

Kapitel 9 Autonomie als Möglichkeit der Infragestellung

1 Von der Kritik zur Transformation

In den vorigen Kapiteln habe ich die Frage nach der Legitimität der EU-Sicherheitsmaßnahmen im RFSR ergründet. Diese Frage stellt sich dringend, da die rekonstruierten Entwicklungen im europäischen RFSR ein bahnbrechendes und folgenreiches Machtphänomen darstellen. Denn die EU hat in den letzten Jahrzehnten in diesem Politikbereich progressiv Kompetenzen übernommen, die den Kern dessen ausmachen, was seit der Neuzeit als *die* zentrale Aufgabe des Staates gilt: die Gewährleistung der Sicherheit.⁸²⁴ Dabei haben die Entwicklungen im RFSR einen Wandel angestoßen, der als paradigmatisch für die Überführung der EU in eine neue Integrationsphase gilt.⁸²⁵

In den vorigen Teilen des Buches habe ich gefragt, nach welchem Legitimationsmodell die EU-Sicherheitsmaßnahmen legitimiert wurden, um dann die Maßnahmen anhand dieses Modells kritisch zu überprüfen. Ich werde nun die Ergebnisse dieser Untersuchung fruchtbar machen, um die grundlegende Frage dieser Abhandlung zu beantworten. Diese Frage lautet, ob das gültige Legitimitätsmodell der EU in der Lage ist, die Ausübung der Macht in diesem Bereich effektiv einzugrenzen, oder ob aus den Defiziten des bestehenden Verständnisses von Legitimität ein neues Modell herausgearbeitet werden soll.

Auf den folgenden Seiten werde ich daher zunächst die Hauptergebnisse der vorigen Kapitel rekapitulieren (Abschnitt 2 unten). In diesem Abschnitt werde ich an den im ersten Teil des Buches präsentierten theoretischen Ansatz anknüpfen und zeigen, inwieweit er operationalisiert wurde. Dabei werde ich die Hauptzüge der Legitimitätskonzeption, die für die EU gilt, noch einmal überblicksartig darstellen. Anhand dieser werde ich schließlich die Hauptergebnisse der Analyse der Legitimität der EU-Sicherheitsmaßnahmen, die ich im zweiten Teil durchgeführt habe, vor Augen führen.

824 Vgl. dazu Gander, Hans-Helmuth, Sicherheitsethik – ein Desiderat? Mögliche Vorüberlegungen, in: Gander, Hans-Helmuth et al. (Hg.), *Resilienz in der offenen Gesellschaft*, 85–94.

825 Vgl. oben Kapitel 3, Abschnitt 5.

2 Eine provisorisch für gültig gehaltene Legitimität

Die Abschnitte 3 und 4 bauen auf diese Ergebnisse auf, um eine Transformation des Legitimationsmodells der EU vorzuschlagen, die mir anhand der Entwicklungen im RFSR nötig scheint. Diese Entwicklungen fordern die existierenden Mechanismen zur Eingrenzung der Macht heraus, die in Konformität mit dem Legitimationsmodell des demokratischen Rechtsstaates im RFSR nur teilweise erfolgreich eingesetzt werden (Abschnitt 4.1). Meine These ist, dass es, um diese Herausforderungen erfolgreich zu bewältigen, einer Transformation des Autonomiekonzepts bedarf, das als Grundlage der demokratischen Komponente des EU-Legitimationsmodells gilt. Im Abschnitt 4.2 unten elaboriere ich dementsprechend ein Verständnis von Autonomie, das den Akzent vom notwendigen Konsens zur möglichen Infragestellung verschiebt. Dabei verdeutliche ich, warum ein solches Modell einerseits besonders affin zum realistischen Ansatz dieser Abhandlung und andererseits mir besonders geeignet scheint, die Herausforderungen des präemptiven Sicherheitsmodells zu adressieren (Abschnitt 4.3). Darüber hinaus skizziere ich die konkreten Mechanismen der Teilnahme und der Kontrolle, die ein solches Verständnis der Autonomie impliziert (Abschnitt 4.4).

Schließlich gehe ich im Abschnitt 5 der Frage nach, ob das vorgeschlagene Autonomieverständnis nur für den RFSR oder auch für die EU als politisches Projekt insgesamt ein angesichts der gegenwärtigen Herausforderungen angemessenes Legitimationsgerüst liefern könnte.

2 Eine provisorisch für gültig gehaltene Legitimität

Die Beantwortung der grundlegenden Frage dieser Untersuchung, nämlich der Frage nach der Legitimität der EU-Maßnahmen im RFSR, bedurfte im Vorfeld der Klärung anderer Fragen. Notwendige Klärungen bezogen sich zunächst auf den Begriff der Legitimität selbst: Was kann darunter verstanden werden? Aus welcher Perspektive kann die Legitimität der EU-Maßnahmen überprüft werden?

Im ersten Kapitel des Buches bin ich diesen beiden Teilfragen nachgegangen. Dort habe ich für eine realistische Perspektive im Sinne des gegenwärtigen Realismus als Strömung der politischen Philosophie plädiert. Nach diesem Ansatz soll die Beantwortung der politischen Fragen ihren Ausgangspunkt im politischen Bereich nehmen. Dieser soll zudem die Betrachtung von politischen Fakten anstatt die von Idealen privilegieren und bewusst machen, dass Werte und Prinzipien ihre normative Bedeutung nur im Kontext entfalten können. Eine solche realistische Perspektive ist

keineswegs eine Perspektive, welche die Normativität scheut. Im Gegen teil: Sie erkennt die normative Dimension der Politik und die Zentralität der Legitimität als politische Kategorie an.

Nach dem gegenwärtigen Realismus ist die erste politische Frage diejenige nach der Gewährleistung von Ordnung, Sicherheit und der Erhaltung der Bedingungen der Kooperation. Das unterscheidet eine politische Organisation von einem anarchischen Zustand, aber noch nicht von anderen Formen der organisierten Gewalt wie einer Terrorherrschaft. Dafür bedarf es einer weiteren Bedingung: Eine politische Ordnung ist eine, die auch garantieren kann, dass „die Lösung nicht Teil des Problems wird“⁸²⁶ nämlich dass die Ausübung von Gewalt Ordnung und Sicherheit gewährleistet und nicht die gleichen Probleme (Unsicherheit, Gewalt etc.) reproduziert, die sie eigentlich beseitigen sollte. Beide dieser Bedingungen sind aus einer realistischen Perspektive konstitutiv für die politische Macht: Die Gewährleistung der Ordnung kann nicht politisch gedacht werden, ohne gleichzeitig auch die Bedingungen der Einschränkung der Macht zu berücksichtigen. Mit anderen Worten ist eine politische Macht eine Form von Machtausübung, die einen Legitimitätsanspruch in dieser Form erhebt: Sie existiert, um Ordnung und Sicherheit zu garantieren *und* tut es in einer Art und Weise, die keine Unordnung und Unsicherheit ihrerseits reproduziert. Eine politische Machtorganisation ist also etwas, das sich stets durch diese beiden Bedingungen legitimiert: Effektivität und Einschränkung der Macht, wobei beide Bedingungen gleichzeitig erfüllt werden müssen.

Wie diese beiden Bedingungen konkret verstanden werden, ist für jeden Kontext spezifisch. Wo die Grenze zwischen Legitimsein und Nicht-Legitimsein verläuft, kann nach einer realistischen Auffassung nicht nur ein einziges Mal für alle Situationen in Bezug auf abstrakte Prinzipien entschieden werden, sondern muss in der Auseinandersetzung mit den konkreten politischen Realitäten und Kontexten herausgearbeitet werden. Das reduziert aber die jeweiligen Konzeptionen der Legitimität nicht auf oberflächliche und kontingente Überzeugungen, die etwa durch Meinungsumfragen abgefragt werden könnten. Vielmehr drücken die jeweiligen Konzeptionen der Legitimität Prinzipien aus, die sich historisch in einer Gesellschaft sedimentiert haben und in dieser tief verankert sind.⁸²⁷

Dies führt uns also zu einer zentralen Herausforderung einer politischen Philosophie, die realistisch sein, aber nicht auf jegliche Normativität ver-

826 Williams, *In the beginning was the deed*, 4, Übersetzung E.O.

827 Vgl. Kapitel 2, Abschnitt 5.

zichten will. Diese Herausforderung besteht darin, die einem Kontext immanenten Legitimitätsmaßstäbe für eine kritische Überprüfung des gleichen Kontextes zu verwenden. Sie entsteht aus dem scheinbaren Paradoxon, von einem normativen System auszugehen und dieses System gleichzeitig infrage zu stellen. Diese Herausforderung kann, so habe ich im ersten Kapitel argumentiert, mit Rekurs auf die Konzeption eines Denksystems als „Lebenselement der Argumente“⁸²⁸ überwunden werden. Diese Figur verdeutlicht, wie es möglich ist, Teile eines Überzeugungssystems provisorisch als gültig anzusehen und als Grundlage für die Kritik anderer Teile des Systems zu nutzen, ohne die provisorisch für gültig gehaltenen Vorstellungen als letztbegründet, notwendig, objektiv oder universell anzusehen. Vielmehr können in einem zweiten Moment auch diese Überzeugungen kritisch hinterfragt werden. Es scheint somit plausibel, das Legitimitätsmodell der EU ernst zu nehmen und als Grundlage der Kritik zu verwenden, ohne es dabei – konsequent mit unseren realistischen Prämissen – für universell gültig, notwendig, letztbegründbar und nicht selbst hinterfragbar zu halten.

Damit eröffnet sich also die Möglichkeit einer nichttranszendentalen Kritik, die aus unserem partikulären Standpunkt erfolgen kann, ohne diesen vorbehaltlos akzeptieren zu müssen. Mit Michel Foucault gesagt, erlaubt uns diese Form der Kritik, „an der Grenze zu sein“,⁸²⁹ die Möglichkeit einer Transformation unserer Gegebenheiten in den Blick zu nehmen, ohne diese transzendieren zu müssen. Auf dieser Grundlage fußt auch die Möglichkeit, die EU-Sicherheitspolitik einer immanenten Kritik im Sinne Rahel Jaeggis zu unterziehen. Durch diese Form der Kritik deckt die Konfrontation der Praktiken mit ihren eigenen Idealen Widersprüche auf, die auf die Notwendigkeit einer Transformation sowohl der Praktiken als auch der Ideale hinweisen.⁸³⁰ Dabei können die geltenden Ideale der Legitimation der EU-Politik zunächst als Maßstäbe für die Kritik verwendet werden, ohne dass sie notwendigerweise auch als Leitbild der daran anknüpfenden Transformation gelten müssen. Eine Argumentationslinie, nach der die Legitimationsdefizite durch eine bessere Angleichung der Realität bzw. der Institutionen an die Ideale überwunden werden können,

828 Wittgenstein *Über Gewissheit*, § 105 und das Kapitel 1 dieses Buches, Abschnitt 3.1.

829 Foucault, Was ist Aufklärung?, 48. Vgl. auch das Kapitel 1 dieses Buches, Abschnitt 3.2.

830 Vgl. Jaeggi, Was ist Ideologiekritik?, und das Kapitel 1 dieses Buches, Abschnitte 3.3 und 3.4.

würde sich in einer *internen* Kritik erschöpfen. Wie im ersten Kapitel dargestellt,⁸³¹ bleibt aber diese Form der Kritik in der geltenden Normativität befangen, währenddessen es die Ambition einer *immanenten* Kritik ist, einen genuin normativen Beitrag zu leisten, der auch die geltenden Werte kritisch hinterfragt und möglicherweise Vorschläge für deren Transformation formuliert.

Im zweiten Kapitel habe ich eine Brücke geschlagen zwischen dem theoretischen Ansatz und dem spezifischen Kontext, der in diesem Buch analysiert wurde, nämlich demjenigen der EU-Sicherheitspolitik. Zunächst war es nötig, die Legitimitätskriterien herauszuarbeiten, die für die EU spezifisch sind.

Zu diesem Zweck habe ich geschildert, wie das Legitimitätsmodell der EU in der individualistischen Wende der Neuzeit wurzelt und sich durch die Jahrhunderte in dem Modell des demokratischen Rechtsstaates kristallisiert hat. Dieses basiert auf zwei philosophischen Grundannahmen: dem Machtpessimismus und dem juristischen Optimismus. Nach dem ersten ist Macht gleichzeitig notwendig, um die Sicherung der Ordnung zu garantieren, und gefährlich, weil ihr eine konstitutive Neigung zur Ausdehnung innewohnt. Mit dem Umgang mit dieser Spannung wird das Rechtssystem beauftragt: Es soll garantieren, dass die Macht in ihren Grenzen bleibt, wofür es aber wiederum eine Absicherung durch Gewalt braucht. Um diese paradoxe Funktion zu erfüllen, hat das Modell des Rechtsstaates zwei Mechanismen entwickelt: die Streuung der Macht und die Differenzierung der Macht. Ersteres Prinzip impliziert die Ermächtigung der Individuen, vor allem durch die Anerkennung individueller Rechte und die Eingrenzung der Macht; zweiteres Prinzip führt zur Trennung der politischen von der religiösen und ökonomischen Macht einerseits und andererseits bestimmt es die Trennung der Funktionen der Rechtssetzung und Rechtsanwendung innerhalb der Staatsgewalt.⁸³² Diesen genuin rechtsstaatlichen Aspekten kommt im Legitimitätsmodell der EU ein weiteres Element hinzu: das Demokratieprinzip. Der philosophische Kern dieses Prinzips ist die kantische Idee der Autonomie des Menschen als Selbstgesetzgebung, wonach jedes Individuum nur an diejenigen Gesetze gebunden sein darf, denen es seine Zustimmung hätte geben können.⁸³³

In einem weiteren Schritt habe ich die identifizierten Legitimitätsprinzipien operationalisiert, um die EU-Sicherheitsmaßnahmen zu überprüfen.

831 Vgl. das Kapitel 1 dieses Buches, Abschnitt 3.4.

832 Vgl. Kapitel 2, Abschnitt 5.1.

833 Vgl. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* und Kapitel 2, Abschnitt 5.2.

Dementsprechend habe ich diese grundlegenden Legitimitätsprinzipien, die in der EU gelten und sich an dem Modell des demokratischen Rechtsstaates orientieren, in drei Kriterien übertragen: nämlich Rechtfertigung, Verfahrenskonformität und Rückwirkung auf die normative Ordnung. Nach dem Kriterium der Rechtfertigung habe ich gefragt, wie die Maßnahmen legitimiert wurden, insbesondere in Bezug auf deren Zweck und auf deren Effektivität, den vorgegebenen Zweck zu erreichen. Nach dem zweiten Kriterium (Verfahrenskonformität) habe ich untersucht, ob die Maßnahmen gemäß den auf EU-Ebene gültigen Verfahren bestimmt und eingeführt wurden. Schließlich habe ich nach dem dritten Kriterium untersucht, wie die eingeführten Sicherheitsmaßnahmen auf die rechtlich-politische Ordnung der EU zurückwirken. Anhand dieser Prinzipien und des methodologischen Ansatzes, der im ersten Kapitel dargestellt wurde, habe ich dann in den Kapiteln 3 bis 7 die EU-Sicherheitspolitik im RFSR analysiert.

Dabei habe ich das EU-Legitimitätsmodell für provisorisch gültig gehalten. Vor diesem Hintergrund habe ich mit Foucault gefragt, wie bestimmte Phänomene zu Sicherheitsproblemen geworden sind und wie diese Problematisierung eine Reihe von Wissens- und Machtmechanismen hervorgebracht hat, die sich mit ihrer Lösung beschäftigt haben. Bezogen auf den RFSR bedeutet dies, zu fragen, zu welchem Ordnungsproblem die Sicherheitsmaßnahmen eine Antwort geben, wie es überhaupt zu diesem Problem gekommen ist und welche Rationalität die darauf reagierenden Sicherheitsmaßnahmen verkörpern. Mit Jaeggi habe ich schließlich gefragt, welche Widersprüche sich aus der Konfrontation der Sicherheitsmaßnahmen im RFSR mit den gültigen EU-Legitimitätsprinzipien ergeben und ob diese die Richtung einer möglichen Transformation aufzeigen. Diese Transformation erschöpft sich nicht in der Angleichung der Maßnahmen an die für provisorisch gültig gehaltenen Legitimitätsprinzipien, sondern zieht in den Wandel auch die Ideale mit ein.

3 Die defizitäre Legitimität der Sicherheitsmaßnahmen im RFSR

Die Ergebnisse der Analyse der Legitimität der EU-Sicherheitspolitik gemäß dem provisorisch für gültig gehaltenen Legitimitätsmodell können in den folgenden drei Punkten zusammengefasst werden. In jedem Punkt fasse ich die Hauptthesen zusammen, die sich aus der Analyse anhand der drei Kriterien der Rechtfertigung, der Verfahrenskonformität und der Rückwirkung auf die normative Ordnung ergeben haben.

Erstens hat die Untersuchung gezeigt, dass das Phänomen, auf das die Sicherheitsmaßnahmen der EU reagieren, der in Schengen 1985 beschlossene Abbau der Grenzkontrollen und die damit begünstigte, freie Zirkulation von Waren, Kapital und Menschen ist. Nun aber ist dieses Phänomen keine spezifische *Sicherheitsherausforderung*. Vielmehr wurde es als ein Kontrollverlust interpretiert und als Sicherheitsbedrohung dargestellt, obwohl empirische Studien keinen tatsächlichen Anstieg der Kriminalität im Zusammenhang mit dem Abbau der Grenzkontrollen beweisen konnten. Nichtsdestotrotz lieferte der in Schengen beschlossene Abbau der Grenzkontrollen den Impuls, um die Kooperation auf EU-Ebene, die zuvor nur informell existierte, unter einem gemeinsamen Dach zusammenzuführen und auszubauen. Das verdeutlicht zudem den ersten Widerspruch dieser Maßnahmen, der sich auf der Ebene der Rechtfertigung offenbart: Die Sicherheitsmaßnahmen sind eine Antwort auf ein Problem, dessen Sicherheitsrelevanz mehr postuliert als bewiesen wurde. Sie wurde zudem nicht ex post effektiv überprüft und ist in Bezug auf einige Maßnahmen auch prinzipiell nicht überprüfbar. Die Hauptrechtfertigung für den Auf- und Ausbau des RFSR scheint sich also nicht mit dem effektiven Einsatz der Maßnahmen zu decken.

Zweitens wurde festgestellt, dass die Einführung dieser Maßnahmen eine systematische Forcierung der geltenden institutionellen Verfahren bedeutet hat. Insbesondere die Mechanismen der Differenzierung der Macht wurden de facto umgangen, und die institutionellen Verfahren waren durch die Präeminenz der Exekutive über die Legislative und Judikative sowohl auf nationalen als auch auf europäischen Ebenen gekennzeichnet. Trotz der formell durch den Vertrag von Lissabon statuierten Erweiterung der Kompetenzen des EU-Parlaments und des EuGH ist der RFSR heute immer noch durch einen intergouvernementalen Stil und die überragende Rolle der Exekutivorgane geprägt. Das verdeutlicht einen zweiten Widerspruch, der zwischen dem rechtsstaatlichen Ideal der EU-Legitimität und der Realität der EU-Sicherheitsmaßnahmen besteht.

Drittens wurden durch diese Maßnahmen die individuelle Autonomie und die individuellen Rechte, die als philosophische Grundlage des Legitimitätsmodells der EU dienen, eingeschränkt. Hiermit manifestiert sich ein Zirkel zwischen Freiheit, Recht und Sicherheit, in dem sich die drei Elemente und insbesondere Freiheit und Sicherheit transformieren und rückwirkend gegenseitig beeinflussen. Von dem Vorrang der Freiheit, verstanden als Freizügigkeit, hat sich das Verhältnis zwischen diesen drei Elementen hin zur Präeminenz der Sicherheit entwickelt.

4 Ein Vorschlag für die Transformation der Legitimationsprinzipien

Aufgrund dieser drei Ergebnisse, kann die Antwort auf die erste, grundlegende Frage dieser Untersuchung festgehalten werden: In Bezug auf die Kriterien der Normativität, die konstitutiv für die Legitimität in der EU sind, haben sich die EU-Maßnahmen im RFSR als defizitär erwiesen. Meine Überzeugung ist aber, dass die normative Konsequenz, die daraus zu ziehen ist, sich nicht in der Aufforderung zur Angleichung der Maßnahmen an die Ideale erschöpft. Vielmehr bedarf es einer zusätzlichen Transformation der Ideale selbst, wie ich im Folgenden ausführen werde.

4 Ein Vorschlag für die Transformation der Legitimationsprinzipien

4.1 Stärken und Schwächen der geltenden Legitimationsmechanismen

Im zweiten Kapitel habe ich dargelegt, dass die grundlegenden philosophischen Prinzipien, auf denen das Legitimationsmodell der EU fußt, der Machtpessimismus, der juristische Optimismus und die Idee der individuellen Autonomie sind. Die ersten beiden begründen die rechtsstaatlichen Prämissen des Legitimationsmodells, während das dritte die demokratische Komponente darstellt.⁸³⁴ Die rechtsstaatlichen Prinzipien begründen den Rekurs auf Mechanismen der Streuung und der Differenzierung von Macht, um die innere Neigung der Macht, sich über die eigenen Grenzen hinaus auszudehnen, zu kontrastieren. Das demokratische Prinzip der Autonomie verlangt die Partizipation der Individuen an politischen Entscheidungsprozessen.

Nun konnten aber diese Prinzipien und die damit verbundenen Mechanismen im Fall der EU-Sicherheitspolitik nur partiell die gewünschte zähmende Wirkung ausüben. Die Legitimität politischer Maßnahmen, wie ich im ersten Kapitel argumentiert habe, setzt einerseits voraus, dass diese effektiv zur Erhaltung der Ordnung beitragen, und andererseits, dass sie nicht selbst eine Bedrohung für grundlegende Grundrechte darstellen. Nun scheint aufgrund der durchgeföhrten Analyse die Legitimität der Sicherheitsmaßnahmen sowohl in Bezug auf das Effektivitätskriterium als auch in Bezug auf das Eingrenzungskriterium defizitär zu sein. In Bezug auf Effektivität konnte nicht überzeugend plausibilisiert werden, dass die eingeföhrten Maßnahmen tatsächlich zur Erhaltung der Sicherheit beitragen. In Bezug auf die Eingrenzung wurde aus der Analyse ersichtlich, dass die geltenden Kriterien der Machtkontrolle systematisch forciert wurden.

834 Vgl. Kapitel 2, Abschnitt 5.

Es ist damit zu einer Situation gekommen, in der die Sphäre der individuellen Rechte eingeschränkt und diejenige der öffentlichen Macht erweitert wurde. Die Frage ist nun, wo die bestehenden Mechanismen wenigstens teilweise erfolgreich ihre Eingrenzungsfunktion ausüben konnten und wo dagegen Defizite bestehen.

Meiner Meinung nach haben die bestehenden Kontrollmechanismen in zwei Hinsichten effektiv auf die neue Herausforderung reagiert. Erstens stellt die Stärkung der Mitbestimmungsrechte des EU-Parlaments und der nationalen Parlamente sowie der Kontrollrechte des EuGH, die mit dem Vertrag von Lissabon beschlossen wurde, eine nötige und wichtige Operationalisierung des Prinzips der Differenzierung der Macht dar.⁸³⁵ Diese Mechanismen wurden zwar mit Verspätung eingeführt, sodass die Auswirkungen der Präeminenz der Exekutive, die lange die polizeiliche und justizielle Kooperation in der EU geprägt hat, immer noch spürbar sind.⁸³⁶ Jedoch stellen sie eine wichtige Entwicklung dar, die nun konsolidiert werden sollte.

Zweitens hat die Reform des Datenschutzrechts, die neben der Ersaltung der Datenschutzgrundverordnung auch im Bereich der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit stattfand, effektiv auf die Herausforderungen der Digitalisierung reagiert.⁸³⁷ Diese Erneuerungen sind zweifelsohne eine wichtige Verstärkung des Prinzips der Streuung der Macht hinsichtlich der individuellen Rechte auf Schutz der Privatsphäre und der personenbezogenen Daten. Das Bestehen dieser Sphäre ist nicht nur per se, sondern auch für eine effektive demokratische Teilnahme wichtig, weil sie als nötige Voraussetzung für die Entwicklung einer mündigen

835 Vgl. vertiefend Kapitel 3, Abschnitt 2.3.3.

836 Ebd.

837 Vgl. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Amtsblatt der Europäischen Union L 119/1 vom 04.05.2016 und Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, Amtsblatt der Europäischen Union L 119/89 vom 04.05.2016.

Bürgerschaft gilt.⁸³⁸ Die Bedeutung der Datenschutzrechtsreform darf also auch aus demokratischer Perspektive nicht geleugnet werden.

Jedoch konnten beide Reformen (die Stärkung der Differenzierung der Macht durch den Lissaboner Vertrag und die Stärkung der Streuung der Macht durch die Datenschutzreform) kein ausreichendes Korrektiv für die Gefahr bieten, welche die präemptive Ausrichtung der Sicherheitspolitik im RFSR darstellt, wie ich im zweiten Teil dieses Buches geschildert habe.

Meine These ist, dass diese Unzulänglichkeit nicht nur institutionellen Mängeln geschuldet ist. Zwar sind die beiden erwähnten institutionellen Reformen zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die meisten Maßnahmen bereits beschlossen wurden. Das gilt jedoch in Bezug auf die PNR-Richtlinie nicht. Einerseits war der Vertrag von Lissabon bereits lange in Kraft, als die Richtlinie 2016 beschlossen wurde. Andererseits wurde die Datenschutzreform am gleichen Tag wie die PNR-Richtlinie verabschiedet und trat wie auch die PNR-Richtlinie 2018 in Kraft. Daher sind meines Erachtens nicht nur (zum Teil bereits erfolgte) institutionelle Reformen notwendig, sondern auch eine Transformation auf der Ebene der Wertekonzeption, und zwar spezifisch bezüglich der öffentlichen Komponente der individuellen Autonomie.

Wie ich im zweiten Kapitel dieses Buches dargestellt habe, kann der konzeptuelle Kern des modernen westlichen demokratischen Ideals (das auch einen wichtigen Teil des EU-Legitimationsgerüsts darstellt) in der Konzeption der Autonomie als Selbstgesetzgebung identifiziert werden. Dieser Auffassung von Autonomie, wie ich im nächsten Abschnitt ausfüh-

838 Für eine Diskussion der Beziehung zwischen Schutz der Privatheit und Stärkung der Demokratie vgl. Orrù, Minimum Harm by Design. Reworking Privacy by Design to mitigate the risks of surveillance; über den Bezug zu anderen Grundrechten vgl. Poscher, Ralf, Die Zukunft der informellen Selbstbestimmung als Recht auf Abwehr von Grundrechtsgefährdungen, in: Gander, Hans-Helmut et al. (Hg.), *Resilienz in der offenen Gesellschaft*, Baden-Baden: Nomos 2012, 167–190 und Poscher, Ralf, The Right to Data Protection: A No-Right Thesis, in: Miller, Russell A. (Hg.), *Privacy and power. A transatlantic dialogue in the shadow of the NSA-Affair*. Cambridge: Cambridge University Press 2017, 129–141. Über die institutionelle und abwehrrechtliche Dimension des Datenschutzgrundrechts aus Perspektive der Rechtsdogmatik vgl. Marsch, Nikolaus, *Das europäische Datenschutzgrundrecht. Grundlagen, Dimensionen, Verflechtungen*. Tübingen: Mohr Siebeck 2018. Über die Entwicklung des europäischen Datenschutzrechts zur Zeit der Verabschiedung der Datenschutzgrundverordnung vgl. Schneider, Jens-Peter, Developments in European Data Protection Law in the Shadow of the NSA-Affair, in: Miller, Russell A. (Hg.), *Privacy and power. A transatlantic dialogue in the shadow of the NSA-Affair*. Cambridge: Cambridge University Press 2017, 539–563.

ren werde, wohnt eine Tendenz inne, die effektive Partizipation und Kontrolle durch die Bürger_innen hemmen kann. Eine Verschiebung des Akzentes von der Selbstgesetzgebung zur Infragestellung, so mein Vorschlag, könnte dazu beitragen, die Risiken der präemptiven Ausrichtung der EU-Sicherheitspolitik effektiver einzudämmen.

4.2 Öffentliche Autonomie als Möglichkeit der Infragestellung

Bekanntlich wurde die Konzeption der Autonomie als Selbstgesetzgebung durch Immanuel Kants Moralphilosophie geprägt und lieferte seitdem das Paradigma liberaler politisch-philosophischer Ansätze.⁸³⁹ Von Jürgen Habermas bis John Rawls, um nur die prominentesten Vertreter dieser Tradition zu nennen, wird Autonomie so interpretiert, dass die legitim bindenden, oder gerechten, Handlungsnormen diejenigen sind, zu denen eine jede Person ihre Zustimmung hätte geben können. Emblematisch dafür sind Habermas' Diskursprinzip und Rawls' Urzustand. Ersteres wird in der Formel kondensiert: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“⁸⁴⁰ Nach Rawls soll auf ähnliche Weise der „Gedanke des Urzustands [...] zu einem fairen Verfahren führen, demgemäß eine Übereinkunft über Grundsätze nur zu gerechten Grundsätzen führen kann“.⁸⁴¹ Sowohl Habermas' Diskursprinzip als auch Rawls' Urzustand verbinden dabei Autonomie mit Konsens und interpretieren letzteren als *hypothetischen* Konsens. Dass der entscheidende Konsens hypothetisch ist, wird in der Formel des Diskursprinzips durch die Verwendung des Konjunktivs „können“ und in Rawls' Theorie durch den fiktiven Charakter des Urzustandes verdeutlicht.

839 Vgl. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* und Kant, Immanuel, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, hg. v. Ebbinghaus, Julius. Frankfurt am Main: Klostermann 1982 (zuerst veröffentlicht 1793). Vgl. auch oben Kapitel 2, Abschnitt 5.2.

840 Habermas, *Faktizität und Geltung*, 138. Vgl. auch für Habermas' Interpretation des Autonomieverständnisses von Kant und dessen Implikationen für die Legitimität der Handlungsnormen ebd., 122.

841 Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 159. In diesem Zustand befinden sich die Parteien unter einem „Schleier des Nichtwissens“, wodurch sie nicht wissen, „wie sich die verschiedenen Möglichkeiten auf ihre Interessen auswirken würden, und müssen Grundsätze allein unter allgemeinen Gesichtspunkten beurteilen“.

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, alle möglichen Interpretationen und Weiterentwicklungen der Theorien von Habermas und Rawls nachzuverfolgen. Ich möchte hier in erster Linie hervorheben, dass eine konsensualistische Konzeption der Autonomie, wie sie bei diesen Autoren zum Ausdruck kommt, eine Tendenz in sich hat, Autonomie und Gehorsam letztendlich miteinander zu verschränken und damit die Möglichkeit einer genuinen Kritik einzuschränken. Damit meine ich keinesfalls, dass eine solche Verschränkung notwendig ist, noch dass keine Weiterentwicklungen dieser Theorien möglich sind, die dieser Neigung entgehen.⁸⁴² Meines Erachtens kann aber eine Autonomiekonzeption, die dezidierter auf die Möglichkeiten der Infragestellung anstatt auf Konsensus setzt, effektivere Partizipations- und Kontrollmechanismen begünstigen.⁸⁴³

Wie ich gleich in Anlehnung an Carole Pateman schildern werde, neigen konsensbasierte Theorien der Autonomie dazu, sich in einen Wider-

842 Beispielhaft seien hier Rainer Forsts Recht auf Rechtfertigung und die Erweiterung des rawlsschen Gedankenexperiment auf die familiären Verhältnisse durch Susan Moller Okin genannt. Vgl. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit* und Okin, Susan Moller, *Justice, Gender, and the Family*. New York: Basic Books 1989.

843 Eine interessante Forschungsfrage, die sich an dieser Stelle stellt, ist, ob eine solche Verschiebung in der Autonomiekonzeption Parallelen zu der republikanischen Verschiebung des Freiheitsbegriffes von Nicht-Einmischung („*non-interference*“) zu Nicht-Beherrschung („*non-domination*“) aufweist. Vgl. paradigmatisch Skinner, Quentin, *Liberty before Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press 1998 und Pettit, Philip, *Republicanism. A theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press 1999. Sicherlich hat die Konzeption der Autonomie als Kritisierbarkeit und die Ablehnung des Konsenses als Basis der politischen Verpflichtung breite Überschneidungen mit Philip Pettits Modell der „bestreitbaren Demokratie“ und der Freiheit als Nichtbeherrschung. Auch für Pettit gilt: „what is required for non-arbitrariness in the exercise of a certain power is not actual consent to that sort of power but the permanent possibility of effectively contesting it.“ Pettit, *Republicanism. A theory of freedom and government*, 63. Pettits Argument gegen Konsens als Legitimitätskriterium von politischen Entscheidungen folgt jedoch einer anderen Argumentationslinie als die hier verfolgte, vgl. ebd., 184. Da ein eingehenderer Vergleich den Rahmen dieses Buches sprengen würde, werde ich mich im Folgenden darauf beschränken, bestehende mögliche Konvergenzen mit institutionellen Reformvorschlägen seitens der Vertreter_innen des gegenwärtigen Republikanismus, insbesondere Pettit, Richard Bellamy und John McCormick, hervorzuheben.

spruch zu verwickeln, der letztendlich Autonomie und Gehorsam miteinander verschränkt.⁸⁴⁴

Diese Verquickung nimmt ihren Ausgangspunkt in der Qualifizierung des Konsenses als hypothetisch. Der nötige Konsens, der bindende Gesetze legitimiert, kann nicht empirisch als die tatsächliche Zustimmung jedes Individuums verstanden werden. Denn erstens würde die tatsächliche Befragung jedes Individuums die Theorie unvermeidbar mit dem diffizilen Problem der Nichtzustimmung Vieler konfrontieren. Zweitens würde ein empirisches Verständnis des Konsenses eine Form direkter Demokratie implizieren, die als nicht geeignet für moderne Großstaaten gilt.⁸⁴⁵ Konsens wird also als hypothetischer Konsens interpretiert: Legitime Gesetze sind diejenigen, denen aus einem rationalen, vernünftigen, objektiven und universellen Standpunkt zuzustimmen ist. Wie Carole Pateman überzeugend dargestellt hat, kann jedoch durch dieses Verständnis von Konsens das ursprüngliche Ideal der Autonomie leicht in notwendigen Gehorsam münden. Denn wenn plausibel dargestellt werden kann, dass die Gesetze rational (objektiv, universell, vernünftig usw.) sind, dann kann daraus geschlussfolgert werden, dass sie befolgt werden müssen. Einmal die Vernünftigkeit der Handlungsnormen festgelegt, kann die Möglichkeit einer späteren Kontestation leicht ausgeschlossen werden. Konsens als hypothetischer Konsens wird dabei in Pflicht zu Gehorsam transformiert.⁸⁴⁶

An dieser Verbindung zwischen hypothetischer Zustimmung und Gehorsamspflicht setzt die Idee der öffentlichen Autonomie an, die ich hier stark machen will. Diese Idee hält an der Rationalität verbindlicher Gesetze als Grundlage von deren Legitimität fest. Rationalität der Gesetze bedeutet nach diesem Verständnis von Autonomie nur die Voraussetzung

844 Vgl. vertiefend Pateman, *The Problem of Political Obligation. A Critical Analysis of Liberal Theory*. Pateman verdeutlicht zudem die Mechanismen der Universalisierung einer partikulären Perspektive, die bei diesen Theorien am Werk sind. Insbesondere hebt Pateman hervor, dass durch die Universalisierung des konkreten Standpunkts, von dem die Theorien aufgebaut werden (etwa demjenigen des possessiven männlichen Individuums oder des rationalen Egoisten), von konkreten sozialen Fakten abstrahiert wird, in dem Sinne, dass diese Fakten gleichzeitig vorausgesetzt und verschleiert werden.

845 Vgl. Meier, Christian; Reimann, Hans Leo; Conze, Werner, Demokratie, in: Brunner, Otto; Conze, Werner; Koselleck, Reinhart (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1. Heidelberg: Klett-Cotta 1972, 821–899, hier 863–872.

846 Vgl. Pateman, *The Problem of Political Obligation. A Critical Analysis of Liberal Theory*, 11–23 und, spezifisch zu Rawls, ebd., 103–133. Über die Verbindung zwischen Legitimität und Gehorsam vgl. auch Tully, *Public Philosophy in a New Key (Ideas in Context)*, 114–115.

für die Ausübung der Autonomie, nicht aber ihre Eingrenzung. Die Rationalität der Gesetze, anstatt den Weg zu einer notwendigen Akzeptanz durch vernünftige Wesen zu ebnen, ist überhaupt die Voraussetzung dafür, dass diese Wesen Kritik ausüben können. Rationalität bietet dabei die Angriffsfläche, auf der Kritik haften kann.

Autonomie ausüben bedeutet dann nicht, das, was rational ist, zu akzeptieren, sondern dies zunächst kritisch betrachten zu können. Nach diesem Verständnis von öffentlicher Autonomie wird aus Konsens mögliche Kritik, statt Neigung zum Gehorsam entfaltet sich aus Rationalität die Möglichkeit einer kritischen Überprüfung der Handlungsnormen. Legitime Handlungsnormen sind diesem Modell entsprechend nicht diejenigen, die rational begründbar sind und universell gerechtfertigt werden können, sondern diejenigen, die sich zusätzlich noch durch Kritik und Kontestation in einem bestimmten Kontext als tatsächlich akzeptabel erweisen. Die damit erhaltene Legitimität wird nicht einmal für immer festgelegt, sondern lediglich provisorisch bis zur nächsten Herausforderung durch Kritik festgehalten. Autonomie kann also nach dieser Auffassung auch als Möglichkeit der permanenten Kritik verstanden werden.⁸⁴⁷

Diese Verschiebung ähnelt dem Perspektivenwechsel, für den Foucault in Bezug auf das, was er als Ethos der Aufklärung bezeichnet, plädiert. Nach Foucault soll die kritische Haltung der Aufklärung so neu interpretiert werden, dass Kritik von einer Aktivität der Setzung oder Bestätigung notwendiger Grenzen in eine Infragestellung der nun als kontingent gesehnen Grenzen transformiert wird.⁸⁴⁸ In Anlehnung an Foucault besteht Autonomie nach dem von mir vorgeschlagenen Verständnis nicht in der Akzeptanz vernünftiger Handlungsnormen, sondern in der Möglichkeit, diese Normen samt ihren Voraussetzungen infrage stellen zu können.

4.3 Ein modifiziertes Legitimitätsmodell

In Bezug auf das Legitimationsmodell des Rechtsstaates, das im zweiten Kapitel dieses Buches dargestellt wurde, soll der philosophische Kern der demokratischen Komponente von der Idee der Autonomie als Selbstgesetz-

847 Auch Pateman betont die Zentralität der Möglichkeit, die eigene Zustimmung zu revidieren, für eine genuin demokratische Konzeption der Politik. Vgl. Pateman, *The Problem of Political Obligation. A Critical Analysis of Liberal Theory*, 162.

848 Vgl. Foucault, Was ist Aufklärung?; Tully, *Public Philosophy in a New Key (Ideas in Context)*, 18, 39–70.

gebung und das damit verbundene Konsensprinzip auf Autonomie als Kritisierbarkeit verschoben werden. Neben dieser demokratischen Komponente bleiben die rechtsstaatlichen Elemente der Legitimität, so wie im zweiten Kapitel dargestellt, erhalten. Wie Habermas betont, bedingen sich Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gegenseitig.⁸⁴⁹ Damit die rechtsstaatliche Komponente aber ihre machteinschränkende Wirkung voll entfalten kann, muss sie durch eine revidierte Form der Autonomie gestützt werden, nämlich von Autonomie als Möglichkeit der Infragestellung.

Diese vorgeschlagene Modifizierung des Legitimationsmodells korreliert mit dem realistischen Ansatz, der im ersten Kapitel dargestellt wurde und die grundlegende Ausrichtung dieser Analyse darstellt. Denn die Verschiebung von Konsens auf Kritik stimmt mit der realistischen Grundkonzeption des Politischen als eines Feldes überein, das mehr durch Konflikt als durch Konsens gekennzeichnet ist.⁸⁵⁰ Gleichzeitig aber ermöglicht die Fokussierung auf Kritisierbarkeit, an Begründbarkeit und Rationalität als Grundbedingungen der politischen Legitimität festzuhalten. Nach dieser realistischen Konzeption der Legitimität wird das Politische nicht auf ein Konfliktfeld reduziert, in dem nur irrationale Kräfte eine Rolle spielen. Vielmehr ist rationale Begründbarkeit ein wichtiges Instrument, um mit grundlegenden Interessen- und Meinungsverschiedenheiten umzugehen und dabei Konflikte zu entschärfen. Rationalität stellt in diesem Kontext die Grundbedingung der Legitimität dar und ermöglicht erst den demokratischen Entscheidungsprozess.

Die Betonung der Kritisierbarkeit als Kern der Autonomie bedeutet darüber hinaus, auf Universalität als Charakteristik von (gerechten) politischen Entscheidungen zu verzichten. Es wird anerkannt, dass die Möglichkeit eines universellen Konsenses illusorisch ist und dass die hypothetische Zustimmung *aller*, die nach einem konsensualistischen Modell die Legitimität politischer Entscheidungen rechtfertigt, eine Universalisierung partikularer Positionen darstellt.⁸⁵¹

Anstatt dessen soll nach dem vorgeschlagenen Modell die Akzeptierbarkeit politischer Entscheidungen immer als provisorisch erachtet werden und für Kontestation offen bleiben. Denn nur so können sich politische Entscheidungen in der Praxis als legitim oder legitimierbar bewähren. Eine rationale Rechtfertigung politischer Maßnahmen ist, mit anderen

849 Vgl. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 112.

850 Vgl. Kapitel 1, Abschnitt 1.

851 Vertiefend dazu vgl. Kapitel 1, Abschnitt 2.5 und oben Fußnote 844 dieses Kapitels.

Worten, eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung der Legitimität. Die Rechtfertigung muss sich zusätzlich in der Praxis bewähren und ihre Robustheit gegenüber der Kontestation beweisen oder der Kontestation Rechnung tragen und die getroffenen Entscheidungen entsprechend revidieren. Auch das ist kongruent mit der realistischen Überzeugung, dass die normative Geltung von politischen Entscheidungen nicht rational-abstrakt, sondern nur konkret und in Bezug auf den jeweiligen Kontext bestimmt werden kann. Schließlich ist diese Konzeption der Legitimität auch deswegen für einen realistischen Ansatz besonders geeignet, weil sie die Möglichkeit einer Transformation verdeutlicht, die von innerhalb eines politischen Systems ausgeht. Denn Transformation findet in einem solchen Modell ihre Motivation nicht in der angestrebten Angleichung an ein äußeres, ideales Modell, sondern in den Kontestationen, die in der Praxis innerhalb des politischen Systems durchgeführt werden.

Die vorgeschlagene Konzeption der Legitimität, die um Autonomie als Infragestellung ergänzt wird, ist zudem besonders geeignet, die Herausforderungen der sich im RFSR durchsetzenden Konzeption der präemptiven Sicherheit zu adressieren. Wie ich gleich argumentieren werde, kann sie effektive Mechanismen bieten, um die expansive Neigung des präemptiven Sicherheitsmodells einzuzgrenzen, zeigt aber auch gleichzeitig, dass die Intransparenz dieses Modells schlichtweg unvereinbar mit demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien ist.

Wie ich oben ausgeführt habe,⁸⁵² zählen zu den grundlegenden Charakteristika dieses Modells seine innere Neigung zur Ausdehnung und seine Offenheit, was Mittel und Zwecke angeht. Um ein solches Modell effektiv einzuzgrenzen, sind Bestimmungen im Vorfeld zwar notwendig, aber nicht hinreichend. Denn, wie ich dargestellt habe, können Versuche, das Anwendungsfeld der Maßnahmen einzuzgrenzen, leicht durch Sicherheitserwägungen beseitigt werden. Präemptive Logik bedeutet, den Fokus so breit wie möglich zu setzen, damit möglichst viele potenzielle Bedrohungen identifiziert werden können. Aufforderungen, den Fokus begrenzt zu halten, können dementsprechend nach dieser Logik leicht als die Effektivität der Maßnahmen hemmend abgelehnt werden. Das bedeutet nicht, dass diese Eingrenzungsversuche aufgegeben werden sollten. Da sie aber durch die präemptive Sicherheitslogik geschwächt werden, müssen sie von anderen Mechanismen flankiert werden. Die präemptive Logik impliziert zudem, wie ich argumentiert habe, eine Offenheit der Sicherheitssysteme, die im Hinblick auf die neuen, teilweise selbst produzierten Ergebnisse

852 Vgl. oben Kapitel 8, Abschnitt 3.3.

adaptierbar bleiben sollen.⁸⁵³ Auch diese Eigenschaft erschwert die Durchsetzbarkeit von Ex-ante-Kontrollmechanismen. Denn gegen deren Einsatz kann leicht argumentiert werden, dass sie dem Sinn der präemptiven Maßnahmen widersprechen und deren Effektivität beeinträchtigen. Wie ich gezeigt habe, ist Sicherheit ein wirkungsvolles Argument, um die Grenzen der erforderlichen Legitimitätsbedingungen nach hinten zu verschieben.

Gegenüber diesen beiden Charakteristika kann eine Konzeption der Legitimität als Kritisierbarkeit ein mögliches Korrektiv darstellen, denn sie impliziert, dass eine Ex-ante-Rechtfertigung nicht genügt und dass die Legitimitätsbedingungen immer wieder und auch in ihren konkreten Realisierungen überprüft werden müssen. Im Vergleich zu einer konsensbasierten hat diese kritikbasierte Konzeption der Legitimität den Vorteil, dass sie eine konkrete Überprüfung ermöglicht, ob die Bedingungen der Legitimität erfüllt sind. Denn bei einer konsensbasierten Konzeption der Autonomie können die Bedingungen des hypothetischen Konsenses (nämlich die Rationalität, Objektivität und Universalisierbarkeit der Handlungsnormen) nur abstrakt, etwa durch Rekurs auf ein Gedankenexperiment oder einen Universalisierbarkeitstest, überprüft werden. Dagegen können die Bedingungen der Kritisierbarkeit nur durch konkrete Mechanismen der Einflussnahme auf Entscheidungsprozesse und der Kontrolle realisiert werden, deren Bestehen oder Nicht-Bestehen empirisch überprüft werden kann.

Schließlich ist das präemptive Modell der Sicherheit nicht nur durch Breite des Fokus und Offenheit der Ziele gekennzeichnet, sondern auch durch Opazität. Wenn die ersten beiden Charakteristika eine Herausforderung für die Legitimation der Maßnahmen darstellen, scheint diese dritte Eigenschaft mit ihr schlachtweg unvereinbar. Denn um für Kritik offen zu bleiben, müssen politische Entscheidungen sowie die darauffolgenden Maßnahmen transparent sein.⁸⁵⁴ Die Rechtfertigung der Entscheidungen muss nachvollziehbar und kritisierbar sein, dabei müssen insbesondere die Zwecke der Maßnahmen und deren Fähigkeit, diese effektiv umzusetzen, kritisch überprüfbar sein, und zwar, wie sich aus der obigen Diskussion ergibt, nicht nur ex ante, sondern auf kontinuierlicher Basis.

853 Kapitel 8, Abschnitt 3.3.

854 Vgl. auch Poscher, Tendencies in Public Civil Security Law, 68–70. Für die Unterstreichung der Transparenz als notwendige Eigenschaft der europäischen Sicherheitspolitik vgl. Hildebrandt, Algorithmic regulation and the rule of law; Bellanova, Rocco; De Hert, Paul, Transatlantic Cooperation on Travelers' Data Processing: From Sorting Countries to Sorting Individuals. Washington: Migration Policy Institute 2011.

4.4 Mechanismen der Teilnahme und der Kontrolle nach dem vorgeschlagenen Autonomieverständnis

Wie sich nun Kontroll- und Einschränkungsmechanismen, die sich an der vorgeschlagenen Konzeption orientieren, von den derzeit geltenden konkret unterscheiden könnten, werde ich im Folgenden verdeutlichen. Dabei geht es mir nicht darum, die institutionellen Formen detailliert zu beschreiben, sondern die grundlegenden Funktionen zu skizzieren, die durch diese Mechanismen ausgeführt werden können.

Die spezifischen Eigenschaften des vorgeschlagenen Autonomiemodells wirken sich sowohl auf Ebene der Einflussnahme auf politische Entscheidungen als auch auf Ebene von deren Kontrolle aus. Auf ersterer Ebene impliziert das Konzept der öffentlichen Autonomie als Kritisierbarkeit eine genuin *europäische* öffentliche Sphäre, welche die gesellschaftlichen Kontestationen aufnimmt und wirksam für die Transformation von politischen Entscheidungen einsetzt. Dabei werden Mechanismen benötigt, die ohne die Mediation nationaler Strukturen informelle Öffentlichkeit in institutionelle Meinungen übertragen. In einem Modell der repräsentativen Demokratie (also ohne notwendigerweise dieses durch ein System der direkten Demokratie ersetzen zu müssen) würde dies zwei Hauptveränderungen implizieren. Erstens bedürfte es auch Öffentlichkeitskanälen, die genuin europäisch sind, wie etwa europäische öffentlich-rechtliche Medien, Gewerkschaften, Nichtregierungs- und andere zivilgesellschaftliche Organisationen. Diese würden neben den nationalen bestehen bleiben, aber Möglichkeiten der Diskussion und der Kritik darstellen, die nicht durch den Filter und die Organisationsformen der nationalen Öffentlichkeiten gehen müssten. Ebenfalls bedürfte es genuin europäischer Parteien, die Meinungsorientierungen autonom, statt durch das Medium der nationalen Parteien organisieren würden. Diese transnationalen Parteien wären in der Lage, Konsens und Konflikt nicht territorial, sondern thematisch in Bezug auf Kernfragen der EU-Politik zu strukturieren.⁸⁵⁵

855 Wenngleich vor einem anderen Hintergrund, hat Habermas dieses Problem wie folgt prägnant beschrieben: „Was innerhalb eines Nationalstaates als eine Gemeinwohlorientierung zählt, verwandelt sich auf der europäischen Ebene in eine partikulare, auf das eigene Volk beschränkte Interessenverallgemeinerung, die mit jener europaweiten, in ihrer Rolle als Unionsbürger erwarteten Interessenverallgemeinerung in Konflikt geraten kann.“ Habermas, *Zur Verfassung Europas: ein Essay*, 68. Vgl. mit einem ähnlichen Argument, aber in Bezug auf eine globale politische Ordnung Nullmeier; Geis; Daase, Der Aufstieg der Legi-

Die Schaffung einer europäischen Öffentlichkeit scheint gemäß einer Konzeption der öffentlichen Autonomie als Möglichkeit der Infragestellung aus den folgenden Gründen nötig. Erstens bedeutet der Filter der nationalen Öffentlichkeiten und Parteien eine doppelstufige Repräsentation. Diese Form der Repräsentation bleibt durch ein intergouvernementales Modell geprägt, das angesichts der Ausweitung der EU-Kompetenzen in politischen Kernbereichen überholt scheint. Das doppelstufige Modell ermöglicht darüber hinaus den nationalen Repräsentante_innen, sich ihrer Verantwortung für Entscheidungen zu entziehen. Unpopuläre Entscheidungen, die auf nationaler Ebene nicht getroffen werden oder bei den nächsten Wahlen bestraft werden könnten, können gefahrlos auf europäischer Ebene durchgesetzt werden, weil dort die Zuordnung zu einer spezifischen nationalen politischen Strömung aufgrund der komplexeren Entscheidungsmechanismen viel schwieriger ist. Da es schließlich kaum genuin europäische Parteien gibt, die direkt gewählt werden und für Entscheidungen auf europäischer Ebene eindeutig verantwortlich gemacht werden können, bleibt auch die Möglichkeit, durch Wahlen wenigstens die politische Ausrichtung der EU-Politik zu beeinflussen, so gut wie ausgeschlossen.⁸⁵⁶

Das aktuelle, doppelstufige Modell der Repräsentation auf EU-Ebene ist meiner Meinung nach affiner zum Konsensmodell als zu dem von mir vorgeschlagenen Modell der öffentlichen Autonomie als Möglichkeit der Infragestellung. Denn, wie ich oben ausgeführt habe, neigt das konsensualistische Modell dazu, Zustimmung aus der Vernünftigkeit und Verallgemeinerbarkeit der Rechtfertigungen abzuleiten. Werden diese einmal

timitätspolitik. Rechtfertigung und Kritik politisch-ökonomischer Ordnungen, 17.

856 Richard Bellamys Vorschlag, die EU-Politik zu „domestizieren“, verfolgt ein ähnliches Ziel, nämlich den Meinungsbildungsprozess über EU-Entscheidungen den Bürger_innen näherzubringen und in genuin politische Debatten einzubetten, die über eine starre Einteilung in Pro- und Anti-EU-Argumente hinausgehen und sich an die Diskussion der konkreten Entscheidungen richten. Die Mittel, die Bellamy zu diesem Zweck vorsieht, unterscheiden sich jedoch von meinem Vorschlag. Er setzt nämlich auf eine erhöhte Teilnahme der *nationalen* Parlamente und der *nationalen* Parteien an den EU-Entscheidungsfinanzierungsprozessen. Vgl. Bellamy, A European Association of Democratic States: Republican Intergovernmentalism, the Role of National Parliaments and the Democratic Constitution of the EU, 16. Meines Erachtens schließen sich die beiden Entwicklungen, nämlich die Herausbildung einer *europäischen* Öffentlichkeit und die Domestizierung der EU-Politik, nicht aus. Im Gegenteil, sie würden sich gegenseitig ergänzen und verstärken.

plausibilisiert, kann der weitere Entscheidungsfindungsprozess delegiert werden. Konkrete Einflussnahme der Betroffenen und die Möglichkeit der Kontestation spielen dabei eine zweitrangige Rolle. Ein Verständnis von Autonomie als Kritisierbarkeit verlangt dagegen, dass Möglichkeiten zur Einflussnahme und Kritik offen bleiben und permanent reaktiviert werden können.

Die zweite Ebene, auf der die Konzeption der öffentlichen Autonomie als Kritisierbarkeit ihre Wirkung entfaltet, ist die Ebene der Kontrolle. Nach diesem Modell bedarf es ständiger und unabhängiger Kontrollgremien, welche für die Evaluierung der durchgeföhrten Entscheidungen zuständig sind und über weitgehende Rechte verfügen, inklusive der Möglichkeit, bestimmte Entscheidungen rückgängig zu machen.⁸⁵⁷ Diese Kontrollgremien sollen eine mögliche Form der Institutionalisierung der informellen Öffentlichkeit darstellen, in dem Sinne, dass sie Ausdruck der Meinungen und Interessen der Individuen sein sollen. Andererseits sollen sie unabhängige Organe sein: Denn, wie Philip Pettit dargelegt hat, können sicherheitspolitische Themen leicht Gegenstand von Skandalisierungen und dabei einer sachlichen Diskussion entzogen werden.⁸⁵⁸ Im RFSR haben wir ähnliche Skandalisierungen beobachtet, etwa als Maßnahmen, die lange nicht konsensfähig waren, nach einem terroristischen Anschlag plötzlich umgesetzt werden konnten.

Gemäß einem Verständnis von Autonomie als Infragestellung könnte diesem Phänomen entgegengewirkt werden. Denn die eingeföhrten Maßnahmen könnten immer wieder überprüft werden, und diese permanenten Kontrollen würden es ermöglichen, die Maßnahmen nüchtern und anhand ihrer Effektivität zu evaluieren, nachdem der politische Druck

857 Die Wichtigkeit von Kontrollorganen unterstreichend vgl. auch Poscher, *Tendencies in Public Civil Security Law*, 70. Details wie etwa die spezifische Zusammensetzung der Gremien oder deren Verhältnis zu parlamentarischen Kontrollgremien möchte ich an dieser Stelle offenlassen, da sie einerseits über die Ziele dieses Buches hinausgehen und es mir andererseits wichtiger ist, die Funktion der Gremien zu skizzieren statt deren Zusammensetzung oder institutionelle Zuordnung. Für eine anregende Diskussion der Rolle und Risiken etwa der Ethikkommissionen vgl. Siep, Ludwig, Sinn und Grenzen von Ethik-Kommissionen aus philosophischer Sicht, in: Vöneky, Silja et al. (Hg.), *Ethik und Recht – Die Ethisierung des Rechts/Ethics and Law – The Ethicalization of Law*. Berlin; Heidelberg: Springer 2013, 423–432 und Poscher, Ralf, Was Juristen besser können als Ethiker: Ein interdisziplinäres Argument für die gerichtliche Kontrolle von Ethikkommissionen, in: Vöneky, Silja et al. (Hg.), *Ethik und Recht*, 433–441.

858 Vgl. Pettit, *Republicanism. A theory of freedom and government*, 197.

nachgelassen hat, und sie eventuell zu revozieren.⁸⁵⁹ Unabhängige Kontrollgremien würden dabei ein Korrektiv für die Unbestimmtheit der präemptiven Maßnahmen darstellen, indem sie die Kontrollfunktionen, die nicht ex ante ausgeübt werden können, ex post erfüllen würden.

Mechanismen der nachträglichen Kontrolle existieren freilich bereits auch auf EU-Ebene. Die hier vorgeschlagenen Gremien unterscheiden sich jedoch von den bestehenden wie folgt: Einerseits fokussieren sich die im RFSR existierenden Kontrollgremien, wie etwa die Koordinierungsgruppe des SIS II, auf einzelne Aspekte, etwa auf die Überprüfung der datenschutzrechtlichen Konformität der eingeführten Maßnahmen. Zudem besitzen solche Gremien in der Regel keine effektive Sanktionsmacht, sondern nur beratenden Charakter.⁸⁶⁰ Die vorgeschlagenen Kontrollinstanzen sollen vielmehr nicht nur datenschutzrechtliche Aspekte prüfen, sondern auch die Auswirkungen auf andere Grundrechte und die Effektivität der Maßnahmen evaluieren.

Darüber hinaus müsste es effektive Mechanismen geben, die aufgrund einer negativen Evaluation die Weiterführung der Maßnahmen revozieren oder zu einer grundlegenden Revision führen könnten. Bestehende Überprüfungsmechanismen haben sich in Bezug auf die analysierten Sicher-

859 In diesem Sinne sind auch die drei Voraussetzungen der Bestreitbarkeit, die Pettit identifiziert. Die erste Voraussetzung ist nach Pettit, dass die Art und Weise, wie Entscheidungen getroffen werden, eine Basis für Kontestation bietet, was seinerseits Transparenz der Entscheidungen erfordert. Zweitens sind für Pettit Kanäle notwendig, über die Kontestation ausgedrückt werden kann. Schließlich bilden eine weitere Voraussetzung Foren, in denen diese Kontestationen gehört und passende Antworten formuliert werden. Ebd., 186–200. Zu der Frage, ob diese Foren demokratischer ausgerichtet werden können, als Pettit fordert, verweise ich auf die interessanten Überlegungen John McCormicks, vgl. McCormick, John P., Republicanism and Democracy, in: Niederberger, Andreas; Schink, Philipp (Hg.), *Republican Democracy: Liberty, Law and Politics*. Edinburgh: Edinburgh University Press 2013, 89–127. Nach der Auffassung McCormicks spielt die Zusammensetzung dieser Gremien eine wichtige Rolle. Insbesondere schlägt McCormick eine Besetzung durch Repräsentant_innen der populären Klassen vor als Alternative zu der elitären Ausrichtung des pettischen Vorschlags.

860 Die rechtliche Basis für die Kontrollgruppe liefert Art. 46 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), Amtsblatt der Europäischen Union L 381/4 vom 28.12.2006 und Art. 62 des Beschlusses 2007/533/JI des Rates vom 12.06.2007 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), Amtsblatt der Europäischen Union L 205/63 vom 07.08.2007.

heitsmaßnahmen als defizitär erwiesen. Neuerdings bei der Implementierung der PNR-Richtlinie etwa, hat die EU-Kommission in ihrem ersten Überprüfungsbericht keine Angaben etwa zur Quote der falschpositiven Treffer, die durch die Auswertung der PNR-Daten erzeugt werden, gemacht.⁸⁶¹ Dies und andere Defizite in der Offenlegung der Informationen zur Implementierung der PNR-Richtlinie erschweren eine unabhängige Evaluation der Effektivität und Notwendigkeit der PNR-Maßnahmen. Außerdem ist mit der Berichterstattung der Kommission zwar die Möglichkeit eines Änderungsvorschlags, aber keine *Revisionspflicht* der PNR-Richtlinie verknüpft, sollte sich diese als ineffektiv oder unverhältnismäßig erweisen.⁸⁶² Die Einführung von stärkeren Revisionsrechten und -pflichten würde aus den hier vorgeschlagenen Mechanismen womöglich ein Korrektiv zu der sogenannten Sicherheitsspirale machen, welche die kontinuierliche Ausweitung der EU-Sicherheitspolitik vorantreibt.⁸⁶³

Andererseits würde sich diese Form der Kontrolle von der gerichtlichen unterscheiden, die zwar ein breites Kompetenzfeld hat, aber nur reaktiv und unter bestimmten Voraussetzungen aktiviert werden kann. Der EuGH war bisher tatsächlich eine wirkungsvolle Kontrollinstanz, die in einigen Fällen bereits beschlossene Sicherheitsmaßnahmen wieder rückgängig machen konnte, wie im Fall der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung.⁸⁶⁴ Seine Aktivierung ist aber an hohe rechtliche Hürden gebunden und kann entsprechend nur in bestimmten Fällen ausgeübt werden.⁸⁶⁵ Die vorgeschlagenen Kontrollinstanzen würden dagegen *grundsätzlich* und routinemäßig alle Maßnahmen überprüfen, nicht nur diejenigen, gegen die geklagt wird.

861 Vgl. Kap. 6, Abschnitt 4.2. Bezugnehmend auf das SIS und die Prümer Regelungen vgl. jeweils Kap. 4, Abschnitt 4 und Kapitel 5, Abschnitt 4.

862 Vgl. Art. 19 (4) Richtlinie (EU) 2016/681 vom 27.04.2016.

863 Vgl. Kapitel 8, Abschnitt 2.

864 Richtlinie 2006/24/EG vom 15.03.2006 und Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 08.04.2014, Digital Rights Ireland Ltd. Zur Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung vgl. Schneider, Jens-Peter, Rechtsstaatliche Sicherheit in der europäischen Informationsgesellschaft am Beispiel der Vorratsdatenspeicherung, in: Buck, Henning (Hg.), *Neue Fragen an den Rechtsstaat: wie begegnen Politik, Recht und Exekutive aktuellen Friedensgefährdungen?*, Bd. 16. Göttingen: V & R Unipress 2009, 179–192.

865 Vgl. Art. 19 des Vertrags über die EU (EUV) und Art. 251–281 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV), Dok. 2016/C 202/1, Amtsblatt der EU C 202 vom 07.06.2016.

5 Die Reaktivierung der Vision von einem Europa als Raum des Wohlstands und des Friedens

Die Konzeption der Autonomie als Kritisierbarkeit wurde in Bezug auf die Sicherheitspolitik im RFSR erarbeitet. Meiner Meinung nach könnte sie aber auch einen fruchtbaren Ansatz darstellen für eine Reform der Entscheidungsprozesse auf gesamter EU-Ebene. Denn ich teile die Ansicht Koen Lenaerts, des derzeitigen Präsidenten des EuGH, nach dem die Etablierung und der Ausbau des RFSR die EU in ein neues konstitutionelles Modell überführt haben. Der RFSR gilt als emblematisch für die neue Ausrichtung der EU-Politik, die sich nunmehr über die wirtschaftliche Integration hinaus erstreckt.⁸⁶⁶

Die Operationalisierung dieses Konzepts der Autonomie würde meiner Meinung nach die Entscheidungsfähigkeit Europas stärken. Denn die aktuelle Undurchlässigkeit zwischen zivilgesellschaftlicher Ebene und europäischer Politik sowie die aus der mangelnden Möglichkeit an Einflussnahme resultierende Frustration führen zu den gegenwärtigen eklatanten Erschütterungen des europäischen Projekts, die es als Ganzes in Frage stellen. Denn wenn es unmöglich scheint, auf konstruktive Weise zur Transformation der EU-Politik beizutragen, dann bleiben nur zwei Alternativen. Die eine ist die Stärkung der nationalen Identitäten, in der Hoffnung, dass wenigstens die eigenen Interessen der Angehörigen einer nationalen Gemeinschaft von den nationalen Repräsentant_innen vertreten werden. Die zweite Option, die häufig mit der ersten kombiniert wird, besteht in einer destruktiven antieuropäischen Haltung, nach dem Motto: Wenn innerhalb Europas keine Transformation möglich ist, dann können die gewünschten Änderungen nur ohne oder gegen Europa durchgesetzt werden. Beide Alternativen deuten in eine nationalistische Richtung, die das Projekt Europa grundsätzlich bedroht.

Die Konzeption der öffentlichen Autonomie als Kritisierbarkeit und ihre doppelte Auswirkung auf Mechanismen der Einflussnahme und der Kontrolle könnten in diesem allgemeineren Kontext die Möglichkeit bieten, auch grundsätzliche politische Fragestellungen zu erörtern. Eine solche Fragestellung, die sich zwar besonders dringend in Bezug auf den RFSR stellt, aber auch eine allgemeinere Bedeutung besitzt, wäre etwa, wie weit die Sicherung des freien Marktes gehen und wie viel in ihrem Namen preisgegeben werden darf. Dass dies Kernwerte des europäischen Projekts in Frage stellen könnte, darf uns nicht davon abhalten, diese und

866 Vgl. Lenaerts, Foreword, xvi.

ähnliche Fragen zu stellen. Denn das Prinzip der Freiheit des Marktes, das den Impuls für die Sicherheitsmaßnahmen im RFSR gegeben hat, steht nun immer mehr in Konflikt zu anderen Grundwerten der EU, wie zum Beispiel dem Schutz der Grundrechte und -freiheiten, inklusive der für das EU-Projekt so zentralen Bewegungsfreiheit. Dieses Prinzip scheint nunmehr zudem auch dem ursprünglichen Versprechen der EU, Wohlstand zu sichern, entgegenzustehen. Ich glaube daher, dass das gegenwärtige europäische Projekt, wenn es nicht scheitern soll, sich grundsätzlich transformieren muss. Die Infragestellung einiger ihrer Selbstverständlichkeiten und ihrer grundsätzlichen Zielrichtung gehört zu diesem Projekt der Rettung Europas als Versprechen von Wohlstand und Frieden.