessenverschiebungen muss sich Netzwerk-Governance für die eingebundenen Akteure daher nicht nur im Schatten der Hierarchie, sondern auch im Schatten des Marktes als effiziente und effektive Form politischer Steuerung bewähren. Davon wird abhängen, ob sie als Übergangsform zwischen Staat und Markt bzw. als Inbegriff der veränderten Staatlichkeit auf Dauer gestellt werden kann (Kohler-Koch 1999, 31).

2.4 Governance als interdisziplinärer Forschungsschwerpunkt

Den interdisziplinären Kern der sozialwissenschaftlichen Europaforschung bilden die *(European) Integration Studies*, in denen politikwissenschaftliche, ökonomische, soziologische, geschichtswissenschaftliche und rechtswissenschaftliche Beiträge – noch weithin unvermittelt – nebeneinander stehen (vgl. Loth/Wessels 2001). Soweit ein rechtlicher Schwerpunkt in der Europaforschung gesetzt wird, lässt sich auch von *(European) Legal Studies* sprechen, die gleichfalls zwischen den Disziplinen stehen. Hier wird das Vermittlungsproblem vor allem zwischen politikwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Beiträgen sichtbar (Wincott 1995; Alter 2002; Dehousse 2002); (rechts- und institutionen-) soziologische Ansätze scheinen aber – abgesehen von einem (disziplinübergreifenden) konstruktivistischen Einschlag (z. B. Shaw 1999) – in der Debatte eher am Rande zu stehen (vgl. Bach 2001; Hö-

land 1993). Ein soziologischer Beitrag zur Wissenschaft vom Europarecht wird sich daher auf die besonderen Sichtweisen anderer Fächer einlassen und zugleich auf die theoretischen Grundbestände des eigenen Fachs rekurrieren müssen. Soweit rechtssoziologische Ansätze interne (juristische) und externe (soziale) Faktoren der Rechtsentwicklung gleichermaßen einbeziehen, können sie rechts- und politikwissenschaftliche Ansätze miteinander verbinden; Gleiches leistet der soziologische Institutionalismus als mögliches Brückenglied zwischen verwandten (konstruktivistischen, kulturalistischen) Paradigmen beider Disziplinen (vgl. Alter 2002, 115 u. 122).

Das Judicial-Governance-Konzept, dessen Grundzüge in dieser Arbeit dargestellt werden, lässt sich in verschiedener Weise in das Theorienspektrum der sozialwissenschaftlichen Europaforschung einordnen. Aus dem Schema von Bach, der die Theoriekomplexe (1) Neofunktionalismus, (2) Intergouvernementalismus und (3) Mehrebenensystem und zusätzlich (4) Europäische Staatswerdung und Veränderung der Staatlichkeit und (5) Europäische Gesellschaft nebeneinander stellt und stichwortartig charakterisiert, erscheinen das Mehrebenensystem (wegen der Steuerungskomponente) und die Veränderung der Staatlichkeit (wegen der Rechtskomponente) besonders relevant (Bach 2001, 168 f.). Auf Wessels politikwissenschaftlicher „Landkarte integrationstheoretischer Ansätze“, die (1) (Neo-)Realismus, (2) (Neo-)Funktionalismus, (3) (Neo-)Institutionalismus, (4) (Neo-)Föderalismus, (5) Konstruktivismus, (6) Regime, (7) Netzwerk, (8) Governance und (9) Fusion verzeichnet, wären Governance und Neoinstitutionalismus die passendsten Kategorien (Wessels 2001, 27). Etwas eingehender zu betrachten ist v. Bogdandys Versuch, die komplexe(n) europarechtliche(n) Debatte(n) auf fünf Schwerpunkte zu kondensieren: (1) Staatlichkeit und Verfassung, (2) Recht als Integrationsinstrument eines nicht-staatlichen Hoheitsträgers, (3) Gestalt, Finalität und Legitimität, (4) Einheitsbildung und Fragmentierung und schließlich (5) Verfassungsprinzipien (v. Bogdandy 2001, 9 ff.). *Erstens*: Die Punkte eins und zwei beziehen sich aus unterschiedlicher (nationalstaatlicher und supranationaler) Perspektive auf die Veränderung der Staatlichkeit durch das Recht der Vergemeinschaftung und die Vergemeinschaftung des Rechts. Das Recht dient im Prozess als „*Instrument* politischer und gesellschaftlicher Transformation“ (v. Bogdandy 2001, 23; H. i. O) und bewirkt im Ergebnis einen Formwandel des Staats („Recht ohne Staat“; v. Bogdandy 2001, 20). Das europäische Recht lässt sich somit einerseits als (eindimensionales) Medium der Integration begreifen, andererseits als (mehrdimensionaler) Ausdruck supranationaler Staatlichkeit (vgl. v. Bogdandy 2001, 23 f. u. 26 f.). *Zweitens*: Soweit die inhaltlichen Zwecke des Gemeinschaftsrecht in der Schaffung (und Regulierung) des Gemeinsamen Marktes liegen, diskutiert v. Bogdandy sie unter Punkt drei in Verbindung mit ökonomisch orientierten ‚form follows

function'-Ansätzen und unter Punkt fünf im Hinblick auf die Ausgestaltung der Wirtschaftsverfassung. Bei dieser gleichermaßen gemeinschaftsintern wie im Verhältnis der EG zur WTO geführten (materiellrechtlichen) Debatte wird das Gemeinschaftsrecht vor allem in seiner regulativen Natur wahrgenommen, die durch das Integrations-Telos nicht hinreichend bestimmt ist (v. Bogdandy 2001, 28 f. u. 38 ff). Insoweit das Judicial-Governance-Konzept am Formwandel des Staats anknüpft *und* auf die inhaltliche Ausgestaltung der Wirtschaftsverfassung angewendet werden soll, rührt es somit auch an zweierlei Kernfragen des (interdisziplinär geöffneten) rechtswissenschaftlichen Diskurses.

3 Integration und Regulierung in institutionalistischer Perspektive

Die Governance-Wende wird in der politikwissenschaftlichen Europaforschung neben akteurorientierten Ansätzen (insbesondere der Politiknetzwerkanalyse; vgl. Rosamond 2000, 121 ff.) vor allem von institutionalistischen Ansätzen in ein Forschungsprogramm umgesetzt und interdisziplinär anschlussfähig gemacht. Auch unabhängig vom Gegenstand des europäischen Mehrebenensystems gewinnt in den 1980er- und 1990er-Jahren der ‚neue Institutionalismus‘ mit den Unterformen des entscheidungstheoretischen (rationalistischen), historischen (evolutorischen) und soziologischen (konstruktivistischen) Institutionalismus sowie verschiedenen Übergangsformen in den Sozialwissenschaften an Bedeutung (Rosamond 2000, 113 ff.). Ein *soziologisch orientierter Institutionenbegriff* – z. B. „institutions are socially constructed, routine-reproduced (ceteris paribus), program or rule systems“ (Jepperson 1991, 149) – ermöglicht eine Deutung der Netzwerk-Governance, die die identitätsstiftenden Relationen zwischen den Akteuren, die emergenten Eigenschaften des Netzwerks und schließlich den institutionellen Charakter der Akteure selbst unterstreicht. Einen solchen (über eine reine austauschtheoretische Betrachtung hinausgehenden) institutionentheoretischen Ansatz zur Erklärung kollektiven Handelns bzw. (demokratischer) Governance haben insbesondere March und Olson vorgelegt, die von folgenden Prämissen ausgehen: „1. Governance involves *developing identities* of citizens and groups in the political environment. [...] 2. Governance involves *developing capabilities* for appropriate political action among citizens, groups, and institutions. [...] 3. Governance involves *developing accounts* of political events. [...] Governance involves *developing an adaptive political system*, one that copes with changing demands and changing environments.“ (March/Olson 1995, 45 f.; H. i. O.).

In der Governance-Debatte im Rahmen der Europaforschung treten vor allem *zwei* dem institutionalistischen Paradigma zuordenbare und einen soziologisch inspirierten Institutionenbegriff verwendende Ansätze hervor, die sich auch mit der Rolle des Europäischen Gerichts-

hofs im Rahmen des europäischen Mehrebenensystems befassen und damit erste Deutungsmöglichkeiten von Judicial Governance enthalten, auf denen in dieser Arbeit aufgebaut werden kann. Dabei befasst sich der eine schwerpunktmäßig mit der *Integrationsproblematik*, der andere mit der *Regulierungsproblematik*. Jedoch nicht nur inhaltlich, sondern auch methodisch bestehen Komplementaritäten, die eine Verstrebung der Theorieentwürfe ermöglichen. Beide Ansätze, für die auf der einen (amerikanischen) Seite stellvertretend Neil Fligstein, Wayne Sandholtz und Alec Stone Sweet stehen, auf der anderen (britischen) Seite Kenneth A. Armstrong, Simon J. Bulmer und Daniel Wincott, werden im Folgenden in einigen Grundzügen skizziert (vgl. auch Rosamond 118 f. und 126 ff.).

3.1 Die Integrationsproblematik in der Theorie supranationalen Regierens

Das mit der Theorie supranationalen Regierens aufgelegte Forschungsprogramm zielt auf eine übergreifende Theorie der europäischen Integration, die in ihren Ambitionen mit den Klassikern des Fachs gleichzieht: „We propose a theory of European integration, focusing on the process through which supranational governance – the competence of the European Community to make binding rules in any given policy domain – has developed.“ (Stone Sweet/Sandholtz 1998, 1). Dabei ähnelt der Versuch, die Eigendynamik des Integrationsprozesses zu begründen, zunächst stark dem Erklärungsmodell des Neofunktionalismus, nimmt dann aber – ohne den umfassenden Erklärungsanspruch zurückzunehmen – eine governance- und institutionentheoretische Wendung (Rosamond 2000, 126 ff.; Stone Sweet/Sandholtz 1998, 3 u. 5 f.).

Der Governance-Begriff wird in diesem Theorieansatz zunächst als Oberbegriff für die unterschiedlichen Formen des Regierens auf einem Kontinuum zwischen den idealtypischen Polen intergouvernementaler und supranationaler Politik verwendet (Stone Sweet/Sandholtz 1998, 8). Integration – die Entwicklung horizontaler und vertikaler Beziehungen zwischen gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Akteuren – stützt sich auf „[1] *EC rules*: the legal, and less informal, constraints on behavior produced by interactions among political actors operating at the European level; [2] *EC organizations*: those governmental structures, operating at the European level, that produce, execute, and interpret EC rules; and [3] *transnational society*: those non-governmental actors who engage in intra-EC exchanges – social, economic, political – and thereby influence, directly or indirectly, policymaking processes and outcomes at the European level.“ (Stone Sweet/Sandholtz 1998, 9; H. i. O.). Es wird argumentiert, dass durch die zunehmende Institutionalisierung dieser drei positiv miteinander verknüpften Dimensionen eine je nach Politikfeld unterschiedlich intensive *Integrati-*

onsdynamik entsteht, die als Bewegung vom intergouvernementalen zum supranationalen Pol des Regierens dargestellt werden kann.

Als mit der Wahrung des Rechts betraute EG-Organisation [2], die in Konfliktfällen von transnationalen Akteuren [3] um eine Auslegung der strittigen EG-Regeln [1] angerufen wird, hat der Europäische Gerichtshof an dieser Entwicklungslogik nun folgendermaßen Anteil: Wenn grenzüberschreitend tätige Akteure, um Streitigkeiten zu klären und Rechtssicherheit zu erlangen, via Vorabentscheidungsverfahren vor den EuGH ziehen, erwirken sie eine Fortbildung des EG-Rechts. Die Rechtsprechung beeinflusst jedoch nicht nur das Niveau transnationaler Aktivitäten (positiv), sondern wirkt auch auf den Politikbetrieb zurück, wo sie dem Gemeinschaftsgesetzgeber (oder, im Falle von Vertragsrevisionen, den Mitgliedstaaten) als Grundlage für weitere Rechtsetzungsaktivitäten dient. Mit dem Ausbau des rechtlichen Acquis aber bewegt sich das Mehrebenensystem weiter in Richtung des Idealtyps supranationaler Governance, so dass dem EuGH – im Wechselspiel mit den anderen beteiligten Institutionen – insgesamt eine integrationsverstärkende, horizontale und vertikale Verbindungen befördernde Funktion zugeschrieben werden kann (vgl. Fligstein/Stone Sweet 2002).

Für den EuGH selbst bedeutet die fortschreitende Integration bzw. Institutionalisierung supranationaler Governance einen Gewinn an Autonomie, die ihm ermöglicht, durch die Interpretation und Modifikation von Regeln eigene (politische) Steuerungssignale zu setzen (Stone Sweet/Sandholtz 1998, 10 u. 16 f.). Hier wird die spezifischere Fassung des *Governance*-Begriffs als „authority to make, interpret, and enforce rules in a given social setting“ (Stone Sweet/Fligstein/Sandholtz 2001, 7) relevant, die gesetzgebende, rechtsprechende und vollziehende Funktionen berücksichtigt. Diese werden im institutionalisierten politischen Raum, der Stätte ‚kollektiver Governance‘, zusammengeführt (Stone Sweet/Fligstein/Sandholtz 2001, 13). Im Konzept des politischen Raums wird der EuGH nicht auf seine Rechtsprechungsfunktion begrenzt, sondern als politische Organisation neben anderen betrachtet. Politische Organisationen handeln, unbeschadet ihrer formellen Zuständigkeit, demnach immer dann wie Gerichte (‚in a judicial mode‘), wenn sie Regeln setzen oder interpretieren, um aktuelle Streitfälle zu schlichten, und wie Gesetzgeber (‚in a legislative mode‘), wenn sie gesellschaftliche Erwartungen und individuelles Verhalten strukturieren, um künftigen Konflikten vorzubeugen (Stone Sweet/Fligstein/Sandholtz 2001, 7 f.). Zumindest mit seinen Grundsatzurteilen reicht der EuGH demzufolge auch in den prospektiven, gesetzgeberischen Funktionsbereich hinein. Der (in dieser Theorie nicht verwendete) Begriff *Judicial Governance* ließe sich also auf die (rechtlich-politisch) gemischten Funktionen gerichtlicher Organe beziehen, die in Interaktion mit anderen politischen Organisationen des Mehrebenensystems stehen.

Die institutionelle Logik der Integration wird in der Theorie supranationalen Regierens in erster Linie auf transnationale gesellschaftliche Triebkräfte zurückgeführt, vor allem auf das grenzüberschreitende Engagement wirtschaftlicher Akteure, deren Grundfreiheiten in den Verträgen garantiert werden und das Fundament des Gemeinsamen Marktes bilden: „The move to European governance has been driven by firms trading more across national borders, by the economies of Europe becoming increasingly interdependent in other myriad ways, and by actors gradually finding that the forms and methods of supranational governance served their evolving conception of interests.“ (Stone Sweet/Fligstein/Sandholtz 2001, 2). Es ist jedoch analytisch zu unterscheiden zwischen den (binnenmarktorientierten) Unternehmen, die in den 1950er-Jahren von den Gründungsmitgliedern der EWG eingeladen wurden, in einen europaweiten Wettbewerb einzutreten, und den (außenhandelsorientierten) Unternehmen, die im Zuge der Globalisierung in den letzten Dekaden an Bedeutung gewonnen haben und die Prinzipien des internationalen Wettbewerbs in die Gemeinschaft hineintragen. Zudem besitzen (europäisch und international vernetzte) zivilgesellschaftliche Organisationen aus dem nicht-wirtschaftlichen Bereich im politischen System der EU heute ein größeres Gewicht als zu Beginn des Integrationsprozesses. Die Grundaussage: „The expansion of transnational society pushes for supranational governance, which is exercised to facilitate and regulate that society.“ (Stone Sweet/Sandholtz 1998, 19) wäre also zu differenzieren nach internen und externen, wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Triebkräften der Integration (bzw. der *Regulierung*). Auf diese unterschiedlichen Faktoren wird in dem Ansatz gelegentlich hingewiesen (vgl. Stone Sweet/Sandholtz 1998, 11 u. 15; Stone Sweet/Fligstein/Sandholtz 2001, 21 f.; Fligstein/Stone Sweet 2002, 1214, Fn. 3), die Spezifität ihres Wirkens bleibt jedoch der Demonstration einer allgemeinen Integrationslogik untergeordnet, so dass ein Formwandel oder eine Zielverschiebung des europäischen Projekts nicht hinreichend kenntlich gemacht werden kann.

3.2 Die Regulierungsproblematik im Historischen Institutionalismus

Der zweite Theorieansatz befasst sich u. a. mit der Entwicklung des Binnenmarktregimes als Anwendungsfall des Regierens im Mehrebenensystem. Dabei wird eine konsequent institutionalistische Sicht zugrunde gelegt, die – unter dem Etikett des historischen Institutionalismus – evolutorische und konstruktivistische Elemente miteinander vereint (Rosamond 2000, 118 f.; Armstrong/Bulmer 1998, 51 f.). Im Mittelpunkt stehen institutionelle Entwicklungen auf der Meso- und Mikroebene, jedoch unter Berücksichtigung von übergeordneten (sozialen, rechtlichen, wirtschaftlichen, politischen) Systemzwängen. Damit entsteht ein komplexeres und

zugleich ‚alltäglicheres‘ Bild des Integrationsprozesses, als es reine Makrotheorien vermitteln können: „Unlike the institutionalist orientation of neo-functionalism, this scholarship is less inclined to construct the role of institutions in terms of a conformity to a teleology of integration and more inclined to situate the role of institutions against a backdrop of a complex, uncertain and changing world.“ (Armstrong 1998, 102; vgl. ebd. 100 u. 106).

Der *Governance*-Begriff wird mittels des Begriffs der *Regulierung* konkretisiert; beide werden mit dem Motiv von ‚Governance without Government‘ verknüpft. Auf diese Weise können der Wandel gesellschaftlicher Organisationsstrukturen und die Transformation des Staates in der Theoriekonzeption berücksichtigt werden. Es lässt sich somit darstellen, über welche institutionellen Prozesse staatliche Strukturen einen zunehmend regulatorischen Charakter gewinnen, also stärker auf Funktionen wirtschaftlicher und sozialer Regulierung konzentriert werden (Armstrong/Bulmer 1998, 49 f. u. 255 ff.). Als neue politische Organisationsform mit staatsähnlichen, regulatorischen Eigenschaften wird dabei das horizontal und vertikal differenzierte Mehrebenensystem betrachtet, für das die EU ein prominentes Beispiel gibt: „What emerges, then, are complex, multi-level, interacting governance regimes populated by an array of actors utilizing a reservoir of policy goals, policy ideas, and policy instruments.“ (Armstrong 1999, 746). Dem historisch-institutionalistischen Ansatz zufolge ist jedoch die gezielte Steuerung eines solchen Systems kaum möglich; weder EU-Organisationen noch Mitgliedstaaten könnten die politische Entwicklung der Gemeinschaft gezielt kontrollieren (Armstrong 1999, 786).

Unter diesem Vorbehalt werden auch dem Europäischen Gerichtshof, um den ein Beziehungsnetz aus Gesetzgebern, Klägern und Richtern auf nationaler, subnationaler und supranationaler Ebene entstanden ist (als rechtliche Dimension des Mehrebenensystems), Steuerungs- und Regulierungsfunktionen zugeschrieben. Obwohl der Begriff *Judicial Governance* selbst keine Verwendung findet, wird im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt doch durchgehend sowohl von Governance als auch von Judicial Regulation gesprochen: „We suggest that the evidence from the judicial regulation of the internal market justifies our use of the term ‚governance‘ to analyse the regulatory activities of the ECJ.“ (Armstrong/Bulmer 1998, 272). Demzufolge forciert der EuGH mit seiner Rechtsprechung nicht nur die Konstitutionalisierung der Verträge, sondern nimmt – über rechtliche Argumente – auch zu spezifischen Politikgehalten, insbesondere Regulierungspolitiken Stellung, entwickelt selbst ein ‚Regulierungssystem‘ (Armstrong/Bulmer 1998, 84 u. 263 ff.). Selbst wenn Gesetzesänderungen noch ausstehen, können veränderte wirtschafts- und gesellschaftspolitische Stimmungslagen bereits in die gerichtlichen Auseinandersetzungen hineingetragen werden, vornehmlich durch Kläger aus dem privaten Bereich (Wincott 2000, 20 f.). Judicial Regulation in diesem Sinne gilt als

Ausdruck institutioneller Autonomie, was bedeutet, dass der EuGH nicht von äußeren Kräften determiniert wird, sondern eigene politische Impulse setzen kann. Nichtsdestotrotz interessiert sich der historische Institutionalismus gerade für die (exogenen) Störeinflüsse, ob wirtschaftlicher oder politischer Art, die (endogenen) institutionellen Wandel im Recht, also eine Umgestaltung des Regulierungssystems, anregen (Armstrong/Bulmer 1998, 52 u. 109 f.; Armstrong 1998, 103 f.). Dies betrifft sowohl das Wechselspiel zwischen Recht und Politik in der Gemeinschaft selbst („how the logics of legal and political development of the Community interact with one another“) als auch die Einbettung der Gemeinschaft in die globale politische Ökonomie („how the internal logic(s) interact with external factors“) (Wincott 1995a, 294).

Obwohl *Integration* als wissenschaftliches Paradigma und Telos der Gemeinschaft in diesem Ansatz mit Skepsis betrachtet wird, wird doch berücksichtigt, dass der EuGH in erster Linie auf (Binnenmarkt-) Integration programmiert ist und diesen Existenzgrund der Europäischen Gemeinschaft mit regulatorischen Zielvorstellungen in Einklang bringen muss: „[T]he judicial reconciliation of integration and regulation is set to be a continuing feature of governance of the S[ingle] E[uropean] M[arket].“ (Armstrong/Bulmer 1998, 268). Zugleich wird betont, dass der EuGH eine vom Integrationsziel unabhängige Verantwortlichkeit für seine regulationpolitischen Steuerungsaktivitäten im Mehrebenensystem behält (Armstrong/Bulmer 1998, 272 f.). Ungeklärt bleibt jedoch die Frage, ob sich die Differenz von Integration und Regulierung auch in den verschiedenen Rechtsprechungslinien bemerkbar macht: So könnte argumentiert werden, dass sich die Konstitutionalisierungslogik (Integration) von der Regulierungslogik (Governance) prinzipiell unterscheidet, also über ‚formalrechtliche‘ (Recht als Form betreffende) Aspekte oder Fälle anders, d. h. in einem anderen institutionellen Kontext entschieden wird, als über ‚materiellrechtliche‘ (Recht als Inhalt betreffende) Aspekte oder Fälle. Der unterschiedliche Charakter dieser Rechtsbereiche wird auch daran deutlich, dass die Regulierung notwendig auf der Konstitutionalisierung aufbaut, selber aber wandelbar bleibt (vgl. Wincott 1995a, 302 ff.; Wincott 1995b, 587 ff.; Armstrong 1995, 173 ff.).

3.3 Ansatzpunkte für die Entwicklung des Judicial-Governance-Konzeptes

Beide im Vorigen dargestellten Theorieansätze gehen von ähnlichen governance- und institutionentheoretischen Begrifflichkeiten aus, setzen dabei aber unterschiedliche Erklärungsschwerpunkte. Während die Theorie supranationalen Regierens Vorzüge bei der Rückführung der übergreifenden Integrationsdynamik auf das Wechselspiel von Wirtschaft, Politik und Recht besitzt, gelingt es dem Historischen Institutionalismus besser, einzelne Aspekte des

institutionellen Wandels aufzuzeigen und damit insbesondere die regulatorische Wendung des Integrationsprojekts greifbar zu machen. Überdies werden in beiden Theorien zwar Anschlussstellen für ein Judicial-Governance-Konzept vorgehalten, dieses scheint allerdings nur am Rande der Argumentation auf und wird nicht systematisch mit dem integrations- bzw. regulierungstheoretischen Erklärungsschema verknüpft. Im Folgenden werden daher die diesen Theorien entnehmbaren Anregungen zu einer Ausarbeitung von Judicial Governance systematisch vertieft, zum einen unter Bedingung der *Konstitutionalisierung der Rechtsgemeinschaft* (vertikale Dimension der Integration), zum anderen unter Bedingung der *Internationalisierung des Rechts bzw. der Verfassungsgerichtsbarkeit* (horizontale Dimension der Regulierung). Im ersten Fall steht das Verhältnis des Rechts zur Politik im Mittelpunkt, also das Zusammenspiel beider im Komplex der Verfassungspolitik. Im zweiten Fall geht es im Kern um das Verhältnis des Rechts zur Wirtschaft, deren globale Entwicklungsdynamik als wesentliche Quelle der Veränderung der europäischen Staatlichkeit angesehen werden kann, also um das Verständnis des europäischen Rechts als Teil der globalisierten politischen Ökonomie. Dabei kann in der ersten Vertiefung wiederum maßgeblich auf Arbeiten Stone Sweets zurückgegriffen werden, in der zweiten auf Arbeiten Fligsteins (in einem Fall wiederum in Ko-Autorschaft mit Stone Sweet), so dass der amerikanische Ansatz bei der Ausarbeitung des Judicial-Governance-Konzeptes insgesamt überrepräsentiert scheint. Inhaltlich ist jedoch die im britischen Ansatz vorgenommene Ausdeutung des Governance-Begriffs als Regulierung ausschlaggebend und wird insbesondere in Anknüpfung an die kritische Integrationstheorie weiter verfolgt werden.

4 Judicial Governance: Zum Verhältnis von Recht und Politik

Als Ausgangspunkt der Argumentation wird die Debatte um ein ‚Gouvernement des Juges‘ gewählt, die sich im Kern um das Prinzip der Gewaltenteilung, insbesondere das Gebot der Trennung gesetzgeberischer und richterlicher Aufgaben dreht, dessen Durchbrechung als (problematische) Verrechtlichung der Politik bzw. Politisierung des Rechts interpretiert wird. Dieser demokratiethoretische Begriff des Gouvernement des Juges, das sich mit dem Europäischen Gerichtshof und dem Konstitutionalisierungsprozess in der Gemeinschaft einen neuen Tatbestand erobert hat, unterscheidet sich jedoch von einem rechtssoziologischen Verständnis von Judicial Governance, das Legislative und Judikative in ein (akteur-, sektor-, und ebenenübergreifendes) Netzwerk des Regierens verwoben sieht und juristische Binnen- wie soziologische Außenperspektive zusammenführt. Dieser Perspektivwechsel soll im Folgenden

anhand einer Problematisierung der Rolle der Richter im modernen Rechts- und Verfassungsstaat (ausgehend vom Topos des *Gouvernement des Juges*) vorgeführt werden.

4.1 Die Debatte um ein *Gouvernement des Juges*

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Position der Richter in den verschiedenen Ländern sich sowohl unterscheidet als auch unterschiedlich bewertet wird (vgl. Brondel/Foulquier/Heuschling 2001, 13 f; Scoffoni 2001, 187; Pech 2001, 63 f. u. 76): Geprägt wurde der Ausdruck – *Government by Judiciary* – 1914 in den USA, wo er auf ein Ungleichgewicht der drei Staatsgewalten (‘the three branches of government’) hinweisen sollte. 1921 wurde der Begriff dann in den französischen Sprachraum eingeführt, wo die Richter weder (semantisch) als Teil des *Gouvernement* empfunden wurden noch (verfassungsrechtlich) in einer vergleichbaren Position überhaupt erwünscht gewesen wären. Auch heute ruft der Begriff in den USA und Großbritannien, Deutschland und Frankreich noch unterschiedliche Reaktionen hervor. *Government by Judiciary* (oder *Rule of Judges*) ist gegenwärtig weder in Großbritannien noch in den USA ein bedeutender Streitgegenstand, weil das eine Land Verfassungsgerichtsbarkeit immer noch kategorisch ausschließt, das andere sie längst zur Grundfesten der Demokratie erklärt hat. Von diesem Gegensatz abgesehen nehmen die Richter jedoch in beiden Common-Law-Ländern von jeher eine bedeutende Rolle ein – anders als auf dem europäischen Kontinent, der dem Civil Law verschrieben ist. Dort bleibt die aktuelle Debatte gefangen zwischen einer Anerkennung des (meist positiv konnotierten) Rechtsstaats bzw. *État de droit* einerseits und Vorbehalten gegenüber dem (meist pejorativ verwendeten) *Richterstaat* bzw. *Gouvernement des Juges* andererseits. Das republikanisch geprägte Frankreich hält dabei am nachdrücklichsten an dem Vorsatz fest, die Richter von aller Politik fernzuhalten.

Die Kritik an einer (zu) starken Position der Richter im Staate nimmt ganz überwiegend Bezug auf das Montesquieu’sche *Prinzip der Gewaltenteilung*, das allerdings diesseits und jenseits des Atlantiks offenbar unterschiedlich ausgelegt wird. In den USA obliegen der Richterschaft zwar rechtliche wie politische Funktionen, diese werden aber durch eine Anzahl von Doktrinen in ihrer Anwendung konditioniert. Außerdem wird stärker auf die wechselseitige Kontrolle der staatlichen Gewalten abgehoben als auf ihre funktionale Abgrenzung, weshalb ein starker Oberster Gerichtshof als Gegengewicht zum Präsidenten und zum Kongress durchaus willkommen ist (Stone Sweet 2002, 32; Bastien 2001, 328). Auf dem europäischen Kontinent wird das Gewaltenteilungsprinzip dagegen traditionell im Sinne einer (auch) funktionalen Trennung der Organe interpretiert und verlangt daher vom Richter, sich völlig auf

seine Rechtsprechungsfunktion zu beschränken, d. h. nur (Gesetzes-) Recht zu sprechen und nicht auch (Richter-) Recht zu setzen. Dies wird damit begründet, dass nicht das Gericht, sondern einzig das Parlament vom souveränen Volke gewählt und zur Gesetzgebung bestimmt sei. Folgerichtig erscheint ein *Gouvernement des Juges* für die Demokratie ebenso widersinnig (,Oxymoron'), wie bedrohlich (,Schreckbild'), denn „[g]ouverner et juger constituent des fonctions qui s'excluent mutuellement dans un régime démocratique“ (Pfersmann 2001, 40). Da im modernen Rechtsstaat auf die Unabhängigkeit und Kontrollfunktion der Richter jedoch nicht mehr verzichtet werden kann, soll richterliche Selbstbeschränkung (*Judicial Self-Restraint*) einem Hineinregieren des Rechts in die Politik (*Judicial Activism*) entgegenwirken. In erster Linie verlangt diese Doktrin, den Willen des Gesetzgebers als der politisch verantwortlichen Instanz zu respektieren und nicht durch eine eigene Rechtsauffassung zu ersetzen; ansonsten stehe die soziale Legitimität des Gerichts auf dem Spiel (vgl. Brondel/Foulquier/Heuschling 2001, 15; Pech 2001; Scoffoni 2001, 197 ff).

Unter solchen (Legitimitäts-) Bedingungen muss der *Europäische Gerichtshof* beinahe zwangsläufig unter Verdacht des richterlichen Aktivismus geraten (vgl. Picard 2001, 212 ff.: Das Europäische Parlament ist zwar mittlerweile zum mitentscheidenden Gesetzgeber auf gemeinschaftlicher Ebene aufgerückt, kann aber weder Gesetze initiieren noch Verträge revidieren; die demokratische Legitimation und politische Verantwortlichkeit des Rates, in dem, wie in den Regierungskonferenzen, nicht Parlamentarier, sondern Regierungsvertreter zusammenkommen, ist nur in vermittelter Form gewährleistet. Hinzu kommt, dass mit dem Konstitutionalisierungsprozess der Gemeinschaft das vom EuGH fortgebildete Recht gewissermaßen an Rat und Parlament vorbei in die nationalen Rechtsordnungen hineinwirken kann, wo es von heimischen Richtern direkt angewendet wird. Wegen dieses – relativ zum Nationalstaat betrachteten – Demokratiedefizits der Gemeinschaft und der Hürde einer einstimmigen Vertragsrevision zum Zwecke der Umkehrung unliebsamer Entscheidungen des Gerichts oder Beschneidung seiner Kompetenzen, scheint der Missbrauch richterlicher Macht auf supranationaler Ebene vorprogrammiert; und tatsächlich genießt der EuGH insgesamt eine „réputation maximaliste“ – auch wenn ihm in jüngerer Zeit eine größere Zurückhaltung beschieden wird: „une prudence que certains trouveraient inversement parfois peut-être excessive“ (Puissochet 2001, 297). Gerade weil die Gewaltenteilung als (äußeres) Begrenzungsprinzip im europäischen Kontext nicht voll ausgebildet sei, bedürfe es umso mehr der richterlichen Selbstbeschränkung als eines (inneren) Begrenzungsprinzips (Picard 2001, 240 f.; Badinter 2001, 290 f.).

4.2 *Judicial Governance im neuen Konstitutionalismus*

Trotz der nachhaltigen Popularität einer klassischen Funktionstrennung von Recht und Politik wird das Prinzip der Gewaltenteilung im modernen kontinentaleuropäischen Verfassungsstaat (darunter Frankreich und Deutschland) jedoch – zumindest auf höchster richterlicher Ebene – de facto durchbrochen, wo die Verfassungskonformität von Gesetzen, inklusive Verfassungsänderungen, zu überprüfen ist. In diesem Fall hat nicht der Gesetzgeber (und auch nicht das Volk), sondern der Richter das letzte Wort, überschreitet also im obigen Sinne seine Rechtsprechungsfunktion ohne eigenes politisches Mandat. Dieser Widerspruch wird (in der Tradition Kelsens) zunächst dadurch gelöst, dass Verfassungsgerichten per se Legislativfunktionen zugeschrieben werden, indem sie dem ‚positiven Gesetzgeber‘ als ‚negativem Gesetzgeber‘ ohne eigene Initiativrechte, gewissermaßen als zusätzliche ‚Kammer‘, beigegeben werden. Aber selbst diese (rechtspositivistische) Konstruktion wird mit der Entwicklung des *neuen Konstitutionalismus* – insbesondere der (Supra-) Konstitutionalisierung von Grundrechten – zunehmend problematisch, da die Rechtsordnung nun nicht mehr allein aus dem Gesetzgebungsprozess abgeleitet werden kann, sondern auf ein politisch unumstößliches (naturrechtliches) Fundament gestellt wird, das nicht zuletzt dem Schutze der Demokratie dient. Die Negativität der verfassungsrichterlichen Legislativfunktionen steht also mit der Möglichkeit, eine substanzielle Kontrolle über die Gesetzgebung auszuüben, erneut in Zweifel, wenn die konstitutionelle Demokratie gegenüber der reinen Mehrheitsdemokratie mittlerweile auch auf breite Anerkennung stößt (Stone Sweet 2002, 35 ff., 92 ff. u. 127 ff.; Picard 2001, 217 f. u. 232 ff.; Pech 2001, 71 f.).

Daraus lässt sich nun nicht nur der Schluss ziehen, dass das klassische Gewaltenteilungsprinzip in der kontinentaleuropäischen Rechtstheorie seine deskriptiven und normativen Funktionen weitgehend eingebüßt hat, sondern auch, dass Bedarf an einem *neuen (Handlungs-) Modell* entstanden ist, welches das Verhältnis zwischen Legislative und Judikative unter Bedingung des neuen Konstitutionalismus zu beschreiben und normieren vermag (Stone Sweet 2002, 130 f.). In seiner analytischen Dimension entspricht dieses rechtstheoretische Modell dem Judicial-Governance-Konzept, weswegen der von Stone Sweet gelegten Spur hier noch etwas weiter zu folgen ist: Für ihn bezeichnet Governance „the process through which the rules systems [...] in place in any community are adapted to the purposes of those who live under them“ (Stone Sweet 2002, 203) und bezieht in diesen ‚Prozess der Regelanpassung‘ ausdrücklich sämtliche staatlichen Funktionen (Legislative, Exekutive, Judikative) ein (vgl. Kap. 2.1). Die Wirkung des Verfassungsgerichts auf den Gesetzgeber kann danach zum einen an seinen direkten Effekten (Korrektur bestimmter politischer Entscheidungen) zum anderen

an seinen indirekten Effekten (Orientierung zukünftiger politischer Entscheidungen) festgemacht werden. Auch der Gesetzgeber besitzt grundsätzlich zweierlei Möglichkeiten, auf die Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu reagieren, entweder mit direkter Kontrolle (Gesetzes- bzw. Verfassungsänderungen) oder mit indirekter Kontrolle (Androhung von Gesetzes- bzw. Verfassungsänderungen). Aus der auf Dauer gestellten Interaktion beider Organisationen ergibt sich auf dieser Basis eine Logik der wechselseitigen Beobachtung, der Antizipation von Reaktionen und der gegenseitigen Beschwichtigung durch Selbstbegrenzung. In der verfassungspolitischen Praxis („Constitutional Politics“) sind die Prozesse der Gesetzesformulierung und der Verfassungskontrolle auf diese Weise eng miteinander verknüpft, „each process becoming at least partly constitutive of the other“ (Stone Sweet 2002, 61; vgl. ebd., 58 f., 73 ff. u. 90).

Zum selben Ergebnis führt der Versuch, die normativ aufgeladene Debatte um die politische Rolle – das ‚Gouvernement‘ – der Richter zu versachlichen: Hier wird die (werthaltige) Frage „Les juges gouvernent-ils?“ ersetzt durch die Frage „Comment les juges gouvernent-ils?“ (Troper 2001, 33), womit vorausgesetzt wird, dass die Richter grundsätzlich (mit)regieren, und das Problem vom Ob zum Wie verschoben wird. Durch Ausarbeitung der Besonderheiten richterlichen Regierens soll demnach einzig bestimmt werden, worin sich das „gouvernement *par les juges*“ vom „gouvernement *par le législateur*“ (Troper 2001, 33; H. i. O.) unterscheidet. Die dem Begriff Gouvernement/Government zugrunde gelegte Definition entspricht dabei weitestgehend dem Governance-Begriff, auf den in diesem Zusammenhang allerdings nicht Bezug genommen wird: „[E]xerce le gouvernement toute autorité dont les décisions sont susceptibles d’avoir des conséquences pour l’organisation et le fonctionnement de la société.“ (Troper 2001, 33). Aufbauend auf dieser Diskussion wird die Rolle der Richter in einem weiteren Argumentationsschritt schließlich in die Frage gefasst: „Comment les juges s’insèrent-ils dans le gouvernement et comment sont-ils insérés par d’autres dans ce gouvernement?“ (Bastien 2001, 331), also erneut auf die Interdependenz von Gesetzgebung und Verfassungsrecht abgehoben.

Stone Sweet bezieht in seiner ‚realistischen‘ Theorie der Verfassungspolitik neben Gesetzgebern und Verfassungsrichtern auch Verwaltungsvertreter, ordentliche Richter, (Rechts-) Wissenschaftler, private Kläger und die interessierte Öffentlichkeit ein, soweit sie sich jeweils am verfassungspolitischen Diskurs beteiligen und auf diese Weise die soziale Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit erneuern. Im Vermittlungsprozess zwischen diesen öffentlichen und privaten Akteuren und Gruppen, ihren unterschiedlichen (Rechts-) Interessen und Argumenten wird das Verfassungsrecht fortlaufend weiterentwickelt (Stone Sweet 2002, 132, 149 f. u. 194 ff.). Dies bedeutet zum einen, dass auch die Richter unterhalb der verfassungsrechtlichen

Instanzen an der Fortbildung des Verfassungsrechts teilhaben (also nicht außerhalb aller Legislativfunktionen gestellt sind), zum anderen, dass die Konstruktion der Verfassung weder allein auf den Gesetzgeber noch allein auf das Verfassungsgericht und auch nicht nur auf das Zusammenwirken beider zurückzuführen ist, sondern eine kollektive Leistung der (aktiven Teile der) gesamten *Rechtsgemeinschaft* darstellt. Letzteres wird im hermeneutischen (bzw. sozialkonstruktivistischen) Ansatz der ‚konkurrierenden Auslegung von Verfassungstexten‘ beispielsweise folgendermaßen ausgeführt: „Dès lors qu’il y a élaboration des normes, processus de constitutionnalisation, ce processus n’est pas contenu dans l’auteur de la norme, ni le peuple ni le juge qui gouvernerait, mais dans cette relation entre les écrits, les mots de la Constitution, et la manière dont les acteurs, et je ne dis pas seulement le juge, font usage des mots, lisent les mots qui sont inscrits dans la Constitution.“ (Rousseau 2001, 336).

In der Europäischen Union hat der neue Konstitutionalismus dem „contrôle supranational de la supraconstitutionnalité“ (Picard 2001, 223) Vorschub geleistet. Auch hier findet der Diskurs um die ‚rechte‘ Auslegung der Verfassung in einem weit gespannten Netzwerk statt, in dem der EuGH sich aus der Interaktion mit vielfältigen Organisationen und Gruppen aus dem öffentlichen und privaten Bereich als rechtswahrende und zugleich verfassungspolitische Kraft konstituiert. Die durch die Konstitutionalisierung der Verträge eingeleitete verfassungspolitische Dynamik lässt sich nach Stone Sweet für die europäische Ebene genauso wie für die nationale Ebene mit einem Prozessmodell beschreiben, das die Politisierung der konstitutionellen Rechtsprechung (Einschaltung von Verfassungsgerichten in politische Auseinandersetzungen) mit der Verrechtlichung der Gesetzgebung (Einbindung der Gesetzgeber in den Verfassungsdiskurs) verknüpft. In der Gemeinschaft erfolgt die *Politisierung des Rechts* unmittelbar aus der politischen Opposition in den Reihen des Gesetzgebers oder – im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens – über private Kläger und nationale bzw. subnationale Richter. Die *Verrechtlichung der Politik* besteht in der Aktivierung rechtlicher Argumente im Gesetzgebungsprozess, aufbauend auf der aktuellen Rechtsprechung und Fachkommentaren der Jurisprudenz (Stone Sweet 2002, 153 ff. u. 194 ff.). Die Prozesse der Politisierung des Rechts und der Verrechtlichung der Politik bilden demzufolge das Schwungrad der rechtlichen Integration im europäischen Mehrebenensystem, in dem Judicial Governance zu einer eigenen Dimension geworden ist: „In today’s multi-tiered European polity, the sovereignty of the legislature, and the primacy of national executives, are dead. In concert or in rivalry, European legislators govern with judges.“ (Stone Sweet 2002, 193).

4.3 Die Spezifität des richterlichen Regierens

Wie die (Verfassungs) Gerichte im Unterschied zum Gesetzgeber ‚regieren‘, also was die rechtlichen Steuerungssignale von den politischen unterscheidet, wird hier – im Vorgriff auf das Nachstehende – institutionentheoretisch und rechtssoziologisch auf die Besonderheiten des rechtlichen Feldes zurückgeführt, das sich aus dem i. w. S. politischen Feld ausdifferenziert hat (Grad der Autonomie), aber ihm gleichwohl verbunden bleibt (Grad der Heteronomie). Schon der Begriff des *Gouvernement des Juges* erfährt, unbeschadet seiner polemischen Absichten, für seine Gleichmacherei von gesetzgeberischen und gerichtlichen Normierungsbemühungen Kritik, wenn beide auch zumindest im Ergebnis – der Rechtsgültigkeit – nicht mehr zu unterscheiden seien. Dabei wird einerseits immer wieder auf die *Geschlossenheit des rechtlichen Diskurses* abgehoben, der zur argumentativen Bezugnahme auf rechtliche Normen zwingt und alle anderen Beweggründe sublimiert bzw. aussondert. Andererseits wird allerdings auch der unter allen Argumentationszwängen verbleibende innerrechtliche *Interpretationsspielraum* eingestanden, der freilich nicht willkürlich, sondern habituell, vermittelt über den professionell eingelebten Habitus des Richters, ausgefüllt werde und sich damit nicht minder von der politischen Entscheidungslogik abhebe (de Béchillon 2001, 343 ff.; Bastien 2001, 329 ff.). Interessanter für ein rechtssoziologisches Konzept von Judicial Governance ist jedoch das *erkenntnistheoretische Argument*, dass es vom Beobachterstandpunkt abhängt, ob die Gemeinsamkeiten oder die Unterschiede des Regierens von Legislative und Judikative sichtbar werden. So lasse eine soziologische, empirische, realistische Perspektive den Richter eher (auch) als politischen Entscheider erscheinen als eine juristische, normative, idealistische Perspektive; beide seien jedoch, wolle man den Gegenstand – das Phänomen Recht (sprechung) – in seiner Ganzheit erfassen, als komplementär anzusehen (de Béchillon 2001, 354). Genau diese doppelte Perspektive wird aber mit dem feldtheoretischen Ansatz Bourdieus und – in dessen Nachfolge – Fligsteins gewahrt, der, angewendet auf die kulturelle Produktion des Rechts, im Folgenden dem Judicial-Governance-Konzept zugrunde gelegt wird.

5 Judicial Governance: Zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft

Zur Modellierung der (polit)ökonomischen Dimension von Judicial Governance wird von der von Fligstein ausgearbeiteten feldtheoretischen Konzeption des soziologischen Institutionalismus ausgegangen (Fligstein 2001b), deren Begrifflichkeiten auch die Weiterentwicklung der Theorie supranationalen Regierens inspiriert haben (vgl. Stone Sweet/Fligstein/Sandholtz 2001). Der in Fligsteins Soziologie der Märkte prominente Begriff der Conceptions of Control

wird zum Verständnis der europäischen Integrationsdynamik (soweit ersichtlich) dort allerdings bisher nicht herangezogen. Dieser bildet allerdings zugleich eine wichtige Schnittstelle zur regulationstheoretischen Strömung in der Integrationsforschung, welche die Governance-Wende mit dem Wandel der (europäischen) Staatlichkeit durch Veränderungen in der globalen politischen Ökonomie in Verbindung bringt. Des Weiteren liegt Fligsteins Fokus primär auf der staatlichen Durchdringung der Märkte und weniger auf der marktlichen Durchdringung der Politik und des Rechts. Auch in Fligsteins Kooperation mit Stone Sweet wird das rechtliche Feld zwar in seiner Bedeutung für den Integrationsprozess gewürdigt, bleibt in seiner Binnenstruktur und seiner Beziehung zur Ökonomie aber unausgearbeitet (Fligstein/Stone Sweet 2002). Weil Fligsteins politisch-kultureller Ansatz ohnehin in zentralen Punkten auf den Ideen Bourdieus aufbaut, kann zur Vervollständigung der Argumentation an dieser Stelle auf dessen Grundlegung einer Theorie des juristischen Feldes zurückgegriffen werden.

5.1 Soziale Felder als Macht- und Bedeutungsstrukturen

In Fligsteins institutionensoziologischem Ansatz werden Institutionen folgendermaßen definiert: „Institutions are rules and shared meanings [...] that define social relationships, help define who occupies what position in those relationships, and guide interaction by giving actors cognitive frames or sets of meanings to interpret the behavior of others.“ (Fligstein 2001a, 108). ‚Politisch-kulturell‘ ist die Ausrichtung dieses Ansatzes durch seinen analytischen Fokus auf Machtzuschreibungen und Bedeutungszuweisungen (vgl. Fligstein 2001b, passim; Fligstein 2001a, 108, Fn. 9, u. 110 f.).

Felder sind für Fligstein institutionelle Ordnungen, die von Akteuren und Organisationen im Verlauf der Interaktion konstruiert werden; als soziokulturelle Konstrukte strukturieren sie Austauschbeziehungen, Alltagspraktiken, Situationsverständnis und Weltsicht der Akteure (Fligstein 2001a, 106 f.; Fligstein 2001b, 29 u. 32). Felder entstehen insbesondere überall dort, wo von politischen und/oder wirtschaftlichen Akteuren kollektives Handeln organisiert wird, um durch den Aufbau von (gemeinsamen) Institutionen Unsicherheiten zu reduzieren. Dies geschieht zum einen durch die Klärung und Festschreibung von Machtverhältnissen (Incumbents vs. Challengers), zum anderen durch die Bereitstellung von Bedeutungsrahmen und Orientierungswissen (Fligstein 2001a, 108 f. u. 118 f.; Fligstein/Stone Sweet 2002, 1211). Damit lässt sich die Feldstruktur folgendermaßen beschreiben: „The social structure of a field is a cultural construction whereby dominant and dominated coexist under a set of understandings about what makes one set of organizations dominant.“ (Fligstein 2001b, 68).

Zu den normativen, kognitiven und praktischen Spielregeln, die insbesondere Märkte (als ökonomische Felder) gesellschaftlich einbetten und stabilisieren, zählt Fligstein neben 1) Eigentums- und Verfügungsrechten, 2) Prinzipien des Wettbewerbs und 3) Austauschstandards auch 4) die so genannten ‚Conceptions of Control‘ (Fligstein 2001b, 32 f. u. 97). Diese (zeitlich und räumlich variablen) Kontrollwahrnehmungen und Machtkonzeptionen sind Bestandteile der lokalen, d. h. feldspezifischen Kultur, also einer der sozialen Ordnung angepassten symbolischen Ordnung, mit deren Hilfe sich die Akteure im Beziehungsgefüge des Felds orientieren, die eigene Situation beurteilen, die Aktivitäten anderer deuten und sinnhaft handeln können (Fligstein 2001b, 15, 35 u. 70 f.).

Der Begriff der *Conceptions of Control* weist eine enge, wenn auch von Fligstein so nicht nachgewiesene (Wahl-) Verwandtschaft mit dem Begriff der ‚Concepts of Control‘ in der (neo-gramscianischen Perspektive der) kritischen Integrationstheorie auf. Damit werden „comprehensive frameworks of thought and action which demarcate the ‚limits of the possible‘ of a given configuration of capitalist society“ (Holman 2001, 168) bezeichnet, die eine gegebene Sozialordnung als selbstverständlich und im allgemeinen Interesse liegend erscheinen lassen. Beide Begriffsvarianten gehen offenbar auf einen von Gramsci stammenden Ausdruck (in englischer Übersetzung „hegemonic concepts“) zurück (vgl. dazu Kohler-Koch 1999, 30). Im Unterschied – oder komplementär – zur ‚Konzeption‘ Fligsteins wird im kritischen Ansatz allerdings größeres Gewicht auf die Internationalisierung bestimmter Kontrollbegriffe und ihre Einprägung in unterschiedliche staatliche Strukturen und politische Kulturen gelegt (vgl. Holman 2001, 169); damit ergibt sich eine wichtige – aber bei Fligstein so nicht ausgeführte – Verknüpfung zwischen globaler und lokaler Ebene.

Neben den Märkten zählt Fligstein auch Staaten zu den Ordnungstypen, die als Felder konzipiert werden können oder zumindest Felder enthalten, wobei im Falle des Staates wiederum politische und rechtliche Felder zu unterscheiden sind (Fligstein 2001b, 16; Fligstein/Stone Sweet 2002, 1211). Die politischen Felder – oder ‚Policy Domains‘ – werden im Sinne des in der Theorie supranationalen Regierens ausgeführten (bei Fligstein selbst aber ausgesparten) Governance-Begriffs abgesteckt. So liegt die Organisationsleistung der politischen Akteure in der Formulierung, Interpretation und Durchsetzung von kollektiv verbindlichen Regeln zur Stabilisierung gesellschaftlicher Interaktionsbeziehungen, wobei sich das Maß der Regulierung nach den staatlichen Handlungskapazitäten und der vorherrschenden Ordnungsvorstellung richtet (Fligstein 2001b, 12 f., 16, 19, 39 u. 42; vgl. Fligstein/McNichol 1998, 61 f.). Mit Entstehung der modernen (Rechts-) Staaten bilden sich aber auch eigenständige rechtliche Felder heraus, in denen Juristen und Richter, Rechtsfakultäten (Law Schools) und Gerichte das gesetzte und praktizierte Recht auslegen (Fligstein 2001b, 39). Weil Fligsteins Theorie

hier nicht weiter in die Tiefe geht, bietet es sich an dieser Stelle an, auf die Grundkonzeption Bourdieus zurückzugreifen.

5.2 Das juristische Feld als Legitimationsinstanz der sozialen Ordnung

In seinen Schriften zur Rechtssoziologie wendet Bourdieu die in seinem Gesamtwerk entwickelte Theorie der Praxis auf die kulturelle Produktion im juristischen Feld an. Nicht das Recht selbst bildet also den eigentlichen Untersuchungsgegenstand, sondern der soziale Kontext, in dem Recht erzeugt und Recht gesprochen wird, das juristische Feld, das durch die Beziehungen der an der Rechtsproduktion beteiligten Akteure aufgespannt wird. Indem er die juristische Binnenperspektive vom Standpunkt eines externen Beobachters rekonstruiert, distanziert sich Bourdieu sowohl von einer *internalistischen* Theorie des Rechts, die das Recht zwar als eigenständige Form begreift (Formalismus), aber die der symbolischen Ordnung zugrunde liegende soziale Ordnung ausblendet, als auch von einer *externalistischen* Theorie des Rechts, die dem Recht nur einen instrumentalen Stellenwert (Instrumentalismus) in den gesellschaftlichen Auseinandersetzungen zumisst, jedoch seinen symbolischen Eigenwert verkennt: Im ersten Fall wird von der (absoluten) *Autonomie* des Rechtes – und des juristischen Diskurses – gegenüber der Gesellschaft ausgegangen, im zweiten von seiner (absoluten) *Heteronomie* (Bourdieu 1986, 3 f; vgl. Bourdieu 1991, 95).

Im Unterschied zu diesen beiden Positionen geht Bourdieu davon aus, dass das Recht – das juristische Feld – eine *relative* Unabhängigkeit von den zugrunde liegenden gesellschaftlichen Verhältnissen – dem Feld der Macht – erlangt hat, welche jedoch im juristischen Feld selbst als *absolute* Unabhängigkeit wahrgenommen wird. Die Unabhängigkeit des Rechts bleibt somit in Abhängigkeiten eingebettet („l'indépendance dans et par la dépendance“), das juristische Feld durch ‚objektive Beziehungen‘ an das Feld der Macht rückgekoppelt (Bourdieu 1986, 3 f. u. 14). Diese Ambivalenz drückt sich im juristischen Feld als Nebeneinander und Gegeneinander *autonomer* (rein rechtlicher) und *heteronomer* (außerrechtlich bestimmter) Ordnungsprinzipien aus. Schließlich wird die gesellschaftliche Bedeutung des Rechts selbst – also das Maß der Herrschaft des Gesetzes (Rule of Law) – auf „la position globale du champ juridique dans le champ du pouvoir“ (Bourdieu 1986, 6) zurückgeführt, also seine Nähe zum Pol ökonomischer und politischer Macht im sozialen Raum.

Bourdieu entwirft das juristische Feld als Ort der Auseinandersetzung um das Monopol der Recht-Sprechung, also das Recht, recht/Recht zu sprechen, was er (etymologisch) damit in Verbindung bringt, die soziale bzw. staatliche Ordnung durch eine symbolische Ordnung zu normieren und zu legitimieren (Nomos). Recht zu sprechen heißt demzufolge, ausgehend von

sozialen Strukturen, die das Recht ermöglichen und begrenzen, die Struktur des Sozialen zu gestalten. Dem Rechtssystem werden in dieser Weise bestimmte soziale Ordnungsperspektiven und -prinzipien („principes de vision et de division“) eingeschrieben (Bourdieu 1986, 3 f., 9 u. 12 f). Die spezifische Funktionslogik des juristischen Feldes bestimmt Bourdieu nun einerseits durch die (objektiven) Machtverhältnisse und Konkurrenzkämpfe zwischen den Akteuren und Institutionen und andererseits durch die (normativen) Argumentationserfordernisse innerhalb des juristischen Diskurses. Strukturelle und kulturelle Komponenten (der Produktion) des Rechts werden über das Habituskonzept miteinander verknüpft, wobei im Gleichgewichtszustand des Feldes die aufeinander abgestimmten Habitus (als Wahrnehmungs- und Beurteilungsschemata) und die eingespielte professionelle Hierarchie für ein reibungsloses Funktionieren des Rechtsbetriebs sorgen (Bourdieu 1986, 3 ff. u. 11).

Die Bedingungen für eine Umgestaltung des Rechts (und eine rechtliche Umgestaltung der Gesellschaft) sieht Bourdieu in erster Linie in einer Veränderung der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse begründet, wodurch in einzelnen Feldern eine (Ordnungs-) Krise hervorgerufen werden kann. Innovative Urteile, Neuschöpfungen des Rechts sind demnach Ausdruck realer gesellschaftlicher Entwicklungen, autorisieren und normalisieren diese. Zugleich beruht ihre soziale Anerkennung auf der Annahme oder der Erfahrung, dass sie die veränderten gesellschaftlichen Bedürfnisse und Interessen in angemessener Weise widerspiegeln (Bourdieu 1986, 13 f.). Ein Vermittlungsweg zwischen gesellschaftlicher Macht und rechtlicher Autorität besteht dabei in der *Homologie* der Positionen und Dispositionen der Inhaber gleichwertiger Positionen in den verschiedenen Feldern, die – z. B. konservative oder progressive – Bündnisse über die Feldgrenzen hinweg wahrscheinlicher werden lassen (Bourdieu 1986, 14 f. u. 18). Im Grundsatz wird Bourdieu zufolge von den Wahren der alten Ordnung eine orthodoxe, theoriegeleitete, an traditionellen Doktrinen festhaltende Auslegung der Rechtstexte bevorzugt, während die Repräsentanten einer neuen Ordnung einen flexibleren, praxisorientierten Ansatz wählen, um dem wirtschaftlichen und sozialen Wandel gerecht zu werden (Bourdieu 1986, 18).

5.3 Ein feldtheoretisches Modell der europäischen Integration

An diese Konzeption des juristischen Feldes und seiner Entwicklungslogik knüpft Fligstein nahtlos an. Seine Perspektive ist allerdings keine rechtssoziologische, sondern eine wirtschaftssoziologische; er betrachtet also das Rechtsfeld aus Sicht der miteinander um die Ordnungsprinzipien der Märkte konkurrierenden wirtschaftlichen Akteure: „[L]egal systems are alternative ways for challenger groups to engage in political action. By using laws against

incumbents, challengers can contest the rights and privileges of dominant groups [...].“ (Fligstein 2001b, 39; vgl. Fligstein/Stone Sweet 2002, 1211). Ein solcher Angriff besitzt eine höhere Erfolgswahrscheinlichkeit in Zeiten des Strukturwandels, also in Phasen, in denen die Reproduktion des Ordnungs- und Machtgefüges innerhalb eines oder mehrerer Felder gestört ist, was bedeutet, dass die institutionalisierten Regeln, Praktiken und Deutungen ihre Legitimität verlieren und somit auch die Orientierungen, Interessen und Identitäten der Akteure im Fluss sind (Fligstein 2001a, 118; Fligstein 2001b, 27). Ursache dafür können (z. B. technologisch bedingte) Machtverschiebungen innerhalb des Feldes sein, Ein- und Übergriffe von (marktlichen oder staatlichen) Akteuren aus angrenzenden Feldern oder exogene Schocks durch Wirtschaftskrisen und Kriegsereignisse. Bei wachsenden Interdependenzen in Raum und Zeit werden die Beziehungen zwischen den Feldern – ob zwischen Staaten und Märkten, Staaten und Staaten oder Märkten und Märkten – damit zu einem wichtigen Gegenstand sozialwissenschaftlicher Analyse (Fligstein 2001a, 109 f.; Fligstein 2001b, 41, 84, 90 u. 117 f.; Fligstein/Stone Sweet 2002, 1211 u. 1239).

Genau darin liegt nun die Motivation Fligsteins und Stone Sweets, gemeinsam ein feldtheoretisches Erklärungsmodell der europäischen Integrationsdynamik zu entwerfen, das den (Interaktions-) Zusammenhang von Wirtschaft, Recht und Politik als „interconnected market, legal, and political fields“ (Fligstein/Stone Sweet 2002, 1239) beschreibt und auf Spillover- und Feedbackeffekte zwischen den unterschiedlichen (Aktions-) Feldern zurückführt: Aus relativ autonomen (nationalen und funktionalen) Feldern mit unterschiedlichen Ordnungsprinzipien entstehen im Zuge der Umsetzung der Römischen Verträge demzufolge zusammenhängende Felder und vereinheitlichte Handlungskontexte (Fligstein/Stone Sweet 2002, 1206, 1216 u. 1236). Auch hier wird der Ausgangspunkt der (spiralförmigen) Entwicklungslogik als *Krise* gefasst, in der sich bestimmte Marktakteure aufgrund veränderter Umstände von den geltenden Regeln ungebührlich benachteiligt und in ihrer Reproduktion gefährdet sehen. Fligstein und Stone Sweet konzentrieren sich in ihrer Argumentation auf die im grenzüberschreitenden Handel engagierten und an der Ausdehnung der Märkte interessierten Unternehmen, die dem Status quo (ante) national segmentierter Märkte als Herausforderer (Challengers) (wenn man die Begrifflichkeiten aus Fligsteins anderen Arbeiten zugrunde legt) gegenüberstehen und von den staatlichen Akteuren daher eine Revision der Rechtsordnung verlangen. Sofern sich gemeinschaftliche Gesetzgebung und Rechtsprechung auf die Argumente und den Druck dieser Unternehmen einlassen und das überkommene Regelwerk der neuen Situation anpassen (sich also ihrerseits gegenüber nationalstaatlichen Idiosynkrasien behaupten können), werden die gewandelten Kräfteverhältnisse zwischen den Anhängern abgeschotteter und jenen offener Märkte offiziell sanktioniert. Mit den geänderten Rahmenbe-

dingungen verlagert sich die Geschäftstätigkeit der Unternehmen weiter in den internationalen Raum, wo aus unzureichender oder übermäßiger Regulierung erneut (Reproduktions) Probleme erwachsen können, für die wiederum auf europäischer Ebene Lösungen gesucht werden, und so weiter (Fligstein/Stone Sweet 2002, 1213, 1216, 1222 u. 1235).

Bei dieser Darstellung der Entwicklungslogik fällt auf, dass die den Status quo (ante) verteidigenden Akteure (Incumbents), also die Beharrungskräfte in den jeweiligen nationalen und sektoralen Feldern kaum gewürdigt werden, weil sie nicht als Schlüsselgrößen für die Vernetzung und Transformation der Felder gelten: Als solche werden lediglich ihre europäisch orientierten Gegenspieler geführt, namentlich „firms engaged in cross-border trade (seeking to expand markets); litigants (seeking to vindicate their rights under EC law), national judges (seeking to effectively resolve disputes to which EC law is material), and the ECJ; and lobbying groups (seeking to exercise influence on EC regulation) and EC officials in Brussels“ (Fligstein/Stone Sweet 2002, 1216). Obwohl von den Autoren lediglich angedeutet, ist zudem erkenntlich, dass dieser ‚Bias‘ zugunsten der Herausfordererunternehmen und der europäischen Regulierungsebene nicht kontextfrei zu denken ist: Die wiederholten Krisenerfahrungen im sich schrittweise entwickelnden Binnenmarkt gewinnen ihren Sinn erst in einem globalisierten Umfeld, in dem grenzüberschreitende Märkte die ‚Norm‘ sind, also „problems posed by the expansion of transnational society and economic interdependence“ (Fligstein/Stone Sweet 2002, 1226) resultieren. Dieses Phänomen – die Einwirkung einer offenbar *globalisierten Conception of Control* auf den Umbau der staatlichen Strukturen in Europa – lässt sich jedoch besser mit den Begriffen der kritischen Integrationstheorie beschreiben und zugleich in Rückbezug mit der Governance-Wende in der Integrationsforschung bringen.

5.4 Die europäische Integration im globalen Kontext

In der kritischen (politökonomischen) Integrationstheorie, die einige in der Tradition des Historischen Materialismus stehende Ansätze (Regulationstheorie, Staatstheorie und neogramscianische Internationale Politische Ökonomie) zusammenschließt, bezieht sich der Kernbegriff der *Regulation* auf die gesellschaftliche Einbettung des Ökonomischen, insbesondere die Stabilisierung eines Produktionsregimes durch soziale Normen, Werte und Institutionen (vgl. Jessop 2003, 90; Brand 2003, 305). Konkreter gefasst zielt der Regulationsbegriff ebenso wie der Governance-Begriff auf eine Analyse der Steuerung gesellschaftlicher Systeme unter Bedingung einer globalisierten politischen Ökonomie. In ihrer Grundausrichtung sind beide Ansätze komplementär zueinander: Der Regulationsansatz befasst sich eher

mit der Makroebene und den Strukturen der (sozio-) ökonomischen Reproduktion, der Governance-Ansatz mit der Mikro- und Mesoebene und den Institutionen der (sozio-) politischen Steuerung (vgl. Jessop 1995b, 317 ff.). Die Governance-Debatte könnte von der Regulationstheorie insbesondere hinsichtlich des Zusammenhangs von weltwirtschaftlichem Strukturwandel und Veränderung der Staatlichkeit profitieren.

Der Übergang von Government zu Governance wird in der kritischen Integrationstheorie mit einer Transformation der Integrationsweise „von der komplementären europäischen Absicherung der nationalen wohlfahrtsstaatlichen Regulation zur Durchsetzung europäisierter, stärker selektiver und ‚kompetitiver‘ Regulationsmodi“ (Bieling/Deppe 1996, 482) in Verbindung gebracht. Diese in den letzten Dekaden beobachtbare Veränderung des Verhältnisses von Politik und Ökonomie drückt sich in einem ‚Strukturbruch europäischer Staatlichkeit‘ (Ziltener 2000, 87) aus und läuft auf eine Neuorganisation der staatlichen Funktionen innerhalb des europäischen Mehrebenensystems hinaus. Diese Transformation der Staatlichkeit enthält drei grundsätzliche Komponenten: (a) die *Entnationalisierung* des Staates durch Verlagerung staatlicher Funktionen auf höhere (intergouvernementale, supranationale) und tiefere (subnationale) Ebenen; (b) die *Entstaatlichung* politischer Regime durch funktionale Reorganisation des staatlichen Aufgabenbereichs und ‚partnerschaftliche‘ Einbindung nicht-gouvernementaler Akteure; schließlich (c) die *Internationalisierung* des Nationalstaates durch Entdifferenzierung innenpolitischer und außenpolitischer Entscheidungskontexte mit der Umorientierung von der volkswirtschaftlichen Binnenregulierung zum internationalen Standortwettbewerb (Jessop 1995a, 12 ff. u. 19 ff.). Durch die Transformation der Staatlichkeit können sich auf den einzelnen Ebenen – und über alle Ebenen hinweg – die Beziehungen und Gewichte zwischen Legislative, Exekutive und Judikative; staatlichen und privaten Aufgabenbereichen; verschiedenen Wirtschaftssektoren und unterschiedlichen Politikressorts maßgeblich verändern. Allgemein ist davon auszugehen, dass diejenigen staatlichen Institutionen mehr Gewicht erhalten, die mit den weltwirtschaftlichen Zusammenhängen befasst sind und den Umbau von nationaler (und europäischer) zu (europäischer und) globaler Orientierung bewerkstelligen können (vgl. Jessop 1995a, 19; Bieler/Morton 2001, 19).

Die kritische Integrationstheorie „analysiert [...] den Prozeß und die Transformation der internationalen und europäischen Regulation immer mit Bezug auf ihre ökonomischen Grundlagen und ihren sozialen Gehalt, d.h. die tragenden Akteure sowie deren Interessen und Machtpotentiale“ (Bieling/Deppe 1996, 501); sie fragt also auf der Basis eines konflikttheoretischen Erklärungsschemas nach denjenigen sozialen Kräften, die an einem Umbau der Integrationsweise und der staatlichen Ordnung in Europa besonders interessiert sind. Diese sozialen Kräfte seien heute jedoch weniger im Rahmen der EU und ihrer Mitgliedstaaten zu

verorten als in der *globalisierten politischen Ökonomie*; die größte Rolle spielten transnationale Akteure, „whose identities, interests and strategies take shape within a changing global structural context, and who struggle over the direction and content of the European integration process“ (van Appeldoorn 2001, 70; vgl. van Appeldoorn 2000, 191; Overbeek 2000, 166). Die Globalisierung als Hintergrund des integrationspolitischen Wandels in Europa wird materiell vor allem an der globalen Integration von Finanzmärkten und am Wachstum grenzüberschreitender Produktionsnetzwerke festgemacht, ideell im Wandel vom Keynesianismus zum Neoliberalismus. Alle drei Komponenten dieses weltumspannenden Entwicklungstrends schlagen seit den 1980er-Jahren auch auf die europäische Ebene durch: Deregulierung der nationalen Finanzmärkte, zunehmende Präsenz multinationaler Unternehmen, wirtschafts- (und integrations-) politischer Paradigmenwechsel (Bieler/Morton 2001, 4 f.). Die Europäische Union hat demnach einen „transnationalen Entwicklungspfad“ (Bieling/Steinhilber 2000a, 14) eingeschlagen, der die (veränderten) gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse „im Binnen- sowie im Aussenraum des von ihr umfassten Gebietes“ (Ziltener 1999, 78; vgl. ebd., 14 ff u. 36 ff.; Ziltener 2000, 76 f.) widerspiegelt.

5.5 Das europäische Rechtsfeld zwischen Integration und Regulierung

Das europäische Rechtsfeld mit dem EuGH als Schlüsselfigur lässt sich als Spannungs- und Konfliktfeld unterschiedlicher sozialer Kräfte – dieser Theorieerweiterung zufolge – nur dann angemessen begreifen, wenn die mit dem Übergang zum postfordistischen Produktionsmodell verbundenen transnationalen Machtverschiebungen (in Gestalt der ‚Globalisierung‘) berücksichtigt werden. Das zwischen den Staaten der Europäischen Gemeinschaft entstandene Recht wird – als Teilausdruck der Staatlichkeit – durch diese Entwicklung schubweise sowohl europäisiert als auch internationalisiert. Dies bedeutet, dass das juristische Feld um den EuGH heute stärker in die globalen Auseinandersetzungen einbezogen sein wird als zu Beginn des Integrationsprozesses, so dass über die veränderten Machtressourcen und Argumentationsstrategien eines zunehmend transnational orientierten Akteurspektrums auch die gemeinschaftliche Wirtschaftsverfassung unter erheblichen Wandlungsdruck gesetzt wird. Tatsächlich erscheint der EuGH aufgrund seiner vorausschauenden und vorantreibenden Rechtsprechung in einigen Paradenfällen als früher Repräsentant und Promotor der vor allem über die (supranationale) Rechtsgemeinschaft etablierten europäischen Staatlichkeit und der unter anderem über das Binnenmarktprojekt (und das Prinzip gegenseitiger Anerkennung) forcierten wettbewerbsorientierten Integrationslogik.

Fligstein und Stone Sweet sehen das Verbindungselement zwischen wachsenden Handelsaktivitäten (innergemeinschaftlichen Exporten) und zunehmender Gerichtstätigkeit (Vorabentscheidungsverfahren) auf europäischer Ebene in der wachsenden Zahl von Konflikten „between EC rules governing the Common Market and national regulatory regimes governing product standards, consumer safety, and environmental protection“ (Fligstein/Stone Sweet 2002, 1224). Dieses trifft aber erst für die zweite Phase des Integrationsprozesses zu (Anfang der 1970er- bis Mitte der 1980er-Jahre). In diesen Zeitraum fallen die einschneidenden Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Dassonville* und *Cassis de Dijon*, die von Rat und Kommission – nicht zuletzt unter dem Eindruck der Globalisierung – schließlich für einen neuen, schlankeren Ansatz der Harmonisierung genutzt werden. Diese Phase der (binnenmarktorientierten) Transformation nationaler Märkte setzt jedoch bereits voraus, was in der ersten Phase des Integrationsprozesses über die Rechtsprechung des EuGH errungen worden ist: den Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts gegenüber den nationalen Rechtsordnungen (Fligstein/Stone Sweet 2002, 1207, 1216 u. 1230 f.). Für diese Gründungs- und Konstitutionalisierungsphase der E(W)G, in der den Urteilen des EuGH eine eminente Bedeutung zuwächst, scheint das feldtheoretische Modell in der von Fligstein und Stone Sweet vorgelegten und hier erweiterten Fassung weniger erklärungskräftig. Die Vermutung dieser Arbeit ist, dass Judicial Governance in der Gründungsphase der Europäischen (Wirtschafts-) Gemeinschaft einer autonomiebetonten rechtlichen Integrationslogik folgt, während seit den 1970er-Jahren eine allmähliche Ausdifferenzierung von Integrations- und Regulierungslogik und damit eine stärkere Heteronomisierung der Rechtsprechung erfolgt. Diese Überlegung wird im Folgenden skizzenhaft ausgeführt und auf die Entwicklung der europäischen Wirtschaftsverfassung (im Spiegel der Rechtsprechung des EuGH) bezogen.

6 Integration und Regulierung in der europäischen Wirtschaftsverfassung

Die Europäische Gemeinschaft hat sich in den letzten fünfzig Jahren an die Spitze eines säkularen Trends gesetzt, der die *Konstitutionalisierung* und die *Internationalisierung* des Rechts miteinander verknüpft. So ist auf europäischer Ebene eine Rechtsgemeinschaft mit konstitutionellen Eigenschaften und dem Europäischen Gerichtshof als supranationalem Gewährsträger entstanden. Trotz dessen prominenter Stellung im europäischen Mehrebenenrechtssystem lässt sich seine Rechtsprechung weniger als Ausübung eines richterlichen Gewaltmonopols (im Sinne des *Gouvernement des Juges*) verstehen denn als Ergebnis des ‚verfassungspolitischen‘ Zusammenwirkens einer Vielzahl von Akteuren im rechtlichen Feld der Gemeinschaft (im Sinne von Judicial Governance).

Dieses rechtliche Feld ist – der Konzeption Bourdieus folgend – politökonomisch eingebettet in das umfassende Feld der Macht und von diesem einerseits unabhängig, soweit es einer eigenen, rechtlichen Logik folgt, andererseits aber auch abhängig, soweit es die Strukturprinzipien der sozialen Ordnung aufnimmt und symbolisch legitimiert. Dieses ambivalente Verhältnis des Rechts zu seinem sozialen Kontext lässt sich rechtssoziologisch durch die Trennung und Verbindung von Binnen- und Außenperspektive darstellen, mit der sich rechtliche Auseinandersetzungen einerseits in ihrer internen Logik, andererseits aber auch als soziale Auseinandersetzungen begreifen lassen. Darüber hinaus lässt sich die relative Autonomie des rechtlichen Feldes aber auch am Nebeneinander und Gegeneinander unterschiedlicher Hierarchisierungsprinzipien verdeutlichen, einer autonomen (formalen) Funktionslogik, die orthogonal zum Machtfeld wirkt, und einer heteronomen (instrumentalen) Funktionslogik, die parallel zum Machtfeld wirkt.

Weiter oben wurde Judicial Governance als Analyseperspektive einerseits mit dem (veränderten) Verhältnis von Recht und Politik unter Bedingung der Konstitutionalisierung (vgl. Kap. 3) und andererseits mit dem (veränderten) Verhältnis von Recht und Wirtschaft unter Bedingung der Internationalisierung (vgl. Kap. 4) begründet: Im ersten Fall erklärt sich der Übergang von Government zu Governance durch die fortlaufende Interaktion des EuGH mit politischen Akteuren (richterliche Teilhabe an der Gesetzgebung), im zweiten Fall durch die fortlaufende Interaktion des EuGH mit wirtschaftlichen Akteuren (richterliche Teilhabe an der Marktregulierung). Beide Entwicklungslinien lassen sich mit dem *Wandel der Staatlichkeit* überschreiben, sind aber nicht identisch, da sich das eine Mal vor allem rechtliche und politische Akteure neu relationieren, das andere Mal staatliche und private Akteure. Insbesondere erweist sich der Integrationsbegriff als zu undifferenziert, um diese qualitativen Verschiebungen jeweils adäquat abzubilden.

Eine Möglichkeit bestünde nun darin, den *Integrationsbegriff* für die vertikale Verschiebung von Steuerungsbefugnissen von den Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft, also einen Souveränitätstransfer von der nationalen zur supranationalen Ebene, zu reservieren. In diese Richtung wirkt nicht nur die Vergemeinschaftung von Politiken im Sinne der Verträge, sondern auch die Konstitutionalisierung der Verträge selbst. Diesen Konstitutionalisierungsprozess hat der EuGH durch seine Rechtsprechung frühzeitig vorangetrieben, was aber nicht nur mit dem Sachziel und den äußerlichen Zwängen der europäischen Integration begründet, sondern auch als Formalziel und innere Notwendigkeit der supranationalen Rechtsordnung interpretiert werden kann. Soweit Letzteres gilt, handelt es sich – in vorsichtiger Anknüpfung an Luhmanns Begrifflichkeiten – um keine Programmierung des Rechts, sondern einen Ausdruck seiner operativ geschlossenen, autopoietischen Funktionslogik: Die Rechtsgemeinschaft ist

dann kein Geschöpf der ‚Herren der Verträge‘ mehr, sondern rechtslogisch ein Geschöpf seiner selbst. Die Eindimensionalität der rechtlichen Integration besteht somit im Wesentlichen in der *Verselbstständigung* einer supranationalen Rechtsordnung. Daraus folgt aber auch, dass alles andere aus Sicht des Rechts kontingent, verhandelbar bleibt, insbesondere die inhaltliche Ausgestaltung und Spannbreite des Gemeinschaftsrechts.

Nun hat sich die Debatte um ein Gouvernement des Juges auf europäischer Ebene nicht daran entzündet, dass das Recht seiner eigenen Logik folgt, sondern daran, dass rechtliche Interpretationsspielräume scheinbar ‚politisch‘ genutzt werden, sei es, um die eigenen Visionen von Europa Wirklichkeit werden zu lassen, sei es, um dem institutionellen Selbsterhalt zu dienen bzw. die eigene Machtbasis auszubauen. Dieser ‚richterliche Aktivismus‘ steht jedoch anders als die Konstitutionalisierung nicht notwendig mit Integrationsschüben in vertikaler Richtung in Verbindung (wenn dies in der Praxis auch oft der Fall war) und bedarf insofern einer etwas anderen Erklärung. Es bietet sich an dieser Stelle an, auf die Bourdieu’sche Unterscheidung von autonomen und heteronomen Organisationsprinzipien des Feldes zurückzukommen, die sich, wenn auch nicht immer empirisch, so doch zumindest analytisch auseinander halten lassen. Denn nicht dort, wo das Rechtsfeld seinen eigenen (rein rechtlichen) Gesetzmäßigkeiten folgt, sondern nur dort, wo es die (umfassenderen sozialen) Gesetzmäßigkeiten anderer bzw. übergreifender Felder nachbildet, erscheint der Ruf nach ‚richterlicher Zurückhaltung‘ überhaupt sinnvoll. Dass der EuGH erst im fortgeschrittenen Verlauf des Integrationsprozess in seiner politischen Funktion problematisiert worden ist, könnte als Zeichen der anfänglichen Ununterscheidbarkeit autonomer und heteronomer Funktionsprinzipien im neu konstituierten europäischen Rechtsfeld gewertet werden. Mit zunehmender Differenzierung beider Dimensionen wird jedoch die Möglichkeit einer heteronomen Bestimmung des supranationalen Rechts deutlich, und zwar ohne dass dabei zugleich die Autonomie des Rechts auf dem Spiel stünde, die dem rechtlichen Feld als solchem eingeschrieben ist.

Diese Entwicklung soll nun mit dem *Regulierungsbegriff* zum Ausdruck gebracht werden, der im Unterschied zum Integrationsbegriff für eine horizontale Verschiebung der Steuerungsbefugnisse von Staaten (Government) zu Netzwerken (Governance) steht. Es wird angenommen, dass sich die horizontale Dimension der Regulierung erst Mitte der 1970er-Jahre merklich aus der vertikalen Integrationsdimension ausdifferenzieren beginnt, so dass die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft in einem stilisierten Koordinatensystem eine Kurve beschreibt, die ausgehend vom klassischen Nationalstaat als Ursprung zunächst entlang der y-Achse einen steilen Verlauf nach oben in Richtung Gemeinschaft nimmt (Integration), sich dann aber entlang der x-Achse stärker nach rechts in Richtung Netzwerk orientiert (Regulierung) und dabei unter Umständen sogar wieder ein wenig an Höhe verliert (Desintegration). Auf dieser

Basis lassen sich folgende idealtypische Phasen bzw. Prozesse unterscheiden: (1) vertikale Integration, (2) diagonale Integration/Regulierung (schrittweise Ausdifferenzierung der Regulierungsdimension) und (3) horizontale Regulierung. In diesem idealen Ablaufschema der Transformation europäischer Staatlichkeit stehen die autonom geprägten Phasen der vertikalen Konstitutionalisierung (Verfassung der Gemeinschaft) und der horizontalen Konstitutionalisierung (Verfassung des Netzwerks) am Anfang bzw. am Ende. Der allmähliche Übergang von der Integration zur Regulierung lässt sich demgegenüber als heteronom geprägte Phase mit wandelnden *Conceptions of Control* (im Sinne Fligsteins bzw. der Regulationstheorie) kennzeichnen, was das Verhältnis von Staat, Gemeinschaft und Netzwerk, von Integration und Regulierung betrifft. Dabei kovariieren die Steuerungskonzeptionen im europäischen Rechtsfeld, Bourdieus Homologiebegriff folgend, mit jenen im politökonomischen Feld der Macht. Das bedeutet nicht, dass sie von außen determiniert werden, sondern dass sie auf Entwicklungen im Umfeld produktiv (nämlich rechtserzeugend) reagieren. Letztlich, so wird hier angenommen, antwortet das Recht auf Phasen der (verstärkten) *Heteronomisierung*, d. h. der Politisierung des Rechts, mit Phasen der (verstärkten) *Autonomisierung*, d. h. der Verrechtlichung der Politik (was einer Makroversion von Stone Sweets verfassungspolitischen Zyklus entspricht). Weil Abhängigkeiten und Unabhängigkeiten einander somit auch in ihrem Steigerungsverhältnis noch bedingen, erscheint eine Entdifferenzierung von Recht und Politik (ein *Gouvernement des Juges* im naiven Sinne) als das evolutionär unwahrscheinlichste Ergebnis.

6.1 Zur Entwicklung der Binnenmarktdimension

Die Freiheit des Warenverkehrs ist ein Kernanliegen des Binnenmarkts, der wiederum im Zentrum der Europäischen (Wirtschafts-) Gemeinschaft steht. Die Entwicklung der Wirtschaftsverfassung wird im Bereich des Warenverkehrs insbesondere von drei Bestimmungen des EG-Vertrags abgesteckt, die in der Rechtsprechung eine hohe Bedeutung gewonnen haben: Artikel 28 verbietet mengenmäßige Beschränkungen von Importen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung; Artikel 30 nennt Rechtfertigungsgründe für Verstöße gegen Artikel 28; Artikel 95 enthält die binnenmarktbezogene Harmonisierungskompetenz der Gemeinschaft. In diesen Bestimmungen spiegelt sich die (vertikale) Integrationsdimension, die den Souveränitätstransfer von den Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft regelt, in der Weise wider, dass der in Art. 30 gewährte nationale Regulierungsvorbehalt obsolet wird, wenn alle möglichen Ausnahmen von der Deregulierungsnorm in Art. 28 vom Gemeinschaftsgesetzgeber über Art. 95 harmonisiert worden sind. Integration ginge in diesem Fall in einer Kombination aus Deregulierung

lierung und Reregulierung auf. Dieses Ideal einer europäischen Wirtschaftsverfassung hat sich allerdings weder politisch noch rechtlich als durchsetzungsfähig erwiesen, und zwar nicht nur, weil die Mitgliedstaaten sich nicht in allen öffentlichen Belangen auf ein einheitliches Schutzniveau verständigen konnten, sondern auch, weil sich über die Zeit der Regulierungs- bzw. Kontrollbegriff gewandelt hat. Mit dem Paradigmenwechsel von Government zu Governance hat sich eine eigene (horizontale) Regulierungsdimension herausgebildet, die das Einheitsmodell der Wirtschaftsverfassung unterminiert, indem an die Stelle der (zentral steuernden) Gemeinschaft das (dezentral steuernde) Netzwerk tritt. In diesem Rahmen werden die staatlichen Funktionen stärker auf einen marktlichen Kontext eingestellt, dessen Koordinaten zunehmend außerhalb des eigenen Hoheitsgebiets liegen. Dieses alternative Leitbild der Wirtschaftsverfassung wirkt eher auf eine Dynamisierung und Vervielfältigung der Regulierungssphären hin als auf deren Bündelung in einer zentralen Autorität.

Beide hier umrissenen Modelle der Wirtschaftsverfassung sind vertragskonform, beide räumen der Deregulierung (als *Conditio sine qua non* des Binnenmarktes) eine hohe Bedeutung ein, setzen jedoch den regulativen Rahmen in je unterschiedlicher Weise. In der Gesetzgebung zeichnet sich nun ebenso wie in der Rechtsprechung eine Verschiebung der Wirtschaftsverfassung vom Integrationsmodell zum Regulierungsmodell ab, ohne dass eine Änderung der Kernbestimmungen in den Verträgen stattgefunden hätte bzw. notwendig würde. Zum Schlüsselbegriff für die Steuerungskonzeption der Wirtschaftsverfassung in ihrer aktuellen Ausgestaltung ist dabei das *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung* bzw. des funktionalen Parallelismus geworden, demzufolge gewisse nationale Regulierungsspielräume bestehen bleiben, deren Nutzung jedoch von den Gemeinschaftsinstitutionen, insbesondere dem EuGH, kontrolliert wird.

In der Rechtsprechung des EuGH kann der Nachweis für die allmähliche Umorientierung der Wirtschaftsverfassung zunächst entlang der klassischen Leitentscheidungen von Dassonville (1974), Cassis de Dijon (1979) und Keck (1993) geführt werden. Der Wandel der (rechtlichen) Conceptions of Control lässt sich dabei in Anlehnung an Maduros Modelle der europäischen Wirtschaftsverfassung analysieren und mit Veränderungen im Wirtschafts- und Machtfeld in Beziehung setzen. Maduro hat mit dem *zentralisierten Modell* (Erosion nationaler Regulierungen; Harmonisierung; Primat der Politik), dem *kompetitiven Modell* (Regulierungswettbewerb; gegenseitige Anerkennung; Primat des Marktes) und dem *dezentralisierten Modell* (Regulierungswettbewerb; Nichtdiskriminierung; Primat der Politik) nicht nur den Interpretationsspielraum des EuGH, sondern auch eine Entwicklungstendenz der Rechtsprechung nachgezeichnet, die der Ausdifferenzierung von Integrations- und Regulierungsdimension Rechnung trägt (Maduro 1998, 103 ff. u. 169; vgl. auch Shapiro 1999, 338). Die Überlegung-

gen Maduros werden von Armstrong aufgegriffen, der genauer auf die regulatorischen Funktionen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung eingeht, die komplexer sind, als es das kompetitive Verfassungsmodell suggeriert. Am Umgang mit diesem nunmehr zentralen Prinzip der Wirtschaftsverfassung lassen sich in Grundzügen die Besonderheiten der Regulierung in Netzwerkstrukturen – und von Judicial Governance –demonstrieren (vgl. Armstrong 2002, 228 ff.).

6.2 Zur Entwicklung der Außenhandelsdimension

Gegenstand dieses Abschnitts ist die Frage, wie sich die Einbettung des europäischen Rechtsfelds in die globale politische Ökonomie in der Außenhandelsdimension der europäischen Wirtschaftsverfassung niederschlägt. Im Mittelpunkt steht dabei das Verhältnis von Welthandelsorganisation und Europäischer Gemeinschaft im Lichte der Rechtsprechung des EuGH. Wiederum soll nach vertikaler und horizontaler Entwicklungsdimension und nach autonomer und heteronomer Entwicklungslogik unterschieden werden. Weil mit der Konstitutionalisierung der Welthandelsorganisation ihr Status im Gemeinschaftsrecht (d. h. insbesondere die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts) neu zur Debatte steht, ist der EuGH zur Positionierung gegenüber konträren Steuerungskonzeptionen in seinem rechtlichen und politökonomischen Umfeld gezwungen. Obwohl die Konstitutionalisierung der *Beziehung* von Welt handelsrecht und Gemeinschaftsrecht einer autonomen Rechtslogik zu folgen scheint, bewegt sich der EuGH derzeit in einem weitgehend heteronom bestimmten Deutungskontext, innerhalb dessen ihm das Festhalten am Status quo (ante) ebenso als politische Stellungnahme ausgelegt werden kann wie die Anerkennung der neuen Verhältnisse. Dieses Dilemma müsste sich analog zu dem obigen Erklärungsschema feldtheoretisch begründen lassen. Offenbar bestehen jedoch zwischen der Binnenmarktdimension und der Außenhandelsdimension der europäischen Wirtschaftsverfassung Unterschiede, die weniger mit einer Öffnung und Universalisierung als mit einer Schließung und Partikularisierung der Conceptions of Control im europäischen Rechtsfeld in Verbindung stehen. Das in der EG gewachsene, gerichtlich gestützte Regulierungssystem erweist sich – gerade in der Gestaltung der nationalen Regulierungsvorbehalte – als mit seinem WTO-Pendant derzeit nicht kompatibel, die externale Konstitutionalisierungslogik der Gemeinschaft bleibt somit gebrochen.

Literatur

- Apeldoorn, Bastiaan van, 2000: Transnationale Klassen und europäisches Regieren: Der European Round Table of Industrialists. In: Bieling, Hans-Jürgen; Steinhilber, Jochen (Hrsg.): Die Konfiguration Europas: Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 189-221* In: Bieling, Hans-Jürgen; Steinhilber, Jochen (Hrsg.): Die Konfiguration Europas: Dimensionen einer kritischen Integrations-
theorie. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 189-221
- Apeldoorn, Bastiaan van, 2001: The Struggle over European Order: Transnational Class Agency in the Making of ‚Embedded Neo-Liberalism‘. In: Bieler, Andreas; Morton, Adam David (Hrsg.): Social Forces in the Making of the New Europe: The Restructuring of European Social Relations in the Global Political Economy. Houndsmills; New York: Palgrave, S. 70-89
- Armstrong, Kenneth A., 1995: Regulating the Free Movement of Goods: Institutions and Institutional Change. In: Shaw, Josephine; More, Gillian: New Legal Dynamics of European Union. Oxford; New York: Clarendon, S. 165-191
- Armstrong, Kenneth A., 1998: New Institutionalism and European Union Legal Studies. In: Craig, Paul; Harlow, Carol (Hrsg.): Lawmaking in the European Union. London; The Hague; Boston: Kluwer Law International, S. 89-110
- Armstrong, Kenneth A., 1999: Governance and the Single European Market. In: Craig, Paul; Búrca, Gráinne de (Hrsg.): The Evolution of EU Law. Oxford; New York: Oxford University Press, S. 745-789
- Armstrong, Kenneth A.; Bulmer, Simon J., 1998: The Governance of the Single European Market. Manchester; New York: Manchester University Press
- Armstrong, Kenneth A., 2002: Mutual Recognition. In: Barnard, Catherine; Scott, Joanne (Hrsg.): The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, S. 225-267
- Badinter, Robert 2001: Le gouvernement des juges vu par les juges? [Redebeitrag]. In: Bron-
del, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): Gouvernement des juges et
démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999. Paris:
Publications de la Sorbonne, S. 289-293
- Bastien, François, 2001: Pourquoi et comment les juges gouvernent?: Prolégomènes
problématiques. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.):
Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28
mai 1999. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 327-332
- de Béchillon, Denys, 2001: Le gouvernement des juges: Une question à dissoudre. In: Bron-
del, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): Gouvernement des juges et
démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999. Paris:
Publications de la Sorbonne, S. 341-355
- Bieler, Andreas; Morton, Adam David, 2001: Introduction: Neo-Gramscian Perspectives in
International Political Economy and the Relevance to European Integration. In: Dies.
(Hrsg.): Social Forces in the Making of the New Europe: The Restructuring of European
Social Relations in the Global Political Economy. Houndsmills; New York: Palgrave, S.
3-24
- Bieling, Hans-Jürgen; Deppe, Frank, 1996: Internationalisierung, Integration und politische
Regulierung. In: Jachtenfuchs, Markus; Kohler-Koch, Beate (Hrsg.): Europäische Inte-
gration. Opladen: Leske und Budrich, S. 481-511
- Bieling, Hans-Jürgen; Steinhilber, Jochen, 2000: Einleitung: Theorie und Kritik der europäi-
schen Integration. In: Bieling, Hans-Jürgen; Steinhilber, Jochen (Hrsg.): Die Konfigura-

- tion Europas: Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 7-22
- v. Bogdandy, Armin, 2001: Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht: Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union. In: *Der Staat*, Jg. 40, H. 1, S. 3-43
- Bourdieu, Pierre, 1986: La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique. In: *Actes de la recherche en sciences sociales*, Jg. ???, H. 64, S. 3-19
- Bourdieu, Pierre, 1991: Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. In: Chazel, François; Commaille, Jacques (Hrsg.): *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris, E.J.A., S. 95-99
- Brand, Ulrich, 2003: Regulation und Politik. Theoretische Probleme der Internationalisierung und die ‚Empire‘-These. In: Brand, Ulrich; Raza, Werner (Hrsg.): *Fit für den Postfordismus? Theoretisch-politische Perspektiven des Regulationsansatzes*. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 304-325
- Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc, 2001: Introduction: D'un non sujet vers un concept scientifique?. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): *Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999*. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 11-18
- Busch, Klaus, 2001: Politikwissenschaftliche Integrationstheorien in Interaktion. In: Loth, Wilfried; Wessels, Wolfgang (Hrsg.): *Theorien europäischer Integration*. Opladen: Leske und Budrich, S. 247-292
- Fligstein, Neil, 2001a: Social Skill and the Theory of Fields. In: *Sociological Theory*, Jg. 19, H. 2 (July), S. 105-125
- Fligstein, Neil, 2001b: *The Architecture of Markets: An Economic Sociology of Twenty-First-Century Capitalist Societies*. Princeton; Oxford: Princeton University Press
- Fligstein, Neil; McNichol, Jason, 1998: The Institutional Terrain of the European Union. In: Sandholtz, Wayne; Stone Sweet, Alec (Hrsg.): *European Integration and Supranational Governance*. Oxford: Oxford University Press, S. 59-91
- Fligstein, Neil; Stone Sweet, Alec, 2002: Constructing Politics and Markets: An Institutionalist Account of European Integration. In: *American Journal of Sociology*, Jg. 107, H. 5 (March), S. 1206-1243
- Höland, Armin, 1993: Die Rechtssoziologie und der unbekannte Kontinent Europa. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Jg. 14, S. 177-189
- Holman, Otto, 2001: The Enlargement of the European Union Towards Central and Eastern Europe: The Role of Supranational and Transnational Actors. In: Bieler, Andreas; Morton, Adam David (Hrsg.): *Social Forces in the Making of the New Europe: The Restructuring of European Social Relations in the Global Political Economy*. Houndmills; New York: Palgrave, S. 161-184
- Hooghe, Liesbet; Marks, Gary, 2001: *Multi-Level Governance and European Integration*. Lanham, Maryland; Oxford: Rowman and Littlefield
- Jachtenfuchs, Markus; Kohler-Koch, Beate, 1996: Einleitung: Regieren im dynamischen Mehrebenensystem. In: Dies. (Hrsg.): *Europäische Integration*. Opladen: Leske und Budrich, S. 15-44
- Jepperson, Ronald L., 1991: Institutions, Institutional Effets, and Institutionalism. In: Powell, Walter W.; DiMaggio, Paul J. (Hrsg.): *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, S. 143-163
- Jessop, Bob, 1995a: Die Zukunft des Nationalstaats: Erosion oder Reorganisation? – Grundsätzliche Überlegungen zu Westeuropa. In: *Forschungsgruppe Europäische Gemeinschaften: Europäische Integration und politische Regulierung – Aspekte, Dimensionen, Perspektiven*. Studien der Forschungsgruppe Europäische Gemeinschaften (FEG) Nr. 5. Marburg: FEG, S. 9-47

- Jessop, Bob, 1995b: The Regulation Approach, Governance, and Post-Fordism: Alternative Perspectives on Economic and Political Change?. In: *Economy and Society*, Jg. 24, H. 3, S. 307-333
- Jessop, Bob, 2003: Postfordismus und wissensbasierte Ökonomie. Eine Reinterpretation des Regulationsansatzes. In: Brand, Ulrich; Raza, Werner (Hrsg.): *Fit für den Postfordismus? Theoretisch-politische Perspektiven des Regulationsansatzes*. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 89-111
- Kohler-Koch, Beate, 1999: The Evolution and Transformation of European Governance. In: Dies.; Eising, Rainer (Hrsg.): *The Transformation of Governance in the European Union*. London; New York: Routledge, S. 14-35
- Kooiman, Jan, 2000: Societal Governance: Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction. In: Pierre, Jon (Hrsg.): *Debating Governance*. Oxford; New York: Oxford University Press, S. 138-164
- Maduro, Miguel Poiars, 1998: *We The Court*. Oxford; Portland, Oregon: Hart
- March, James G.; Olsen, Johan P., 1995: *Democratic Governance*. New York; London: Free Press
- Mayntz, Renate, 1998: *New Challenges to Governance Theory*. European University Institute, The Robert Schuman Centre, Jean Monnet Chair Papers No 50
- Overbeek, Henk, 2000: Auf dem Weg zu einer neo-gramscianischen Theorie der europäischen Integration – das Beispiel der Steuerharmonisierung. In: Bieling, Hans-Jürgen; Steinhilber, Jochen (Hrsg.): *Die Konfiguration Europas: Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie*. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 162-188
- Pech, Laurent, 2001: Le remède au gouvernement des juges: Le judicial self restraint?. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): *Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999*. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 63-113
- Pfersmann, Otto, 2001: Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): *Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999*. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 37-52
- Picard, Étienne, 2001: Démocraties nationales et justice supranationale: L'exemple européen. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): *Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999*. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 211-241
- Pierre, Jon; Peters, B. Guy, 2000: *Governance, Politics and the State*. Houndmills; London: MacMillan
- Puissochet, Jean-Pierre, 2001: Le gouvernement des juges vu par les juges? [Redebeitrag]. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): *Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999*. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 296-305
- Rhodes, Rod A. W., 2000: Governance and Public Administration. In: Pierre, Jon (Hrsg.): *Debating Governance*. Oxford; New York: Oxford University Press, S. 54-90
- Rosamond, Ben, 2000: *Theories of European Integration*. Houndsmill; Basingstoke: Palgrave
- Rosenau, James N.; Czempiel, Ernst-Otto (Hrsg.), 1992: *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge; New York: Cambridge University Press
- Rousseau, Dominique, 2001: L'émergence d'un concept [Redebeitrag]. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): *Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999*. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 335-337
- Scoffoni, Guy, 2001: Les enseignements d'une vieille démocratie: L'exemple américain. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): *Gouvernement des*

- juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 187-200
- Shapiro, Martin, 1999: The European Court of Justice. In: Craig, Paul; Búrca, Gráinne de (Hrsg.): The Evolution of EU Law. Oxford; New York: Oxford University Press, S. 321-347
- Shaw, Jo, 1999: Postnational Constitutionalism in the European Union. In: Journal of European Public Policy, Jg. 6, H. 4 (Special Issue), S. 579-597
- Stone Sweet, Alec, 2002: Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe. Oxford; New York: Oxford University Press
- Stone Sweet, Alec; Fligstein, Neil; Sandholtz, Wayne, 2001: The Institutionalization of European Space. In: Stone Sweet, Alec; Sandholtz, Wayne; Fligstein, Neil (Hrsg.): The Institutionalization of Europe. Oxford; New York: Oxford University Press, S. 1-28
- Stone Sweet, Alec; Sandholtz, Wayne, 1998: Integration, Supranational Governance, and the Institutionalization of the European Polity. In: Sandholtz, Wayne; Stone Sweet, Alec (Hrsg.): European Integration and Supranational Governance. Oxford: Oxford University Press, S. 1-26
- Troper, Michel, 2001: Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?. In: Brondel, Séverine; Foulquier, Norbert; Heuschling, Luc (Hrsg.): Gouvernement des juges et démocratie. Séminaire international, 12 novembre 1998 – 28 mai 1999. Paris: Publications de la Sorbonne, S. 21-37
- Wincott, Daniel, 1995a: Political Theory, Law, and European Union. In: Shaw, Josephine; More, Gillian: New Legal Dynamics of European Union. Oxford; New York: Clarendon, S. 293-311
- Wincott, Daniel, 1995b: The Role of Law or the Rule of the Court of Justice? An 'Institutional' Account of Judicial Politics in the European Community. In: Journal of Public Policy, Jg. 2, H. 4 (December), S. 583-602
- Wincott, Daniel, 2000: A Community of Law? 'European' Law and Judicial Politics: The Court of Justice and Beyond. In: Government & Opposition, Jg. 35, H. 1, S. 3-27
- Ziltener, Patrick, 1999: Strukturwandel der europäischen Integration: Die Europäische Union und die Veränderung von Staatlichkeit. Münster: Westfälisches Dampfboot (zugl: Zürich, Univ., Diss.)
- Ziltener, Patrick, 2000: Die Veränderung von Staatlichkeit in Europa – regulations- und staatsrechtliche Überlegungen. In: Bieling, Hans-Jürgen; Steinhilber, Jochen (Hrsg.): Die Konfiguration Europas: Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 73-101