

EUR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2013

Jürgen Bast/Florian Rödl [Hrsg.]

**Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale
Demokratie in der Europäischen Union**



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2013

Jürgen Bast/Florian Rödl [Hrsg.]

**Wohlfahrtsstaatlichkeit und
soziale Demokratie in der
Europäischen Union**



Nomos

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-0173-5

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Jürgen Bast/Florian Rödl

Wohlfahrtsstaatlichkeit und „soziales Europa“ im Kontext der Euro-Krise 5

I. Wohlfahrtsstaatlichkeit im europäischen Föderalismus

Alexander Graser

Einmal mehr: Zur Europäisierung der Sozialpolitik 15

Hans Michael Heinig

Territorialität sozialer Sicherheit und transnationale soziale Rechte 31

Alexander Somek

Sozialpolitik in Europa: Von der Domestizierung zur Entwaffnung 49

Martin Höpner

Soziale Demokratie? Die politökonomische Heterogenität Europas als Determinante des demokratischen und sozialen Potenzials der EU 69

II. Legitimationsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung

Philipp Dann

Parlamentarische Legitimation der Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik der EU 93

Markus Krajewski

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Element europäischer Sozialstaatlichkeit 109

Stefan Collignon

Die Europäische Union als Republik 131

III. Verfassungstheoretische und verfassungsdogmatische Perspektiven

Claudio Franzius

Europäische Verfassung als Rahmenordnung demokratischer Politik

Zur sozialen Gestaltungsfreiheit der europäischen Gesetzgeber 155

Florian Rödl

Zu Begriff und Perspektiven demokratischer und sozialer Union 179

Hans-Jürgen Bieling

Europäische Verfassung als „neuer Konstitutionalismus“. Oder: zur europäischen Begrenzung demokratischer Politik 205

Autorenverzeichnis 227

Wohlfahrtsstaatlichkeit und „soziales Europa“ im Kontext der Euro-Krise

Von Jürgen Bast, Nijmegen und Florian Rödl, Frankfurt am Main

1.

Im Zusammenhang mit der Ausarbeitung und Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa war die programmatische Chiffre „soziales Europa“ im öffentlichen Raum häufig zu lesen und zu hören. Es gehörte zu den neuralgischen Fragen im politischen Streit um das Für und Wider des Verfassungsvertrags, ob dieser Vertrag den Weg zu einem „sozialen Europa“ anbahne und beschreite, oder erschwere und verschließe. Viele meinten damals, es gehe ein gutes Stück voran, weshalb der Verfassungsvertrag Zustimmung verdiene. Andere sahen die Konstitutionalisierung eines neoliberalen Wirtschaftsmodells und warben für seine Ablehnung. Beide Ansichten mögen das Steuerungspotenzial von Verfassungstexten überschätzen. Im französischen Referendum des Jahres 2005 indessen hat diese Spaltung des im Grundsatz pro-europäischen Lagers den Verfassungsvertrag zu Fall gebracht und die EU in eine hausgemachte Verfassungskrise gestürzt, die sie mit dem Lissabonner Vertrags nur mühsam überwunden hat.

Seitdem die politische Agenda von der Finanz- und Euro-Krise bestimmt ist, ist von diesen Grundsatzfragen um das Sein und Sollen eines sozialen Charakters der Union nicht mehr viel zu hören. Vielmehr konzentriert alle Aufmerksamkeit darauf, einen akuten Zusammenbruch des in Maastricht aus der Taufe gehobenen Modells einer gemeinsamen Währung zu verhindern. In Deutschland streiten in dieser Situation die einen für eine nahezu bedingungslose Stabilisierung des Euro, während die anderen sich vor allem um die politischen und monetären Kosten einer „Transferunion“ sorgen. Wenig politische Aufmerksamkeit hat hingegen der Umstand, dass die Stabilisierung des Euro in der Tat nicht nur eine hohe Summe auch deutschen Steuergelds kosten dürfte, sondern in den Krisenländern mit harten Einschnitten in das soziale Netz und einer zum Teil tief greifenden Deregulierung der Ordnung der Arbeitsverhältnisse verbunden ist. Die Frage nach dem sozialen Charakter der Union stellt sich daher eigentlich noch dringlicher als zuvor.

Gegenwärtig zeichnet sich ab, dass nach einer Stabilisierung des Euro, nach einer Überwindung der akuten Krise, die Wirtschafts- und Währungsunion auf primär-rechtlicher Ebene noch einmal umgebaut werden wird, ungeachtet der alles andere als ermutigenden Erfahrungen der letzten großen Vertragsrevision. Der Horizont möglicher Vertragsänderungen wird in diesem Zusammenhang weit gespannt. Die Integrationsgrenzen des Grundgesetzes, die das BVerfG in seiner Rechtsprechung gezogen hat, markieren dabei nicht mehr die Grenzen des politisch Möglichen: Sie wären gegebenenfalls durch eine Gesamtänderung des Grundgesetzes nach Art. 146 GG neu zu definieren. Freilich ist die konkrete Gestalt des Umbaus noch wenig klar. Ein Leitbegriff lautet „Fiskalunion“. Hierbei geht es offenbar um eine verbindliche fiskalpolitische Aufsicht über die Mitgliedstaaten, institutionell verkörpert womög-

lich durch einen europäischen Finanzminister mit Vetorechten in Budgetfragen. Ebenfalls zu hören ist die Forderung nach einer „europäischen Wirtschaftsregierung“, die weitergehend die makroökonomischen Geschicke der Union oder zumindest der Eurozone lenken möge. Auch in institutioneller Hinsicht gehen die Überlegungen erstaunlich weit, bis hin zu einer „kerneuropäischen“ Verdoppelung der europäischen Organe Kommission und Europäisches Parlament, mit der mutmaßlich eine veritable Spaltung der Union verbunden wäre.

Eine Vertiefung der Integration als Antwort auf die Euro-Krise wird sich den Widerständen erneut stellen müssen, die von der Wahrnehmung bzw. Befürchtung einer unsozialen Schlagseite der Integrationsdynamik ausgehen. Ihr Erfolg wird darum nicht zuletzt davon abhängen, ob die Vertiefung diesmal eine überzeugende Antwort auf die Erfahrung eines „sozialen Defizits“ der Union enthält. Wenn sich eine Reform der Verfassungsarchitektur der Union nur auf Funktionsimperative des Euro stützen kann, wird sie keine hinreichende politische und gesellschaftliche Unterstützung finden. Eine Reform der Verträge müsste erkennbar werden lassen, dass und wie unter einer erneuerten Architektur der Unionsverfassung eine Politik des sozialen Ausgleichs möglich ist.

Andernfalls drohte das Projekt der europäischen Vereinigung seine eigenen Voraussetzungen zu untergraben. Zu diesen gehören die je besonderen wohlfahrtsstaatlichen Strukturen in den Mitgliedstaaten, mithilfe derer würdige Arbeitsverhältnisse geschaffen, existentielle Risiken abgesichert, soziale Ungleichheit gemildert und öffentliche Güter bereit gestellt werden. Diese Strukturen werden von politisch-gesellschaftlichen Kompromissen getragen, die für die Legitimation moderner (Staats-)Verfassung insgesamt essentiell sind. Eine europäische Integration, die als Ursache einer langsamen, aber systematischen Erosion wohlfahrtsstaatlicher Strukturen identifiziert wird, kann unter demokratischen Bedingungen keinen Bestand haben.

2.

Anliegen des vorliegenden Beiheftes der *Europarecht* ist es, einen analytischen Beitrag zum Verhältnis von Wohlfahrtsstaatlichkeit und Unionsverfassung zu leisten. Dabei geht es allem voran darum, wie sich ein „soziales Defizit“ der Unionsverfassung, also eine soziale Asymmetrie des Integrationsprozesses, aus rechtswissenschaftlicher Perspektive bestimmen lässt. Im Rahmen des verfassungsgerichtlichen Verfahrens zum Vertrag von Lissabon wurde diese Frage aus der Perspektive des deutschen Grundgesetzes aufgeworfen. Aber der Maßstab des Sozialstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 1 GG erwies sich als zu grob: Die Änderungen des Primärrechts durch den Vertrag von Lissabon verletzten das grundgesetzliche Prinzip sozialer Staatlichkeit nach Art. 20 Abs. 1 GG nicht, so befand das BVerfG. Das war wenig überraschend. Aber auf diese Auskunft darf sich der Beitrag des Rechts und seiner Wissenschaft nicht beschränken.

Fruchtbare erscheint es, die Fragestellung als eine des Europäischen Verfassungsrechts zu verstehen und nach der Stellung von Wohlfahrtsstaatlichkeit und sozialer Demokratie in der Europäischen Union zu fragen. Dabei bezeichnen beide Begriffe, Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale Demokratie, nach dem Verständnis der Herausgeber zwei Aspekte desselben Grundanliegens. Die Idee der Selbstgesetzgebung in demokratischen Formen schließt auch unter liberal-verfassungsstaatlichen Bedingungen ein, dass der Gesetzgeber reale Gestaltungsmacht und ein hohes Maß rechtlicher Gestaltungsfreiheit hat über die Ordnung der sozio-ökonomischen Sphäre. Moderne Wohlfahrtsstaatlichkeit, welches auch immer ihre konkrete Gestalt sein mag, ist das Ergebnis jener politischen Gestaltbarkeit sozialer Verhältnisse. Wohlfahrtsstaatlichkeit ist mithin die Substanz der Prozesse sozialer Demokratie. Beide Aspekte, der substantielle und der prozedurale, obgleich miteinander verschränkt, verdienen je eigene Beachtung. Im Kontext des Europäischen Verfassungsrechts sind dabei beide Ebenen des Verfassungsverbunds simultan in den Blick zu nehmen: Hinsichtlich des substantiellen Aspekts der Wohlfahrtsstaatlichkeit lautet die Frage, wie die Union bestehende mitgliedstaatliche Wohlfahrtsstaatlichkeit begrenzt und ob sie Strukturen einer eigenen Wohlfahrtsstaatlichkeit ausbildet. Hinsichtlich des prozeduralen Aspektes lautet die Frage, inwieweit sie die soziale Gestaltungsfreiheit der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber einschränkt und ob sie einen eigenen politischen Möglichkeitsraum für Politiken des sozialen Ausgleichs schafft.

In den Vorarbeiten zu diesem Heft haben sich vor allem drei Rechtsbereiche als neuralgische herauskristallisiert, um die die rechtswissenschaftliche Beschreibung eines „sozialen Defizits“ kreist: Das Recht der Grundfreiheiten, das Wettbewerbsrecht sowie die konkrete Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten.

Bei den *Grundfreiheiten* des Binnenmarkts ist es vor allem die Dienstleistungsfreiheit verbunden mit den Möglichkeiten grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung, die sich als sozialer und in der Folge auch rechtlicher Brennpunkt erwiesen hat. Während die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein striktes Verbot der Benachteiligung von Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten enthält, erlaubt die Dienstleistungsfreiheit den Unternehmen, im Wege der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung Arbeitnehmer unterschiedlicher Mitgliedstaaten am gleichen Ort in ein Verhältnis direkter Lohnkonkurrenz zu setzen. Darüber hinaus hat die vom EuGH in den Entscheidungen Viking und Laval postulierte horizontale Wirkung der Grundfreiheiten zur Folge, dass die Gewerkschaften die unternehmerischen Grundfreiheiten zu achten haben und die Ziele ihrer Aktionen sich als Allgemeininteressen repräsentieren lassen müssen, die nur mit verhältnismäßigem Mitteleinsatz verfolgt werden dürfen. Trotz breiter akademischer Kritik hat sich der EuGH bisher nicht in der Lage gesehen, seine Rechtsprechung zu korrigieren.

Für einige Beobachter sind Arbeitnehmerentsendung und gewerkschaftliche Grundfreiheitsbindung Ausdruck eines allgemeineren Problems in der Funktionsweise der Grundfreiheiten. Mit ihrer Hilfe würden immer mehr mitgliedstaatliche Regulierungen rechtlich attackiert und zu Fall gebracht, die im Kontext mitgliedstaatlicher

Verfassung Bestand hatten. Zwar nicht ausschließlich, aber zu einem guten Teil treffe die grundfreiheitliche Deregulierung wichtige Bereiche wohlfahrtsstaatlicher Politik. Angesichts der Ausdehnung ihrer Anwendungsbereiche, nicht zuletzt durch ihre Deutung als Beschränkungsverbote, sei keine Domäne mitgliedstaatlicher Wohlfahrtsstaatlichkeit vor dieser rechtlichen Dynamik geschützt. Aus dieser Perspektive verkörpern die unternehmerischen Grundfreiheiten insgesamt einen höchst erfolgreichen Modus „negativer Integration“ durch Recht, die weder durch die grundfreiheitliche Arbeitnehmerfreizügigkeit noch durch Prozesse „positiver Integration“ im Wege unionaler Gesetzgebung ein angemessenes Gegengewicht erfahren können. Aus dieser Sicht wurzelt also das „soziale Defizit“ auch in der allgemeinen Dogmatik der Grundfreiheiten.

Für den Bereich des *Wettbewerbsrechts* ist zunächst zu konstatieren, dass er schon aus demokratischer Perspektive einen konstitutionellen Sonderfall bildet. Anders als bei den Grundfreiheiten findet die normative Ausgestaltung des Kartell- und Beihilferechts nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unter maßgeblicher parlamentarischer Einflussnahme statt. Soweit die überdeterminierten Verträge Raum für politisch verantwortete Gestaltung lassen, werden die Entscheidungen alleine durch den Rat oder die Kommission getroffen. Die mangelnde parlamentarische Legitimation des Wettbewerbsrechts legt einen Mangel an sozialem Gehalt nahe. Und tatsächlich lässt das Wettbewerbsrecht aus Sicht vieler Beobachter immer noch eine hinreichende Sensibilität vermissen namentlich für den Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge, einschließlich der „Dienste von allgemeinem Interesse“. Letztere bilden neben arbeitsrechtlicher Regulierung und sozialstaatlicher Umverteilung einen dritten Pfeiler der wohlfahrtsstaatlichen Infrastruktur. Die Grundentscheidung des Primärrechts, öffentliche Unternehmen grundsätzlich den Wettbewerbsregeln zu unterstellen, hat am ohnehin bestehenden Liberalisierungsdruck in diesem Bereich einen eigenständigen Anteil.

Mit Blick auf den sozialen Gehalt der unionsvertraglich fixierten *Kompetenzordnung* stellt sich vor allem die Frage, ob die beobachtete Asymmetrie zulasten des Sozialen durch marktregulierende und marktkorrigierende Gesetzgebung auf Unionsebene kompensiert werden kann. Unionsgesetzgebung müsste doch jedenfalls theoretisch in der Lage sein, den Wegfall wohlfahrtstaatlicher Regulierung und die Beeinträchtigung wohlfahrtsstaatlicher Infrastruktur auszugleichen. Als Manifestation dieser Vorstellung lassen sich die Vorschriften der Verträge lesen, in denen von einer Verpflichtung der Union auf die Ziele „soziale Marktwirtschaft“, „Vollbeschäftigung“ und „sozialer Fortschritt“ die Rede ist (vgl. Art. 3 EUV). Doch den vielfältigen Wert- und Zielklauseln der Verträge korrespondieren die Kompetenzen des Unionsgesetzgebers nur eingeschränkt. Insbesondere sind der Union bisher keine Kompetenzen übertragen, um eine echte wohlfahrtsstaatliche Säule mit redistributiver Funktion auf der Ebene der Union zu entwickeln. Um als Ausgleich für eine in der Binnenmarktordnung strukturell angelegten Asymmetrie zulasten des Sozialen zu fungieren, wären aber weitreichende Kompetenzen im Bereich der Besteue-

rung, der Ordnung der Arbeitsbeziehungen sowie der sozialen Sicherung und Fürsorge erforderlich.

Vor diesem Hintergrund erscheint es als vordringliche, aber auch weit reichende Aufgabe zu ermitteln, wie die Gestaltungshoheit demokratischer Gesetzgebung im Verhältnis zur rechtlichen Ordnung des Binnenmarktes wieder gestärkt werden kann. Nach dem Gesagten stößt der mitgliedstaatliche Gesetzgeber allzu oft an die Vorgaben aus Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht, während der Unionsgesetzgeber zu vergleichbaren Vorhaben nach der Kompetenzordnung nicht ermächtigt ist. Es erscheint geboten, Lösungen auf beiden Ebenen demokratischer Gestaltungsmöglichkeiten auszuloten. Zu fragen ist einerseits, wie die Ausübung mitgliedstaatlicher Kompetenzen vor dysfunktionalen Begrenzungen durch das Binnenmarktrecht abgeschirmt werden kann, ohne zugleich wichtige Errungenschaften wirtschaftlicher Integration zu gefährden. Zu fragen ist aber auch andererseits, welche Ausweitungen die Unionskompetenzen erfahren müssen und können, um funktional wohlfahrtsstaatliche Gestaltungsmöglichkeiten zu gewinnen, ohne die Union dabei legitimatorisch und institutionell zu überfordern.

3.

Das hier vorgelegte Beiheft bildet den vorläufigen Abschluss eines längeren Diskussions- und Arbeitsprozesses. Dessen Ausgangspunkt bildeten die Vorlageverfahren in den Rechtssachen Viking und Laval, die vor dem EuGH anhängig waren. Schon im Laufe des Jahres 2007 zeichnete sich ab, dass sich in diesen beiden Fällen Konflikte um die Grundrichtung der europäischen Wirtschaftsintegration und um ihre Spannungslage zur mitgliedstaatlichen Wohlfahrtsstaatlichkeit zuspitzen würden. Diese Befürchtung bestätigte sich eindrucksvoll. Die rechtsdogmatische Banalisierung des sozialstaatlich essentiellen Streikrechts durch den EuGH erschien als Bestätigung der vorhandenen Diagnosen einer unsozialen Dynamik des Binnenmarktrechts. Eine eingehendere Beschäftigung mit Grundfragen des Binnenmarkts aus rechtswissenschaftlicher und verfassungstheoretischer Perspektive war dadurch geradezu herausgefordert.

Dieses Projekt erhielt zusätzlichen Schub durch das Urteil des BVerfG zum Vertrag von Lissabon. In den kritischen Analysen der Entscheidung kristallisierte sich heraus, dass die Bemühungen des Gerichts um die Auszeichnung integrationsresistenter Grundstrukturen des Grundgesetzes von zwei Seiten lesbar waren. Nach der einen, im staatsrechtlichen und europarechtlichen Diskurs vorherrschenden Lesart hatte sich das BVerfG, womöglich auch noch aus institutionellem Eigeninteresse, aus den Zwängen nationalen Souveränitätsdenkens nicht befreien können, ja auf seiner Grundlage den europäischen Verfassungsauftrag des Grundgesetzes in sein Gegenteil verkehrt. Nach einer anderen Lesart, die angesichts der etablierten Diskussionslinien zwischen Staatsrecht und Europarecht bisher wenig Beachtung finden konnte, hatte das BVerfG mit seinem Insistieren auf einer egalitären demokratischen Ordnung ein konstitutives Moment sozialer Demokratie in Anschlag ge-

bracht. Denn wenn, so war das Argument freilich noch etwas weiter zu explizieren, der Union dieses konstitutive Moment sozialer Demokratie fehlt, und zwar seit Langem und auf lange Sicht, dann ist das womöglich kein zufälliger Mangel, sondern reflektiert einen strukturelles Problem der Unionsverfassung.

Unter dem Eindruck von Viking/Laval und Lissabon und in Fortsetzung eines gemeinsamen Seminars der Herausgeber an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt im Sommersemester 2010 entstand schließlich die konkrete Idee, einen interdisziplinären Arbeitszusammenhang ins Leben zu rufen. Ziel der Forschungsgruppe war es, die europarechtliche Diskussion für die Spannung von europäischer Integration und sozialer Demokratie zu sensibilisieren sowie rechtsdogmatische und verfassungspolitische Reformalternativen auszuloten. Dazu erschien es fruchtbar, die parallelen Diskussionsstände in den Wirtschafts- und Politikwissenschaften einzubeziehen, in denen empirisch gesättigte Forschung zu Asymmetrien des europäischen Integrationsprozesses schon seit längerem disziplinär verankert ist.

Jener Arbeitszusammenhang kam dann im Herbst 2010 auf Einladung des Frankfurter Clusters „Herausbildung normativer Ordnungen“ zu einem Workshop am Forum Humanwissenschaften in Bad Homburg zusammen. Da interdisziplinäre Begegnungen keineswegs immer große Früchte tragen, ist es bemerkenswert, dass im Rahmen dieses Workshops zumindest zweierlei gelungen zu sein scheint: Die Frage nach dem sozialen Defizit als gemeinsamen Forschungsgegenstand zu etablieren sowie Interesse und Verständnis für die disziplinär fremden Perspektiven zu wecken. Letzteres galt wohl gerade auch für die Vertreter aus Politik- und Wirtschaftswissenschaft im Verhältnis zur rechtswissenschaftlichen Perspektive. Inwieweit es gelungen ist, diese interdisziplinär fruchtbare Gesprächserfahrung auch wissenschaftlich zu reflektieren, sei dem Urteil der Leserinnen und Lesern der nachfolgenden Beiträge überlassen, mit denen wir ausgewählte Ergebnisse des Workshops dokumentieren. Der Redaktionsschluss für die Beiträge lag im Wesentlichen bereits im Spätherbst 2011. Die Veröffentlichung hatten wir zunächst mit Blick auf die Dominanz der Euro-Krise und andere durch sie aufgeworfenen Fragen zurückgestellt. Weiteres Zuwarten erschien uns aber nun nicht mehr tunlich.

4.

Die Beiträge sind in drei Rubriken sortiert. Die erste steht unter der Überschrift „Wohlfahrtsstaatlichkeit im europäischen Föderalismus“. Bei diesen Beiträgen steht die Frage im Mittelpunkt, welche Grenzen die europäische Wirtschaftsverfassung der mitgliedstaatlichen Demokratie bei der Gestaltung von Arbeitsbeziehungen und Sozialpolitik setzt. Interessant ist dabei, dass sich die Reichweite der Begrenzungen aus der Perspektive der Arbeitsbeziehungen gravierender darzustellen scheint als aus der Perspektive des Sozialen im Übrigen. Alexander Graser behandelt die generellen Aussichten einer Sozialunion als doppelte Kur sowohl für die Sozialpolitik als auch für den Prozess europäischer Integration. Graser betont vor allem die empirischen und normativen Ambivalenzen, sowohl was die Diagnosen

der Notwendigkeit einer Sozialunion betrifft als auch die Prognosen ihrer Realisierbarkeit. *Hans Michael Heinig* analysiert die Auswirkungen des EU-Rechts auf das Recht der sozialen Sicherheit. Die Integrität mitgliedstaatlicher sozialer Sicherung ist aus Heinigs Sicht durch das Binnenmarktrecht nicht bedroht, Spannungen treten gegenwärtig allenfalls in der sozialen Dimension der Unionsbürgerschaft auf, wo der Ausgleich zwischen Territorialität und transnationalen sozialen Rechten noch stark umstritten ist. *Alexander Somek* hingegen schließt bei seinem Blick auf die mitgliedstaatliche Sozialpolitik die Arbeitsbeziehungen stärker mit ein und kommt auf dieser Grundlage zu einem anderen Fazit. Somek spricht am Ende von einer „Entwaffnung“ der Sozialpolitik in der Union, die nicht nur wegen ihrer sozialen Effekte Anlass zur Besorgnis gibt, sondern auch, weil sie zu einer politisch brisanten Renationalisierung führen könnte. Der Politologe *Martin Höpner* schließlich besteht ebenfalls auf einer Asymmetrie zwischen positiver Integration durch Politik und negativer Integration durch Recht und erläutert sie anhand der politökonomischen Heterogenität der 27 Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund betrachtet Höpner die Forderungen nach und Hoffnungen auf eine demokratische Politisierung der Union mit großer Skepsis.

Die Überschrift der zweiten Rubrik lautet „Legitimationsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung“. Hier zeichnet zunächst *Philipp Dann* die in der Zeit errungenen Kompetenzzuwächse beim Europäischen Parlament nach und leitet hieraus eine nachgeholte parlamentarische Legitimation der Wirtschaftsverfassung der Union ab, mit der Ausnahme des exekutiv dominierten Wettbewerbsrechts. Anders als Höpner sieht Dann das Ungleichgewicht zwischen negativer und positiver Integration heute als überwunden an. *Markus Krajewski* behandelt die rechtliche Stellung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die in vielen Mitgliedstaaten ein tragendes Element des wohlfahrtstaatlichen Arrangements bilden. Zunächst bloß negativ als Ausnahmebereich vom Wettbewerbsrecht gefasst, zeichnet Krajewski ihren normativen Aufstieg im Unionsrecht nach und identifiziert in den Vorschriften des Vertrages von Lissabon politische Heelpunkte für einen grundlegenden Paradigmenwechsel. Schließlich reartikuliert der Wirtschaftswissenschaftler *Stefan Collignon* das Legitimationsproblem der Wirtschaftsverfassung auf der Basis der Theorie öffentlicher Güter, welche bei ihm den Kern des Begriffs der Republik ausmachen. Auf dieser Basis offenbaren sich vor allem bei der Währungsunion gravierende Legitimationslücken, deren Schließung in eine „europäischen Republik“ führen müsste.

Den Schluss liefern Beiträge zum Thema „Verfassungstheoretische und verfassungsdogmatische Perspektiven“. *Claudio Franzius* geht der Frage nach der sozialen Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber nach und plädiert dafür, die legislative Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip der Unionsverfassung zu begreifen. Dies könnte und sollte sich zugunsten einer aus Franzius' Sicht gebotenen Zurückhaltung der Unionsgerichte gegenüber Eingriffen in die demokratischen Prozesse der Gesetzgebung auswirken. *Florian Rödl* verteidigt den Befund des Bundesverfassungsgerichts zu einem Demokratiedefizit der Union und entfaltet hieraus die rechtliche

Struktur des sozialen Defizits der europäischen Verfassung insgesamt. In Erman-
gelung realistischer Alternativen plädiert Rödl für eine sozialstaatsprinzipielle
Durchdringung der Dogmatik des Unionsrechts. Der Politikwissenschaftler *Hans-
Jürgen Bieling* schließlich analysiert die Verfassung der Union als einen „neuen
Konstitutionalismus“, der Demokratie und Sozialstaatlichkeit auszuhöhlen droht.
Diese Analyse muss die von Bieling favorisierte „sozialintegrativ-supranationale“
Transformationsperspektive für die Union ernst nehmen, um nicht ratlos vor den ihr
begegnenden Widerständen zu kapitulieren.

Mögen diese Beiträge, jeder für sich, aber mehr noch im Zusammenhang, die Dis-
kussion um das „soziale Defizit“ der Union in der Rechtswissenschaft und der Ver-
fassungstheorie befruchten und dazu beitragen, Möglichkeiten seiner Überwindung
in einer neuen Architektur der Unionsverfassung auszuloten.

I.

Wohlfahrtsstaatlichkeit im europäischen Föderalismus

Einmal mehr: Zur Europäisierung der Sozialpolitik

*Von Alexander Graser, Regensburg**

Die Sozialunion: Wird sie kommen? Brauchen wir sie überhaupt? Oder haben wir sie womöglich schon? Das Thema ist ein Wiedergänger der europapolitischen Debatten. Gerade für die politische Linke gehört der Ruf nach einem Ausbau der sozialen Dimension Europas seit jeher fest zum Repertoire. Fast ist es befremdlich, wie lange man unbeirrt dieselbe Forderung vor sich hertragen kann, ohne zu resignieren – oder anzukommen. Aber die Rahmenbedingungen verändern sich ja, und nicht nur sie. Auch die Sicht darauf wandelt sich. Und so gibt es auch immer wieder Anlass, das Ziel von neuem zu reflektieren.¹

Dementsprechend steht im Zentrum des nachfolgenden Beitrags die Frage, warum eine „Sozialunion“ erstrebenswert sein sollte (dazu II.). Im Anschluss daran geht es darum, wie dieses Ziel, ausgehend von der gegenwärtigen Situation (III.), weiter verfolgt werden könnte (IV.). Doch vorab bedarf es noch einer Vergewisserung, dass sich das Ziel nicht ohnehin von selbst verwirklicht (I.).

I. Die Logik fortschreitender Integration

Die europäische Integration hat eine eindrucksvolle Dynamik entfaltet. Weltweit wird sie – soweit man sich denn dafür interessiert – mit Staunen begleitet. Es gibt kaum ein Projekt regionaler Integration, für das Europa nicht Referenzpunkt wäre. Mitunter ist es sogar erklärtes Vorbild.² Auch die historischen Erzählungen sind die einer beispiellosen Erfolgsgeschichte. Sie handeln von transnationaler Befriedung und Prosperität, von der stärksten Form politischer Vergemeinschaftung seit der Herausbildung moderner Staatlichkeit. Dahinter schimmert die Hoffnung auf einen

* Alexander Graser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Politik an der Universität Regensburg und Senior Fellow der Hertie School of Governance, Berlin. Sein Dank gilt Frau stud. jur. stud. rer. pol. *Larissa Borkowski* für wertvolle Unterstützung und Kritik.

1 Neben vielen anderen hat auch der Verfasser sich schon wiederholt mit diesem Thema befasst; vgl. etwa: *A. Graser*, Auf dem Weg zur Sozialunion – Wie „sozial“ ist das europäische Sozialrecht?, ZIAS 2000, S. 366 ff.; *ders.*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?, 2001; *ders.*, Towards a Multilevel System of Social Security in Europe?, in: D. Pieters (Hrsg.), Confidence and Changes: Managing Social Protection in the New Millennium, 2001, S. 215 ff.; *ders.*, Approaching the Social Union?, in: E. O. Eriksen/C. Joerges/F. Rödl (Hrsg.), Law, Democracy, and Solidarity in a Post-National Union, 2008, S. 132 ff.; und zuletzt, zusammen mit *Stein Kuhnle*, Social Policy and Multilevel Governance, in: H. Enderlein/S. Wälti/M. Zürn (Hrsg.), Handbook of Multilevel Governance, 2010, S. 399 ff. Der Verweis auf diese eigenen Vorarbeiten sei verbunden mit einem mehrfachen disclaimer: Manche der hier vorgetragenen Gedanken ähneln dem, was schon andernorts vorgestellt wurde; vereinzelt lassen sich vielleicht auch Inkonsistenzen zu früher eingenommenen Haltungen ausmachen; und in jedem Fall wurden, dem überblicksartigen Charakter des vorliegenden Beitrags entsprechend, im Folgenden die Nachweise knapp gehalten und an geeigneten Stellen auf insoweit ausführlicher dokumentierte Vorarbeiten verwiesen.

2 Insbesondere im ASEAN-Kontext sind bei der Formulierung von Integrationszielen explizite Bezugnahmen auf die EU erstaunlich verbreitet. Vgl. statt vieler zum Beispiel den über Bloomberg verbreiteten Bericht von *S. Adam/E. L. Yeoh*, Asean Leaders Agree to Form EU-Style Bloc by 2015; abrufbar unter http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=a1eaR_5QjP0c&refer=home.

Wegweiser in der ansonsten doch eher orientierungsarmen „postnationalen Konstellation“.³

Natürlich sind dies spezielle Perspektiven. Man gewinnt einen solch positiven Eindruck wohl nur, wenn man genügend Abstand hat, um hinwegzusehen über die wiederholten Rückschläge, die langen Phasen der Stagnation und das mitunter mühselige Klein-Klein des politischen Alltags in Brüssel. Aus der Nähe dominiert das Bild einer Bürokratie in Bleiweste, die ja, wenn man sie nur ließe, vielleicht effizient wäre, die aber realiter in Interessenvielfalt und Konsensanforderungen gefangen ist. Und nicht nur im Alltagsgeschehen, auch um die großen Schritte weiterer Integration wird meist zäh gerungen. Als Erfolge werden sie, einmal geschafft, nur selten gefeiert – eher bloß hingenommen, teils erleichtert über das Ende der Verhandlungen, teils zerknirscht wegen der Abstriche am erhofften Ergebnis. Wenn die europäische Integration denn eine Erfolgsgeschichte ist, dann jedenfalls keine, die von kollektivem Enthusiasmus getragen würde.

Wie aber passt nun, zwischen diese beiden Klischees der Nah- und Fernperspektive, das Konzept eines eigendynamischen Integrationsprozesses? Die funktionale Logik, die hinter diesem Konzept steckt, ist bekannt. Die Europäisierung eines Politikbereichs, so die Idee, zieht den nächsten nach sich. Auch zurzeit bekommt man es einmal mehr vor Augen geführt. Seit der globalen Finanzkrise zweifelt kaum mehr jemand daran, dass die gemeinsame Währung eine stärkere Europäisierung auch der Wirtschafts- und Finanzpolitik erfordert. Ähnliches trifft – spätestens seit die internen Grenzkontrollen gefallen sind – auf die Ausländer- und Asylpolitik zu. Und es gilt auch für all die Einhegungen wettbewerbsrechtlicher wie auch verbraucherschützender Art, die ein Markt zum Funktionieren braucht und die mit der Verwirklichung des Binnenmarkts zunehmend europäisiert worden sind.

Wie gesagt, das Muster ist vertraut. Und es hat einen schier unbegrenzten Anwendungsbereich. Die genannten Beispiele betreffen ja nur die offensichtlichen Fälle. Oft ist die Logik kleinteiliger – so zum Beispiel, wenn es um das Bedürfnis nach einheitlichen technischen Standards geht. Oder sie ist diffuser. Man denke nur an jene Politikbereiche, in denen eine staatenübergreifende Kooperation zwar zweckmäßig ist, aber das Bedürfnis hiernach nicht gesteigert wird durch die Marktintegration oder die in ihrem Gefolge vollzogene Europäisierung weiterer Politikbereiche. Ein Beispiel hierfür ist die gemeinsame Politik zur inneren Sicherheit, die sich nur zum Teil als funktionale Konsequenz anderer Integrationsschritte deuten lässt. Dass man in Europa gemeinsam etwa gegen Cyberkriminalität vorgeht oder gegenüber Epidemien und Naturkatastrophen vorbeugt,⁴ dürfte sich eher daraus erklären, dass bereits die Existenz entsprechender Institutionen und Verfahren eine staatenübergreifende Vereinheitlichung, wie sie sonst wohl außer Reichweite läge, in den

3 Prägend zu diesem Begriff J. Habermas, Die postnationale Konstellation, 1998.

4 Vgl. dazu aus jüngerer Zeit die Mitteilung der Kommission an der Europäische Parlament und den Rat über die „EU-Strategie der inneren Sicherheit: Fünf Handlungsschwerpunkte für mehr Sicherheit in Europa“; KOM(2010) 673.

Bereich des Machbaren rückt und so bei entsprechender Problemwahrnehmung als Katalysator weiterer Europäisierung wirken kann.

Und die Sozialpolitik? Wäre deren Europäisierung nach der skizzierten Logik nicht ebenfalls längst fällig? Gehört nicht auch sie, als Mechanismus einer sozial orientierten Korrektur, in einem weiten Sinne zu eben jenen Markteinhegungen, die vorher schon als Beispiel dienten und deren Europäisierung geboten ist, damit sie nicht unter die Räder kommen in dem mit der Marktoffnung einsetzenden „System-“ oder „Standortwettbewerb“⁵ zwischen den zu dezentralen Einheiten gewordenen Mitgliedstaaten? Auf diese Fragen wird im Folgenden noch einzugehen sein. Zunächst einmal mag das Beispiel der weiterhin überwiegend national geprägten Sozialpolitik zur Erinnerung daran dienen, dass die funktionalen Dynamiken der Integration nicht stets und in jedem Politikbereich gleichermaßen effektiv sind. Ein Selbstläufer ist Integration offenbar nicht.

Gewiss mag es – rückblickend – einleuchten, die Geschichte der Europäischen Union im Lichte der zuvor angedeuteten funktionalen Logik fortschreitender Integration zu begreifen. Auch ist es – prospektiv gewendet – durchaus plausibel, mit einer ebensolchen Eigendynamik zu rechnen. Es drängt sich ja geradezu auf, die besagte Logik, auf immer neue Bereiche angewandt, in die Zukunft zu extrapolieren.

Aber das bedeutet eben nicht, dass diese Dynamik sich auch stets durchsetzen würde. Auch die zuvor skizzierten Nah- und Fernperspektiven verdeutlichen dies. Nicht umsonst staunt man von außen über Europa. In keinem anderen regionalen Integrationssystem haben sich die funktionalen Dynamiken auch nur annähernd so entfaltet wie hier. Das zeigt, wie voraussetzungsreich ein solcher Integrationsprozess – bei aller immanenter Dynamik – bleibt. Ebenso entspricht dies auch den Erfahrungen der Binnenperspektive. Wer wollte schließlich die grundlegenden integrationspolitischen Debatten auch nur des letzten Jahrzehnts als bloß retardierendes Geplänkel auf dem vorbestimmten Weg einer unaufhaltsam fortschreitenden Integration deuten?

Natürlich ist bei jedem neuen Schritt das Scheitern stets eine reale Möglichkeit gewesen, und dies wird wohl auch künftig so bleiben. Ob das, was die funktionale Logik geböte, auch tatsächlich eintritt, hängt von vielem ab. Zunächst wohl davon, ob es gewollt ist. Der folgende Abschnitt wird dieser Frage mit Blick speziell auf eine Europäisierung der Sozialpolitik nachgehen.

II. Brauchen wir die „Sozialunion“?

Wozu also könnte eine Europäisierung der Sozialpolitik nutzen? Rettet sie den Wohlfahrtstaat, und wenn ja, wovor? Oder ist es eher die europäische Integration, die mithilfe der Sozialpolitik belebt werden könnte?

5 Für eine pointierte Darstellung dieses stark von ökonomisch inspirierten Modellannahmen geprägten Paradigmas *H.-W. Sinn*, The New Systems Competition, 2003, vgl. insbesondere Chapter 3, „The Erosion of the Welfare State“, online verfügbar unter http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoHome/b-publ/b1book/90publindiv/_publsinnsystems?item_link=publ-sinn-2002-systcomp.htm.

1. (Wozu) Könnte die Sozialpolitik Europa brauchen?

Der Wohlfahrtsstaat ist in der Krise. Man hat diesen Satz schon allzu oft gelesen. Wenn es denn eine Zeit gab, in der er nicht allgegenwärtig war, so ist die Erinnerung daran inzwischen längst verblasst. Immerhin sind aber die Gründe, deretwegen die Krise ausgerufen wird, nicht immer dieselben: Der Wandel der Arbeitswelt, die demographische Zeitbombe, die Kostenexplosion im Gesundheitswesen und – nicht zu vergessen – die Globalisierung. Sie vor allem scheint verantwortlich dafür zu sein, dass aus Herausforderungen Krisen werden, weil der zunehmend entgrenzte Staat jene Verpflichtungsfähigkeit einbüßt, derer er generell bedarf, um Solidarität in sozialstaatlichen Arrangements zu institutionalisieren,⁶ und auf die er umso mehr angewiesen wäre, um die genannten Herausforderungen zu bewältigen.

Der europäischen Integration kommt vor diesem Hintergrund eine doppelte Rolle zu. Zunächst einmal ist sie selbst ein Teil des Problems, vielleicht sogar der größte. Denn mit der Herstellung eines Binnenmarkts werden die insoweit entgrenzten nationalen Wohlfahrtsstaaten zu dezentralen Einheiten, geraten unter den Druck des Systemwettbewerbs und verlieren womöglich die nötigen Steuerungskapazitäten, um belastende Politiken, wie eben insbesondere die Sozialpolitik, aufrechtzuerhalten. Die europäische Integration figuriert in diesem Paradigma schlicht als eine intensivere Variante der Globalisierung im Kleinen und könnte mithin schlimmstenfalls selbst zum Sargnagel des Wohlfahrtsstaats werden.

Zugleich aber könnte Europa auch einen Rettungssanker für die Sozialpolitik abgeben. Denn wäre es nicht – wie zuvor angedeutet – nur folgerichtig, wenn man auch dieses Politikfeld europäisierte, um dem Binnenmarkt eine Steuerungsinstanz auf der entsprechenden politischen Ebene gegenüber zu stellen? Die Sorge um den Druck des Systemwettbewerbs wäre man damit jedenfalls insoweit los, als sie sich auf eine innereuropäische Konkurrenz bezieht. Und auch ansonsten könnte man dem so entstehenden „Super-Wohlfahrtsstaat“ vielleicht eher zutrauen, dem Druck der Globalisierung standzuhalten und womöglich sogar die anderen zuvor genannten Herausforderungen zu bewältigen.

So betrachtet, könnte die Ergänzung des noch unfertigen, weil marktlastigen Europas um eine soziale Dimension dem Wohlfahrtsstaat also vielleicht den Weg aus der Dauerkrise bahnen. Wie realistisch diese Hoffnung ist, mag man unterschiedlich beurteilen.⁷ Sicher war auch diese kurze Skizze wieder überzeichnet. Doch bevor wir uns um einige Differenzierungen bemühen, wenden wir uns zunächst der umgekehrten Frage zu.

6 Vgl. eingehend *W. Streeck*, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie – Herausforderungen für die Demokratietheorie, 1998, S. 11 ff., zur Beobachtung einer schwindenden „Verpflichtungsfähigkeit“ (S. 37) aufgrund des Systemwettbewerbs, insbesondere im Bereich der umverteilenden Sozialpolitik (S. 34).

7 Näher dazu unten IV.

2. (Wozu) Könnte Europa die Sozialpolitik brauchen?

Nicht nur mit dem Wohlfahrtsstaat, auch mit der europäischen Integration ist der Begriff der Krise eng verbunden, wenn auch vielleicht noch nicht ganz so lange. Das Problem ist in diesem Fall die Legitimation. Um demokratische Partizipation geht es hierbei auch, aber bei weitem nicht nur. Denn nicht allein das Handeln, auch die politische Gemeinschaft als solche bedarf der Legitimation.

Im Gegensatz zu den Nationalstaaten entbehrt das supranationale Europa insoweit noch immer der Selbstverständlichkeit des Tradierten. Und die Erkenntnis, dass auch die Nationalstaaten ursprünglich wohl mindestens ebenso sehr konstruiert waren⁸ wie historisch gewachsen, kann an diesem Befund nichts ändern. Eine kollektive Identität im Sinne eines geteilten Zugehörigkeitsgefühls zu einer über ihre gemeinsame Geschichte definierten Gemeinschaft ist in Europa wohl günstigstenfalls im Entstehen, aber gewiss noch nicht etabliert.

Legitimation als Gemeinschaft kann das supranationale Europa daher vor allem über seine Zwecke und Ziele erlangen. Nicht umsonst ist die *finalité* zwischenzeitlich zu einer zentralen Kategorie des europäischen Projekts avanciert.⁹ Dass dies durchaus eine Besonderheit ist, zeigt ein Vergleich zu (national-)staatlichen Gemeinschaften. Nach dem Wozu der Gemeinschaft zu fragen, wäre in (national-)staatlichen Kontexten höchst ungewöhnlich und meist wohl bereits das Symptom einer tiefen Krise. Im supranationalen Europa ist dies anders. Die Frage nach dem Zweck ist allgegenwärtig, und aus diesem Befund allein können hier auch noch keine Rückschlüsse auf eine Legitimationskrise gezogen werden. Schließlich hat es über weite Strecken auch klare Antworten auf diese Frage gegeben. Die Sicherung von Frieden und Wohlstand haben das Europa der Nachkriegszeit lange getragen.¹⁰

Prekar ist eine Legitimation über den Zweck freilich dennoch. Ironischerweise gilt dies gerade in einer „erfolgreichen“ Gemeinschaft, die erreichte Zwecke durch neue ersetzen muss. Vielleicht tut man sich auch deswegen in Europa so schwer damit, Integrationserfolge zu feiern, weil jeder solche Schritt die nächste Sinnkrise schon in sich birgt.

Das bringt uns zurück zur Ausgangsfrage: Es geht darum, wozu Europa die Sozialpolitik brauchen könnte – oder spezifischer: inwiefern neben den zuvor skizzierten

8 Vgl. hierzu B. Anderson, *Imagined Communities – Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, 2. Auflage, 1991.

9 Was die öffentliche Aufmerksamkeit angeht, erreichte diese Debatte hierzulande einen Höhepunkt mit der Rede des damaligen Außenministers J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, Rede vom 12. Mai 2000, abrufbar unter http://www.ena.lu/rede_joschka_fischer_finalitat_europaeischen_integration_berlin_12_mai_2000-3-17984. Eine Sammlung von Beiträgen zu diesem Thema im Allgemeinen liefert Ch. Joerges/ Y. Mény/ J. H. H. Weiler (Hrsg.), *What kind of Constitution for What Kind of Polity? – Responses to Joschka Fischer*, abrufbar unter <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/00/symp.html>.

10 Zu diesen „Gründungsidealen“ der Europäischen Integration und ihrem fehlenden Potential für die Fortentwicklung des Projekts vgl. J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, 1999, insbesondere Kapitel 7 „Fin-de-Siècle Europe“, S. 240–246. Weiler identifiziert dort als drittes Gründungsideal den Supranationalismus. Es scheint jedoch, als basiere diese Annahme auf Weilers spezieller Lesart des Integrationsprojekts (vgl. dazu unten Fn. 14).

sozialpolitischen auch genuin europapolitische Erwägungen für die Sozialunion sprechen könnten. Vor dem Hintergrund der Überlegungen zur prekären Legitimation des supranationalen Europas liegt die Antwort auf der Hand. Die Schaffung oder Vollendung eines sozialen Europas könnte als nächstes Ziel der Gemeinschaft einen Zweck geben, der bis auf Weiteres zu ihrer Legitimation beiträgt.

Nun ist die Bestimmung eines solchen Ziels gewiss nicht beliebig. Für die Sozialunion spricht, dass dieses Ziel, wie zuvor dargelegt, durchaus als Antwort auf eine reale Besorgnis der Mitgliedstaaten und ein bestehendes Defizit der Union verstanden werden könnte. Zudem wäre es wohl auch deswegen besonders plausibel, weil der Wohlfahrtsstaat zwar längst kein Alleinstellungsmerkmal Europas mehr ist, aber wohl doch ein historisches Charakteristikum.¹¹ Ihn im supranationalen Raum neu zu erschaffen, könnte also vielleicht tatsächlich zu jenem identitätsstiftenden Projekt taugen, das die europäische Integration in einer nächsten Phase zu tragen vermöchte. Und womöglich wäre es sogar auch mit Blick auf die partizipatorische Komponente der Legitimation förderlich, wenn mit der Sozialpolitik ein notorisch umkämpftes Politikfeld mehr öffentliche Aufmerksamkeit nach Brüssel lenkte.¹²

Auf den ersten Blick scheint also auch hier alles zusammen zu passen. Überhaupt war das bisher gezeichnete Bild verheißungsvoll einfach: Europäische Integration und Wohlfahrtsstaat ziehen einander gegenseitig aus dem Sumpf – die Sozialunion als rettende Symbiose zweier in die Jahre gekommener Großprojekte. Fragt sich nur, warum wir diesen Königsweg dann nicht längst beschritten haben. Die Ideen sind ja nicht neu.

Machen wir uns also auf die Suche nach dem Haar in der Suppe – oder eher: nach den Haaren. Denn es sind viele. Und zu suchen braucht man auch nicht lange.

3. Warum Europa eine Sozialunion womöglich doch nicht brauchen könnte

Einwände gegen eine Europäisierung der Sozialpolitik ergeben sich zunächst aus integrationspolitischer Perspektive. Das Problem liegt hier vor allem in der Konkurrenz unterschiedlicher und zum Teil inkompatibler Zielsetzungen. Europa ist auch ein geopolitischer Akteur, und eine Union, die den Kontinent stabilisieren und ihre Peripherie zum diesem Zweck sukzessive integrieren soll, muss generell behutsam sein, was Fortschritte der Integration im Innern angeht. Zu groß könnte sonst

11 Nicht umsonst werden, wenn es darum geht, Elemente eines genuin europäischen Wertekanons zu identifizieren, immer wieder auch wohlfahrtsstaatliche Traditionen angeführt. Für ein prominentes Beispiel vgl. J. Derrida/J. Habermas, Unsere Erneuerung – Nach dem Krieg: Die Wiedergeburt Europas, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 31. Mai 2003, S. 34. Für eine ausführlichere Reflexion zur Identitätsbildung durch kollektive Aneignung geteilter Traditionen, vgl. J. Habermas, Eine Art Schadensabwicklung, 1987, S. 171–175 (Kapitel zu „Geschichtsbewusstsein und posttraditionale Identität“).

12 So wurde schon verschiedentlich vorgeschlagen, der EU eigene Steuererhebungskompetenzen zu geben, um auf diese Weise die Herausbildung einer europäischen Öffentlichkeit in Gang zu bringen; vgl. so zum Beispiel J. H. H. Weiler, The Constitution of Europe, 1999, Kapitel 10 „To be a European Citizen: Eros and Civilization“, S. 354–355; eine ausführlichere Ausarbeitung dieses Arguments bietet A.J. Mendéndez, Taxing Europe – Two Cases for a European Power to Tax, Columbia Journal of European Law 10 (2004), S. 15.

der Abstand werden, um von Assoziations- und Beiträtsarrangements noch überbrückt werden zu können. Im speziellen Fall der Sozialpolitik kommt hinzu, dass nicht nur der regulative *acquis* weiter anschwölle, sondern womöglich auch die sozialen Voraussetzungen sich in einer Weise entwickeln könnten, die Erweiterungen erschwert. Sozialpolitik und ganz besonders deren redistributive Formen stellen gesteigerte Anforderungen an die Bereitschaft zu (nicht immer wechselseitigen) Opfern seitens der mit ihrer Finanzierung Belasteten. Sozialpolitik setzt, mit anderen Worten, Solidarität voraus.¹³ Die Ausweitung der Bezugsgemeinschaft solcher Solidarität wird nicht ohne Weiteres möglich sein, sodass Erweiterungen einer solchermaßen intensivierten europäischen Gemeinschaft wohl schwerer würden. Kurz: Intensive und extensive Integration stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander. Auch das ist keine neue Erkenntnis. Aber in der Sozialpolitik ist das Problem besonders ausgeprägt.

Diese Erwägung mündet unmittelbar in einen weiteren Einwand: Wäre es wirklich erstrebenswert, auf supranationaler Ebene ein Abbild des nationalen Wohlfahrtsstaats zu schaffen? Manche sehen die große zivilisatorische Errungenschaft des supranationalen Europas gerade darin, dass es dem Nationalstaat ein Gegengewicht setzt, dass es dieser sehr intensiven und damit potenziell auch ausgrenzenden Form der Gemeinschaft Öffnung gebietet und kontinuierlich Toleranz abfordert.¹⁴ Ob Europa, um in dieses Bild eines zähmenden Dualismus zu passen, seinerseits Außengrenzen braucht und ob es ohne sie überhaupt ginge, mag dahinstehen.¹⁵ Jedenfalls dürfte ein solches Europa den Nationalstaat weder replizieren noch ersetzen, sondern müsste dauerhaft eine andere, offene und weniger intensive Form der Gemeinschaft bleiben. Die Sozialunion wäre hiermit nicht vereinbar, jedenfalls nicht in der weitreichenden Form, in der sie hier bisher verstanden wurde.

4. Warum die Sozialpolitik eine Europäisierung womöglich doch nicht brauchen könnte

Bedenken gegen eine Europäisierung der Sozialpolitik ergeben sich auch aus sozialpolitischer Perspektive. So legen die vorangegangenen Überlegungen zunächst die Frage nahe, ob das Ziel einer solch intensiven sozialen Integration nicht allzu ambitioniert ist. Würde sich, so der Einwand, die Solidarität in einem solch großen und heterogenen Raum nicht allzu leicht verflüchtigen? Vom Wohlfahrtsstaat, den zu bewahren man angetreten war, bliebe dann womöglich ohnehin nicht viel übrig.

13 Hierzu statt vieler *C. Offe*, Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine Europäische Regimeform unter dem Stress der europäischen Integration, in: W. Streeck (Hrsg.) Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie – Herausforderungen für die Demokratietheorie, Frankfurt/M., 1998, S. 114 f., der mit Blick auf diese Voraussetzung die Aussicht einer wesentlich stärkeren sozialen Dimension der EU skeptisch beurteilt.

14 So insbesondere *J.H.H. Weiler* (Fn. 10), S. 250–252.

15 Insofern zweifelnd die dezidierte Kritik von *Barber* an *Weilers* Verständnis von Supranationalismus und seinem entsprechenden Konzept einer europäischen Staatsbürgerschaft, vgl. *N. Barber*, Citizenship, nationalism and the European Union, *ELRev.* 27 (2002), S. 241, 253 ff.

Aber selbst wenn man diese Frage optimistisch beurteilen wollte, so würden noch weitere Einwände bleiben, die sich – grundlegender – bereits gegen das behauptete Bedürfnis nach einer Europäisierung der Sozialpolitik erheben lassen. Im Kern geht es darum, wie berechtigt die Befürchtung eines für den Wohlfahrtsstaat ruinösen Systemwettbewerbs tatsächlich ist.¹⁶ Dabei lassen sich theoretische, empirische und weltanschauliche Zweifel erheben.

In theoretischer Hinsicht relativiert sich die genannte Befürchtung insofern, als auch aus Perspektive des Systemwettbewerbs nicht alle Ausgaben für soziale Zwecke gleichermaßen „verloren“ sind. Das gilt zum einen immer dann, wenn individuellen Belastungen entsprechende Gegenleistungen gegenüberstehen. Bekanntlich ist der gesamte Bereich der Sozialversicherung von einer solchen, wenngleich begrenzten, Reziprozität geprägt. Zum anderen können aber auch rein steuerfinanzierte Sozialleistungen mitunter als Investitionen in die Standortqualität gelten. So wäre ein Verzicht auf Armutsbekämpfung vermutlich für die innere Sicherheit nachteilhaft, und auch das Humankapital verlöre wohl an Wert, wenn man die öffentlichen Ausgaben für Bildung striche. Kurz: Selbst unter Bedingungen eines gnadenlos wütenden Wettbewerbs könnte Sozialpolitik sich noch rechnen, wenngleich auf einem recht niedrigen Niveau und in einer für tagespolitische Entscheidungshorizonte vielleicht allzu langfristigen Perspektive.

Allerdings lässt sich mit derlei theoretischen Erwägungen die Sorge um den Wohlfahrtsstaat ohnehin allenfalls abschwächen. Entscheidend bleibt – für das Bedrohungsszenario ebenso wie für seine Relativierungen – die Empirie. Das Problem ist nur, dass man kaum gesicherte Erkenntnisse hat. Wie auch? Allzu viele Faktoren beeinflussen die Verläufe nationaler Sozialpolitiken, und allzu verästelt sind die einzelnen Mechanismen des Systemwettbewerbs, als dass sich klare Zusammenhänge aussondern und belegen ließen.¹⁷ Evident ist hier nichts. Auch nach Jahrzehnten der wirtschaftlichen Integration sind die nationalen Wohlfahrtsstaaten in Europa noch da, und wer wollte beurteilen, ob ihr Schutzniveau heute ohne diese Form der Integration wesentlich anders aussähe?

So ist man auch insoweit weitgehend auf – günstigenfalls realitätsnähere, aber letztlich weiterhin theoretische – Spekulationen angewiesen. Nahe liegt dabei insbesondere, die selten explizierten Prämissen des Systemwettbewerbsparadigmas mit realen Gegebenheiten zu kontrastieren. Denn natürlich sind die Akteure nie „vollständig informiert“, zumal nicht im so heterogenen Europa. Und noch weniger realistisch ist die Annahme „vollkommener Faktormobilität“, zum einen, weil auch der Binnenmarkt noch mannigfaltige rechtliche Schranken kennt, zum anderen, weil –

16 Mit einer Übersicht zur weitgefächerten Literatur zu diesem Thema Ph. Genschel, Globalisation and the Welfare State – A Retrospective, *Journal of European Public Policy* 11 (2004), S. 613 ff.

17 Einen bemerkenswerten Sonderfall, der geradezu als „natürliches Experiment“ gelten kann, behandelt das Buch von P. Peterson und M. Rom, *Welfare Magnets – A New Case for a National Standard*, 1990. Die Studie untersucht über einige Jahrzehnte hinweg die Entwicklung der gliedstaatlich bestimmten Leistungsniveaus zweier bundesweit standardisierter Sozialleistungsprogramme in den USA; darstellend zu den Ergebnissen, welche die Systemwettbewerbsthese vorsichtig stützen: A. Graser, *Wohlfahrtsstaatlichkeit* (Fn. 1), S. 140 ff.

zumal, wenn mit „Faktor“ Menschen gemeint sind – diese auch ohne solche Schranken oft in geradezu altmodisch anmutender Weise ortsgebunden sind.

Die Zwangsläufigkeit, mit der eine simple Form des Systemwettbewerbsparadigmas die Erosion dezentraler Wohlfahrtsstaatlichkeit prognostizieren würde, ist damit zwar dahin. Falsifizieren jedoch lassen sich die Vorhersagen auf diese Weise auch nicht. Es bleiben die – eben allenfalls empirisch zu klarenden – Fragen, wie mobil Sozialeistungsempfänger bzw. die mit ihrer Finanzierung Belasteten wirklich sind, ob nicht bereits die Mobilität von Gütern, Dienstleistungen und vor allem Kapital ausreicht, um den behaupteten Druck auf die Akteure einer dezentralen Sozialpolitik zu erzeugen, und ob nicht vielleicht sogar die bloße Befürchtung solcher Mobilität die entsprechenden Reaktionen auslösen und reale Wirkungen entfalten kann.¹⁸

Der behauptete Bedarf nach einer den Wettbewerbsdruck aufhebenden Europäisierung der Sozialpolitik lässt sich mit Blick auf die empirische Plausibilität der Prämissen dieser Argumentation also in Zweifel ziehen – mehr als das jedoch nicht. Vor diesem Hintergrund scheinen spezifische Aussagen zum genannten Bedarf kaum möglich. Werden sie dennoch getroffen, sind sie unweigerlich dem Verdacht ausgesetzt, auf einer selektiven und womöglich auch ideologisch gefärbten Problemwahrnehmung zu beruhen.

Weltanschauliche Unterschiede würden im Übrigen auch dann eine Rolle spielen, wenn Einigkeit über das Ausmaß eines Wettbewerbsdrucks bestünde. Denn was den einen der Sargnagel für eine ohnehin krisengeschüttelte Sozialpolitik, ist den anderen die willkommene Schlankheitskur für einen aus den Fugen geratenen Wohlfahrtsstaat. Diese unterschiedlichen Sichtweisen werden sich kaum vereinen lassen. Umso mehr verdient der Kontrast Erwähnung.

Dabei kann man – zunächst noch ungeachtet aller weltanschaulichen Fragen – in jedem Fall hoffen, dass Wettbewerb Effizienzsteigerungen bringt. Denn warum sollte diese positive Tendenz, die dem Wettbewerb generell nachgesagt wird, nicht auch im Bereich der Sozialpolitik zum Tragen kommen können? Kaum jemand wird leugnen, dass Potenziale hierfür auch bei der Organisation und Erbringung sozialer Leistungen bestehen.

Erst wenn es um die weitergehenden Wirkungen des Wettbewerbs geht, werden die unterschiedlichen Sichtweisen relevant. Welches Maß sozialer Leistungen das richtige ist, entzieht sich einer eindeutigen Antwort. In Ermangelung eines hinreichend konkreten materiellen Maßstabs könnte man sich allenfalls auf Prozedurales zurückziehen, also verweisen auf die jeweiligen Präferenzen der Zugehörigen der entsprechenden Gemeinschaft, wie sie sich in deren Prozessen kollektiver Willensbildung äußern. Aber auch das hilfe im gegebenen Kontext nicht weiter. Wie nämlich sollte man entscheiden, ob die maßgeblichen kollektiven Präferenzäußerungen jene mit oder ohne Systemwettbewerb sind? Und überhaupt: Um wessen Präferenzen

¹⁸ Zur zuletzt angesprochenen Möglichkeit vgl. die Nachweise in der vorigen Fn.

geht es eigentlich – reden wir noch von den nationalen oder schon von einer europäischen Gemeinschaft?¹⁹

Gewiss, in der zuvor skizzierten Sicht waren Antworten hierauf impliziert. Da war der Wettbewerbsdruck erst allmählich und von außen hereingebrochen in die Normalität nationaler Sozialpolitik. So betrachtet, ist es – natürlich – ein (allerdings fiktiver) status quo ante, der Aufschluss gibt darüber, was – eigentlich – auch jetzt noch gewollt wäre, auf nationaler und nötigenfalls dann eben auch auf supranationaler Ebene. Aber man kann es auch andersherum wenden und die Zeiten einer als abgegrenzt wahrgenommenen „Volks“-Wirtschaft für ein historisches Interludium halten, währenddessen der Wohlfahrtsstaat vorübergehend wie in einem Gewächshaus zu einer künstlichen Blüte gekommen ist. So betrachtet, wäre es wohl höchste Zeit, ihn zurückzustutzen, weil er unter aktuellen Bedingungen nicht überlebensfähig und seine artifizielle Blüte vielleicht auch zulasten anderer Werte gegangen sein könnte. Wer eine Politik, die materielle Ungleichheiten kontinuierlich zu begrenzen sucht, als sozialromantisch oder freiheitstötend empfindet, wird dieser Perspektive den Vorzug geben und nichts davon halten, den Wohlfahrtsstaat aus seiner dezentralen Bredouille zu hieven, um ihn als Sozialunion auf supranationaler Ebene von Neuem zu erschaffen.

5. Zwischenbilanz

Mit der Sozialunion ist es schwierig, und, je eingehender man sich damit beschäftigt, umso mehr. Als effektvoll proklamierbares Ziel ist sie zeitlos, zugleich aber bei aller Integrationsdynamik gewiss kein Selbstläufer. Prima facie ist sie als sozial- und integrationspolitisches Desiderat zwar durchaus plausibel, in mancher Hinsicht sogar verheißungsvoll. Aber je näher man hinsieht, desto uneinheitlicher wird das Bild, und auch zunehmend ambivalent. Es scheint, als wisse man zu wenig – und schon deswegen auch nicht, was man wollen könnte und sollte.

Angesichts solcher Unsicherheiten über das Fernziel könnte es helfen, die Perspektive zu wechseln. Vielleicht trägt es ja zur Orientierung bei, sich des Ausgangspunkts zu vergewissern. Dort müsste die Reise schließlich beginnen, unabhängig davon, wohin genau sie führen soll. Der nächste Abschnitt fragt deswegen, wo die europäische Sozialpolitik zurzeit tatsächlich steht, um auf dieser Grundlage dann nochmals den Versuch einer Richtungsbestimmung zu unternehmen.

III. Was für eine „Sozialunion“ haben wir bereits?

Die normativen Diskussionen zur Sozialunion machen leicht vergessen, dass es eine europäische Sozialpolitik längst gibt. Jedenfalls in Ansätzen ist dies schon seit den Anfängen der europäischen Integration der Fall gewesen, und tatsächlich ist dieses Politikfeld inzwischen so ausgeprägt, dass selbst eine knappe Bestandsaufnahme an

¹⁹ Für eine in letzterer Hinsicht skeptische Position F. Rödl, in diesem Heft.

dieser Stelle nicht zu leisten wäre.²⁰ Stattdessen kann es hier nur darum gehen, einen groben Überblick zu gewinnen, um die vielfältigen realen Prozesse und deren Deutungen einzuordnen.

1. Handlungsweisen

Im Folgenden sollen vier Handlungsweisen der europäischen Sozialpolitik unterschieden werden.²¹ Es handelt sich um Maßnahmen der Ersetzung, Ergänzung und des Schutzes nationaler Sozialpolitik sowie solche des Eingreifens in sie. All diese Handlungsweisen beziehen sich auf die nationale Sozialpolitik, unterscheiden sich aber voneinander in Zielrichtung und Ansatzpunkt.

Der Verwirklichung einer Sozialunion, wie sie zuvor erörtert wurde, am nächsten käme es erstens, wenn die mitgliedstaatliche Sozialpolitik auf supranationaler Ebene in dem Sinne *ersetzt* würde, dass deren Maßnahmen übernommen und in einer Weise eingesetzt würden, die ihre Fortsetzung auf nationaler Ebene entbehrlich macht. Davon zu unterscheiden ist zweitens eine Handlungsform, die hier als *Ergänzung* geführt werden soll. Charakteristisch für das europäische Vorgehen in diesen Fällen ist, dass es, im Gegensatz zur vorigen Kategorie, nicht darum geht, einen gemeinsamen Nenner der mitgliedstaatlichen Politiken auf europäischer Ebene zu fixieren und bestehende mitgliedstaatliche Normen somit immerhin partiell zu ersetzen. Vielmehr handelt es sich bei dieser zweiten Kategorie um Maßnahmen, welche ein Politikfeld neu erschließen oder doch jedenfalls wesentlich prägen, indem sie bestehende mitgliedstaatliche Politiken deutlich übertreffen.

Maßnahmen der Ergänzung und der Ersetzung unterscheiden sich demnach nur mit Blick auf den Hintergrund mitgliedstaatlicher Sozialpolitiken, vor dem sie getroffen werden. Tatsächlich ist die Abgrenzung deswegen mitunter unscharf und hängt überdies davon ab, aus Perspektive welchen Mitgliedstaats man die Maßnahmen betrachtet. Beide Handlungsweisen haben dagegen gemein, dass es sich um Maßnahmen genuiner Sozialpolitik handelt, deren Einsatz nicht nur auf europäischer, sondern ebenso gut auf mitgliedstaatlicher Ebene denkbar wäre. Hierin unterscheiden sie sich von den anderen beiden Kategorien, die jeweils darauf zielen, die Rahmenbedingungen mitgliedstaatlicher Sozialpolitik zu beeinflussen und insofern eine Eigenheit der Mehrebenen-Sozialpolitik sind.

Ausgangspunkt für eine solche mittelbare Einflussnahme ist die zuvor wiederholt zitierte Vorstellung, dass in einem integrierten europäischen Binnenmarkt dezentrale Sozialpolitik einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Als Maßnahmen des *Schutzes* sollen in diesem Zusammenhang drittens nun solche gelten, die diesem Druck entgegenwirken, indem sie Abstriche an der Marktintegration vorsehen und auf diese Weise mitgliedstaatliche Sozialpolitik erleichtern. Dementsprechend sind

20 Für einen Versuch einer solchen knappen Bestandsaufnahme, auf der die nachfolgenden Beobachtungen aufbauen, vgl. A. Graser, Sozialunion (Fn. 1). Für eine aktuelle Perspektive siehe den Beitrag von M. Heinig in diesem Heft.

21 Eine frühere Version dieser Kategorisierung findet sich in A. Graser, Approaching (Fn. 1).

mit Maßnahmen des *Eingreifens* in die mitgliedstaatliche Sozialpolitik viertens schließlich solche gemeint, welche die Marktintegration in für die Sozialpolitik relevanten Bereichen vorantreiben, den potenziellen Druck also steigern und damit dezentrale Sozialpolitik mittelbar erschweren.

Nun könnte man bezweifeln, ob Maßnahmen der vierten Kategorie wirklich als Sozialpolitik firmieren sollten. Ihre Zielrichtung spräche vielleicht dagegen. Andererseits gilt nach gängigem Verständnis auch die Kürzung sozialer Leistungen oder Standards als Sozialpolitik – welchem Feld sonst würde man etwa die Hartz-Reformen zuordnen? Ferner ließe sich mit Blick auf die Definition der vierten Kategorie einwenden, dass die so erfasste mittelbare Form des Eingreifens nicht die einzige denkbare sei. Vergleichbar dem soeben zitierten Beispiel der Hartz-Reformen wäre ein Abbau sozialer Garantien vorstellbar, der auf europäischer Ebene unmittelbar angeordnet wird und insofern den ersten beiden der hier unterschiedenen Handlungsweisen korrelierte. Bislang ist dies jedoch nicht mehr als eine Denkmöglichkeit und kann insofern außer Betracht bleiben.

2. Profil

Ausgehend von den soeben getroffenen Unterscheidungen lässt sich ein grobes Profil der europäischen Sozialpolitik zeichnen. Sozialpolitische Maßnahmen nach mitgliedstaatlichem Muster, wie sie die ersten beiden Kategorien erfassen sollen, finden sich auf europäischer Ebene bisher nicht viele. So weist die europäische Politik zwar durchaus distributive Züge auf, aber eben keine offen sozial motivierte Verteilungspolitik, wie man sie auf Ebene der Mitgliedstaaten antrifft. Insofern handelt es sich, den beschränkten Möglichkeiten supranationalen Regierens entsprechend, bei den Maßnahmen, die den ersten beiden Kategorien zugordnet werden können, auch durchweg um regulative oder auch „weiche“ Politiken. Zentrale Beispiele sind – allen voran – das Antidiskriminierungsrecht, aber auch der Arbeits- und Verbraucherschutz. Bezogen auf die genannten Kategorien fallen sie fast ausnahmslos in die zweite Gruppe der ergänzenden Maßnahmen. Der ersten Kategorie lassen sich diese Normen allenfalls aus Perspektive solcher Mitgliedstaaten zuordnen, in denen bereits zuvor ein höheres soziales Schutzniveau herrschte – so beispielsweise in mancher Hinsicht im Fall des schon früh relativ weit entwickelten Antidiskriminierungsrechts im Vereinigten Königreich. Aber das sind Ausnahmefälle. Charakteristisch für die Maßnahmen genuiner europäischer Sozialpolitik ist, dass sie ergänzend neben die mitgliedstaatliche treten und dabei zwar beschränkt bleiben auf einzelne, eng begrenzte Bereiche, zugleich aber, wie die Beispiele zeigen, oft eine durchaus innovative Tendenz aufweisen.

Man kann diesen Einsatz ergänzender Maßnahmen unterschiedlich deuten. Denkbar ist, dass derlei sozialpolitische Modernisierung im vereinten Markt dezentral nur noch schwer zu realisieren war und von den Akteuren mitgliedstaatlicher Sozialpolitik deswegen auf supranationaler Ebene betrieben wurde. Vielleicht ist es aber auch Ausdruck einer primär integrationspolitisch motivierten Strategie, die gezielt

ein immerhin punktuelles supranationales Engagement in solchen Bereichen der Sozialpolitik verfolgt, in denen auf breite Zustimmung und damit vielleicht auch bleibende Akzeptanzgewinne gehofft werden kann, ohne dabei die eigenen Steuerungsmöglichkeiten überzustrapazieren. Die oben exemplarisch aufgeführten Fehler der sozialer Regulierung lassen beide Deutungen zu, die im Übrigen einander auch nicht ausschließen.

Mit Blick auf die dritte und vierte Kategorie sozialpolitischer Handlungsweisen ergibt sich, im Kontrast zu den ersten beiden, ein ausgesprochen vielfältiges Bild. Beispiele für beide Typen finden sich zuhauf. Unter den schützenden Maßnahmen lassen sich, als krude Variante, die Übergangsfristen für die Geltung der Freizügigkeitsgarantien herausgreifen, wie sie im Falle von Erweiterungen wiederholt vereinbart wurden.²² Ein diffizileres Beispiel aus jüngerer Zeit bietet die Unionsbürgerrichtlinie, welche es den Mitgliedstaaten unter näher bestimmten Voraussetzungen gestattet, Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Leistungen der Sozialhilfe zeitweilig vorzuenthalten.²³

Zugleich mangelt es allerdings auch nicht an Beispielen für den entgegengesetzten Typus nicht schützender, sondern potenziell druckverstärkender und also eingreifender Maßnahmen. Seit langem wird die Konfliktlinie zwischen Marktintegration und mitgliedstaatlicher Sozialpolitik an immer neuen Fronten verhandelt und gezogen. Dabei ist die Schonung, welche die mitgliedstaatliche Sozialpolitik hinsichtlich einzelner Bereiche der Marktintegration lange genossen hat, allmählich aufgegeben oder doch jedenfalls grundlegend in Frage gestellt worden²⁴ – ein kontinuierliches sozialpolitisches Rückzugsgefecht in den Augen mancher.

Allerdings variieren die Bewertungen dieses Prozesses. Zum einen hat das mit dessen Facettenreichtum zu tun. So bieten und boten die verschiedenen betroffenen Teilebereiche der Sozialpolitik, vom Freizügigkeits- über das Wettbewerbssozialrecht bis hin zu den kollektiven Arbeitsbeziehungen, in unterschiedlichen Phasen der europäischen Integration auch unterschiedlich großen Anlass zur Sorge um die mitgliedstaatliche Sozialpolitik. Zum anderen ist aber auch hinsichtlich einzelner Stränge dieses Prozesses auf eine einheitliche Bewertung kaum zu hoffen. Ob etwa der zunehmende Wettbewerb, wie ihn Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit über das deutsche Gesundheitswesen gebracht haben,²⁵ nun dessen Basis erodieren

22 Einen Überblick über den aktuellen Stand hinsichtlich der beiden jüngsten Erweiterungen gibt *A. Bug*, Arbeitnehmerfreiheit nach der Osterweiterung der Europäischen Union, Chancen und Risiken für den Arbeitsmarkt, Infobrief des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 4.3.2011, abzurufen unter http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2011/arbeitnehmerfreiheit_nach_der_osterweiterung.pdf.

23 Näher hierzu und auch zur möglichen Primärrechtswidrigkeit dieser Bestimmung vgl. *M. Heinig*, in diesem Heft, sub. VI. 3. b.

24 Gemeint sind hier die Kontroversen um die Reichweite der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit sowie des europäischen Kartell- und Beihilferechts im Bereich der Sozialpolitik. Einen Überblick für den besonders betroffenen Gesundheitsbereich bietet *Th. Kingreen*, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilfenrecht, GesR 2006, S. 193 ff.; allgemeiner *U. Becker*, Nationale Sozialleistungssysteme im europäischen Systemwettbewerb, in: ders./W. Schön (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, S. 1 ff.

25 Vgl. dazu insbesondere *Th. Kingreen* (Fn. 24).

oder vielmehr eine willkommene Effizienzsteigerung verheißen, wird unterschiedlich gesehen. Und das kann auch nicht weiter verwundern angesichts der zuvor²⁶ ausgebreiteten Unsicherheiten und Ambivalenzen bei der Formulierung einer Zielvorstellung für die europäische Sozialpolitik.

Ungeachtet solcher Mehrdeutigkeit ist das gegenwärtige Profil europäischer Sozialpolitik in der vorangegangenen Skizze deutlich geworden. Ihre Kennzeichen bestehen zum einen in der punktuellen regulativen Ergänzung der mitgliedstaatlichen Sozialpolitik und zum anderen in einer prozesshaften Institutionalisierung deren dauerhaften Widerstreits mit den Prinzipien der Marktintegration. Erwägungen zu den Entwicklungschancen europäischer Sozialpolitik müssen hier ihren Ausgangspunkt nehmen.

IV. Perspektiven

Wer die Vision einer Sozialunion in den Blick nimmt, um ihr Warum und Wie zu erörtern, setzt die Erreichbarkeit dieses Ziels implizit voraus. Dabei gibt es durchaus Anlass, die Entwicklungschancen der europäischen Sozialpolitik grundlegend in Zweifel zu ziehen. Vertreter einer solchen skeptischen Position²⁷ verweisen mit Recht auf strukturelle Hemmnisse innerhalb der normativen Grundlagen und der Akteurskonstellation der Europäischen Union, die einen marktliberalen – oder plakativer: unsozialen – Drall zur Folge hätten. Beschränkte Kompetenzen, hohe prozedurale Anforderungen und zunehmend heterogene Interessenlagen im Bereich der Sozialpolitik würden zu einer Lähmung der politischen Akteure auf europäischer Ebene führen. Dadurch fehle es an einem Korrektiv für die Judikative, die auf Grundlage eines seit jeher marktlastigen Primärrechts die Erosion mitgliedstaatlicher Sozialpolitik schrittweise vorantreiben.

Die Argumentation ist fraglos stichhaltig, braucht aber jene, die das Ziel einer Sozialunion für erstrebenswert halten, nicht zum Defaitismus zu verleiten. Das gilt schon deswegen, weil der Verlauf des europäischen Integrationsprojekts so komplex – und so sehr auch tatsächlich von überraschenden Verläufen geprägt worden – ist, dass Gesetzmäßigkeiten zwar ohne Frage ermittelt, aber nicht ohne Weiteres in verlässliche Vorhersagen übertragen werden können. Auch die relativ bescheidenen Fortschritte, welche die vergleichende Erforschung regionaler Integrationsprozesse bisher in puncto Theoriebildung aufweisen kann, zeugen von den Schwierigkeiten, solche nicht zuletzt auch situativen politischen Faktoren unterworfenen Prozesse zu prognostizieren. Und so dürfte auch für die europäische Sozialpolitik gelten, dass der Ausgang der Verhandlungsprozesse in den unterschiedlichen maßgeblichen Foren durch die Rahmenbedingungen, welche die oben zitierte Position zurecht in den Blick nimmt, zwar zum Teil, aber nicht bis ins Letzte determiniert ist. Vor diesem Hintergrund hat es für die Anhänger einer Sozialunion allerdings umso mehr Be-

26 Vgl. dazu oben II.

27 Vgl. hierzu exemplarisch die Beiträge von M. Höpner und F. Rödl, in diesem Heft.

deutung, sich möglicher nächster Schritte zu vergewissern, die in den verschiedenen Foren in Richtung dieses Ziels getan werden könnten.

Was nun zunächst die zuvor unter den Kategorien drei und vier erfassten Maßnahmen angeht, so wird deren konkreter Zuschnitt primär in gerichtlichen Auseinandersetzungen bestimmt. Die mitgliedstaatliche Sozialpolitik schützende Anliegen können hier vor allem – wie die skeptische Position zurecht vermerkt – defensiv verfolgt werden, indem darauf hingewirkt wird, dass die richterrechtlich geprägten Rechtfertigungsmöglichkeiten gegenüber Beschränkungen der Grundfreiheiten eine entsprechende Anwendung erfahren. Zudem gälte es in dieser Perspektive, die in der dogmatischen Ausgangslage implizierte Grundvermutung, dass eine Marktöffnung grundsätzlich positive Effekte zeitige, für die verschiedenen Bereiche der Sozialpolitik konkret zu überprüfen und, soweit nötig, zu deplausibilisieren.

Ferner sind es aber neben der Judikative auch politische Foren, in denen die Balance zwischen Marktoffnung und Schutz mitgliedstaatlicher Sozialpolitik austariert wird. Abhängig von den jeweiligen Konsensanforderungen und Interessenkonstellationen kann es auch hier durchaus gelingen, schützende Anliegen zur Geltung zu bringen. Das Beispiel der Unionsbürgerrichtlinie illustriert dies für den Bereich der (Sekundär-)Rechtssetzung, aber es können auch (noch) stärker exekutiv geprägte Verfahren maßgeblich sein, wie insbesondere das Beihilfenrecht vor Augen führt. Nicht in all diesen Verfahren, so zeigt sich daran, ist der marktliberale Drall gleichermaßen präsent.

Was ferner die Möglichkeit des Ausbaus einer genuinen Sozialpolitik auf europäischer Ebene angeht, wie sie zuvor in den ersten beiden Kategorien erfasst wurde, so kann der Herausforderung hoher Konsensanforderungen bei gleichzeitig heterogener Interessenlage unterschiedlich begegnet werden. Möglich ist, die Offene Methode der Koordinierung, die inzwischen breite Anwendung gerade in der Sozialpolitik findet, als eine Reaktion hierauf zu deuten – als das Bestreben nämlich, europäische Sozialpolitik unterhalb der Schwelle verbindlicher Normierung zu betreiben, und vielleicht darüber hinaus sogar als den Versuch, in deliberativ konzipierten Verfahren über alle Hürden hinweg einen künftigen Konsens auch für „harte“ Normen vorzubereiten. Messbare Ergebnisse haben sich insofern allerdings bisher nicht eingestellt.²⁸

Es liegt deswegen nahe, zusätzlich zu diesem prozeduralen Ansatzpunkt nach materiellen sozialpolitischen Gestaltungsoptionen zu suchen, die möglichst konsensfähig sind. Mit Blick auf die zuvor unterschiedenen Kategorien einer genuinen europäischen Sozialpolitik käme hierfür gerade die – auf den ersten Blick vielleicht

28 Erste Zwischenbilanzen für die einzelnen Anwendungsfelder finden sich bei B. Cantillon (Hrsg.), The open method of coordination and minimum income protection in Europe, 2004; F. Ruland (Hrsg.), Open method of coordination in the field of pensions – Quo vadis?, 2003; Y. Jorens (Hrsg.), Open method of co-ordination, 2003 (im Bezug auf Gesundheitsvorsorge); W. Eichhorst/T. Rein, Die Europäische Beschäftigungsstrategie – Beispiel der Methode der offenen Koordinierung, in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), Offene Methode der Koordinierung im Sozialrecht, 2005. Zu den Vorläufern dieses Instruments vgl. M. Göbel, Von der Konvergenzstrategie zur offenen Methode der Koordinierung: EG-Verfahren zur Annäherung der Ziele und Politiken im Bereich der sozialen Sicherung, 2002.

ambitionierter erscheinende – erste Variante in Frage. Denn der Ersatz mitgliedstaatlicher Politiken wäre tatsächlich dann relativ wenig voraussetzungsreich, wenn sich die europäische Politik (zunächst) darauf beschränkte, den kleinsten gemeinsamen Nenner auf zentraler Ebene abzusichern. So wäre beispielsweise erwägenswert, dass man auf europäischer Ebene für einzelne Sozialleistungen auf diese Weise ermittelte Mindeststandards festschreibe oder – weitergehend, weil in den distributiven Bereich hineinreichend – die Finanzierung solcher Sockel auf europäischer Ebene organisierte.²⁹ Die mitgliedstaatlichen Akteure müssten unter diesen Voraussetzungen keine Veränderungen des bisherigen Niveaus sozialen Schutzes hinnehmen. Darüber hinaus würde die dezentrale Sozialpolitik auf diese Weise immerhin bis zur Höhe des Sockels von einem möglichen Wettbewerbsdruck befreit. Und auf europäischer Ebene würde die Basis sozialpolitischer Aktivitäten ausgeweitet – mit den möglichen integrationspolitischen Vorteilen, die zuvor erörtert wurden, und der Aussicht, dass ein weiterer Ausbau in den Bereich des Möglichen rückt.

Die große Vision einer Sozialunion, was immer man genau darunter verstehen mag, wäre damit zwar noch nicht realisiert. Aber vielleicht wäre das ja auch nicht nötig.

29 Näher zu den vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten einer solchen Teilzentralisierung, wie sie insbesondere der US-amerikanische „cooperative federalism“ im Bereich der Sozialpolitik vorführt, A. Graser, Multilevel System (Fn. 1); ausführlicher *ders.*, Wohlfahrtsstaatlichkeit (Fn. 1).

Territorialität sozialer Sicherheit und transnationale soziale Rechte

*Von Hans Michael Heinig, Göttingen**

I. Einleitung

Prozesse der Internationalisierung des Rechts erfassen auch das Sozialrecht. Sie heben die herkömmliche staatliche Verfasstheit der Systeme sozialer Sicherheit und Fürsorge nicht auf; der Sozialstaat bleibt weiterhin primär nationalstaatlich und damit räumlich durch das Staatsgebiet organisiert. Doch haben sich neue Rechtschichten jenseits des Staates ausgebildet, die eigene sozialrechtsrelevante Bestimmungen enthalten. Man könnte deshalb geneigt sein, die Territorialität sozialer Sicherheit als scharfen Kontrast zu neuen Formen transnationaler sozialer Rechte zu begreifen. Mit einer solchen Kontrastierung ist häufig die Wahrnehmung verbunden, transnationale Rechte würden die territorial organisierten Systeme sozialer Sicherheit bedrohen.

Zwei einleitende historische Beobachtungen zeigen, dass schon die Zuordnung beider Elemente (wie könnte es anders sein) im Detail etwas komplizierter ist. Denn die nationalstaatliche (und in diesem Sinne territorial radizierte) Evolution von Systemen sozialer Sicherheit erweist sich als eine transnationale Gemeinsamkeit (1.). Zugleich kennt die dergestalte Staatsgebundenheit sozialer Sicherheit zwei Spielarten: eine personal, über Zugehörigkeit zum Staatsvolk definierte, und eine gebietlich, über Aufenthalt im Staatsgebiet bestimmte (2.). Das Verhältnis beider zueinander changiert, wodurch immer schon ein transnationales Moment in den Institutionen sozialer Sicherheit kreiert wird.

1. Gemeineuropäische Nationalstaatsabhängigkeit der Systeme sozialer Sicherheit

Die Ausbildung des Sozialstaates ist gemeineuropäisch eng mit der Verfestigung des Nationalstaates im ausgehenden 19., beginnenden 20. Jahrhundert verbunden. Soziale Sicherheit stiftete kollektive Identität in den politischen Formationen der europäischen Nationalstaaten, wurde Teil ihrer Imaginationen des Politischen.¹ Die weitgehende Parallelität der Entwicklung auf dem alten Kontinent zeigt aber zugleich, dass die Organisation sozialer Sicherheit von Beginn an auch ein europäisches Projekt war.²

* Prof. Dr. Hans Michael Heinig ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. Der Text knüpft teilweise an seinen Beitrag „Europäisches Sozialverwaltungsrecht“ in: J. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der EU*, 2011, an.

1 H. M. Heinig, Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes als Imagination des Politischen, *StudRZ* 2007, S. 3 ff.

2 Vgl. E. Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, 2007.

Am Beispiel Deutschlands lässt sich anschaulich zeigen, wie die erste Phase des Ausbaus moderner wohlfahrtsstaatlicher Strukturen mit spezifischen Prozessen der nationalstaatlichen Verdichtung verbunden ist. Die Entwicklung des Sozialstaates war Teil eines breiter angelegten Prozesses des Wandels von Staatlichkeit. Er ist Produkt des Übergangs vom alten Policeystaat (Wohlfahrtsstaat alter Prägung) zum modernen Interventionsstaat (*Michael Stolleis*),³ der eng mit bestimmten sozialen Modernisierungsprozessen verbunden war. Zugleich leistete Bismarcks Sozialgesetzgebung einen Beitrag zur „inneren Reichsgründung“.⁴ Sie wurde so zum Identitätskern deutscher Staatlichkeit. Doch auch in anderen europäischen Staaten wurde die Ausbildung wohlfahrtsstaatlicher Strukturen ein wichtiger Abschnitt in den jeweiligen Staatsbegründungsnarrationen: Man denke etwa an die skandinavischen Staaten oder an Großbritannien.⁵ Darin eignet dem wohlfahrtsstaatlichen Projekt eine gemeinsame Dimension: Die Systeme sozialer Sicherheit weisen einerseits eine hohe nationalstaatlich geprägte Pfadabhängigkeit auf, zugleich aber bilden sie in ihrer Gesamtheit ein den einzelnen Nationalstaat übergreifendes „Sozialmodell“. *Tony Judt* etwa hat diesen Befund für die Expansion des Sozialstaates nach dem 2. Weltkrieg in glänzender Weise nachgezeichnet.⁶

2. Zwei Spielarten von Staatsgebundenheit sozialer Sicherheit

In der Entwicklungsgeschichte des Sozialstaats begegnen uns zudem zwei Ausprägungen der Gebundenheit sozialer Verantwortung in politischen Kollektiven. Sie bewegen sich zwischen räumlicher und personaler Zugehörigkeit. Im ausgehenden 19. Jahrhundert gilt die soziale Sorge des Staates nur seinen Bürgern. So ist in Teil II Titel 19 § 1 ALR etwa zu lesen: „Dem Staat kommt es zu, für die Ernährung und Verpflegung derjenigen Bürger zu sorgen, die sich ihren Unterhalt nicht selbst verschaffen können. Fremde Bettler sollen in dem Land nicht zugelassen, oder darin geduldet, und wenn sie sich gleichwohl einschleichen, sofort über die Grenze zurückgeschafft werden.“

Mit dem Aufbau des Sozialstaates tritt teilweise das Territorialitätsprinzip an die Stelle des Personalitätsprinzips.⁷ Das Territorialitätsprinzip überlagert das Personalitätsprinzip nicht vollständig, sondern es bilden sich Mischformen aus.⁸ Je nach

3 *M. Stolleis*, Konstitution und Intervention, 2001, S. 226 ff., S. 253 ff.

4 *F. Tennstedt*, Peitsche und Zuckerbrot oder ein Reich mit Zuckerbrot?, Zeitschrift für Sozialreform 43 (1997), S. 88 (95, 98).

5 *E. Eichenhofer* (Fn. 2), S. 37 ff.; *F.-X. Kaufmann*, Varianten des Wohlfahrtsstaats, 2003, S. 125 ff.

6 *T. Judt*, Postwar, 2005.

7 Zu beiden *H. M. Heinig*, Art. 18 i.V.m. Art. 12 EG als Schlüssel für die Teilhabe von arbeitsuchenden Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten an steuerfinanzierten Sozialleistungen in Deutschland, ZESAR 2008, S. 465 (466) m.w.N.

8 So galt für das bundesdeutsche Sozialrecht vor der europarechtlichen Überformung grundsätzlich: Im Sozialversicherungsrecht war das Beschäftigungsprinzip maßgeblich. Alle im Bundesgebiet Beschäftigten genossen sozialen Schutz durch gesetzliche Sozialversicherungen. Das Sozialhilferecht griff bei tatsächlichem Aufenthalt, kannte aber Stufungen im Umfang der Leistungsberechtigung (insbesondere bei Leistungen im Krankheitsfall), und die Inanspruchnahme von Leistungen konnte aufenthaltsrechtliche Konsequenzen haben. Bei sonstigen steuerfinanzierten Sozialleistungen fanden sich teils Anknüpfung an dem gewöhnlichen Aufenthaltsort, teils wurde eine gewisse Verfestigung des ausländerrechtlichen Status gefordert.

Leistungsart und Schutzsystem begründet dann territoriale Zugehörigkeit, also Aufenthalt, die soziale Verantwortung des Staats. Der Sozialstaat wird für alle Menschen zuständig, die sich (legal) auf seinem Staatsgebiet aufhalten. Im Hintergrund einer solchen Konstituierung etatistischer Sozialsorge stehen die durch die industrielle Revolution bedingte Landflucht und die Expansion urbanen Lebens. Das Territorialitätsprinzip ist so gesehen bereits eine Reaktion auf Migrationserfahrungen. Seine Ergänzung und Durchbrechung durch transnationale Rechte liegt in dieser Fluchtbewegung und steht rein technisch gesehen nicht notwendig in hartem Kontrast dazu (wiewohl die politischen Verantwortlichkeiten und demokratischen Einflussmöglichkeiten natürlich divergieren).

II. Entterritorialisierung durch Permeabilität und Portabilität sozialer Rechte im Europarecht

Prozesse der Entterritorialisierung und Transnationalisierung des Sozialrechts lassen sich entlang zahlreicher Phänomene nachzeichnen. So wurde eine erste Phase der Internationalisierung des Sozialrechts durch die Gründung der International Labour Organisation und später dann durch die Verabschiedung des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geprägt. Dem Gesamtthema des vorliegenden Bandes geschuldet, soll im Folgenden jedoch nur die Rechtschicht der Europäischen Union beleuchtet werden, zumal sich die europarechtlich induzierte Entterritorialisierung von der völkerrechtlichen Selbstverpflichtung an entscheidenden Stellen unterscheidet. Das weite Feld transnationalen Rechts wird deshalb im Folgenden eingegrenzt auf das Gebiet des supranationalen Rechts.

Drei europarechtliche Normkomplexe scheinen für die Analyse des Verhältnisses von Territorialität sozialer Sicherheit und Transnationalität sozialer Rechte besonders interessant: das Koordinierungssozialrecht, die Auswirkungen der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit auf die sozialstaatlichen Leistungssysteme in den Mitgliedstaaten und die sozialrechtliche Dimension des Unionsbürgerrechts. Auf unterschiedliche Weise bewirken diese drei Teilrechtsgebiete des europäischen Sozialrechts transliminale Effekte und tragen so zu einer gewissen Entterritorialisierung sozialer Rechte bei.

Übergeordnetes Ziel des europäischen Sozialrechts ist es, Hemmnisse für grenzübergreifende Mobilität von Personen, Waren und Dienstleistungen abzubauen, die aus der nationalstaatlichen Verfasstheit der Strukturen sozialer Sicherheit, Fürsorge und Förderung resultieren. Dazu wird das mitgliedstaatliche Sozialrecht europarechtlich so überformt und verzahnt, dass Ansprüche auf Sozialleistungen gegen einen Mitgliedstaat bei Grenzübertritt mitwandern oder mit der Migration oder dem grenzüberschreitenden Aufenthalt zugleich die Inklusion in die sozialen Schutz- und Sicherungssysteme des aufnehmenden Mitgliedstaates einhergeht. Mit Blick auf diese Effekte lässt sich festhalten, dass das europäische Sozialrecht von zwei Grundsätzen, dem der Permeabilität und dem der Portabilität, geprägt wird.

III. Prägefaktor Kompetenzverteilung

Für die Ausbildung und Wirkungslogik dieser Prinzipien kommt der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten maßgebliche Prägekraft zu. Die Kompetenzen der Union für unmittelbare Einwirkungen auf das mitgliedstaatliche Sozialrecht und die Ausbildung eines gemeinunionalen Sozialrechts sind bekanntlich begrenzt. Kompetenzen zum Normerlass bestehen vor allem für das sogenannte Koordinierungssozialrecht, das die Arbeitnehmerfreiheit und die Niederlassungsfreiheit durch Koordinationsbestimmungen zwischen den einzelnen mitgliedstaatlichen Systemen sozialer Sicherheit flankiert. Neben dieses Koordinierungssozialrecht treten eine Fülle an Randbestimmungen zu Diskriminierungsverboten sowie generelle Bestimmungen mit mittelbarer, aber infolge der durch die Rechtsprechung des EuGH ausgebildeten Fallgruppen sehr spezifischer Transformations- und Modifikationswirkung für das mitgliedstaatliche Sozialrecht. Zu nennen sind die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit (Art. 56 ff., 28 ff. AEUV), das Beihilfen- und Kartellrecht (Art. 107 ff., 101 ff. AEUV) sowie die Unionsbürgerschaft (Art. 21 i.V.m. Art. 18 AEUV).

Diese kompetenzrechtlichen Grundkoordinaten für den Bereich des Sozialrechts sind geprägt durch einen grundlegenden Antagonismus: Mit einer Fülle an Bestimmungen dokumentieren der EUV und AEUV den Willen der Mitgliedstaaten, über den Umfang sozialer Umverteilung, die Systeme sozialer Transfers und die Höhe der jeweiligen Einzelleistungen selbst zu entscheiden. Die Rechtsharmonisierung sollte nach dem Willen der Mitgliedstaaten auf dem Feld des Sozialrechts weitgehend ausgeschlossen werden.⁹ Dies gilt auch, soweit nach Art. 153 Abs. 2 lit. b) AEUV Mindestvorschriften zum sozialen Schutz von Arbeitnehmern erlassen werden dürfen. Art. 153 Abs. 4 AEUV hebt ausdrücklich die Befugnis der Mitgliedstaaten hervor, „die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen“ und betont, dass „das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme“ nicht erheblich beeinträchtigt werden darf. Zugleich hatte der mit dem Vertrag von Maastricht eingeleitete Wandel von einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Union und dem damit verbundenen Abstreifen einer in der Praxis eher antiwelfaristischen Grundausrichtung der Gemeinschaft auch Auswirkungen auf den Integrationsstand in der Sozialpolitik. Langjährige Forderungen nach einem sozialeren Europa fanden gewissermaßen Gehör.¹⁰ Die stärkere Betonung der sozialen Dimension der Integration sollte nicht zuletzt der zunehmenden Akzeptanzkrise seit den 1990er Jahren und der anhaltenden Debatte um demokratische Legitimationsdefizite der Union begegnen (Stichwort: Output-Legitimation).¹¹

9 Vgl. im Überblick *T. Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäisches Verfassungsverbund, 2003, S. 295 ff.

10 H. Kuhn, Die soziale Dimension der Europäischen Gemeinschaft, 1995; G. Haverkate/S. Hustler, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 48 ff.; R. Pitschas, Sozial- und Gesundheitsrechtsverbund „Europa“, SDSRV 59 (2010), S. 7 (8 ff.).

11 Zu beiden Problemkreisen und der darauf reagierenden Strategie der Politisierung insbesondere U. Haltern, Europarecht und das Politische, 2005 m.w.N.

Die sozialpolitische Profilierung der Union seit Maastricht und die Sensibilität der Mitgliedstaaten bei der Wahrung ihrer Kompetenzen auf dem Feld der Sozialpolitik entfalten gleichsam eine gegenläufige Dynamik. Auf der Ebene der Kompetenzbestimmungen für die Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV) bleibt die Union, wiewohl mittlerweile auf eine Fülle hehrer sozialpolitischer Ziele verpflichtet (Art. 3 EUV), im Konkreten ganz überwiegend auf unterstützende und ergänzende Funktionen beschränkt. Maßnahmen der Rechtsharmonisierung werden weitgehend ausgeschlossen (vgl. Art. 153 AEUV). Doch das Pathos der sozialpolitischen Selbstverpflichtung und die begrenzten Kompetenzen fügen sich nicht recht zusammen. Der Union bleibt Symbolpolitik sowie die Rolle als Plattform für politische Koordination unter der Prävalenz der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 156 AEUV; offene Methode der Koordination).¹²

Da kann es kaum wundern, dass die Union gleichsam auf eine Strategie integrationspolitischer Kompensation ihrer sozialpolitischen Kompetenzschwäche (oder zumindest faktischer Handlungsschwäche) durch die sozialpolitische Dynamisierung von anderen Politikfeldern und Rechtsgebieten ausgewichen ist. In der Folge wuchs den nicht spezifisch sozialpolitisch geprägten Normkomplexen des Primärrechts (wie der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit oder dem Unionsbürgerrecht) für die Ausbildung eines europäischen Sozialrechts maßgebliche Bedeutung zu.

Zugleich ermöglichte es gerade die Metamorphose der Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Union, die sich auch sozialpolitischen Zielsetzungen verpflichtet, die mitgliedstaatlichen Strukturen sozialer Sicherheit europarechtlich nicht ungehemmt dem Kraftfeld des Marktfunktionalismus auszusetzen, sondern bei der Anwendung der Marktgarantien im AEUV auf die mitgliedstaatlichen Strukturen sozialer Sicherheit deren Besonderheiten systemisch zu berücksichtigen.¹³

IV. Von Anfang an unangefochten: das Koordinierungssozialrecht

Transnationale soziale Rechte prägten bereits den Beginn der Europäischen Union. Das Koordinierungssozialrecht gehörte zu den ersten Rechtsakten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Inzwischen ist die dritte Generation von Koordinierungsverordnungen in Kraft getreten. Über alle Novellierungen und Detailänderungen hinweg sind die Grundstrukturen des Koordinierungssozialrechts jedoch gleich geblieben und bis heute unangefochten.¹⁴

12 Zur offenen Methode der Koordinierung *E. Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 2006, 3. Auflage, S. 268 ff.; *U. Becker*, Sozialrecht in der europäischen Integration – ein Zwischenbilanz, ZFSH/SGB 2007, S. 134 (139); *R. Streinz*, Sozialpolitische Zuständigkeit der EU im Rahmen der offenen Methode der Koordinierung, SDSRV 53 (2005), S. 29 ff.; *J. Preunkert*, Chancen für ein soziales Europa?, 2009; *S. Devetzi/H.W. Platzer* (Hrsg.), Offene Methode der Koordinierung und Europäisches Sozialmodell, 2009; *U. Becker*, Standards und Prinzipien des europäischen Sozialrechts, SDSRV 59 (2010), S. 89 (97 ff.) m.w.N.

13 *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 534 f.; *U. Becker* (Fn. 12), ZFSH/SGB 2007, S. 134 (137).

14 *M. Fuchs*, Was bringt die neue VO (EG) Nr. 883/2004?, SGb 2008, S. 201 (210).

Das Koordinierungssozialrecht bewirkt eine gewisse Entpersonalisierung des mitgliedstaatlichen Sozialrechts, wenn es bestimmt, dass die Zugehörigkeit zum Staatsvolk unter bestimmten Umständen keine Leistungsvoraussetzung sein darf. Es führt zugleich aber auch zu einer Entterritorialisierung, indem es anordnet, dass niemand im sozialen Schutzniveau schlechter stehen darf, wenn Wohnort und Beschäftigungsort in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen. Einige die Transnationalisierung sozialer Rechte und die Durchbrechung etablierter Territorialitätsbindungen sozialer Sicherheit bewirkenden Regelungen seien kurz benannt:

- Art. 7 VO 883/2004 hebt grundsätzlich alle Formen von Wohnortklauseln für Geldleistungen auf. Geldleistungen müssen exportiert werden (Portabilität).
- Bestimmungen zum anwendbaren Recht (Art. 11 ff. VO 883/2004) stellen sicher, dass es für jeden, der unter den personalen Schutzbereich des Koordinierungssozialrechts fällt (der persönliche Anwendungsbereich wurde seit der ersten Verordnung erheblich erweitert), unabhängig von Wohn- und Beschäftigungsort zumindest einen zuständigen Leistungsträger gibt (Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004).¹⁵ Anwendbar ist bei Beschäftigten und selbständig Erwerbstätigen das Recht des Beschäftigungsorts – *lex loci laboris* – (Art. 11 Abs. 1 lit. a VO 883/2004), sonst das Recht des Wohnorts (Art. 11 Abs. 1 lit. d VO 883/2004). Zugleich werden für bestimmte Leistungsarten Regelungen getroffen, die sicherstellen sollen, dass bei Auseinanderfallen von Wohn- und Beschäftigungsort in sinnvoller Weise in beiden Mitgliedstaaten Leistungen in Anspruch genommen werden können.
- Wer unter die VO 883/2004 fällt, unterliegt nach Art. 4 den gleichen Rechten und Pflichten nach dem mitgliedstaatlichen Recht wie Angehörige des jeweiligen Mitgliedstaates (koordinationsrechtliches Diskriminierungsverbot).
- Leistungsrelevante Zeiten (etwa Versicherungszeiten oder Beschäftigungszeiten) werden nach Art. 6 VO 883/2004 zusammengerechnet, wenn sie in verschiedenen Mitgliedstaaten verbracht wurden.
- Art. 5 VO 883/2004 bewirkt eine allgemeine Sachverhalts- oder Tatbestandsgleichstellung.¹⁶
- Damit durch die Koordinierung keine ungerechtfertigten Vorteile entstehen, verhindert Art. 10 VO 883/2004 schließlich, dass aufgrund der Verordnung kein Anspruch auf mehrere Leistungen gleicher Art aus derselben Pflichtversicherungszeit resultiert (Prinzip der Antikumulierung).

Das Koordinierungssozialrecht ist im Detail ausgesprochen komplex, und es weist eine hohe gesetzgeberische Regelungsdichte auf. Die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Materie ist entsprechend umfangreich. In der Grundlogik ist das Koordi-

¹⁵ Dieser Grundsatz soll jedoch das Recht anderer Mitgliedstaaten, Sozialleistungen zu erbringen, nicht berühren, EuGH, Rs. 352/06 (Bosmann), ABI C 171 vom 5.7.2008, S. 5; näher dazu *S. Devetzi*, Das Europäische koordinierende Sozialrecht auf der Basis der VO (EG) 883/2004, SDSRV 59 (2010), S. 117 (118 ff.); *E. Eichenhofer*, Anmerkung, ZESAR 2008, S. 459 f.

¹⁶ Hierzu *B. Spiegel*, Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung, ZIAS 2006, S. 85 (108 ff); *Y. Jorens/F. van Overmeiren*, in: Eichenhofer (Red.), 50 Jahre nach ihrem Beginn – neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, 2009, S. 126 ff.

nierungssozialrecht jedoch einfach nachvollziehbar. Es folgt einer klaren primärrechtlichen Zielrichtung, die selbst rechtspolitisch unangefochten ist.

V. Unspektakulär: die sozialrechtlichen Wirkungen der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit

Weitaus größere Probleme im Grundsätzlichen resultieren aus der Anwendbarkeit allgemeiner Regeln des Europarechts auf Fragen mit sozialrechtlichem Bezug. Hier können nicht unerhebliche Spannungslagen zwischen dem mitgliedstaatlichen Interesse auf Wahrung sozialpolitischer Autonomie der Mitgliedstaaten und dem europäischen Interesse an einer effektiven Durchsetzung der primärrechtlich festgelegten Regelungsanliegen entstehen.

Gemeinhin lassen sich unterschiedliche Phasen in der fallbezogenen Aufarbeitung solcher Konflikte durch den EuGH beobachten. Zunächst dominieren, wie in anderen Teilrechtsgebieten auch, europrechtsextensive Interpretationsansätze, denen zunehmend die mitgliedstaatlichen Kompetenzen schonende Deutungen des Europarechts zur Seite treten. In unterschiedlicher Weise bilden sich im Gefolge dann rechtsdogmatische Figuren heraus, die eine maßvolle grenzüberschreitende wechselseitige Inpflichtnahme nationalstaatlich organisierter Solidarsysteme verlangen. Zu den angesprochenen allgemeinen Regeln zählt der EuGH auch die passive Dienstleistungs- und die Warenverkehrsfreiheit.¹⁷ Wenn Bürger eines Mitgliedstaates marktförmig gehandelte soziale Leistungen, insbesondere Gesundheitsleistungen, zu denen sie nach dem Recht des Mitgliedstaates Zugang haben bzw. auf die sie Anspruch haben, in einem anderen Mitgliedstaat nachfragen, sind sie hierin von den Grundfreiheiten geschützt. Beeinträchtigungen in der Ausübung der Grundfreiheiten wie sie etwa Genehmigungserfordernisse nach dem Sozialrecht der Mitgliedstaaten als Voraussetzung für eine Kostenübernahme darstellen, bedürfen deshalb einer besonderen Rechtfertigung. Dies gilt nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur in sozialen Sicherungssystemen, die auf der Basis des Kostenerstattungsprinzips arbeiten,¹⁸ sondern auch für solche mit Sachleistungsprinzip¹⁹ und mit nationalen Gesundheitsdiensten.²⁰

Für die Einführung solcher Genehmigungserfordernisse im mitgliedstaatlichen Sozialrecht bei Auslandsbehandlungen liegen vielfältige Gründe nahe: Sie sollen die

17 Näher *T. Kingreen* (Fn. 9), S. 508 ff.; *U. Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt, NJW 2003, S. 2272 ff.; *B. Schulte*, in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 2009, 4. Aufl., S. 1404 ff.; *K.-J. Bieback*, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 2005, 4. Aufl., S. 257; *S. Alber*, Dienstleistungen im Gesundheitsbereich unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung, in: FS für G. Hirsch, S. 3 ff.; *U. Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, 2. Aufl., Art. 42 EGV Rn. 12; *W. Brechmann*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2011, 4. Aufl., Art. 48 AEUV, Rn. 14; *E. Eichenhofer*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 42 EGV, Rn. 4; *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EU, Bd. II, 39. EL Juli 2009, Vorbemerkung zu den Art. 39-55 EGV, Rn. 190 ff. m.w.N.

18 Dazu EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931; Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831.

19 EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473; Rs. C-368/98 (Vanbraekel), Slg. 2001, I-5363; Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003, I-4509.

20 EuGH, Rs. C-372/04 (Watts), Slg. 2006, I-4325; hierzu näher *K.-J. Bieback*, Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen, ZESAR 2006, S. 241 ff.

finanzielle Belastung zu kontrollieren helfen, die Funktionsfähigkeit der mitgliedstaatlichen Sicherungssysteme schützen, die Qualität der Leistung absichern und der Beplanbarkeit der in den Mitgliedstaaten etablierten Vorsorge- und Versorgungsstrukturen dienen. Der EuGH hat solche Gemeinwohlaspekte in seiner bisherigen Rechtsprechung als gute Gründe für Einschränkungen der Grundfreiheiten grundsätzlich anerkannt, die jeweiligen Genehmigungserfordernisse im konkreten Fall jedoch in der Regel für ungeeignet oder unverhältnismäßig erklärt: Leistungen im Ausland könnten auch kostengünstiger sein als im Inland, die Kostenlast durch grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Leistungen werde bei standardisierten ambulanten Behandlungen sowie Heil- und Hilfsmitteln schon wegen der sprachlichen und kulturellen Hemmnisse überschaubar bleiben, und die Qualitätssicherung lasse sich in der Regel auch durch andere Instrumente bewerkstelligen, so der EuGH.²¹

Lediglich im Bereich der stationären Versorgung hat der Gerichtshof mitgliedstaatliche Genehmigungserfordernisse unter strengen Voraussetzungen zugelassen, da für den Krankenhausbereich besondere Planungserfordernisse zur Sicherung einer ausgewogenen und hochwertigen Versorgung bestehen.²² Soweit Mitgliedstaaten für die Kostenübernahme bei Krankenhausbehandlungen im Ausland einen Genehmigungsvorbehalt vorsehen, müssten die Genehmigungskriterien aber objektiven und nichtdiskriminierenden Charakter haben. Dazu könne etwa die „medizinische Notwendigkeit“ einer Auslandsbehandlung zählen.²³ Eine Genehmigung dürfe versagt werden, wenn die gleiche oder eine ebenso wirksame stationäre Behandlung im Inland rechtzeitig zur Verfügung steht. Die Rechtzeitigkeit freilich könne nicht nach den mitgliedstaatlichen Gepflogenheiten bemessen werden, sondern nur nach individualisierten medizinischen Kriterien. Der Verweis auf vorhandene und übliche Wartezeiten in dem Mitgliedstaat reicht zur Begründung der Rechtzeitigkeit also gerade nicht.²⁴ Ebenso könne die Genehmigung zwar davon abhängig gemacht werden, dass die Behandlung „medizinisch üblich“ ist. Auch dieses Kriterium dürfe jedoch nicht zu einer Diskriminierung ausländischer Leistungsangebote führen.²⁵ Die skizzierte Rechtsprechung des EuGH zu den Wirkungen der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, insbesondere die durch den Gerichtshof vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung wendet die dem Unionsrecht zugrundeliegende Philosophie der Grundfreiheiten konsequent auf solche mitgliedstaatlichen Gesundheitssysteme an, die auf dem Grundsatz beruhen, dass alle medizinisch notwendigen Leistungen auch erbracht werden müssen.²⁶ Zu Friktionen führt die Rechtsprechung des EuGH hingegen, soweit das mitgliedstaatliche Sozialrecht be-

21 Grundlegend EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931; Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831.

22 EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473; Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003, I-4509.

23 EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473, Rn. 99 ff.; Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003, I-4509, Rn. 86 ff.

24 EuGH, Rs. C-372/04 (Watts), Slg. 2006, I-4325 m.w.N.

25 EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473, Rn. 83 ff.

26 So begründet etwa die gesetzliche Krankenversicherung nach dem SGB V im Rahmen der nach § 12 SGB V gebotenen Wirtschaftlichkeit einen umfassenden Anspruch auf Behandlung einer Krankheit, der durch das Leistungserbringungsrecht nach dem SGB V konkretisiert wird.

wusste Entscheidungen für eine begrenzte Ressourcenallokation trifft und Leistungsansprüche hierdurch begrenzt. Diese Wirkungen sind insbesondere in Mitgliedstaaten mit nationalen Gesundheitsdiensten zu beobachten. Wenn Genehmigungserfordernisse für Auslandsbehandlungen auch in solchen Systemen nicht erlaubt sind oder bei ihrer Anwendung Kriterien medizinischer Notwendigkeit im Einzelfall Berücksichtigung finden müssen (so ja der EuGH),²⁷ werden nach dem Primärrecht in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallende Instrumente der Knappheitsbewirtschaftung und Priorisierung durch den Rückgriff auf die Grundfreiheiten unterminiert und die mitgliedstaatlichen sozialen Sicherungssysteme einem indirekten Harmonisierungsdruck ausgesetzt, der durch den AEUV nach dem Willen der „Herren der Verträge“ gerade ausgeschlossen werden sollte.²⁸

Zugleich kann der EuGH bei der Anwendung der Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit schwerlich zwischen verschiedenen wohlfahrtsstaatstypischen Systemen der Leistungserbringung unterscheiden. Solche Differenzierungen würden einen beachtlichen Harmonisierungsdruck in Richtung der mit Blick auf das Europarecht „günstigsten“ Lösung auslösen. Zwar wäre es dann immer noch eine Frage der politischen Selbstverständigung in den Mitgliedstaaten, ob ein System der Abschottung oder eine integrationsfreundliche Ausgestaltung im Ergebnis „günstiger“ wäre. Doch ließen sich vom EuGH vorgenommene Differenzierungen bei der Anwendung der Grundfreiheiten je nach Ausgestaltung des Sozialsystems der Mitgliedstaaten politisch kaum vermitteln. Der EuGH stand deshalb bei seiner Rechtsprechung zu den Wirkungen der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit vor einem klassischen Dilemma. Dieses hat er zu bewältigen versucht, indem er die Grundstrukturen des mitgliedstaatlichen Sozialrechts unberührt lässt, in seine Rechtsprechung durch die Anerkennung einer Vielzahl von potentiellen Rechtferdigungsgründen flexible Reaktionsmöglichkeiten auf etwaige durch die Rechtsprechung ausgelöste Verwerfungen in den mitgliedstaatlichen Sicherungssystemen einbaut und so versucht, die Auswirkungen seiner eigenen Rechtsprechung unter Kontrolle zu halten, zugleich aber dem grundlegenden grundfreiheitlichen Regelungsbedürfnis möglichst umfassend Geltung zu verschaffen sucht.

VI. Diffizil: die soziale Dimension der Unionsbürgerschaft

Ein drittes Teilrechtsgebiet des Europarechts, das von den Grundsätzen der Permeabilität und Portabilität sozialer Leistungen geprägt ist, bildet das Unionsbürgerrecht in seiner sozialen Dimension. Relevant ist die Unionsbürgerschaft etwa bei Unter-

27 Ausdrücklich in Auseinandersetzung mit dem Allokationsproblem EuGH, Rs. C-372/04 (Watts), Slg. 2006, I-4325.

28 Kritisch zur Rspr. des EuGH deshalb etwa J.-P. Schneider, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, VVDSRL 64 (2005), S. 238 (248).

haltshilfen für Studierende²⁹ oder bei Sozialhilfeansprüchen bzw. steuerfinanzierten Unterhaltsansprüche für Arbeitslose (in Deutschland nach dem SGB II).³⁰

Für den über die Unionsbürgerschaft vermittelten Zugang zu Sozialleistungen ist zunächst wesentlich, dass der EuGH in Art. 21 AEUV (Art. 18 EG) in Anlehnung an die Grundfreiheiten ein Recht sieht, das jedem Unionsbürger unmittelbar zuerkannt ist.³¹ Der sachliche Anwendungsbereich wird dabei weit bestimmt; der in Art. 21 AEUV enthaltene Vorbehalt soll das Freizügigkeitsrecht nicht unmittelbar limitieren, sondern als eine Art Schranke wirken, die ihrerseits „unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden“ ist.³²

Die Ausübung des Freizügigkeitsrechts verknüpft der EuGH dann mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EGV) dergestalt, dass bereits durch die Ausübung der Freizügigkeit selbst der sachliche Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet wird und damit zugleich das Verbot der Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit greift. Denn der „Unionsbürgerstatus sollte bestimmungsgemäß der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, die, wenn sie sich in der gleichen Situation befinden, aufgrund dieses Status ... unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung haben.“³³

Verkürzt gesprochen führt die Deutung des Art. 21 i.V.m. Art. 18 AEUV durch den EuGH also dazu, dass dem Unionsbürger, der von seinem primärrechtlich garantierten Freizügigkeitsrecht Gebrauch macht, hierdurch keinerlei Nachteile entstehen dürfen und er deshalb eigentlich weder von steuerfinanzierten Sozialleistungen seines Herkunftsstaates durch Wohnortklauseln noch von Leistungen im Aufnahmestaat durch Ausschlussklauseln für Zuziehende exkludiert werden kann. Freilich wird allgemein – auch durch den EuGH – anerkannt, dass es für solche Ausschlussstatbestände gute Gründe geben kann. Die Frage ist nur, wann solche guten Gründe vorliegen und wann eben nicht.

29 Näher etwa *W. Cremer*, Unterhaltsstipendien für Studierende aus anderen Mitgliedstaaten nach dem Grzelczyk-Urteil des EuGH – Ausbildungsförderung für alle?, *WissR* 36 (2003), S. 128 ff.; *F. Wollenschläger*, Studienbeihilfen für Unionsbürger, *NVwZ* 2005, S. 1023 ff.; *S. Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 169 ff.; *S. Armbrecht*, Ausbildungsförderung für Studenten: Gleicher Zugang für Unionsbürger?, *ZeuS* 2005, S. 175 ff.; *M. Niedobitek*, Studienbeihilfen und Unionsbürgerschaft; *RdJB* 2006, S. 105 ff.

30 Näher etwa *H. M. Heinig* (Fn. 7), *ZESAR* 2008, S. 465 ff.; *K. Strick*, Ansprüche alter und neuer Unionsbürger auf Sozialhilfe und Arbeitslosengeld II, *NJW* 2005, S. 2182 ff.; *F. Sander*, Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zum mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystem, *DVBl.* 2005, S. 1014 ff.; *K. Hailbronner*, Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen, *ZFSH/SGB* 2009, S. 195 ff.

31 EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R.), Slg. 2002, I-7091, Rn. 84; Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 31.

32 EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R.), Slg. 2002, I-7091, Rn. 91; Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 34.

33 EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 28; ähnlich Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 31.

1. Teilhabeansprüche im Aufnahmestaat

Durch den Ausschluss von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten bei Teilhaberechten an steuerfinanzierten Sozialleistungen will sich ein Aufnahmestaat vor allem vor sogenannten „Welfare Magnet“-Effekten³⁴ schützen.³⁵ Der EuGH begegnete diesem Unterfangen zunächst zurückhaltend. Denn er entkoppelte die derivative Leistungsberechtigung von den Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht – entgegen der ursprünglichen Intention der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“: Es sei den Mitgliedstaaten grundsätzlich unbenommen, einer übergebührlichen Belastung durch Binnenmigration in ihre Sozialsysteme, insbesondere ihre Sozialhilfe, entgegenzuwirken. Sie könnten deshalb Maßnahmen zur Beendigung des Aufenthalts von Unionsbürgern einleiten, wenn diese Sozialhilfe in Anspruch nehmen, so der EuGH vordergründig. Als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgebots dürfe die Aufenthaltsbeendigung in solchen Fällen jedoch keinen Automatismus bilden, womit die Autonomie der Mitgliedstaaten in diesem Bereich deutlich eingeschränkt wird.³⁶ Solange sich der Unionsbürger zudem rechtmäßig im Aufnahmestaat aufhält oder einen – laut EuGH nicht notwendigerweise gemeinschaftsrechtlichen – Aufenthaltstitel innehat, greife das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ohne Einschränkungen. Die aufenthaltsrechtliche Relevanz der sozialen Bedürftigkeit stellt das derivative Leistungrecht mithin nicht in Frage. Dem Aufnahmestaat ist es deshalb verwehrt, die Teilhabe an Sozialleistungen mit dem Argument zu verweigern, dass die Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht durch die eingetretene Bedürftigkeit weggefallen sind.³⁷

Nach welchen Kriterien sich das Übermaßverbot bei der Beendigung des Aufenthalts von Unionsbürgern wegen Inanspruchnahme von Sozialleistungen bemisst, wurde aus der Rechtsprechung des EuGH zunächst nicht ganz klar.³⁸ Im Grzelczyk-Urteil findet sich die Formulierung, dass die Aufenthaltsberechtigten die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht über Gebühr belasten dürften, woraus sich im Umkehrschluss „eine bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen dieses Staats mit denen der anderen Mitgliedstaaten“ ergebe.³⁹ Diese Solidarität greife insbesondere, wenn die Schwierigkeiten des Aufenthaltsberechtigten nur vorübergehender Natur sind. Entscheidend sind demnach für den EuGH die Umstände des konkreten Einzelfalls.⁴⁰ Anders argumentiert der Gerichtshof hingegen in der Rechtssache Bidar, wenn er nicht auf die individuellen Umstände abstellt,

34 Zum Begriff näher *A. Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?, 2001, S. 27 ff.

35 *T. Kingreen*, in: *Hatje/Huber (Hrsg.)*, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, 2007, S. 67 ff.; *C. Schönberger*, *Unionsbürger*, 2005, S. 408 ff. und öfter.

36 Etwa EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 43.

37 Etwa EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 40 ff.

38 Zur Diskussion auch *C. Schönberger* (Fn. 35), S. 407 ff.; *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, S. 272 ff.

39 EuGH, Slg. 2001, I-6193, Rn. 44 (Grzelczyk). Zum strategischen Zugriff auf den Solidaritätsbegriff in diesem Zusammenhang *H. M. Heinig* (Fn. 13), S. 540 f.; zur Solidarität verfassungstheoretisch zudem ebenda S. 120 ff.

40 So auch der 16. Erwägungsgrund der Freizügigkeitsrichtlinie; vgl. auch *C. Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226 (228).

sondern auf die objektiven Wirkungen der derivativen Teilhabe insgesamt. Demnach stünde es den Mitgliedstaaten frei, darauf zu achten, dass der Einbezug von den die Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV nutzenden Unionsbürgern „nicht zu einer übermäßigen Belastung wird, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnte, die dieser Staat gewähren kann.“⁴¹ An dieser Rechtsprechung orientiert er sich erkennbar in den jüngeren Folgeentscheidungen, ohne dass divergierende Ansätze explizit verworfen werden.

2. Teilhabeansprüche gegen den Herkunftsstaat

Die Diskussion um die Teilhabeansprüche gegen den Herkunftsstaat ist insoweit etwas anders gelagert, als dass hier aufenthaltsbeendende Maßnahmen keine Handlungsalternative bilden und die dogmatischen Probleme schon deshalb anders zugeschnitten sind. Insgesamt sind die Transformationswirkungen für das mitgliedstaatliche Recht bei Ansprüchen gegen den Herkunftsstaat geringer, auch weil nur Wohnortklauseln im Sozialverwaltungsrecht des Herkunftsstaats tangiert sind, nicht aber das Wechselspiel von Aufenthaltsrecht und Sozialverwaltungsrecht.

Der EuGH erkennt grundsätzlich als legitime Gründe für Beschränkungen der Teilhabe an steuerfinanzierten Sozialleistungen an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Staatsangehörige an, dass bestimmte Leistungen (z.B. die Unterstützung bei Arbeitssuche) zur Verhinderung von Rechtsmissbrauch objektive Kontrollmöglichkeiten erfordern.⁴² Bei anderen Leistungen, die ein besonderer Ausdruck von staatlich organisierter Gruppensolidarität sind, steht hingegen das legitime Interesse des Leistungsstaats an einer hinreichenden Verbundenheit mit der Herkunftsgesellschaft im Vordergrund.⁴³ Freilich müssen auch solche Ausschlusskriterien nach der Rechtsprechung des EuGH verhältnismäßig sein. So darf die aktuelle Wohnsitznahme nicht alleiniger Indikator für eine fehlende Bindung an den Herkunftsstaat sein.

3. Exemplarisch: Unionsbürgerfreizügigkeit und Leistungsausschlüsse für zuwandernde arbeitsuchende Unionsbürger nach dem SGB II

Die Verzahnung von Unionsbürgerstatus, unionalem Aufenthaltsrecht und mitgliedstaatlichem Sozialrecht sei im Folgenden am Beispiel der Teilhabe zuwandernder Unionsbürger an der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II veranschaulicht. Dabei lässt sich nicht nur das generelle Wirkungsgefüge des Diskriminierungsverbots bei Unionsbürgern aufzeigen, sondern auch das Problem der primärrechtskonformen Konkretisierung der von Art. 21 i.V.m. Art. 18

41 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 56; ebenso Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507, Rn. 48.

42 EuGH, Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947.

43 EuGH, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Slg. 2006, I-10451; Rs. C-10/06 und C-11/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161; Rs. C-499/06 (Nerkowska), Slg. 2008, I-3993.

AEUV ausgehenden Bindungswirkungen durch die sogenannte Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG) ansprechen.

Die RL 2004/38/EG sieht für unterschiedliche Personengruppen unterschiedliche Bestimmungen zum Aufenthaltsrecht und zu derivativen Teilhabeansprüchen vor. In deutsches Recht umgesetzt wurde diese Richtlinie einerseits durch die Novellierung des FreizügG/EU, andererseits durch Anpassungen im materiellen Sozialrecht.

a) (Un)Abhängigkeit des Aufenthaltsrechts von sozialer Fürsorgebedürftigkeit

Eine Art Sockelfreizügigkeit garantiert Einreise und Aufenthalt bis zu drei Monaten „ohne weitere Bedingungen oder Formalitäten“, wie es in Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38/EG etwas irreführend heißt. Denn Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie macht das Aufenthaltsrecht dann doch davon abhängig, dass Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats „nicht unangemessen“ in Anspruch genommen werden, wie es in Aufnahme der vorhergehenden Rechtsprechung des EuGH heißt.

Nach Ablauf der drei Monate differieren die unionsrechtlichen Aufenthaltstitel und ihre sozialrechtlichen Verknüpfungen: Arbeitnehmer und Selbständige sind für den Fall der Inanspruchnahme von Sozialhilfe von hierauf gestützten aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, den Grundfreiheiten geschuldet, von vorneherein ausgenommen.⁴⁴ Studierende und sonstige Nichterwerbstätige müssen hingegen bis zum Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen bzw. deren Verfügbarkeit glaubhaft machen. Das Aufenthaltsrecht steht ihnen nur so lange zu, wie diese Voraussetzungen vorliegen; gleichwohl darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen aber nicht automatisch zur Abschiebung führen, so Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 EG in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH. Eine Sonderregelung kennt das Freizügigkeitsrecht schließlich für Arbeitsuchende, die nach Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38/EG einen Ausweisungsschutz wie Arbeitnehmer und Selbständige genießen, solange sie nachweisen können, dass sie tatsächlich und mit Aussicht auf Erfolg Arbeit suchen. Der Bundesgesetzgeber hat auf die Übernahme dieser Konditionierung verzichtet und Arbeitsuchende den Arbeitnehmern aufenthaltsrechtlich umfassend gleichgestellt.

44 Konsequenterweise eröffnet § 7 SGB II allen erwerbsfähigen Unionsbürgern, die ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland haben und aufenthaltsrechtlich als Arbeitnehmer oder Selbständige gelten, die Berechtigung zu Leistungen nach der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Die Anspruchsberechtigung nach dem SGB II schließt zugleich den Bezug von Sozialhilfe aus (§ 5 Abs. 2 SGB II). Wenn also Unionsbürger als Arbeitnehmer ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt nach §§ 7 ff. SGB II in Anspruch nehmen, haben sie keine aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen zu besorgen. Gleiches gilt, wenn im Falle der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit unter bestimmten Umständen ihr Arbeitnehmerstatus nachwirkt (vgl. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU).

b) Ansprüche auf Teilhabe an der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II während des Bestehens eines Aufenthaltsrechts

Zugleich aber sind Unionsbürger nach dem SGB II in Deutschland während der dreimonatigen „Sockelfreizügigkeit“ und anschließend, soweit sich ihr Aufenthaltsrecht aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, von der Leistungsberechtigung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgenommen (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II).⁴⁵ Indem der Bundesgesetzgeber die zuwandernden Arbeitsuchenden dauerhaft und sonstige nicht erwerbstätige Unionsbürger für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts von den Leistungen nach dem SGB II ausschließt, nutzt er eine entsprechende Differenzierungserlaubnis aus der Unionsbürgerrichtlinie (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG). Grundsätzlich schreibt die RL 2004/38/EG in Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH die generelle Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates vor. Der Gesetzgeber in Deutschland hat deshalb die Bestimmungen zur personalen Anwendung zahlreicher Leistungsgesetze dergestalt neu gefasst, dass Unionsbürger Deutschen vollständig gleichgestellt sind. Sie müssen sich wie Deutsche lediglich gewöhnlich im Bundesgebiet aufhalten (§ 30 SGB I), aber keinen bestimmten Aufenthaltstitel vorweisen.⁴⁶ Ausgenommen von diesem generellen Gleichbehandlungsanspruch in der RL 2004/38/EG sind jedoch u.a. Ansprüche auf Sozialhilfe für andere Personen als Arbeitnehmer und Selbständige in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts sowie für Arbeitsuchende über die Dreimonatsfrist hinaus (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG).

Der Sozialhilfebegriff in der RL 2004/38/EG wurde seit Verabschiedung der Richtlinie stets weit verstanden. Er sollte auch sozialhilfähnliche Leistungen wie die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II erfassen.⁴⁷ Im Hintergrund des Ausschlusses von Arbeitsuchenden vom durch die Unionsbürgerrichtlinie begründeten Gleichbehandlungsanspruch steht auch die koordinationsrechtliche Exportverpflichtung für Leistungen bei Arbeitslosigkeit gegenüber dem Herkunftsstaat nach Art. 64 VO 883/2004, der freilich nach mitgliedstaatlichem Recht bestehende Leistungsansprüche voraussetzt und solche selbst nicht entstehen lässt. Soweit keine exportierbaren Ansprüche bestehen, wären für die Betroffenen aus der Unionsbürgerschaft abgeleitete Teilhabeansprüche an steuerfinanzierten Hilfen für Arbeitsuchende im Aufnahmestaat durchaus von Interesse. Doch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG schließt solche Ansprüche, folgt man dem Wortlaut der Norm, ausdrücklich aus.

Deshalb ist es von erheblicher praktischer Relevanz, dass die fraglichen Bestimmungen der Unionsbürgerrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland im Lichte

45 Zum Ausschluss von der Sozialhilfe nach dem SGB XII in diesem Zeitraum näher *H. M. Heinig* (Fn. 7), ZESAR 2008, S. 465 (469 f.).

46 Umkehrschluss aus den Sonderregelungen für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer in § 2 Abs. 7 BEEG, § 1 Abs. 6 BErZGG, § 2 Abs. 3 BKGG.

47 *H. M. Heinig* (Fn. 7), ZESAR 2008, S. 465, (472), zum Ausschluss nach dem SGB XII ebenda (S. 470); wie hier *K. Strick* (Fn. 30), NJW 2005, S. 2182, (2184); *K. Hailbronner* (Fn. 30), ZFSH/SGB 2009, S. 195 (201).

der bisherigen Rechtsprechung des EuGH Zweifel an ihrer Primärrechtskonformität aufwerfen. In zahlreichen Entscheidungen deutscher Sozialgerichte wird die Europarechtskonformität der Ausschlussklauseln im SGB II für zuwandernde arbeitsuchende Unionsbürger in Frage gestellt.⁴⁸ Nimmt man die Urteilsbegründung des EuGH in der Rs. Collins zum Nennwert, ist die Differenzierungserlaubnis der Richtlinie, mithin auch die Exklusionsformel in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit dem europäischen Primärrecht schwerlich vereinbar.⁴⁹ Diese Einschätzung findet sich bestätigt, wenn man auch die weitere Rechtsprechung zum Ausschluss von den das Freizügigkeitsrecht nutzenden Unionsbürgern von steuerfinanzierten Sozialleistungen betrachtet.⁵⁰ Soweit es um soziale Vergünstigungen geht, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, verortet der EuGH das Diskriminierungsverbot für arbeitsuchende Unionsbürger zwar in der Arbeitnehmerfreiheit (Art. 45 Abs. 2 AEUV). Doch geht damit keine grundlegende Veränderung im Prüfprogramm und in der Prüfintensität einher: Im Lichte des primärrechtlichen Verbots der Diskriminierung von Unionsbürgern hält es der Gerichtshof für legitim, wenn sich ein Mitgliedstaat einer tatsächlichen Verbindung zwischen demjenigen, der eine solche Sozialleistung beantragt und dem betroffenen Arbeitsmarkt vergewissern will.⁵¹ Deshalb könnte eine Mindestaufenthaltsdauer, z.B. in Form eines Wohnsitzerfordernisses, zur Voraussetzung für den Leistungsbezug gemacht werden. Ein solches Kriterium sei jedoch nur zulässig, wenn es nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgeht. Eine Mindestaufenthaltsdauer müsse deshalb auf den Zeitraum begrenzt werden, der ausreicht, um sich vergewissern zu können, dass der Betroffene durch seine Arbeitssuche eine tatsächliche Beziehung zu dem Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats hergestellt hat.⁵² Im Umkehrschluss folgt aus der Entscheidung des EuGH in der Rs. Collins: Der dauerhafte Ausschluss eines zur Arbeitssuche in einen Mitgliedstaat einreisenden Unionsbürgers ist primärrechtswidrig.

Zuletzt hat der EuGH freilich bewusst vermieden, Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG als primärrechtswidrig zu verwerfen.⁵³ Stattdessen fordert der EuGH, Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG im Lichte des Art. 45 Abs. 2 AEUV (Art. 39 Abs. 2 EG) einschränkend auszulegen: „Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Ein-

48 Zusammengestellt bei H. M. Heinig (Fn. 7), ZESAR 2008, S. 465 ff.; K. Hailbronner (Fn. 30), ZFSH/SGB 2009, S. 195 ff.

49 Vgl. EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 63. Wie hier F. Schreiber, Die Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV für Grundsicherungsleistungen (SGB II und SGB XII), ZESAR 2006, S. 423 ff.; A. Brühl/D. Schöch, LPK-SGB II, 2009, 3.Aufl., § 7 Rn. 19; W. Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2008, 2. Aufl., § 7 Rn. 17; ähnlich wohl zunächst K. Hailbronner, Unionsbürger-schaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138 (1143); mit anderem Akzent aber ders., AuslR, 2006, C 2 Rn. 75 ff.; ders. (Fn. 30), ZFSH/SGB 2009, S. 195 ff.; F. Wollenschläger (Fn. 38), (S. 274); Golynker, Jobseekers' Rights in the European Union, EL Rev. 30 (2005), S. 111 (119), dort jeweils zum Verhältnis von den Bestimmungen der Unionsbürgerrichtlinie, die den Zugang zu Sozialleistungen betreffen, und dem Primärrecht.

50 EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 39; Rs. C-212/05 (Hartmann), Slg. 2007, I-6303; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 61; Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, 8507.

51 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703; ebenso Rs. C-258/04 (Ioannidis), Slg. 2005, I-8275.

52 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 72.

53 EuGH, Rs. C-22 u. 23/08 (Vatsouras), Slg. 2009, I-4585.

stufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als ‚Sozialhilfeleistungen‘ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.⁵⁴ Zugleich hat der EuGH tunlichst keine Aussagen dazu getroffen, welche Konsequenzen für Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG aus dem allgemeinen unionsbürgerrechtlichen Diskriminierungsverbot nach Art. 21 i.V.m. Art. 18 AEUV zu ziehen sind. Deshalb erscheint es durchaus fragwürdig, wenn es seitens deutscher Sozialgerichte nun heißt, die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für Arbeitssuchende nach §§ 19 ff. SGB II sollten, anders als die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit nach §§ 14 ff. SGB II nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern und den dauerhaften Ausschluss von arbeitsuchenden Unionsbürgern von Sozialhilfeleistungen habe der EuGH als primärrechtskonform gebilligt.⁵⁵ Beide Aussagen sind in dieser Schlichtheit falsch: Ob die Hilfen zum Lebensunterhalt für Arbeitssuchende den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, richtet sich gerade nicht nach der Deklaration im mitgliedstaatlichen Recht, sondern nach Funktion und Zweck in objektivierend-typisierender Betrachtung. Und zur Primärrechtswidrigkeit von Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG hat der EuGH nicht abschließend Stellung bezogen, sondern sich auf die Beantwortung der Vorlagefrage beschränkt. Deshalb ist zwar insgesamt zu erkennen, dass sich der EuGH in jüngerer Zeit bemüht, die von ihm selbst initiierte sozialrechtliche Dynamisierung der Unionsbürgerschaft wieder zu entschleunigen und zumindest auf den erklärten Willen des Unionsgesetzgebers Rücksicht zu nehmen. Doch sprechen weiterhin starke Anhaltspunkte dafür, dass zumindest der dauerhafte Ausschluss von Unionsbürgern nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II einer detaillierten Prüfung durch den EuGH nicht standhält.

VII. Schluss

Ein sinnvolles Räsonieren über die Europäisierung sozialer Rechte setzt hinreichenden Sinn für die Eigenlogiken europäischer Integration voraus. Die drei in diesem Beitrag behandelten Rechtsfelder zeigen, dass der Einbezug des Sozialen in das Europarecht die überkommenen Systeme sozialer Sicherheit nicht beschädigen muss. Deren Integrität und Funktionalität blieben jeweils unangetastet.

Betrachtet man die bisherige Entwicklung des europäischen Sozialrechts, zeigen sich unterschiedliche Phasen der Aneignung sozialer Fragen durch die Europäische Union. Spätere Phasen zeichnen sich dadurch aus, dass das Europarecht nicht einfach betriebsblind vollzogen wird, sondern mitgliedstaatliche Interessen an Kompetenzschutz und die sozialpolitischen Sachanliegen aufgenommen und pragmatisch verarbeitet werden.

Hierbei vermag die Rechtsprechung des EuGH in den dogmatischen Details wohl nicht immer zu überzeugen. Die Begleitung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

⁵⁴ Ebd., Rn. 45.

⁵⁵ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.12.2009, Az L 34 AS 1350/09 B – juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 8.1.2010, Az L 34 AS 2092/09 B – juris.

durch rechtswissenschaftliche Kritik und politische Debatten tut not. Sie tragen zur Sensibilisierung für rechtstechnische Feinheiten bei und zeigen die hohe politische Brisanz auf, die Fragen des sozialen Ausgleichs und der sozialen Sicherheit auch im Gewande des Rechts eigen ist.

Doch betrachtet man die Entscheidungspraxis des EuGH in ihrem politischen Kontext, versteht sich im Grunde von selbst, dass der Gerichtshof nicht als Totengräber des europäischen Sozialmodells in die Geschichte eingehen will. Unter dieser Bedingung erweisen sich supranationale soziale Rechte im Zeichen der europäischen Integration als notwendige Fortschreibung territorial strukturierter sozialer Sicherheit.

Sozialpolitik in Europa: Von der Domestizierung zur Entwaffnung

Von Alexander Somek*

I. Die soziale Frage im transnationalen Kontext

Dieser Artikel skizziert den Einfluss, den die Europäische Union bisher auf die Sozialpolitik in Europa ausgeübt hat. Seine These lautet, dass Sozialpolitik wegen der EU zum Gegenstand von Domestizierung, Anpassung und schließlich Entwaffnung geworden ist.

Von *Domestizierung* lässt sich in einem doppelten Verstand sprechen. Domestizierung bedeutet einerseits, dass Sozialpolitik größtenteils die innere Angelegenheit der Mitgliedsstaaten geblieben ist,¹ ungeachtet des Umstands, wie stark sie inzwischen auch in der Union koordiniert werden mag; andererseits wurde sie domesti-ziert, insofern sie kompatibel mit den Beschränkungen des gemeinsamen Marktes gemacht wurde. Da Sozialpolitik noch immer in den Händen der Mitgliedsstaaten liegt, muss sie heute stets mit großer Umsicht verfolgt werden, um Kollisionen mit den Anforderungen des Unionsrechts zu vermeiden. Sie ist zum braven Haustier des Binnenmarkts geworden. Der Vorgang der Domestizierung wird erst verständlich, wenn man bedenkt, dass im Bereich der Sozialpolitik sowohl die rechtlichen Kom-petenzen als auch die faktischen Handlungsmöglichkeiten der Union sehr eng ge-zogen sind. Wenn gemeinsames Handeln gelingt, dann in einem Bereich, der zweifelsfrei im Interesse aller Mitgliedstaaten ist. Der Aufstieg der Beschäftigungspo-litik erklärt sich daraus.

Als *Anpassung* wird der Prozess verstanden, bei dem infolge der Anwendung der Binnenmarktfreiheiten (inklusive Unionsbürgerschaft) nationale Sozialleistungen über die Staatsgrenzen hinweg ausgeweitet werden. So werden Sozialleistungen, sobald sie vom Unionsrecht berührt werden, gedanklich angeglichen an diejenigen Rechte, die mit wirtschaftlicher Mobilität verbunden sind.

Es bedarf unter den gegenwärtigen Umständen der Eurokrise wohl keiner weiteren Erwähnung, dass die Währungsunion *entwaffnet*. Sie hat den Mitgliedsstaaten wich-tige Werkzeuge für die Verfolgung makroökonomischer Ziele genommen (wie die Abwertung der eigenen Währung). Die teilweise Entwaffnung des Nationalstaats wird zudem durch die Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH erweitert, die über eine Domestizierung hinausgegangen sind und in eine neue Ära der Markt-liberalisierung führen. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Arbeitsbeziehun-gen einschließlich der Lohnfindungssysteme.

* Charles E. Floete Chair in Law, University of Iowa College of Law. Der Beitrag stellt eine aktualisierte Kurzfassung des ersten Kapitels des Buches *Engineering Equality: An Essay on European Anti-discrimination Law* (2011) dar. Der Autor bedankt sich bei Lisa Katharina Bogerts für die Übersetzung aus dem Englischen und bei Florian Rödl und Jürgen Bast für wertvolle Hinweise und Rückfragen.

1 Dies war jedenfalls die Kompetenzverteilung, die sich aus der Idee einer ordo-liberalen europäischen Wirtschafts-verfassung ergab. Siehe C. Joerges, A New Alliance of De-legislation and Legal Formalism? Reflections on Responses to the Social Deficit of the European Integration Project, Law and Critique 2008 (19), S. 235–253 (239).

Diese Entwicklung enthüllt in bemerkenswerter Weise, wie sich die soziale Frage in einem transnationalen föderalen System ausnimmt. Sie besteht nicht einfach darin, wie es ein politisches Gemeinwesen schaffen mag, die „Freiheit von Not“ für alle zu gewährleisten; es geht vielmehr darum, ob die *Differenz* zwischen den Niveaus der Marktunabhängigkeit, die die Mitgliedstaaten ihren Bürger ermöglichen, langfristig die Kohäsion der transnationalen Ordnung gefährdet.² Es scheint, als drohe die unkomensierte Abrüstung der nationalen Sozialpolitik auch das ökonomische Integrationsprojekt auf den Weg der Selbstzerstörung zu bringen.

II. Domestizierung

Es ist eine Binsenweisheit, dass die Kernverantwortung für die Sozialpolitik und die Institutionen des organisierten Kapitalismus von den Mitgliedstaaten getragen wird. Seit Beginn der Integration, aber insbesondere in den letzten zwei Jahrzehnten, ist die Erfüllung dieser Aufgabe zusehends mit unionsrechtlichen Beschränkungen konfrontiert.

Die Bildung eines gemeinsamen Marktes hat die Nutzung einiger der verlässlichsten Werkzeuge der mitgliedstaatlichen Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik stark eingeschränkt: Enteignung, Subventionen, Rettung insolvenzgefährdeter Firmen, der protektionistische Einsatz von Zöllen und Produkt- oder Dienstleistungsnormen sowie die Regulierung des Zustroms von „Gastarbeitern“. Die Liberalisierungsprozesse haben zudem die Möglichkeiten der Mitgliedsstaaten beeinträchtigt, den öffentlichen Sektor als Arbeitsmarktpuffer zu nutzen.³ Bekanntermaßen konfrontiert das europäische Wettbewerbsrecht die Mitgliedsstaaten mit erheblichen Einschränkungen, was die Organisation öffentlicher Daseinsvorsorge betrifft (Art. 106 AEUV).⁴ Unternehmen, die dem Staat gehören oder von ihm beauftragt werden und mit der Bereitstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, werden einer strengen Missbrauchskontrolle unterworfen (Art. 102 AEUV), es sei denn, die Mitgliedsstaaten sind in der Lage zu demonstrieren, dass eine Liberalisierung die Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben verhindern würde.⁵

Die Rechtsprechung des EuGH schwankt zwischen Durchsetzung und Lockerung des Maßstabs. Prinzipiell ist der EuGH kulanter als die Kommission, mit der die Mitgliedsstaaten wiederholt gezwungen sind, Lösungen im beiderseitigen Einver-

2 Siehe dazu nun A. Somek, The Social Question in a Transnational Context, LSE European Institute Working Paper, <http://www2.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPapers.aspx>.

3 Siehe F. W. Scharpf, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, JCMS 40 (2002), S. 645–670 (648).

4 Für einen Überblick siehe S. Giubboni, Social Rights and Market Freedoms in the European Constitution: A Labour Law Perspective, 2006, S. 183–197.

5 Zur Anwendung (oder Nicht-Anwendung) des EU-Wettbewerbsrechts auf Versicherungen mit einer sozialen Komponente siehe z. B. S. Boni/P. Manzini, National Social Legislation and EC Antitrust Law, World Competition 24 (2001), S. 239–255; A. Winterstein, Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law, European Competition Law Review 23 (1999), S. 324–333; S. Giubboni, Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: “Practical” Convergences and “Theoretical” Conflicts, ELJ 7 (2001), S. 69–94.

ständnis auszuhandeln. Nach der Rechtsprechung müssen die Mitgliedsstaaten nicht zeigen, dass die Aufgabenerfüllung unter Bedingungen des Wettbewerbs gänzlich unmöglich wäre. Ebensowenig wenig tragen sie die Last, alternative Möglichkeiten zur Bereitstellung öffentlicher Güter darzulegen, die weniger restriktiv sind als die Schaffung eines Monopols.⁶ Darüber hinaus ist der EuGH dazu bereit, bestimmte Dienstleistungen, wie zum Beispiel die Rentenversicherung, insgesamt von den strengen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts zu befreien, sofern ein Versicherungsanbieter nicht als Unternehmen zu klassifizieren ist. Eine Versicherung gilt dann nicht als Unternehmen, wenn ein Versicherungsprogramm nach dem Solidaritätsprinzip operiert, womit der Gerichtshof im Wesentlichen darauf abzielt, dass bei der Verteilung von Lasten und Zuwendungen innerhalb der Versichertengemeinschaft redistributive Zwecke leitend sind.⁷

Trotz der Lockerung, die vom EuGH eingeräumt wird, resultiert die Neuinterpretation der Sozialpolitik in marktwirtschaftlichen Kategorien in einem Verfremdungseffekt. Öffentliche Unternehmen und die Bewilligung staatlicher Beihilfen, die ebenfalls strengen Beschränkungen unterliegen,⁸ sind schon immer ein wichtiges Werkzeug für innerstaatliche Sozialpolitik gewesen. Sie dienen Zwecken, die weit über die Bereitstellung von öffentlichen Gütern hinausgehen, unter anderem der Arbeitsplatzschaffung.⁹ So kommt es, dass Sozialpolitik, auch wenn sie nur lose und oberflächlich im Sinne einer „Marktkorrektur“ verstanden wird,¹⁰ nicht recht in die Gedankenwelt des Unionsrechts passen will, denn dieses ist wesentlich auf die Schaffung von Märkten ausgerichtet.¹¹ Nur jene Aspekte von Sozialpolitik sind geeignet, Gegenstand des Unionsrechts zu werden, deren Hauptrichtung mit dessen normativer Orientierung kompatibel ist, die Mobilität von Produktionsfaktoren zu ermöglichen und zu unterstützen.¹² Es ist daher nicht überraschend, dass sich die europäische Sozialpolitik eindimensional ausnimmt.¹³ Neben der Erleichterung der

6 Für ein Darstellung der Rechtsprechung siehe *L. Hancher*, Community, State, and the Market, in: P. Craig/G. de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, S. 721–742 (733).

7 Siehe die Rs. C-218/00 (Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/Istituto nazionale per l’assicurazione), Slg. 2002, I-691, Rn. 41–45.

8 Siehe Art. 107 AEUV.

9 Dies kann man am Fall *Merci* ablesen, in dem der Gerichtshof ein Ausschließlichkeitsrecht mit Verweis auf Art. 102 und 106 AEUV als unzulässig erachtete, weil es das anvertraute Unternehmen zum Missbrauch seiner dominanten Position „verleitete“. Siehe Rs. C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgia Gabrielli SpA), Slg. 1991, I-5889. Das Ausschließlichkeitsrecht war allerdings zur Sicherung der Beschäftigung der lokalen Hafenarbeiterchaft gewährt worden.

10 Normalerweise wird Sozialpolitik der klassischen Formulierung *T. H. Marwalls* folgend als der Gebrauch politischer Macht mit dem Ziel der Korrektur, Modifikation oder Ersetzung der Operationen des Wirtschaftssystems definiert, wobei Werte verfolgt werden, die nicht von den Marktmächten selbst gefördert werden. Siehe *T. H. Marshall*, *Social Policy*, 1975, S. 15; *W. Streeck*, Vom Binnenmarkt zum Bundesstaat? Überlegungen zur politischen Ökonomie der europäischen Sozialpolitik, in: S. Leibfried/P. Pierson (Hrsg.), *Standort Europa. Europäische Sozialpolitik*, 1998, S. 379.

11 Vgl. *W. Streeck* (Fn. 10), S. 369–421.

12 Siehe z.B. die Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen (89/48/EWG und 92/51/EWG). Für einen umfassenden Überblick über Gesetzgebung und Rechtsprechung siehe *A. P. van der Mei*, *Free Movement of Persons within the European Community*, 2003.

13 *Paul Pierson* zufolge hat die europäische Sozialpolitik einen „hohlen Kern“, siehe *ders.*, *Social Policy and European Integration*, in: A. Moravcsik (Hrsg.), *Centralisation or Fragmentation? Europe Facing the Challenges of Deepening, Diversity, and Democracy*, 1998, S. 124–158 (144).

Portabilität von Rentenversicherungen ist sie größtenteils auf bestimmte Aspekte des Arbeitsrechts beschränkt, die besonders für transnationale Unternehmen relevant sind – wie zum Beispiel Arbeitnehmervertretung in transnationalen Firmen¹⁴ oder Arbeitsrechte im Fall von Unternehmenstransfers¹⁵ – oder die allgemein auf den Abbau von Wettbewerbsverzerrungen ausgerichtet sind.¹⁶

Umgekehrt bedeutet das, dass die marktkorrigierende Gesetzgebung seitens der Mitgliedsstaaten aus einer Perspektive betrachtet wird, die stets deren tatsächlich oder potenziell negative Auswirkungen auf die transnationale Wirtschaft hervorhebt. Mit dieser Perspektive ist es vereinbar, dem freien Marktzugang relativ großes Gewicht zu geben, besonders wenn dies mit der Lösung von konfliktträchtigen sozialpolitischen Zielen kombiniert werden kann. Wo indes Spannungen auftreten, zum Beispiel zwischen lokalen Belegschaften und entsandten Arbeitern, steht der EuGH bereit, einen Weg einzuschlagen, der zur Erleichterung von Dienstleistungsmobilität beiträgt und somit den Letztgenannten dient.¹⁷

Man gewinnt den Eindruck, dass der Gerichtshof die Ziele der Sozialpolitik vorbehaltlos unterstützt, solange sie Hand in Hand mit der wettbewerbsfähigen Verfolgung wirtschaftlicher Interessen gehen (siehe dazu noch unten, unter III.). Dennoch war die Rechtsprechung des Gerichts bis vor kurzem nicht unausgewogen.¹⁸ Obwohl der EuGH die Bestimmungen der Freizügigkeit als Schranke für die Gestaltung von Sozialpolitik ernst genommen hat, ist er dafür empfänglich gewesen, Hindernisse für die wirtschaftliche Mobilität aufgrund öffentlicher Interessen zuzulassen.¹⁹ Diese doppelte Geste von Einschränkung und Lockerung mag der Einsicht des Gerichtshofs geschuldet gewesen sein, dass Wohlfahrtsregimes innerhalb der EU nur auf nationalstaatlicher Ebene existieren.

14 Siehe die Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. L 254, 64.

15 Siehe die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen (vormals Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977).

16 Siehe z.B. die Gesetzgebung zu Sicherheitsstandards in C. Barnard, Social Policy Revisited in the Light of the Constitutional Debate, in: ders. (Hrsg.), The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, 2007, S. 109–115 (110).

17 Siehe hierzu die Rs. C-341/05 (Laval un Partneri Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet), Slg. 2007, I-11767, Rn. 105.

18 C. Barnard (Fn. 16, S. 496) drückt dies sehr viel eleganter aus, wenn sie sagt, in diesem Bereich, in dem soziale Regulierung mit einzelnen Marktpolitiken kollidiert, habe sich „der Gerichtshof selbst als am wenigsten trittsicher erwiesen“. Allerdings neigte das Gericht dazu, Anforderungen an ausländische Firmen zu akzeptieren, substantielle Teile des Arbeitsrechts des Gaststaates einzuhalten, namentlich Tarifvereinbarungen, siehe Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885, Rn. 61.

19 Dies kann man an Fällen wie Müller-Fauré (Rs. C-385/99, V.G. Müller-Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, Slg. 2003, I-4509), und Collins (C-138/02, Brian Francis Collins/Secretary of State for Work and Pensions, Slg. 2004, I-6193) sehen. Siehe die Schlussfolgerung aus der Diskussion der Rechtsprechung des Gerichts von Hatzopoulos: „[I]t is almost impossible for an entity involved in the provision of healthcare services to know whether or not it should abide by the [criteria set out for solidarity] until before its case is actually judged by the Court of Justice.“ V. Hatzopoulos, Health Law and Policy: The Impact of the EU, in: G. de Búrcá (Hrsg.), EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity, 2005, S. 111–168 (157).

Zusammenfassend kann man sagen, dass die marktkorrigierende Sozialpolitik über die letzten Jahrzehnte eine zunehmende Überprüfung vonseiten der Union erfahren hat. Das heißt nicht, dass sie zwangsläufig in die Enge getrieben worden wäre. Bis vor kurzem ist die Sozialpolitik weitgehend der „Domestizierung“ unterlegen.²⁰ Größtenteils bleibt sie eine nationale Angelegenheit und wird somit durch den Binnenmarkt begrenzt.

Weiter unten wird die Frage untersucht, inwiefern neuere Entwicklungen der Beziehung zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten über die bloße Domestizierung hinaus und in Richtung Entwaffnung gegangen sind.

III. Anpassung

Bevor der Schritt von der Domestizierung hin zur Entwaffnung ins Auge gefasst werden soll, sei eine Entwicklung beleuchtet, die man als Anpassung bezeichnen kann.

Auf der europäischen Rechtsebene sind die sozialen Rechte an die Mentalität des Binnenmarkts angepasst worden.²¹ Die Union hat das Prinzip des Marktzugangs auf Angelegenheiten der Sozialpolitik ausgeweitet.²² Aus der Perspektive der Freizügigkeit geht es bei der Sozialpolitik lediglich die Bereitstellung von und den Zugang zu Dienstleistungen und Zuwendungen.²³ Hier ist nichts geschuldet. Ob die Mitgliedsstaaten Sozialprogramme einführen oder abschaffen, ist ihnen überlassen. Allerdings darf beim Geben nicht aufgrund der Nationalität diskriminiert werden. Seitdem der EuGH die Unionsbürgerschaft zum fundamentalen Recht auf Freiheit vor derlei Diskriminierung bei grenzüberschreitender Freizügigkeit gemacht hat,²⁴ zeigt die Rechtsprechung erstaunlichen Aktivismus im Hinblick auf die Ausweitung von Sozialleistungen auf Unionsbürger.²⁵ Mitgliedsstaaten können die Anspruchsberechtigung für Sozialleistungen, wie zum Beispiel Zuschüsse zur Kinderbetreu-

20 Siehe *S. Leibfried/P. Pierson*, Social Policy: Left to Courts and Markets?, in: H. Wallace/W. Wallace (Hrsg.), Policy-making in the European Union, 2000, 4. Aufl., S. 267–292 (284–286).

21 Weniger skeptisch und doch zugleich gewappnet gegen verfrühten Optimismus kommt *Bell* zu dem Schluss, dass angesichts der Dominanz der „Marktbürgerschaft“ das Modell der „Sozialbürgerschaft“ durch den Amsterdamer Vertrag und die Grundrechtecharta gestärkt wurde. Siehe *M. Bell*, Anti-discrimination Law and the European Union, 2002, S. 16 und 27–29.

22 Ironischerweise hat dies aus Gründen der Freizügigkeit Mindestlohnanforderungen unter Druck gesetzt. Siehe die Rs. C-369/96 und C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453. Für eine Diskussion der sozialen Dimension des Marktzugangs siehe *C. Barnard/S. Deakin*, Market Access and Regulatory Competition, in: *C. Barnard/J. Scott* (Hrsg.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, 2002, S. 197–224.

23 Diese Perspektive kann mit dem Selbstverständnis von Sozialpolitik kollidieren, zum Beispiel im Falle der Bereitstellung von Dienstleistungen als Sachleistungen. Siehe Rs. *Müller-Fauré* (Fn. 19).

24 Siehe insbesondere die Rs. C-184/99 (Rudy Grzelczyk/Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31.

25 Siehe zum Beispiel Rs. C-456/02 (Michel Trojani/Centre public d'aide sociale de Bruxelles), Slg. 2004, I-7573, zum Zugang zu beitragsunabhängigen Zuwendungen und, um ein anderes Beispiel zu wählen, zur Erweiterung des Zugangs zur Arbeitslosenunterstützung im Zusammenspiel von Staatsbürgerschaft und Freizügigkeit von Arbeitnehmern (Rs. *Collins*, Fn. 19; Rs. C-22/08 und C-23/08 (Athanasios Vatsouras und Josif Koupatantzis/Arbeitsgemeinschaft Nürnberg 900), Slg. 2009, I-4585, Rn. 38 f.). Für eine Diskussion der durch diese Entwicklungen aufgeworfenen Probleme siehe *M. Ferrera*, Towards an “Open” Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union, in: *G. de Búrca* (Hrsg.), EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity, 2005, S. 11–38 (20–21, 24).

ung oder andere Transferleistungen, nicht auf ihre Staatsbürger beschränken, sobald Bürger anderer Mitgliedsstaaten sich rechtmäßig dauerhaft auf ihrem Territorium aufhalten.²⁶ Insofern kann sich das Unionsrecht die Sozialpolitik zu Diensten machen, solange sie in Form einer „Dienstleistung“ auftritt. Ihre solidarische Untermauerung bleibt ihm jedoch fremd und ist gänzlich irrelevant.²⁷

Diese Anpassung kann wiederum einen domestizierenden Effekt haben. Das allgemeine Prinzip, das der EuGH für den Zugang zu Sozialleistungen in Anschlag brachte, namentlich den Ausschluss jeglicher Diskriminierung aufgrund der Nationalität, kann Druck erzeugen, um Leistungen für die Staatsbürger eines Mitgliedsstaats herabzusetzen.²⁸ Ein aktueller Fall ist der Hochschulzugang, insbesondere in Bezug auf das Medizinstudium, der in manchen Mitgliedstaaten auf einem nicht-kompetitiven Modell basierte.²⁹ Den rechtlichen Grenzen unterworfen, die aus der Unionsbürgerschaft herrühren, gelten nicht-kompetitive Zugangssysteme, wie Quoten für Studenten mit ausländischen Abschlusszeugnissen, nur unter bestimmten Umständen als zulässig. Sie müssen im Fall des Medizinstudiums glaubhaft mit der Bewahrung eines hochqualitativen Gesundheitswesens verknüpft werden, das frei zugänglich ist und somit zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus beiträgt.³⁰

Der Übergang von der Anpassung zur Domestizierung kann auch im Zusammenhang mit Krankenversicherungen beobachtet werden.³¹ Nur unter eingeschränkten Bedingungen können die Mitgliedsstaaten verlangen, dass Leistungen auf ihrem Territorium in Anspruch zu nehmen sind.³² Der Grundsatz lautet, dass es jedem europäischen Bürger freisteht, das Gesundheitswesen eines Mitgliedsstaats in An-

26 Siehe Rs. C-85/96 (Maria Martinez Sala/Freistaat Bayern), Slg. 1998, I-2691, in der festgestellt wird, dass Erziehungsgeld unter die Ratsbestimmung 1408/71 vom 14. Juni 1971 *ratione materiae* Gemeinschaftsrecht fällt und einem Nicht-Staatsangehörigen zuerkannt werden soll, solange der Staatsangehörige eines anderen Mitgliedsstaats rechtmäßig auf dem Territorium des Staats lebt. Für einen noch weiter greifenden Ansatz siehe Rs. C-184/99 (Rudy Grzelczyk/Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve), Slg. 2001, I-6193; Rs. C-209/03 (The Queen (on the application of Dany Bidar)/London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills), Slg. 2005, I-2119.

27 Siehe Rs. *Cisal* (Fn. 7).

28 Wenn zum Beispiel die Gewähr von Arbeitslosenunterstützung nicht auf Nationalität basieren kann, sondern nur auf rechtmäßigem Daueraufenthalt, dann könnten Mitgliedsstaaten den Anreiz haben, solche Leistungen insgesamt auslaufen zu lassen. Warum sollte ihre nationale Wählerschaft Interesse an der Unterstützung der Staatsbürger anderer Mitgliedsstaaten haben?

29 Für eine Diskussion siehe A. Somek, Solidarity Decomposed: Being and Time in European Citizenship, EL-Rev. 32 (2007), S. 787–818 (816–818).

30 Siehe Rs. C-73/08 (Nicolas Bressol and Others, Céline Chaverot and Others/Gouvernement de la Communauté française), Slg. 2010, I-2735, Nr. 62.

31 Für einen Überblick siehe R. R. Geyer, Exploring European Social Policy, 2000, S. 58–71; C. Barnard, EC Employment Law, 1999, S. 1–5. Zu den Auswirkungen der Freizügigkeitsbestimmungen (insbesondere der Dienstleistungsfreiheit) auf die nationale Definition des Ausmaßes, in dem Versicherungsleistungen von versicherten Personen in Mitgliedsstaaten genossen werden können, die nicht Sitzland der Versicherung sind, siehe M. Fuchs, Free Movement of Services and Social Security – Quo Vadis?, ELJ 8 (2002), S. 536–555; V. G. Hatzopoulos, Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgments of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms*, CMLRev. 39 (2002), S. 683–729.

32 Die Entscheidungen *Kohll* und *Decker* sind die in diesem Bereich wegweisenden Entscheidungen. Siehe Rs. C-158/96 (Raymond Kohll/Union des caisses de maladie), Slg. 1998, I-193; Rs. C-120/95 (Nicolas Decker/ Caisse de maladie des employés privés), Slg. 1998, I-1831.

spruch zu nehmen, wenn er dieses für qualitativ besser hält. Innerhalb zumutbarer Grenzen wird vom nationalstaatlichen Gesundheitssystem erwartet, dass es sich an den Wettbewerbsdruck anpasst.³³ Das entspricht dem *spezifischen* Ethos des Unionsrechts, sozial ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile auszuschließen. Das kommt in seiner zentralen Weichenstellung zum Ausdruck: Zwar hat der EuGH in *in dicta* wiederholt erklärt, dass es eine „unabhängige“ (oder sogar menschenrechtsbasierte) soziale Rechtfertigung für ein europäischen Sozialrecht gäbe,³⁴ stellt aber ebenso klar, dass die Ratio für Art. 157 AEUV (Verbot der Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts) genauso darin liege, Wettbewerbsnachteilen vorzubeugen, die auf höheren sozialen Standards beruhen.³⁵ Das Unionsrecht verhindert es somit, dass aus sozial gerechtfertigten Maßnahmen ein Wettbewerbsnachteil erwächst. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass sozial nicht zu rechtfertigende Maßnahmen keine Wettbewerbsvorteile begründen dürfen. Entsprechend sind im Gesundheitswesen Vorrangrechte lokaler Leistungsanbieter (traditionell der nationalen Ärzteschaft) auszuschließen, die zulasten der Patienten gehen.

In diesem Zusammenhang haben die Garantien der Niederlassungs- und Dienstlastsfreiheit neuerdings eine ernste Herausforderung für die etablierten Systeme kollektiver Arbeitsbeziehungen etabliert.³⁶ Darauf ist noch einzugehen.

IV. In Richtung Entwaffnung: Die Währungsunion

Eine zusammenfassende Darstellung der Rahmenbedingungen von Sozialpolitik in der EU bliebe unvollständig, ohne den Einfluss der Währungsunion zu erwähnen, nicht zuletzt weil im Zuge der jüngsten Finanzkrise in zahlreichen Ländern die Sparprogramme wie Pilze aus dem Boden schießen. Die gemeinschaftliche Lösung, die als Antwort auf Griechenlands Haushaltsdefizit gefunden wurde, legt den Haushalten der Mitgliedsstaaten, deren Defizite bisher noch nicht übermäßig gewesen sein mögen, zusätzliche Lasten auf.³⁷ In der gesamten Union drohen die Ausgaben für Sozialleistungen in einem Maß reduziert zu werden, das Grund zu der Besorgnis gibt, dass die Kürzungen stark rezessive Auswirkungen auf die Wirtschaft insgesamt zur Folge haben werden.³⁸

Doch selbst wenn man von der gegenwärtigen Krise absieht, ist der starke Einfluss der Währungsunion auf den nationalen Wohlfahrtsstaat nicht zu leugnen.³⁹ Sie entzog den Mitgliedsstaaten bedeutende Werkzeuge der makroökonomischen Kontrolle.

33 Für eine kritische Diskussion siehe C. Newdick, Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity, *CMLRev.* 43 (2006), S. 1645–1668 (1654–1656, 1665).

34 Siehe Rs. C-50/96 (Deutsche Telekom AG/Lilli Schröder), Slg. 2000, I-743, Rn. 57.

35 Siehe Rs. 43/75 (Gabrielle Defrenne/Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena), Slg. 1976, S. 455.

36 Siehe neben Rs. *Laval* (Fn. 17) die Rs. C-438/05 (International Transport Workers Federation/Viking Line), Slg. 2007, I-1079.

37 Die Mitgliedsstaaten beschlossen, einen „Europäischen Stabilitätsmechanismus“ auf Basis des Art. 122 Abs. 2 AEUV und ein intergouvernementales Abkommen der Euro-Staaten einzurichten. Die letztere Gruppe erklärte, die Mittel durch Gründung einer „Zweckgesellschaft“ zu ergänzen.

38 Siehe P. Krugman, The Pain Caucus, *The New York Times* vom 31. Mai 2010.

39 Siehe generell F. Snyder, EMU Revisited: Are we Making a Constitution? What Constitution are we Making?, in: G. Craig/P. de Búrca (Fn. 6), S. 417–475 (448 f.).

Die Mitgliedsstaaten können nicht länger an der Wechselkursrate schrauben oder ihre Zinssätze anpassen. Genauso wenig kann Zweifel daran bestehen, dass Staaten mit vergleichsweise geringem Wachstum unter einer hohen Zinspolitik der Europäischen Zentralbank gelitten haben.⁴⁰

Überdies basiert die Währungsunion auf einer Junktimierung von Preisstabilität und Haushaltsdisziplin. Tatsächlich ist Preisstabilität die oberste Richtschnur der Währungsunion.⁴¹ Die Finanzpolitik ist generell den Zwängen des Stabilitäts- und Wachstumspakts unterworfen,⁴² der eine Obergrenze für das jährliche Defizit einführt und somit den Umfang der Staatsausgaben bremst.⁴³ Daraus resultierend haben Mitgliedsstaaten wenig finanziellen Spielraum für Maßnahmen, um ihre wirtschaftliche Leistung zu beeinflussen. Dies wird durch die Tatsache verschärft, dass die Mitgliedsstaaten unter den Bedingungen des Regimewettbewerbs Unternehmenssteuern oder Steuern für höhere Einkommen nicht erhöhen können, ohne Kapitalflucht oder „brain drain“ zu riskieren. Eine Konsequenz daraus ist, dass die Hauptsteuerlast von immobilen Produktionsfaktoren getragen wird, während mobile Faktoren frei sind, sich den günstigsten Standort zu suchen.⁴⁴ Die daraus resultierende kompetitive Abwärtsspirale der Körperschafts- und Spaltensteuersätze führt zu verminderten Steuereinnahmen.⁴⁵

Schließlich bestehen die den Mitgliedsstaaten verbliebenen makroökonomischen Interventionsmöglichkeiten aus sozialen Einsparungen und Aufrufen zur Lohnmoderation. Ohne eigene Währungspolitik und konfrontiert mit starken Einschränkungen bei der Staatsverschuldung verbleibt für die nationalstaatliche Politik zur Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit nur das Gürtel-Enger-Schnallen und die Schaffung „flexibler Rahmenbedingungen“ für die Wirtschaft.⁴⁶ Tatsächlich leiden die Mitgliedsstaaten unter diesen Vorzeichen unter einer massiven sozialpolitischen Entwaffnung.

Sehr bemerkenswert ist, dass, wie die aktuelle Finanzkrise enthüllte, der Erfahrung der Entwaffnung eine politische Renationalisierung auf den Fuß folgt. Der wachsende transnationale Wettbewerb hat einen vernichtenden Effekt auf die Beschäftigungsaussichten gering qualifizierter Arbeitskräfte. Die transnationale Wirtschaft entwertet Arbeit zu Lasten des Kapitals, da die höchsten Gewinne in den Produktionsformen mit dem geringsten Einsatz von Arbeitskraft erwartet werden.⁴⁷ Die

40 Es ist eine der hoch fragwürdigen Annahmen der Währungsunion, dass sich die Ökonomien der Mitgliedsstaaten gleichlaufend entwickeln. Siehe A. Schubert, Der Euro: Die Krise einer Chance, 1998, S. 100.

41 Siehe Art. 127 AEUV.

42 Der Stabilitäts- und Wachstumspakt besteht aus einer Reihe gesetzlicher und nicht-gesetzlicher Instrumente, die die Fortführung der Haushaltsdisziplin in der Wirtschafts- und Währungsunion betreffen. Für Details siehe http://europa.eu/scadplus/glossary/stability_growth_pact_en.htm.

43 Siehe Art. 127 Abs. 2 AEUV und Art. I des Protokolls (Nr. 12) zum Verfahren bei übermäßigem Defizit.

44 Siehe S. Leibfried/H. Obinger, Nationale Sozialstaaten in der Europäischen Union: Zukünfte eines „sozialen Europas“, in: M. Höpner/A. Schäfer (Hrsg.), Die politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008, S. 335–365 (340).

45 Siehe M. Höpner/A. Schäfer, Grundzüge einer politökonomischen Perspektive auf die europäische Union, in: dies. (Fn. 44), S. 11–45 (29 f.).

46 Für eine detailliertere Analyse siehe H. Enderlein, Wandel durch den Euro: Wie die Währungsunion die nationale Fiskal- und Lohnpolitik verändert, in: M. Höpner/A. Schäfer (Fn. 44), S. 415–448.

47 Siehe A. Schubert (Fn. 40), S. 60 f. und 79.

Masse derer, deren Fähigkeiten nicht mehr länger nachgefragt werden, wird immer größer. Logischerweise wenden sich diese Verlierer der wirtschaftlichen Integration an dasjenige Gemeinwesen, von dem sie in der Vergangenheit erfolgreich Hilfe erlangten, also an ihren nationalen Wohlfahrtstaat. Der Druck, Zugang zur Arbeitslosenunterstützung zu eröffnen, Wohnraum zu subventionieren oder erschwingliche Bildungsmöglichkeiten zu gewährleisten, wird immer größer. Die Anforderungen an den Wohlfahrtsstaat steigen unter Bedingungen fiskalischer Austerität. Von der supranationalen Lenkungsebene im Stich gelassen, ketten sich die Verlierer an ihren vermeintlichen nationalen Zusammenhalt und verteidigen knapper Ressourcen gegen jene, die sie für Außenseiter halten. Anstatt gemeinsam die transnationale Wirtschaft als Quelle ihres Problems zu erkennen, bekräftigen sie die partikulare Loyalität. Die Spannungen zwischen „den“ Griechen und „den“ Deutschen sind ein offensichtliches Beispiel dafür. Es ist die Rückkehr zur nationalen sozialen Kohäsion zulasten breiterer europäischer Sympathien, welche die europäische Integration an jene Kippe bringt, wo sie sich selbst zu Fall bringen könnte.

V. Kein Weg fürs Sozialein: Kompetenzen

Angesichts der tiefgreifenden Veränderung des Kontextes nationaler Sozialgesetzgebung durch das Unionsrecht stellt sich die Frage, warum die Union nicht selbst eine effektivere Sozialpolitik entwickelt. Doch ungeachtet der Tatsache, dass der Umfang der Gesetzgebungsbefugnisse der Union über die vergangenen Dekaden ausgeweitet wurde, sind sie nach wie vor bemerkenswert begrenzt.

Titel X bis XII (Art. 151–166) AEUV beinhalten die Prinzipien und arbeiten den kompetenziellen Raum für die gesamteuropäische Sozialpolitik heraus. Titel XI besteht aus drei Kapiteln. Während die Art. 157 und 158 des Titels X im AEUV die grundlegenden Prinzipien gleicher Bezahlung für gleichwertige Arbeit einführen, widmet sich Titel XI (Art. 162–164) dem Sozialfonds. Titel XII AEUV behandelt die berufliche Bildung. Die wesentliche rechtliche Grundlage für Gesetzgebungsbeauftragte im Bereich der Sozialpolitik ist in den ersten Bestimmungen des Titels X (Art. 151–156) niedergelegt. Im Grunde spiegeln sie das wider, was einst das Abkommen über die Sozialpolitik vor dessen Aufnahme in den Vertrag von Amsterdam war, das von elf der zwölf Mitgliedsstaaten (mit Ausnahme Großbritanniens) beim Abschluss des Vertrags von Maastricht unterschrieben worden war.⁴⁸ Die Kompetenzen der EU sind in vierfacher Hinsicht begrenzt. Erstens sind bestimmte Aspekte von Sozialpolitik explizit aus dem Zuständigkeitsbereich der Union ausgeschlossen, wie die Vereinigungsfreiheit und die Regelung von Streiks und

48 Der Inkorporationsprozess war beeindruckend komplex. Für eine sehr hilfreiche Skizze siehe C. Barnard, *Flexibility and Social Policy*, in: G. de Bürca/J. Scott (Hrsg.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, 2000, S. 198–217.

Aussperrung (Art. 153 Abs. 5 AEUV).⁴⁹ Die Grundrechte-Charta hat daran nichts geändert.⁵⁰

Zweitens sind einige der Kompetenzen komplementärer Natur,⁵¹ was den Erlass von unmittelbar wirksamen Rechtsakten explizit ausschließt und das Handeln der Gemeinschaft auf die Förderung von Kooperation unter den Mitgliedsstaaten oder die Setzung von Anreizen beschränkt (Art. 153 Abs. 2 lit. a AEUV).

Drittens sind in den Bereichen, in denen die EU Gesetzgebungskompetenzen besitzt, wie zu Betriebsgesundheit und -sicherheit, Arbeitsbedingungen, Sozialversicherung und zum sozialem Schutz der Arbeitnehmer, die Kompetenzen auf die Festlegung von „Mindestanforderungen für die schrittweise Implementierung“ durch Richtlinien beschränkt (Art. 153 Abs. 2 lit. a AEUV), also auf den Handlungstypus der Mindestharmonisierung festgelegt.

Viertens bleiben bestimmte Angelegenheiten einstimmigen Entscheidungen des Rates vorbehalten (z.B. Kündigungsschutz), jedenfalls solange der Rat nicht – wiederum einstimmig – entscheidet, die Angelegenheit dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu unterstellen. Wo Sozialversicherung und soziale Sicherheit der Arbeitnehmer betroffen sind, ist dieser Schritt nicht möglich (Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV).

Die Sozialgesetzgebung, die bisher auf europäischer Ebene verabschiedet wurde, ist ein Flickenteppich von Regulierungen, die aus Initiativen der 1970er und 1980er Jahre herrühren. Es ist weithin anerkannt, dass diese Gesetzgebung als Ganzes betrachtet keine Kohärenz aufweist.⁵² Große Teile tragen den Stempel von Wellen der Sozialgesetzgebung, die dem Gemeinsamen Markt gezielt ein sozialeres Aussehen verleihen sollten.⁵³ Die Unübersichtlichkeit wurde dadurch gesteigert, dass seit dem Abschluss des Vertrags von Amsterdam neue Akteure begannen, das Feld zu besetzen. Namentlich sind dies die „Sozialpartner“,⁵⁴ die von der Kommission konsultiert werden müssen, bevor sie einen Vorschlag unterbreiten kann (Art. 154 Abs. 2 AEUV) oder auf deren Initiative gemeinsame Abkommen durch eine Rats-

49 Allerdings sind die rechtlichen Wirkungen dieser Klausel umstritten, siehe *F. Rödl*, Arbeitsverfassung, in: *A. von Bogdandy/J. Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 855–904 (873 f.); *J. Bast/A. v. Bogdandy*, in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim*, Das Recht der EU (Stand: 41. EL 2010), Art. 5 EUV, Rn. 36. Aus der Sicht des EuGH heißt das nicht, dass die Ausübung des Rechts auf Kollektivmaßnahmen keinen Beschränkungen unterliegt, etwa aufgrund der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit. In Bezug auf ertste siehe *Rs. Viking* (Fn. 36, Rn. 40), und in Bezug auf letztere siehe *Rs. Laval* (Fn. 17, Rn. 93).

50 Die Grundrechtecharta weitet die Kompetenzen der Union nicht aus (Art. 51 Abs. 2 der Charta). Siehe auch *C. Barnard* (Fn. 16), S. 116.

51 Für eine Beschreibung der Natur der komplementären Kompetenzen siehe *A. von Bogdandy/J. Bast*, The Federal Order of Competences, in: dies. (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2. Aufl. 2009, S. 275–307 (294 f.).

52 Siehe *C. Barnard*, EC ‘Social’ Policy, in: *P. Craig/G. de Búrca* (Fn. 6), S. 479–511 (496).

53 Siehe ebd., S. 482 f. Für eine ähnliche Beurteilung bezüglich der Sozialgesetzgebung vor der Annahme der Lissabon-Agenda siehe *M. Daly*, Whither Social Policy? An Account and Assessment of Developments in the Lisbon Social Inclusion Process, Journal of Social Policy 37 (2007), S. 1–19 (2 f.).

54 Die Sozialpartner setzen sich aus ETUC und Eurocadres/CEC auf der Seite der Arbeitnehmer und UNICE, CEEP und UEAPME auf der Seite der Unternehmen zusammen. Zur Rolle der Sozialpartner und der Probleme bezüglich ihrer „Repräsentativität“ siehe z.B. *C. Barnard*, The Social Partners and the Governance Agenda, ELJ 8 (2002), S. 80–101.

entscheidung *erga omnes* verbindlich gemacht werden können (Art. 155 Abs. 2 AEUV).⁵⁵

VI. Sozial und kein Ausweg: Die Problemlösungskluft

Angesichts unterschiedlicher nationaler Sozialgesetzgebung und divergierender Modelle der kollektiven Arbeitsbeziehungen sind Harmonisierungen offenbar nur bei Inkaufnahme zahlreicher Ausnahmen und breit gefasster Abweichungsoptionen möglich. Infolgedessen sind die rechtlichen Instrumente der europäischen Ebene zunehmend komplexer und schwerer verständlich geworden. Diese Erfahrung hat den vermehrten Rückgriff auf andere Verfahren der Problemlösung motiviert – insbesondere im Kontext des neuen Titels über Beschäftigung (Titel IX, Art. 145-150 AEUV, ex Titel VIII, Art. 125-130 EGV).

In diesem Zusammenhang stößt man auf ein Phänomen, das *Scharpf* als „joint decision trap“⁵⁶ beschrieben hat. Es bietet eine Erklärung dafür, dass die Kooperation zwischen Staaten auf EU-Ebene in bestimmten Schlüsselbereichen mit Hindernissen konfrontiert ist und zu suboptimalen Lösungen oder sogar in Sackgassen führt. Ein Konsens über Maßnahmen der Rechtsharmonisierung ist schwierig zu erreichen. Wenn man die Kooperation auf die Harmonisierung derjenigen Arbeitskosten beschränkte, die aus Sozialversicherungsabgaben und arbeitsrechtlicher Regulierung resultieren, würde dies den bestehenden Wettbewerb auf der Basis transnationaler Lohndifferenzen unangetastet lassen.⁵⁷ Aber in welche Richtung sollte sich die Harmonisierung selbst in einer so begrenzten Sphäre bewegen? Die Anhebung der Standards für soziale Absicherung auf ein Niveau, wie es in wohlhabenden Gesellschaften wie Deutschland oder Österreich etabliert wurde, würde zu Lasten der weniger wohlhabenden Mitgliedsstaaten gehen. *Scharpf* erklärt:

„Würden nun aber die nationalen Standards der Sozial- und Umweltpolitik etwa auf dänischem Niveau harmonisiert, so würde die internationale Wettbewerbsfähigkeit von Volkswirtschaften mit geringerer Produktivität zerstört. Würde eine entsprechende Absenkung der Wechselkurse zugelassen, so müsste das über höhere Preise zu einer Verarmung der Verbraucher führen. Wäre aber die Abwertung der Währung ausgeschlossen, so müsste die höhere Kostenbelastung durch Lohnverzichte kompensiert werden, wenn ein massiver Abbau von Arbeitsplätzen vermieden werden soll – wie er ja in Ostdeutschland eintrat, nachdem die relativ rückständige DDR-Wirtschaft unter einer ein-

⁵⁵ Die Richtlinien zum Elternurlaub (RL 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996), zu Teilzeitarbeit (RL 97/81/EG des Rates vom 15.12.1997) und zu befristeten Arbeitsverträgen (RL 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999), siehe C. Barnard (Fn. 52), S. 485.

⁵⁶ Siehe F. W. Scharpf, The Joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration, Public Administration 66 (1988), S. 239–278; ders., Die Politikverflechtungsfalle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, PVS 26 (1985), S. 323–356.

⁵⁷ Siehe C. Barnard (Fn. 52), S. 501.

heitlichen Währung den westdeutschen gesetzlichen Normen und Abgabelisten und der westdeutschen Lohnpolitik ausgesetzt wurde.“⁵⁸

Umgekehrt ist die bloße Antizipation von „Sozialdumping“ politisch relevant.⁵⁹ Sie reflektiert die beachtliche Verhandlungsmacht transnationaler Unternehmen, die mit der Produktionsverlagerung an Orte mit niedrigeren Arbeitskosten drohen könnten.⁶⁰

Scharpf zufolge lassen sich bestimmte Kernbereiche identifizieren, in denen sich gemeinsames europäisches Problemlösen selbst unter Voraussetzung der Gesetzgebungskompetenz der Union nicht einstellen würde. Dabei handelt es sich um Arbeitsbeziehungen sowie die Besteuerung von Unternehmensgewinnen und Kapitaleinkommen. Im Besonderen betrifft dies die Regulierung von Arbeitsbeziehungen, die die Privilegien der Unternehmensführung oder die Flexibilität des Arbeitsmarkts berühren könnten. Es betrifft Gesetze, die die Produktionskosten oder den Schwellenlohn für Arbeitnehmer, die Besteuerung von mobilen Produktionsfaktoren, von Kapitaleinkommen oder dem Einkommen von international mobilen Fachkräften erhöhen könnten.⁶¹ In diesen Bereichen der europäischen Integration besteht eine Problemlösungskluft,⁶² die aus den tiefen Konflikten bezüglich der wirtschaftlichen Interessen von nationalen Regierungen resultiert. Die betreffenden Politikfelder sind die Bereiche, die für die Existenz und Legitimität eines demokratischen Wohlfahrtsstaats essentiell sind.⁶³ Hinzugefügt sei, dass die Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens auf neue Politikbereiche nicht zur Linderung des Problems beigetragen hat. Der steigende Einfluss des Europäischen Parlaments hat vielmehr die Vetomacht auch noch auf neue Interessengruppen ausgeweitet.⁶⁴

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass die einzige Überbrückung, die die Union zur Überwindung der Problemlösungskluft gefunden hat, die weiche Methode der sogenannten Offenen Koordinierung ist, die sich inhaltlich oft an neolibrale Problemlösungen anlehnt.⁶⁵

58 Siehe *F. Scharpf*, Regieren in Europa. Effektiv und demokatisch?, 1999, S. 76 f.

59 *Barnard* bezeichnet dies als „Lohndumping“ im Kontext privater wirtschaftlicher Entscheidungen. Siehe *C. Barnard* (Fn. 52), S. 503.

60 Dies ist die wahre soziale Realität des „Sozialdumpings“. Es manifestiert sich in vergrößerter Verhandlungsmacht. Siehe *C. Barnard*, Regulating Competitive Federalism in the European Union? The Case of EU Social Policy, in: J. Shaw (Hrsg.), Social Law and Policy in an Evolving European Union, 2000, S. 49–69 (63–64).

61 Siehe auch *C. Offe*, Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine europäische Regimeform unter dem Stress der europäischen Integration, in: W. Streeck (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie, 1998, S. 99–136.

62 Der erste, der die Problemlösungskluft erkannte und in der Tat willkommen hieß, war *Friedrich August von Hayek*. Er ging davon aus, dass es durch die Abwesenheit geteilter Sympathien einem föderalen „Überstaat“ an politischer Schlagkraft fehlen würde, um marktingreifende und marktkorrigierende Politiken zu verabschieden. Siehe *ders.*, Individualism and Economic Order, 1948, S. 255–272.

63 Siehe *F. W. Scharpf*, Democratic Legitimacy under Conditions of Regulatory Competition: Why Europe Differs from the United States, in: K. Nicolaidis/R. Howse (Hrsg.), The Federal Vision, 2001, S. 355–374 (362). *Scharpf* erklärt außerdem (ebd. S. 356), dass in Europa die demokratische Legitimität sehr viel enger mit dem sozialen Wohlfahrtsstaat verknüpft ist, als in den Vereinigten Staaten.

64 Ebd., S. 361.

65 Siehe *S. Leibfried/H. Obinger* (Fn. 44), S. 355 f.

VII. Eine Erklärung für die Wende zur Beschäftigungspolitik

Wenn die obigen Beobachtungen zutreffen, sind die Kernbereiche der Sozialpolitik dazu verurteilt, eine innerstaatliche Angelegenheit zu bleiben. Gleichzeitig findet sich die nationale Sozialpolitik aufgrund der konstitutionellen Freizügigkeitsnormen, des Wettbewerbsrechts und der Währungsunion domestiziert und teilweise entwaffnet. Da die EU weder *de jure* noch *de facto* das Ruder übernehmen kann, ist es kaum verwunderlich, dass sie versucht, den Mitgliedsstaaten wenigstens in einem Bereich auszuhelfen, der traditionell im Fokus von residualer liberaler Sozialpolitik steht, nämlich bei der Armutsbekämpfung.⁶⁶ Dieses Thema wird aus der Perspektive der erleichterten Teilnahme am gesellschaftlichen Leben angegangen und somit unter der breiteren Rubrik des Kampfes gegen soziale Ausgrenzung (und der Förderung von „Inklusion“) gesehen.⁶⁷

In ähnlicher Weise hat sich das Engagement der Union in der Koordination und Verbesserung der nationalen Beschäftigungspolitik verstärkt. Etwas überpointiert gesprochen hat europäische Sozialpolitik ihren neuen Kern in der Beschäftigungspolitik gefunden. Der Aufstieg der Beschäftigungspolitik ist hauptsächlich ein Symptom des durch die Integration und vor allem durch die Vorgaben der Haushaltsdisziplin entstandenen Problems.⁶⁸ Wenn weder traditionelle Mittel zum Schutz nationaler Industrien noch die Staatsverschuldung legitime politische Mittel sind, scheint sich die „Flexibilisierung“⁶⁹ von „starren“ Arbeitsmärkten als einzige verfügbare Alternative für die Senkung von Ausgaben und die Steigerung von Steuereinnahmen anzubieten. Eine erfolgreiche Arbeitsmarktpolitik ist für jeden Mitgliedsstaat dringend notwendig. Sogar hier scheint Liberalisierung vielversprechend – das ist zumindest die Auffassung der Union.⁷⁰ Alles, was die EU in dieser Situation zu tun hatte, war, sich selbst einzubringen⁷¹ und die Richtung traditioneller Sozialpolitik, inklusive der eigenen, auf die Verfolgung von Beschäftigungspolitik

66 Siehe die Ankündigung der „Leitinitiative“ einer „Europäischen Plattform gegen Armut“ in Europäische Kommission, Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, KOM (2010) 2020, S. 17 f.

67 Bemerkenswerterweise wurde die Ermöglichung von „Inklusion“ von ihrem Rang als zentrales Ziel der Lissabon-Strategie im Zuge des Kok-Zwischenberichts herabgestuft. Siehe *M. Daly* (Fn. 53), S. 7.

68 Für eine interessante Beobachtung bezüglich dieses Berichts siehe *D. Ashiagbor*, EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From “Social Policy” to “Employment Policy”, *ELJ* 7 (2001), S. 311–330.

69 Was eine solche „Flexibilisierung“ bedeutet, wird am treffendsten von *Barnard* festgehalten. Vom Blickwinkel der Angebotsseite aus betrifft sie numerische (z.B. Zeitverträge), arbeitszeitliche (z.B. Wechsel von Vollzeit- zu Teilzeitarbeit) und funktionelle (z.B. Aufgabenverschiebung) Flexibilisierung. Von der Nachfrageseite aus scheint dies die Erhöhung befristeter Beschäftigung und permanente Neuqualifizierung zu implizieren. Siehe *C. Barnard*, Flexibility and Social Policy, in: *G. de Búrca/J. Scott* (Hrsg.), Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?, 2000, S. 197–216 (198).

70 Siehe *S. Deakin/H. Reed*, The Contested Meaning of Labour Market Flexibility, in: *J. Shaw* (Hrsg.), Social Law and Policy in an Evolving European Union, 2000, S. 71–102.

71 Am Rande sei erwähnt, dass Beschäftigungspolitik, insbesondere mit dem Ziel der Flexibilisierung, bereits vor dem Amsterdamer Vertrag, tatsächlich seit dem Europäischen Rat in Essen 1994 auf der Agenda der EU stand. Dem gingen ominöse Mitteilungen der Kommission voraus. Siehe *E. Szyszczak*, The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle?, *CMLRev.* 2001 (38), S. 1125–1170 (1134 f.), und *D. Ashiagbor* (Fn. 68), S. 322 und 326.

umzupolen.⁷² Dies öffnete für die Union auch eine willkommene Möglichkeit, eine Legitimationsdividende einzustreichen. Aus der Perspektive der Öffentlichkeit ist die Schaffung neuer Arbeitsplätze für europäische Bürger nicht weniger wichtig – wenn nicht sogar wichtiger – als der Abbau des demokratischen Defizits.⁷³

Der neue sozialpolitische Ansatz der EU kam Mitte der 1990er Jahre auf.⁷⁴ Seitdem liegt die Betonung fast ausschließlich auf dem drängenden Problem der Arbeitslosigkeit.⁷⁵ Deren Relevanz als gemeinsames Problem sollte schon deswegen nicht überraschen, weil die meisten EU-Mitgliedsstaaten bis vor kurzem keynesianische Wohlfahrtsstaaten gewesen sind, die generell durch einen makroökonomischen Fokus auf die Frage der Vollbeschäftigung charakterisiert sind.⁷⁶ Die überragende Bedeutung der Beschäftigung für Staaten dieser Art lässt sich anhand eines von Offe⁷⁷ skizzierten Vier-Ebenen-Modells der Sozialpolitik erklären:

Erstens erlässt der Staat grundlegende Regeln, die den Zugang zum Arbeitsmarkt ermöglichen und die Gesundheit sowie Sicherheit der Arbeitnehmer schützen.

Zweitens ist die Existenz der Arbeitnehmer durch Arrangements garantiert, welche der Sicherheit der Arbeiter außerhalb des Arbeitsplatzes und bei Verlust des Arbeitsplatzes dienen. Erwerbsunfähigkeits-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung sowie ein öffentliches Rentensystem garantieren Lohnersatzzahlungen für den Fall, dass die Arbeitnehmer nicht in der Lage sind, seinen Lebensunterhalt selbst zu verdienen. Eine ähnliche Rolle spielen staatliche Leistungen an Familien.

Drittens unterstützt der Staat ein System von Arbeitsbeziehungen, das es Arbeitnehmern gestattet, ihr Einkommen mitzubestimmen und zu verteidigen. Es ist verbunden mit jener Solidarität, welcher der Erhaltung einer komprimierteren Lohnskala dient (mit einer Umverteilung innerhalb der verschiedenen Schichten der Arbeitnehmer).⁷⁸

Viertens greift der keynesianische Wohlfahrtsstaat zu einer Reihe von finanziellen, kommerziellen und monetären Steuerungsinstrumenten, um Vollbeschäftigung zu fördern und zu sichern, wovon die Lebensfähigkeit der drei vorhergehenden Ebenen wesentlich abhängt. Einkommen in Form von Löhnen ist unersetzlich, nicht nur, um die für die Finanzierung von „Sozialversicherungen“ notwendigen Steuereinnahmen zu erzeugen, sondern auch, um ein qualitativ hochwertiges Sozialsystem zu erhalten.⁷⁹ Ohne ein hohes Beschäftigungsniveau würde eine kritische Masse von

72 Die Geschichte ist natürlich etwas komplexer, siehe D. Ashigbor (Fn. 68), S. 320 f. Siehe auch C. Barnard/S. Deakin, A Year of Living Dangerously? EC Social Rights, Employment Policy, and EMU, in: B. Towers/M. Terry (Hrsg.), Industrial Relations Journal European Annual Review (1998), S. 355–372 (356). Im Ergebnis bleibt den Mitgliedsstaaten ihre nationale Beschäftigungspolitik unter der Aufsicht der Kommission und des Rates im Rahmen der sogenannten Offenen Methode der Koordinierung.

73 Siehe D. Ashigbor (Fn. 68), S. 314.

74 Siehe E. Szyszczak, The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle?, CMLRev. 2001 (38), S. 1125–1170 (1134 f.).

75 Ebd., S. 1132–1135.

76 Für eine Rekonstruktion dieser Art von Staat aus der Perspektive der politischen Ökonomie siehe B. Jessop, The Future of the Capitalist State, 2002, Cambridge, S. 58–61.

77 Im Folgenden siehe C. Offe, The European Model of “Social” Capitalism: Can it Survive European Integration?, Journal of Political Philosophy 11 (2003), S. 437–469 (451–453).

78 Zum letzteren siehe W. Streeck (Fn. 10).

79 Siehe B. Jessop (Fn. 76), S. 79.

Arbeitslosen die in Tarifverhandlungen ausgearbeiteten Kompromisse unterbieten, indem sie geringer bezahlter Arbeit oder atypischen Beschäftigungsformen zustimmten, von denen geringere oder gar keine Steuern für Sozialversicherungssysteme abgeschöpft werden können. Die Realisierbarkeit der ersten drei Ebenen hängt davon ab, was auf der vierten erreicht wird.

Die Grenzen, die der europäischen Sozialpolitik durch die rechtliche Struktur der europäischen Integration gesetzt sind, erklären, warum lediglich die erste und die vierte Ebene der bestehenden nationalen Sozialsysteme vom Unionsrecht berührt werden.⁸⁰ Wie skizziert, kann in einer Union, die durch eine Vielzahl an sozialen Sicherungssystemen und unterschiedlichen Arrangements im Bereich der Arbeitsbeziehungen sowie Unterschieden in den jeweiligen Niveaus von sozialer Sicherung und Produktivität geprägt ist, in Bezug auf die Erhöhung oder Senkung nationaler Standards kein Konsens erreicht werden. Es gibt nicht einmal die Aussicht, eine Einigung auf einem „mittleren Niveau“ zu finden, da ein solches entweder als „zu hoch“ oder „zu niedrig“ wahrgenommen werden würde, abhängig von der Perspektive des jeweiligen Landes. Alles, was die Union tun kann, ist den Marktzugang zu beeinflussen und eine moderat gesunde und sichere Arbeitsumwelt zu schaffen,⁸¹ insbesondere weil die umverteilende Wirkung von Gesundheits- und Sicherheitsmaßnahmen nicht so leicht erkennbar ist.⁸² Grob gesagt hat die Gemeinschaft bereits Kompetenzen der Mitgliedsstaaten auf der ersten sozialpolitischen Ebene „absorbiert“ und ist jederzeit dazu bereit, mehr zu absorbieren. Die Anpassung der Sozialpolitik an die Mentalität der Marktschaffung ist Teil dieses Prozesses (siehe oben, in Teil IV.). Da kaum etwas in Bezug auf die zweite und dritte Ebene getan werden kann, wo Kompetenzen und das Fehlen von Konsens eine Rolle spielen, bringt die europäische Integration eine *inverse föderale Struktur* hervor.⁸³ Während die Regulierung des Marktzugangs auf eine transnationale Ebene gehoben wird, verbleiben die Versicherung gegen die begleitenden sozialen Risiken und das Beitreiben von Einnahmen zu deren öffentlicher Finanzierung eine nationale Angelegenheit.⁸⁴ Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, ein prekäres Gleichgewicht zwischen erhöhtem Wettbewerbsdruck einerseits und der Erhaltung des nationalen Wohlfahrstaats andererseits zu halten. Die dafür nötigen Einnahmen setzen die Besteuerung von Löhnen voraus. Umso dringlicher muss deswegen die Beschäftigungspolitik zu einer gemeinsamen europäischen Angelegenheit werden.⁸⁵

80 Siehe C. Offe (Fn. 77), S. 437–469 (457–459).

81 Siehe F. W. Scharpf, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: K. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, S. 109–122 (117–119).

82 Zur (angeblichen) redistributiven Neutralität von Regulierungspolitiken siehe G. Majone, Redistributive und sozialregulative Politik, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (Fn. 81), S. 225–247 (225).

83 Zu der „umgekehrten Pyramide der Europäischen Sozialpolitik“ siehe B. Fitzpatrick, Converse Pyramids and the EU Social Constitution, in: J. Shaw (Hrsg.), Social law and Policy in an Evolving European Union, 2000, S. 303–324.

84 Siehe W. Scharpf (Fn. 63), S. 366–368.

85 Für eine historische Darstellung der Verschiebung der Orientierung von Sozialpolitik hin zu Beschäftigungspolitik siehe D. Ashigbor (Fn. 68), S. 314–326.

Diese Akzentverschiebung wurde bei der Halbzeitbilanz der Lissabon-Strategie, dem sogenannten Kok-Bericht, bestätigt, welcher deutlich aussprach: „Mehr Leute in Beschäftigung zu bringen ist der beste Weg, um die soziale und finanzielle Nachhaltigkeit und weitere Entwicklung des europäischen Wohlfahrtssystems abzusichern.“⁸⁶ Es überrascht wenig, dass die Wende hin zur Beschäftigungspolitik zwar die Existenz eines keynesianischen Wohlfahrtsstaats voraussetzt (und entsprechend pfadabhängig ist), doch zugleich dürfte es der Beschäftigungsstrategie nicht gelingen, erneut ein keynesianisches Gleichgewicht herzustellen. Vielmehr ist sie Teil eines Umstellungsprozesses, in dem europäische Sozialsysteme neu justiert werden, um auch in einem kompetitiveren Umfeld zu bestehen.

VIII. Vom regulatorischen Wettbewerb zur regulatorischen Entwaffnung

Höpner und *Schäfer* haben darauf aufmerksam gemacht,⁸⁷ dass die Motoren des supranationalen Projekts, Kommission und Gerichtshof, entschieden für Politiken optieren, die deutlich mit den institutionellen und moralischen Traditionen einer Reihe von Mitgliedsstaaten kollidieren. Liberalisierungsanstrengungen der Kommission, wie die Dienstleistungs- oder die Übernahmerichtlinie,⁸⁸ hätten in ihrer ursprünglichen Form negative Auswirkungen auf die Länder mit höheren Sozialstandards und vergleichsweise organisierteren Ökonomen gehabt.⁸⁹ Darüber hinaus hat der EuGH in mehreren Einscheidungen zum Gesellschafts-⁹⁰ und Arbeitsrecht⁹¹ transnationalen wirtschaftlichen Aktivitäten stärkeres Gewicht beigemessen als Mechanismen zum Schutz der Intessen von Gläubigern oder Arbeitnehmern. In jedem dieser Fälle setzte der Gerichtshof sich über den juristischen Methodenkanon hinweg⁹² und demonstrierte auf Basis eines recht „kreativen“ Verständnisses seiner eigenen Rechtsprechung seine Unterstützung der Liberalisierung.⁹³ Das Ergebnis ist, mit den Worten *Höpners* und *Schäfers*, eine „administrierte institutionelle Konvergenz“⁹⁴ in Richtung des liberalistischen anglo-amerikanischen Kapitalismusmodells.

86 Siehe Bericht der Expertengruppe von Wim Kok, *W. Kok, Facing the Challenge: The Lisbon Strategy for Growth and Employment*, http://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/fp6-evidence-base/_evaluation_studies_and_reports/evaluation_studies_and_reports_2004/the_lisbon_strategy_for_growth_and_employment_report_from_the_high_level_group.pdf.

87 Siehe *M. Höpner/A. Schäfer*, Eine neue Phase der europäischen Integration: Legitimationsdefizite europäischer Liberalisierungspolitik, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 44), S. 129–156 (130 ff.).

88 Für eine Darstellung der Gesetzgebungsgeschichte siehe *M. Höpner/A. Schäfer* (Fn. 87), S. 138 ff.

89 Siehe *M. Höpner/A. Schäfer* (Fn. 45), S. 20.

90 Siehe Rs. C-212/97 (Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), Slg. 1999, I-1459; Rs. C-208/00 (Überseering BV/Nordic Construction), Slg. 2002, I-9919.

91 Siehe Rs. *Viking* (Fn. 36); Rs. *Laval* (Fn. 17) und Rs. C-346/06 (Rüffert), Slg. 2008, I-1989.

92 Für eine Analyse siehe F. Rödl, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union?, in: A. Fischer-Lescano u.a. (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, S. 145–160.

93 Dies wird zum Beispiel darin erkennbar, wie der Gerichtshof den horizontalen Effekt der Grundfreiheiten von einem Instrument, das die Interessen der Beschäftigung schützt, in ein Instrument verwandelte, das gegen diese verwendet werden kann. Siehe A. Somek, Idealization, De-politicization and Economic Due Process: System Transition in the European Union, in: B. Iancu (Hrsg.), The Law/Politics Distinction in Contemporary Public Law Adjudication, 2009, S. 137–167 (148–151).

94 M. Höpner/A. Schäfer (Fn. 87), S. 137.

Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive schält sich diese Verschiebung aus einer bestimmten Lesart der Grundfreiheiten des Binnenmarkts heraus, insbesondere im Falle der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit.⁹⁵ Traditionell fokussierte der auf Beschränkungen basierende Ansatz der Freizügigkeit auf die Unterschiede zwischen Heimat- und Gaststaat, wobei das Heimatland im paradigmatischen Fall das Herkunftsland eines Gutes war. Inzwischen hat der Gerichtshof seinen Ansatz radikalisiert.

Erstens wird die Problematik von Belastungen wirtschaftlicher Aktivität danach beurteilt, ob die Aktivität innerhalb eines Mitgliedsstaats rechtmäßig aufgenommen werden kann. Die Beziehung zwischen Heimat- und Gastland ist insofern zunehmend austauschbar geworden, als Bürger eines Mitgliedsstaats aufgrund europäischen Rechts für berechtigt gehalten werden, eine wirtschaftliche Aktivität gemäß den Gesetzen eines anderen Mitgliedstaats auszuüben, allein um die Anwendung strikterer Gesetze im eigenen Staat auszuschließen.⁹⁶ Wenn eine wirtschaftliche Aktivität erst einmal rechtmäßig in einem Mitgliedsstaat begonnen worden ist und in einem anderen Mitgliedsstaat Hindernissen begegnet, können diese Hindernisse rechtlich angefochten werden. Dies gilt für Gesellschaftsgründungen außerhalb des eigenen Staats⁹⁷ ebenso wie für den Versuch, durch das Umflaggen eines Schiffs von weniger anspruchsvollen Arbeitsstandards zu profitieren.⁹⁸ Dabei ermuntert der EuGH die Bürger, sich das jeweils kostengünstigste Umfeld zunutze zu machen. Zweitens zielen die Grundfreiheiten in dieser radikalisierten Form auf die ganze Bandbreite der Sozialgesetzgebung ab. Etwas vereinfacht kann man sagen, dass der überkommene, auf Beschränkungen basierende Ansatz auf die im jeweiligen Vergleich restriktivere Produktanforderung abzielt, während der radikalere Ansatz auf das zugreift, was Märkte in das Sozialsystem integriert.⁹⁹ Die Verschiebung des Fokus‘ auf das regulatorische Umfeld *als Ganzes* treibt die Interaktion zwischen Mitgliedsstaaten immer stärker über den bloßen Regulierungswettbewerb hinaus. In seiner reinsten Form ist der Regulierungswettbewerb mit dem Preismechanismus verknüpft. Regierungen erfahren durch die Produktpreise, ob ihre Gesetze für ihre Unternehmen vorteilhaft sind oder nicht. Über diesen Mechanismus lernen die Regierungen, etwaigen Anpassungsbedarf zu erkennen. Die Freizügigkeit macht es Firmen möglich, ihren Standort zu verlagern, prinzipiell berührt sie aber nicht direkt nationales Recht.¹⁰⁰ Im Gegensatz dazu mündet der radikalere Ansatz in eine regulatorische Entwaffnung durch die Ausübung individueller Rechte. Er bedient sich

95 Ich habe bereits in dem in Fn. 93 genannten Artikel versucht, diese Entwicklung zu skizzieren, wie auch in meiner Analyse „The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement“, ELJ 16 (2010), S. 315–344.

96 Dies wurde vom EuGH als subjektives Recht in der Rs. *Centros* (Fn. 90) ausgesprochen, siehe Rn. 26.

97 Siehe z.B. Rs. C-167/01 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd), Slg. 2003, I-10155.

98 Siehe Rs. *Viking* (Fn. 36).

99 Siehe K. Polanyi, The Great Transformation: The Political and Economic Origins of our Time, 2001, S. 71.

100 Bemerkenswerterweise basiert der Delaware-Effekt in den USA auf der „full faith and credit“-Klausel der US-Verfassung, derzufolge die Schwesterstaaten Unternehmen anerkennen müssen, die in Delaware registriert sind. Diese – wichtige – Ausnahme ändert nichts an der Tatsache, dass in einem Föderalsystem Regulierungswettbewerb normalerweise nicht direkt die anwendbaren Gesetze der Mitgliedsstaaten betrifft.

nicht der Preise als Mechanismus der Informationsgewinnung, sondern er vollzieht sich in den härteren Kanälen des Rechts. Dies führt bei Erfolg zur Nichtanwendung von nationalen Gesetzen. Es ist Mitgliedsstaaten nicht länger möglich, ihr regulatorisches Umfeld für grenzüberschreitende Wirtschaft aufrecht zu erhalten, selbst wenn sie dazu bereit wären, die Kosten dafür zu tragen.

Drittens hat der radikale Ansatz systemweite Verzweigungen, was sich auf zweierlei miteinander zusammenhängende Weise zeigt. Zunächst enthüllten die *Viking*¹⁰¹ und die *Laval*-Entscheidung¹⁰² des Gerichtshofs eine radikal neue Interpretation der Grundfreiheiten, welche die traditionell arbeitnehmerfreundliche Stoßrichtung der horizontalen Wirkung umkehrte. Ursprünglich, wie in den Fällen *Defrenne*,¹⁰³ *Walrave*¹⁰⁴ oder *Angonese*,¹⁰⁵ diente die horizontale Wirkung der Grundfreiheiten dem Schutz von Arbeitnehmerinteressen.¹⁰⁶ Die neuen Fälle richteten die Spitze der horizontalen Wirkung gegen gewerkschaftliche Aktionen, die nunmehr den so strengen Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit unterworfen werden, als ob gewerkschaftliches Handeln ein Akt der öffentlichen Gewalt wäre.¹⁰⁷ Die horizontale Wirkung ist nun ein Instrument geworden, das sogar gegen international konzertierte Gewerkschaftsaktionen genutzt werden kann, wie etwa die im Fall *Viking* gegenständliche Bekämpfung der Umflaggungspraxis.¹⁰⁸

Zusätzlich kommen die systematischen Weitungen des grenzüberschreitenden ökonomischen *substantive due process* in dem zum Ausdruck, was sich als die „Schmidberger-Falle“ bezeichnen lässt. Diese wurde für die Mitgliedsstaaten im Fall *Schmidberger*¹⁰⁹ vorbereitet, in dem der Gerichtshof mit der Frage konfrontiert war, ob Mitgliedsstaaten Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten aus Gründen des nationalen Verfassungsrechts erlauben dürfen, um Menschen die Ausübung ihrer Grundrechte zu gewährleisten. Der EuGH gestand solcherart gerechtfertigte Eingriffe zu, allerdings schwankend – erst recht in der Rechtssache *Omega Spielhallen*¹¹⁰ – zwischen der Anerkennung der *staatlichen* Verantwortung für den Schutz

101 Siehe Fn. 36.

102 Siehe Fn. 17.

103 Siehe Fn. 35.

104 Rs. 36/74 (B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch/Association Union cycliste internationale), Slg. 1974, S. 1405.

105 Rs. C-281/98 (Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA), Slg. 2000, I-4139.

106 Siehe meine Analyse in dem in Fn. 93 zit. Beitrag, S. 145–151.

107 Zur Absurdität dieses Schritts siehe R. Rebhahn, Grundfreiheiten versus oder vor Streikrecht, Wirtschaftspolitische Blätter 22 (2008), S. 63–69.

108 Siehe Fn. 36, Rn. 88 f.

109 Rs. C-112/00 (Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich), Slg. 2003, I-5659.

110 Rs. C-36/02 (Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn), Slg. 2004, I-9609. Der Gerichtshof blieb unentschieden zwischen der Absorption des den Mitgliedsstaaten eigenen Grundrechte-Standards (Rn. 34) und der Respektierung von legitimen Differenzen bezüglich des nationalen Schutzevels (Rn. 38). Anscheinend war die Sache zwischen den Richtern selbst nicht ausgemacht.

der mitgliedsstaatlichen Grundrechte gegenüber Grundfreiheiten einerseits¹¹¹ und der Anwendung der EU-eigenen Grundrechtestandards anderseits. Während der Gerichtshof im Fall *Schmidberger* recht allgemein zugestand, dass der Schutz von Grundrechten ein legitimer Grund für Beeinträchtigungen sei,¹¹² machten die Fälle *Viking*¹¹³ und *Laval*¹¹⁴ reichlich klar, dass es die europäischen Grundrechtestandards sind, die zählen, und nicht das Schutzniveau, das durch die nationalstaatlichen Verfassungen gewährleistet wird.

Während dies für einige Mitgliedsstaaten eine Absenkung der anwendbaren Standards bedeutet, setzt der Gerichtshof insbesondere bezüglich des Streik- und Versammlungsrechts voraus, dass die Ausübung von Grundrechten als verhältnismäßig gegenüber den Grundfreiheiten gerechtfertigt werden muss, und nicht anders herum. Dieser Weg der Rechtfertigung mag erklären, warum der Gerichtshof keine Skrupel bezüglich einer Anpassung von gewerkschaftlichem Handeln an die Ausübung öffentlicher Gewalt hat, die auf die Anwendung von Zwang gestützt ist. In der Tat wirkt der dieser Denkweise innwohnende Formalismus wie eine Freud'sche Fehlleistung. In den Augen des Gerichtshofs sind gewerkschaftliche Aktionen genauso schädlich für wirtschaftliche Freiheit wie die Zwangsgewalt des Staats.

IX. Renationalisierung

Aus historischer Perspektive wirken Fälle wie *Viking*, *Laval* und *Rüffert* außerordentlich irritierend. Wenn eines von den Gründern der EWG ausgeschlossen werden wollte, dann die transnationale Lohnkonkurrenz.¹¹⁵ Was durch die Einrichtung von Sozialgesetzgebung und wirtschaftlicher Kooperation auf der nationalstaatlichen Ebene überwunden worden war, sollte transnational nicht wieder rückgängig gemacht werden.

Natürlich mag man sich fragen, ob es gute Gründe der sozialen Gerechtigkeit dafür gibt, dass Arbeitnehmer aus Niedriglohnländern ihren Wettbewerbsvorteil gegenüber Arbeitnehmern aus Hochlohnländern genießen, nicht zuletzt weil die letzteren mit größerer Wahrscheinlichkeit von einem eng geknüpften sozialen Sicherungsnetz profitieren. Bei genauerer Betrachtung stellt sich allerdings heraus, dass diese Perspektive überhaupt nicht so plausibel ist, wie sie zunächst scheinen mag.¹¹⁶ Es ist zumindest eine offene Frage, warum grenzüberschreitende wirtschaftliche Integration auf Kosten gering qualifizierter Arbeitnehmer in Hochlohnländern gehen

¹¹¹ Diese Verantwortung anzuerkennen bedeutet keinen Ausverkauf des Vorrangs des Europarechts, vielmehr wird er bekräftigt. Denn die Verantwortung des Staats, die Grundrechte als ein legitimes Ziel der Beschränkung von Grundfreiheiten anzuerkennen, ist in völliger Übereinstimmung mit europäischem Recht, und ist nicht im Geringsten vergleichbar mit einer Situation, in der Gemeinschaftsrecht am Maßstab nationaler Grundrechte überprüft wird.

¹¹² Siehe Fn. 109, Rn. 71.

¹¹³ Siehe Fn. 36, Rn. 46.

¹¹⁴ Siehe Fn. 17, Rn. 94.

¹¹⁵ Die grundlegende Erwartung war, dass vorhandene Lohnunterschiede stets nur Produktivitätsunterschiede widerspiegeln würden, siehe *F. Rödl* (Fn. 49), S. 863 ff.

¹¹⁶ Siehe ebd., S. 150 f.

sollte, während der Ertrag größtenteils an Arbeitnehmer mit höherem Einkommen und an die Konsumenten in ihrer Allgemeinheit geht. Hinzu kommt, dass Lohnkonkurrenz nicht mit dem ursprünglichen und bis heute gültigen Ziel der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft versöhnt werden kann, Löhne und Arbeitsbedingungen im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten anzunähern (Art. 151 Abs. 1 AEUV). Schließlich sind es letztendlich die Unternehmen, die am meisten von der Lohnkonkurrenz profitieren, da sie zu einer Umverteilung der Arbeit von den Besser verdienenden zu Schlechterverdienenden führt. Dieser Umverteilungseffekt ist nicht im Geringsten im Interesse der Arbeitnehmer als Gruppe (oder in altmodischer Ausdrucksweise: als „Klasse“), passt aber in den allgemeinen Trend der zunehmenden Ungleichheit in Europa.¹¹⁷

Das Tragische an der Entwicklung ist, dass, während die Domestizierung, die Anpassung und die Entwaffnung ihren Ursprung in der europäischen Liberalisierungs politik haben, der durch sie hervorgerufene Widerstand die Bindung an den Nationalstaat verstärkt. Es ist zu erwarten, dass dieser Prozess nicht gesunde Rechts Links-Kontroversen über den Kurs der europäischen Wirtschaftspolitik, sondern ein weiteres Auseinanderdriften zwischen den verschiedenen nationalen Produktions und Verteilungskulturen befördern wird.¹¹⁸ Im Bereich der Sozialpolitik hat die Union dazu beigetragen, den Widerstand gegen sie selbst zu schüren. Es ist zu einer offenen Frage geworden, wie lange die EU sich selbst noch aushalten wird.

117 Siehe J. Alber, Das „europäische Sozialmodell“ und die USA, *Leviathan* 34 (2006), S. 208–241 (219).

118 Siehe M. Höpner/A. Schäfer, Grenzen der Integration – wie die Intensivierung der Wirtschaftsintegration zur Gefahr für die politische Integration wird, *Integration* (2010), S. 2–30 (19 f.).

Soziale Demokratie? Die politökonomische Heterogenität Europas als Determinante des demokratischen und sozialen Potenzials der EU

Von Martin Höpner, Köln*

I. Einleitung: Soziale Demokratie in Europa¹

Dem Begriff der Sozialen Demokratie wohnt eine theoretisch ebenso wie praktisch weitreichende Doppelbedeutung inne. Erstens, die Gestaltungskraft der Politik darf vor der Ökonomie nicht Halt machen, sondern muss sich auf die wirtschaftlichen und sozialen Lebensverhältnisse der Bürgerinnen und Bürger erstrecken. Zweitens, die sozialen Verhältnisse entfalten ihrerseits Rückwirkungen auf die Demokratie. Bleibt Teilen der Gesellschaft der Zugang zu wirtschaftlichen Ressourcen, Kultur und Bildung verwehrt, so die Verfechter der Sozialen Demokratie, dann fehlt der Demokratie eine entscheidende Funktionsvoraussetzung. Sie läuft Gefahr, „nur“ politische Demokratie zu bleiben, eine leere, formale Hülle, die sich nicht mit Leben füllen kann.²

Aus diesem Doppelsinn folgt ein zweifacher Auftrag an das Recht und an die Politik. Formale demokratische Strukturen sind auszubauen und zu pflegen, diesem Teil des Auftrags würden auch liberale Denker nicht widersprechen. Aber der demokratiebezogene Teil des Auftrags reicht weiter, denn die Soziale Demokratie lenkt die Aufmerksamkeit auf das Verhältnis zwischen den Subjekten und Objekten politischer Steuerung.³ Soziale Demokratie setzt die politische *Steuerbarkeit* des Wirtschaftlichen und des Sozialen voraus sowie eine entsprechende *Steuerungsfähigkeit* demokratischer Politik. Anders ausgedrückt: Das Primat der Politik ist Voraussetzung der Sozialen Demokratie. Würden Regierungen nach allen Regeln demokratischer Kunst gewählt und kontrolliert, ohne aber steuernde Eingriffe in Produktion und Distribution vornehmen zu können, wäre die Demokratie sozial entleert.

Gleichzeitig folgt aus der Lehre von der Sozialen Demokratie auch ein spezifischer inhaltlicher Auftrag. Fungiert das Soziale als Funktionsvoraussetzung der Demo-

* Apl. Prof. Dr. phil., Politikwissenschaftler und Forschungsgruppenleiter am Kölner Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.

- 1 In diesem Beitrag führe ich eine Argumentation weiter, die ich in Teilen gemeinsam mit meinem Kollegen Armin Schäfer am Kölner Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung entwickelt habe. Armin Schäfer stand deshalb auch bei der Abfassung dieses Beitrags Pate. Vergleiche hierzu *M. Höpner/A. Schäfer*, Grundzüge einer politökonomischen Perspektive auf die europäische Integration, in: M. Höpner/A. Schäfer (Hrsg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008, S. 11 ff.; *M. Höpner/A. Schäfer*, A New Phase of European Integration: Organized Capitalisms in Post-Ricardian Europe, *West European Politics* 33 (2010), S. 344 ff.; *M. Höpner/A. Schäfer*, Polanyi in Brussels? Embeddedness and the Three Dimensions of European Economic and Social Integration, MPIfG Discussion Paper 2010/8. Für ihre Hilfestellungen danke ich zudem Jürgen Bast, Florian Rödl, Fritz W. Scharpf und Maximilian Waclawczyk.
- 2 Vergleiche Kap. 13 in *M. G. Schmidt*, Demokratietheorien. Eine Einführung. 4. Auflage 2008, S. 225 ff.; *T. Meyer*, Soziale Demokratie. Eine Einführung, 2009.
- 3 Hierzu *R. Mayntz*, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: K. von Beyme/C. Offe (Hrsg.), Politische Theorien in der Ära der Transformation. PVS-Sonderheft 26, 1996, S. 148 ff.

kratie, dann diktieren der demokratische Auftrag gleichzeitig eine Vorauswahl zwischen konkurrierenden Politikoptionen. Die demokratische Inklusion kann dieser Sicht zufolge nur gelingen, wenn ihr die materielle Inklusion schwacher Bevölkerungsschichten an die Seite gestellt wird. Verfechter der Sozialen Demokratie favorisieren politische Eingriffe zur Verminderung sozialer Ungleichheit sowie zur Stärkung der Sozialbindung privaten Eigentums, ein progressives Steuersystem und die Bereitstellung subventionierter Infrastrukturdienstleistungen durch die öffentliche Hand. Diesen Idealen kommen die skandinavischen Länder vergleichsweise nahe, gefolgt von kontinentaleuropäischen Wohlfahrtsstaaten wie Deutschland, Frankreich und den Niederlanden.⁴

Prüft man nun die Europäische Union auf die Potenziale einer so verstandenen Sozialen Demokratie, wird man zu einem gemischten Ergebnis gelangen. Immerhin, die Grundlagen europäischer Sozialer Demokratie scheinen in Entwicklung begriffen, mühevoll und langsam zwar, aber stetig und in die erwünschte Richtung. Die mit dem Vertrag von Lissabon eingeleiteten Reformen der EU versprechen einen Zugewinn an Demokratie, denn das Europäische Parlament, die einzige direkt gewählte EU-Institution, erfährt eine Aufwertung. Das Mitentscheidungsverfahren wurde auf zahlreiche neue Politikfelder wie die Gemeinsame Agrarpolitik und die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen ausgedehnt und damit – so der neue Terminus – zu dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ausgebaut (Art. 294 AEUV). Nunmehr existieren praktisch keine Aufgabenbereiche der EU mehr, über die ohne Beteiligung des EP beschlossen werden kann. Das neue parlamentarische Recht, die Kommission zu Gesetzesinitiativen aufzufordern, kann als Vorstufe zu einem parlamentarischen Initiativrecht gedeutet werden. Eine weitere gute Nachricht für Verfechter der Sozialen Demokratie ist die Europäische Bürgerinitiative: Mit Volksinitiativen, die von mindestens einer Million europäischer Bürgerinnen und Bürger aus mehreren Mitgliedsländern unterstützt werden, können die EU-Organe zum Handeln aufgefordert werden.

Gute Nachrichten im Sinne der Sozialen Demokratie gibt es auch in Bezug auf den an die EU-Organe gerichteten sozialen Auftrag. Dem Ziel der Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes werden immer mehr soziale Ziele an die Seite gestellt. Bereits vor der Verabschiedung des Lissabon-Vertrags hat der EuGH soziale Grundrechte anerkannt, die Einschränkungen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermögen. Nunmehr wird die Charta der Grundrechte für das Handeln der europäischen Organe rechtsverbindlich, die auch soziale Grundrechte enthält, so das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer und das Recht auf Kollektivverhandlungen sowie auf Kollektivmaßnahmen (zu denen auch der Streik zählt). Das europäische Primärrecht enthält – in Art. 3 EUV – nunmehr ein Bekenntnis zur „soziale(n) Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“. Die EU, so Art. 152 AEUV, anerkennt und fördert die Rolle der

4 Ein Versuch der Messung unterschiedlicher Ausmaße an Sozialer Demokratie in entwickelten Industrieländern findet sich in T. Meyer, Praxis der Sozialen Demokratie, 2006, S. 486 ff.

Sozialpartner und achtet ihre Autonomie. Zahlreiche weitere Verweise auf das Soziale im europäischen Primär- und Sekundärrecht ließen sich nennen. Aus guten Gründen, so sollte man meinen, konnte die deutsche Bundeskanzlerin aus Anlass der Ratifizierung des EU-Reformvertrags durch den Deutschen Bundestag auf den 60. Geburtstag der sozialen Marktwirtschaft deutschen Typs verweisen und feststellen: „Unsere Europäische Union ist den gleichen Werten verpflichtet, wie wir sie im deutschen Sozialmodell kennen.“⁵

Und nichts, so ließe sich weiter argumentieren, deutet darauf hin, dass sich der soziale und demokratische Gehalt der EU nicht weiter steigern ließe. So erkennen soziale Bewegungen in der EU weiteres, derzeit noch ungenutztes soziales und demokratisches Potenzial und streben danach, es mit Leben zu füllen. Als Beispiel sei der in Sozialdemokratie und Gewerkschaften diskutierte „soziale Stabilitätspakt“ genannt, der unter anderem auf eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zielt, ihre Sozialausgaben in bestimmten Bandbreiten zu halten und somit etwaigen Unterbietungswettläufen entgegenzuwirken.⁶ Kurz, die europäische Soziale Demokratie scheint in Entwicklung begriffen und lässt weitere Potenziale erkennen, die sich nutzen lassen, wenn es ihren Verfechtern gelingt, politische Mehrheiten für ihre Vorstellungen zu mobilisieren.

Dieser optimistischen Interpretation möchte ich nachfolgend eine alternative Deutung an die Seite stellen. Ich werde zeigen, dass die derzeitige und mittelfristig absehbare Dynamik der europäischen Wirtschafts- und Sozialintegration maßgeblich von einem Umstand jenseits des demokratischen und sozialen Stands des Primärrechts determiniert wird: von der im Zeitverlauf zunehmenden politökonomischen Heterogenität der Mitgliedstaaten. Damit meine ich die Koexistenz höchst unterschiedlicher „Spielarten des Kapitalismus“ in der EU-27. Diese Heterogenität beeinflusst unterschiedliche Integrationsdynamiken, namentlich die politische Integration und die judikative Integration,⁷ auf asymmetrische Weise und entfaltet zudem Wirkungen auf die Funktionen und Dysfunktionen der gemeinsamen europäischen Währung. Die von der politökonomischen Heterogenität perpetuierte Asymmetrie zwischen politischer und judikativer Integration bewirkt einen wirtschaftsliberalen Bias der europäischen Integration, der auch dann nicht verschwinden würde, würden sich die politischen Kräfteverhältnisse in Europa nachhaltig zugunsten der Verfechter der Sozialen Demokratie verschieben. Mit dieser fakti-

5 Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, 157. Sitzung vom 24.4.2008, S. 16452.

6 Hierzu jüngst K. Busch, Das Korridormodell – relaunched. Ein Konzept zur Koordinierung wohlfahrtsstaatlicher Politiken in der EU, Reihe Internationale Politikanalyse der Friedrich Ebert Stiftung, 2011.

7 Ich verwende die Bezeichnung „judikative Integration“ (alternative Bezeichnung: „Integration durch Recht“) als deutsche Übertragung des engl. Terminus „integration through law“. Der Terminus bezeichnet ein Forschungsprogramm, das jene Integrationswirkungen in das Zentrum des Interesses rückt, die nicht durch politische Übereinkünfte, sondern durch die Interpretation des europäischen Rechts durch Kommission und EuGH erzielt werden. Grundlegend hierzu M. Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*. Vol. I: Methods, Tools and Institutions, 1986. Einen guten Überblick bietet U. Haltern, *Integration durch Recht*, in: H.-J. Bieling/M. Lerch (Hrsg.), *Theorien der europäischen Integration*, 2006, S. 399 ff.

schen Eingrenzung europäischer Politikoptionen gehen deshalb auch Grenzen des Demokratiepotenzials der EU einher.

Um das Argument im Einzelnen zu entfalten, werde ich wie folgt vorgehen. In Abschnitt II. zeige ich die Heterogenität europäischer Wirtschafts- und Verteilungsregime anhand von Daten auf. In den drei darauf folgenden Abschnitten zeige ich, wie die Koexistenz heterogener „Spielarten des Kapitalismus“ unterschiedliche Integrationsdynamiken und -potenziale entscheidend prägt. Dabei geht es um die Potenziale der politisch hergestellten Sozialintegration (III.), um die Dynamik der juridikativen Integration (IV.) und um die Funktionsweise der europäischen Währungsunion (V.). Der abschließende Abschnitt VI. spitzt die Ergebnisse im Hinblick auf die Entwicklung einer europäischen Sozialen Demokratie zu und entwickelt die These, dass noch so wünschenswerte weitere Aufwertungen des EP kaum zusätzliches Demokratiepotenzial schöpfen.

II. Die politökonomische Heterogenität der Europäischen Union

Da das hier geführte Argument auf die Effekte der politökonomischen Heterogenität der EU zielt, werde ich diese Heterogenität zunächst anhand ausgewählter Daten illustrieren. Von Erweiterungsrunde zu Erweiterungsrunde hat die Unterschiedlichkeit der Wohlstandsniveaus zwischen den ursprünglich vergleichsweise homogenen Teilnehmern an der europäischen Integration zugenommen. Signifikante Zunahmen an Heterogenität ergaben sich insbesondere im Zuge der Süderweiterungen in den Jahren 1981 und 1986, im Zuge der Osterweiterung im Jahr 2004 und dann noch einmal im Zuge des Beitritts Bulgariens und Rumäniens im Jahr 2007. Bei der Analyse von Wohlstandsniveaus empfiehlt es sich, das Bruttoinlandsprodukt (BIP) pro Kopf in so genannten Kaufkraftstandards zu vergleichen, um Verzerrungen durch regionale Kaufkraftdivergenzen Rechnung zu tragen. So berechnet, erreichen fünf sehr wohlhabende Länder ein Wohlstandsniveau, das mehr als 20 % über dem Durchschnitt liegt: Luxemburg, Irland, die Niederlande, Österreich und Schweden. Diesen stehen zehn Länder gegenüber, deren Wohlstandsniveau unter 80 % des Durchschnitts liegt, darunter Portugal, Malta und acht der ehemals sozialistischen Transformationsländer. Die ärmsten EU-Mitglieder, Bulgarien und Rumänien, rangieren unterhalb der Hälfte des Durchschnitts der EU-27, während das polnische Wohlstandsniveau bei etwa 58 % des Durchschnitts liegt.⁸ Diese Wohlstandsniveaus reflektieren die unterschiedlichen Produktivitätsniveaus der beteiligten Volkswirtschaften und bilden sich deshalb auch in den Lohnniveaus ab, woraus manifeste Interessenkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten resultieren – als Beispiele seien die sehr heterogenen Interessen an sozialpolitischer Harmonisierung und an der Übertragung von arbeitsrechtlichen und lohnbezogenen Mindeststandards auf transnational entsandte Beschäftigte genannt.⁹

8 Datenquelle: *Eurostat, Europe in Figures. Eurostat Yearbook 2010*, 2010, S. 97.

9 F. Rödl, Arbeitsverfassung, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*. 2. Auflage 2009, S. 855 (884).

Selbst wenn sich die Wohlstands niveaus der EU-Länder rasch angleichen würden, blieben jene Unterschiede bestehen, die sich aus den organisatorischen und institutionellen Ausgestaltungen der beteiligten Produktions- und Verteilungsregime ergeben. In der Terminologie der Vergleichenden Politischen Ökonomie: Die Europäische Union besteht aus höchst unterschiedlichen „Spielarten des Kapitalismus“.¹⁰ Diese Organisationen und Institutionen und die in ihnen betriebenen Praktiken haben sich über lange Zeiträume entwickelt und verändern sich nur langsam. So entfallen ungefähr 12-14 % des BIP in Estland, Lettland und Litauen auf Sozialschutzausgaben, aber um die 31 % in Frankreich und Schweden.¹¹ Hinter diesen Zahlen verbergen sich tiefer liegende Unterschiede: Die europäischen Wohlfahrtsstaaten sind nicht nur unterschiedlich generös, sondern folgen auch unterschiedlichen Strukturprinzipien. So finden wir die steuerfinanzierten Systeme Dänemarks und Irlands neben sozialversicherungsfinanzierten Systemen der Niederlande und Belgiens und Mischsystemen wie dem deutschen. Manche Lohnersatzleistungen sind auf den Statuserhalt im Falle der Arbeitslosigkeit ausgerichtet, andere auf Mindestabsicherungen.¹² Als ähnlich heterogen erweisen sich beispielsweise die Institutionen und Praktiken der Unternehmenskontrolle: In einigen Ländern verfügen die Unternehmen über separate Aufsichtsräte, die die Vorstände einsetzen und kontrollieren, in anderen gibt es ein gemeinsames Leitungsorgan. In einige dieser Aufsichts- und Exekutivorgane werden Arbeitnehmervertreter entsandt, andere kennen keinerlei Arbeitnehmermitbestimmung auf Ebene der Leitungsorgane.¹³

Auch in Bezug auf die Verbände der Sozialpartner weisen die Mitgliedsländer der EU erhebliche Unterschiede auf. Die Organisationsquoten der Gewerkschaften streuen zwischen 8 % (Frankreich) und 75 % (Schweden),¹⁴ und in manchen Ländern wie Österreich sind praktisch alle, in anderen wie Polen hingegen nur sehr wenige Unternehmen in Arbeitgeberverbänden organisiert.¹⁵ Die Deckungsgrade von Tarifverträgen variieren zwischen weniger als 20 % (Litauen) und mehr als 90 % (Belgien, Österreich, Schweden).¹⁶ Diese Beispiele illustrieren lediglich einen geringen Teil der Unterschiede zwischen den auf dem europäischen Kontinent vertretenen Politischen Ökonomien, zahlreiche weitere ließen sich nennen – vom Arbeitsrecht über die Aktienkulturen oder die Institutionen der Berufsbildung bis hin zur Verbreitung und Gestaltung von Betriebsrenten.

Die Vergleichende Politische Ökonomie hat eine große Anzahl an Vorschlägen zur Kategorisierung solcher „Spielarten des Kapitalismus“ hervorgebracht. Manche

10 Diese Terminologie stammt von Peter A. Hall und David Soskice, siehe *dies.*, An Introduction to Varieties of Capitalism, in: *dies.* (Hrsg.), Varieties of Capitalism. Institutional Foundations of Comparative Advantage, 2001, S. 1 ff.

11 Datenquelle: *Eurostat* (Fn. 8), S. 336.

12 K. Schubert/S. Hegelich/U. Banzat (Hrsg.), Europäische Wohlfahrtssysteme. Ein Handbuch, 2008.

13 M. Höpner, Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss. Die Mitbestimmungsdebatte im Licht der sozialwissenschaftlichen Forschung, MPIfG Discussion Paper 2004/8, S. 40.

14 Datenquelle: *ETUC*, Trade Unions and Industrial Relations in EU Countries, 2010, S. 4.

15 Die umfassendste Datenquelle hierzu ist J. Visser, ICTWSS Database. Database on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts in 34 Countries between 1960 and 2007. Version 2, 2009 (<http://www.uva-aias.net/208>).

16 Datenquelle: *ETUC* (Fn. 14), S. 5.

Autoren unterscheiden koordinierte und liberale Kapitalismen;¹⁷ andere liberale, konservative und sozialdemokratische Regime;¹⁸ einige interpretieren die südeuropäische Ländergruppe als eigenständige „Spielart des Kapitalismus“;¹⁹ andere wiederum spalten aus der Gruppe der eher liberalen Regime ein spezifisch osteuropäisches Modell ab.²⁰ Entscheidend ist an dieser Stelle: Welche Produktions- und Verteilungsregimes westlicher Industrieländer man auch immer unterscheidet, sie finden sich alle auf dem europäischen Kontinent. Mit anderen Worten: Die Spannweite der Strukturprinzipien der Politischen Ökonomien Europas ist gleichbedeutend mit der Spannweite, die wir aus der Grundgesamtheit der entwickelten Industrieländer kennen.

Daraus folgt zunächst zweierlei. Erstens, der Status Quo lässt kein spezifisch europäisches Produktionsregime und namentlich kein spezifisch europäisches Sozialmodell erkennen, und wenn doch, dann ist letzteres so vage, dass es gleichbedeutend ist mit dem Sozialen in den entwickelten Industrieländern. Und zweitens, die europäische Integration ist keine Integration unter Gleichen. Unter der begründeten Annahme, dass Regierungen institutionelle Anpassungslasten zu minimieren suchen, ist mit manifesten Interessenkonflikten zu rechnen, wenn Integrationsprojekte die institutionellen Grundpfeiler ihrer politökonomischen Regime tangieren. Ebenso manifeste Interessenkonflikte resultieren aus den in Europa vertretenen Produktivitäts- und Wohlstands niveaus. Es wäre deshalb verwunderlich, würde die politökonomische Heterogenität der Mitgliedstaaten die Integrationsdynamiken nicht maßgeblich prägen. In den nachfolgenden Abschnitten gilt es, diese Dynamiken eingehender zu spezifizieren.

III. Hemmnisse der politisch herbeigeführten Sozialintegration

Eine europäische Sozialpolitik, die Verfechter der Sozialen Demokratie zufriedenstellen würde, setzt politische Akte voraus, denen durch das Nebeneinander heterogener mitgliedstaatlicher Interessen einerseits und eines mit zahlreichen Veto-punkten durchsetzten politischen Systems Europas andererseits aber enge Grenzen gesetzt sind. Die integrationstheoretischen Grundlagen zur Analyse dieser Konstellation haben *Joseph Weiler* mit seiner Unterscheidung zwischen intergouvernementaler politischer Integration und supranationaler Rechtsproduktion sowie *Fritz Scharpf* mit seinem Modell der Politikverflechtungsfalle und dessen Anwendung auf die europäische Wirtschafts- und Sozialintegration gelegt.²¹

17 So Hall und Soskice (Fn. 10).

18 G. Esping-Andersen, The Three Worlds of Welfare Capitalism, 1990.

19 B. Amable, The Diversity of Modern Capitalism, 2003.

20 A. Nölke/A. Vliegenthart, Enlarging the Varieties of Capitalism. The Emergence of Dependent Market Economies in East Central Europe, World Politics 62 (2009), S. 670 ff.

21 J. H. H. Weiler, The Community System. The Dual Character of Supranationalism, Yearbook of European Law 1 (1981), S. 257 ff.; F. W. Scharpf, The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration, Public Administration 66 (1988), S. 239 ff.; F. W. Scharpf, The Joint-Decision Trap Revisited, Journal of Common Market Studies 44 (2006), S. 845.

Worin liegen die spezifischen Schwierigkeiten marktkorrigierender Integration? Die Übertragung von Kompetenzen an die europäische Ebene setzt Vertragsänderungen voraus, die stets nur unter Zustimmung aller Mitgliedstaaten erfolgen können; im Grenzfall genügt das Veto einzelner EU-Mitglieder, um entsprechende Vertiefungen der Integration zu verhindern. Aber auch wo die EU bereits über Kompetenzen verfügt und die Gemeinschaftsmethode Anwendung findet, ist die Ausfüllung der entsprechenden Handlungsmöglichkeiten ein mühseliger Prozess, der einen Kommissionsvorschlag, eine einstimmige oder qualifizierte Mehrheit im Rat und eine ausreichende politische Mehrheit im EP voraussetzt. Wo mit qualifizierter Mehrheit entschieden werden kann, achten die Mitgliedstaaten darauf, die fundamentalen Interessen einzelner Ländergruppen nicht systematisch zu verletzen. Wo also die Einstimmigkeitsregel nicht mehr greift, wird gleichwohl zumindest Einvernehmlichkeit angestrebt.²² Dies legt Maßnahmen der marktkorrigierenden Integration hohe Hürden auf.

Freilich folgt hieraus nicht, Integrationsfortschritte seien in marktgestaltenden Politikfeldern ausgeschlossen. In zahlreichen Bereichen wie beispielsweise der Arbeitssicherheit,²³ der Umwelthaftung²⁴ und dem Verbraucherschutz²⁵ ergingen Richtlinien, die das Regulierungsniveau in vielen Mitgliedstaaten spürbar erhöhten. Unter Moderation der Kommission gelang es den Mitgliedstaaten in diesen Feldern, Kompromisse zu finden und damit zu einheitlichen Regelungen zu gelangen, die die Effektivität des gemeinsamen Binnenmarkts erhöhten. Die genannten Regelungsbereiche haben allerdings gemeinsam, dass die Interessen der Mitgliedstaaten nicht systematisch zwischen unterschiedlichen „Spielarten des Kapitalismus“ variierten. Die Länder sahen sich vielmehr vergleichbaren Situationen ausgesetzt, weil die Konfliktlinien zuvörderst innerhalb der Länder verliefen und gemeinsame Lösungen durch die Effektivierung des Binnenmarkts Zugewinne für alle versprachen. In solchen Situationen hängen Kompromisse vom politischen Willen zur Schöpfung europäischer Lösungen, vom Verhandlungsgeschick der Kommission und von der Verfügbarkeit von Paketlösungen ab.²⁶

Anders stellt sich die Situation aber dar, wo eine etwaige europäische Harmonisierung divergierende Länderinteressen so fundamental berührt, dass die betreffenden Mitgliedstaaten befürchten müssen, am Ende als entweder Verlierer oder Gewinner dazustehen, entweder aufgrund befürchteter Wohlstandstransfers oder aufgrund asymmetrischer institutioneller Anpassungslasten.²⁷ Diese Beschreibung kommt den Interessenkonstellationen in all jenen Politikbereichen nahe, die zu den Kernelementen der „Spielarten des Kapitalismus“ zählen. Anschauliche Beispiele für solch „integrationsresistente“ Bereiche sind die Generosität und Beschaffenheit der historisch gewachsenen Systeme sozialer Sicherung, die Modalitäten der Lohnaus-

22 P. Dann, Die politischen Organe, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Fn. 9), S. 335 (350 ff.).

23 Beispielsweise RL 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989.

24 Beispielsweise RL 2004/35/EG des EP und des Rates vom 21.4.2004.

25 Beispielsweise RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993.

26 Siehe ausführlich F. W. Sharpf, Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?, 1999, S. 71 ff.

27 Ebd.

handlung und die Arbeitnehmermitbestimmung auf Ebene der Leitungsorgane von Unternehmen. Nichts anderes gilt für die Besteuerung von Kapital und Arbeit.

Mit der gestiegenen Heterogenität der in der EU vertretenen Produktivitäts- und Regulierungsniveaus haben auch die Interessensunterschiede zugenommen, die überbrückt werden müssen, um zu einvernehmlichen Lösungen zu gelangen. Er scheinen Verlagerungen auf die europäische Ebene aufgrund tiefgreifender Interessenunterschiede ausgeschlossen, bleiben autonomieschonende Lösungen, die die mitgliedsstaatlichen Praktiken vor europäischen Zugriffen schützen, die für alle Beteiligten verträglichste Option. So ist es kein Zufall, dass die Mitgliedstaaten gerade für die sensiblen Bereiche der Lohnfindung und des Arbeitskampfrechts eine explizite Sperrklausel in die europäischen Verträge aufgenommen haben, um sie von den sozialpolitischen Kompetenzen der EU auszunehmen (Art. 153 Abs. 5 AEUV).

Nur folgerichtig ist, dass die Schaffung eines vereinheitlichten europäischen Sozialstaats weder auf der europäischen Tagesordnung steht, noch auch nur grundsätzlich für sinnvoll gehalten wird. Die Funktionen europäischer Sozialpolitik erschöpfen sich vielmehr in der (vor allem in den neunziger Jahren erfolgten) Etablierung von für alle akzeptablen Mindeststandards in Bereichen wie dem Recht auf Elternurlaub²⁸ und der Arbeitszeit²⁹ sowie in der weichen, transnationalen Koordinierung der nationalen sozialpolitischen Praktiken. Die erstmals 1993 zur Koordination von Arbeitsmarktpolitiken eingeführte „Offene Methode der Koordinierung“ (OMK) setzt auf unverbindliche Leitlinien und Empfehlungen, auf gegenseitiges Lernen und die Beobachtung und Dokumentation der nationalen Politiken durch die Kommission und die europäische Statistikbehörde Eurostat.³⁰ Ob durch die OMK Kurswechsel in den nationalen Sozialpolitiken angestoßen wurden, wird in der Fachliteratur skeptisch beurteilt.³¹

Die Diagnose einer durch die politökonomische Heterogenität systematisch gehemmten sozialpolitischen Integration in der EU-27 ist noch nicht notwendigerweise eine schlechte Nachricht für die Soziale Demokratie, denn bis hier verweist die Argumentation lediglich auf die gebremste Geschwindigkeit, in der die Schaffung eines europäischen Sozialraums überhaupt nur vonstatten gehen kann. Eine bedenkliche Schlagseite gewinnt die europäische Integration hierdurch nicht. Denn vor genau denselben Schwierigkeiten steht schließlich auch die marktschaffende Integration, die sich ebenfalls immer wieder blockiert sieht, sobald die Mitgliedstaaten fundamentale nationale Interessen berührt sehen, weil sie transnationale Verteilungseffekte oder problematische institutionelle Anpassungserfordernisse befürchten. Das haben insbesondere die politisch aufreibenden Auseinandersetzungen

28 RL 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996.

29 RL 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993, novelliert durch RL 2003/88/EG des EP und des Rates vom 4.11.2003.

30 A. Schäfer, Die neue Unverbindlichkeit. Wirtschaftspolitische Koordinierung in Europa, 2005.

31 A. Schäfer, Aufstieg und Grenzen der Offenen Methode der Koordinierung, WSI-Mitteilungen 59 (2006), S. 540 ff.; M. Heidenreich/G. Bischoff, Die offene Methode der Koordinierung: Ein europäisches Instrument zur Modernisierung nationaler Sozial- und Beschäftigungsordnungen?, in: M. Heidenreich (Hrsg.), Die Europäisierung sozialer Ungleichheit, 2006, S. 277 ff.

um die Übernahmerichtlinie³² und die Dienstleistungsrichtlinie³³ gezeigt. Solange auf europäischer Ebene keine Strukturen entstehen, die den Kriterien einer Sozialen Demokratie gerecht würden, existieren auf Ebene der Mitgliedstaaten mehr oder minder ausgeprägte Soziale Demokratien, die zunehmend, wenn auch langsam, um eine zusätzliche Flankierung des Sozialen auf europäischer Ebene ergänzt werden – so ließe sich argumentieren. Alarmierend wird die Diagnose aber, wenn bedacht wird, dass neben der Integration durch Politik eine weitere Integrationsdynamik existiert, die ebenfalls Wirkungen auf das Soziale entfaltet, die nicht durch die Heterogenität der Mitgliedstaaten gebremst wird und die selbst die zum Autonomieschutz installierten Sperrklauseln wie in Art. 153 Abs. 5 AEUV zunehmend durchstößt: die judikative Integration, der ich mich nachfolgend zuwende.

IV. Die Wucht der judikativen Integration

Im Unterschied zur durch die Heterogenität der Mitgliedstaaten auf mittlere Sicht verunmöglichten Schaffung eines europäischen Sozialstaats profitieren marktschaffende Projekte von der Dynamik der judikativen Integration: von der extensiven Auslegung der wettbewerbspolitischen Kompetenzen der Kommission und insbesondere von der EuGH-Rechtsprechung zu den europäischen Grundfreiheiten. In der rechts- und sozialwissenschaftlichen Literatur zum EuGH ist unumstritten, dass das europäische Höchstgericht im europäischen Integrationsprozess nicht lediglich als „Hüter der Verträge“ wirkte. Vielmehr und darüber hinaus betrieb der EuGH von Beginn an eine aktivistische, proeuropäische Rechtsprechung und wurde so zum „Motor der Integration“.³⁴

Eine besondere Brisanz kommt hierbei der Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH zu, weil Ausweitungen des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten aufgrund des Vorrangs und der Direktwirkung des Unionsrechts geeignet sind, nationales Recht unterschiedlichster Regelungsbereiche ohne Zutun der Politik zu verdrängen. Hierzu wendet der EuGH seit seinem *Gebhard*-Urteil von 1995 den in der *Dassonville*- und *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung entwickelten vierstufigen Test einheitlich auf alle Grundfreiheiten an: Beschränkungen der transnationalen Ausübung von Grundfreiheiten sind nur dann europarechtsform, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, zur Erreichung des als zwingend anerkannten Ziels tatsächlich geeignet sind und über das zur Zielerreichung Notwendige nicht hinausgehen.³⁵ Mit seiner extensiven Interpretation der europäischen Grundfreiheiten greift der EuGH mittlerweile tief in sensible Bereiche mitgliedsstaatlicher Gestaltungshoheit ein, und zwar auch dann, wenn für die entsprechenden Bereiche keine Regelungskom-

32 RL 2004/25/EG des EP und des Rates vom 21.4.2004.

33 RL 2006/123/EG des EP und des Rates vom 12.12.2006.

34 *H. Rasmussen*, On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policy-making, 1986; *K. J. Alter*, Establishing the Supremacy of European Law, 2001; *J. H. Weiler*, A Quiet Revolution. The European Court of Justice and its Interlocutors, Comparative Political Studies 26 (2004), S. 510 ff.

35 EuGH, Rs. C-55/94 (*Gebhard*), Slg. 1995, I-4165.

petenzen der EU bestehen oder sie durch Regelungsvorbehalte wie dem Art. 153 Abs. 5 AEUV vor dem politischen Zugriff der Unionsorgane geschützt sind.^{36, 37} Entscheidend für die vorliegende Argumentation ist nun, dass die extensive Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Grundfreiheiten dazu führt, dass marktkorrigierende Regelungen auf mitgliedsstaatlicher Ebene vor dem EuGH – wie *Eva Kocher* sagt – „regelmäßig rechtfertigungsbedürftig“ und entsprechend prekär werden.³⁸ Hinzu kommt, dass es nach der mit *Viking* und *Laval* begonnenen Linie der Rechtsprechung hierfür keinen Unterschied macht, ob die Gegenstände dieser Rechtfertigungspflicht ein vom EuGH anerkanntes Grundrecht tangieren.³⁹ Nur folgerichtig ist dann, dass auch die mit dem Vertrag von Lissabon erreichte Aufwertung der Grundrechte-Charta für die Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH keinen erkennbaren Unterschied macht.^{40, 41} Die nach der Aufwertung der Grundrechte-Charta ergangene EuGH-Entscheidung zur betrieblichen Altersvorsorge kommunaler Arbeitgeber hat dies eindrucksvoll bestätigt.⁴² Kurz, die ursprünglich als Diskriminierungsverbote gedachten europäischen Grundfreiheiten wirken als höchst wirksame Instrumente wirtschaftlicher Liberalisierung, unbeschadet von autonomieschonenden Regelungsvorbehalten im Primärrecht oder europäischen sozialen Grundrechten.

Dieser Form der judikativen Intervention legt die politökonomische Heterogenität der Mitgliedstaaten keine Hürden auf. Ganz im Gegenteil: Die politökonomische Heterogenität Europas erweitert die Spielräume aktivistischer Rechtsprechung, schon weil sie die legislative Korrektur politisch unerwünschter Judikate erschwert. Diese These wird bestätigt aus den Einsichten der vergleichenden Forschung über Verfassungsgerichte. Verfassungsrichter, so der Diskussionsstand in dieser Literatur, operieren nicht in luftleerem Raum. Vielmehr bedenken sie mögliche Rück-

36 Vergleiche für die Auswirkungen von Niederlassungsfreiheit und Unionsbürgerschaft auf das mitgliedsstaatliche Staatsangehörigkeitsrecht jüngst EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449.

37 Hinzuzufügen wäre, dass entsprechende Eingriffe auch dort stattfinden, wo transnationale Bezüge der vorgenommenen Beschränkungen allenfalls schwach erkennbar sind. Wird das grenzüberschreitende Erfordernis weit interpretiert, wandeln sich die Grundfreiheiten von Instrumenten der Gewährleistung des grenzüberschreitenden Austauschs von Produktionsfaktoren zu allgemeinen Instrumenten der Deregulierung. Siehe für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit *M. Büchele*, Diskriminierung, Beschränkung und Keck-Mithouard – die Warenverkehrs freiheit, in: G. Roth/P. Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, 2008, S. 335 (350).

38 *E. Kocher*, Das „Soziale“ in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem, 2009, S. 38.

39 *C. Joerges/F. Rödl*, Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*, European Law Journal 15 (2009), S. 1 ff.

40 *F. Rödl*, Wirklich auf einem "guten Mittelweg?", in: Friedrich Ebert Stiftung (Fn. 38), S. 42 f.

41 Zu beachten ist zudem, dass die Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH auch dann indirekte Wirkungen auf die Balance von Staat und Markt entfaltet, wenn Bereiche außerhalb der Sozialpolitik im engeren Sinne erfasst werden. Als Beispiel sei das untrennbar mit der Mitbestimmungsfrage verknüpfte Gesellschaftsrecht genannt. Ein anderer, besonders sensibler Bereich ist die Steuerpolitik, namentlich die Kapitalbesteuerung, die ebenfalls von der EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten tangiert wird. Diese Linie der Rechtsprechung entfaltet indirekte Wirkungen auf den Grad an Progression der Einkommensbesteuerung und damit sowohl auf den redistributiven Charakter der mitgliedsstaatlichen Steuersysteme als auch insgesamt auf die Einnahmeseite der europäischen Wohlfahrtsstaaten. Siehe hierzu *S. Ganghof/F. Genschel*, Deregulierte Steuerpolitik: Körperschaftssteuerwettbewerb und Einkommensbesteuerung in Europa, in: M. Höpner/A. Schäfer (Fn. 1), S. 311 ff.

42 EuGH, Rs. C-271/08 (Kommission/Deutschland), Slg. 2010, I-7091.

wirkungen ihrer Rechtsprechung auf die Teilautonomie der betreffenden Höchstgerichte. Um ihre Unabhängigkeit nicht zu gefährden, sind sie bemüht, die Wahrscheinlichkeit der nachgelagerten politischen Korrektur ihrer Urteile zu minimieren.⁴³ Im politischen System Europas sind solche Korrekturen allerdings höchst unwahrscheinlich – was den Spielraum des europäischen Höchstgerichts, integrationsvertiefende Rechtsfortbildung zu betreiben, entsprechend maximiert.⁴⁴ Denn die Hürden, die der Korrektur von EuGH-Urteilen aufliegen, sind identisch mit den in Abschnitt III. behandelten Hürden politischer Integration.

In Abschnitt III. habe ich unter Verweis auf die Arbeiten von *Scharpf* herausgestellt, dass die der politischen Integration aufliegenden Hürden hoch, aber keineswegs unüberwindlich sind, insbesondere dort, wo durch geschickte Verhandlungsführung der Kommission Kooperationsgewinne erwirtschaftet werden können. Hingegen sinkt die Wahrscheinlichkeit zu einer Einigung zu gelangen, wenn das Ergebnis stets Gewinner und Verlierer hinsichtlich Wohlstandstransfers und asymmetrischen institutionellen Anpassungslasten hervorbringen muss.⁴⁵ Eben dies ist aber häufig der Fall, wenn es um die Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH geht, die stets auf die eine oder andere Weise die Arbeitsteilung zwischen Staat (und anderen Formen kollektiver Regulierung) und Markt in den heterogenen „Spielarten des Kapitalismus“ der EU-27 tangiert. Drohungen mit nachgelagerten politischen Korrekturen sind vor diesem Hintergrund unglaublich und können vom europäischen Höchstgericht ignoriert werden. Dieselbe Logik greift für alle anderen Formen des „court curbing“, die in der vergleichenden Literatur über Verfassungsgerichte als Mechanismen der politischen Disziplinierung identifiziert wurden, wie zum Beispiel Eingriffen in die Zuständigkeiten des Höchstgerichts, Drohungen mit finanziellen Einschnitten oder anderen institutionellen Reformen der Gerichtsbarkeit.⁴⁶

Nun ist einzuräumen, dass sich die „aktivistische“, pro-europäische Rechtsprechung des EuGH keineswegs auf die extensive Interpretation des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten (sowie einer ebenso extensiven Interpretation des Anwendungsbereichs des europäischen Wettbewerbsrechts) beschränkt. Mindestens zwei weitere Linien der Rechtsprechung sind für die Soziale Demokratie von Belang.⁴⁷ Erstens, der EuGH hat eine extensive Antidiskriminierungs-Rechtsprechung zum Schutz des Einzelnen vor Diskriminierungen aufgrund des Alters, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung und der Zugehörigkeit zu Ethnien und Religionen entwickelt. Obgleich diese Stärkung des individuellen Schutzes vor diskriminierenden (staatlichen oder privaten) Praktiken nicht mit der Schaffung eines europäischen Sozial-

43 Einen guten Überblick bietet *A. Dyevre*, Unifying the Field of Comparative Judicial Politics: Towards a General Theory of Judicial Behaviour, European Political Science Review 2 (2010), S. 297 ff.

44 *T. L. Brunell/A. Stone Sweet*, Overriding the European Court of Justice? Qualitative Evidence from Cases in the Carruba, Gabel, and Hankla Dataset (1987-1997), Yale Law School Public Law Working Paper 217, 2010.

45 *Scharpf* (Fn. 26), S. 71ff.

46 *G. Rosenberg*, Judicial Independence and the Reality of Political Power, The Review of Politics 54 (1992), S. 369 ff.; *T. S. Clark*, The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy, American Journal of Political Science 53 (2009), S. 971 ff.

47 Vergleiche ausführlich *M. Höpner/A. Schäfer*, Grenzen der Integration – wie die Intensivierung der Wirtschaftsintegration zur Gefahr für die politische Integration wird, Integration 33 (2010), S. 3 (15 ff.).

staats verwechselt werden darf, so haben diese Urteile gleichwohl einen sozialen Gehalt.⁴⁸ Die „neoliberale“ Rechtsprechung des EuGH findet also, wie Scharpf es ausdrückt, eine Ergänzung durch eine „sozialliberale“ Gleichstellungsjudikatur.⁴⁹ Zweitens, in einer langen Serie von Urteilen hat der EuGH die transnationale Öffnung der sozialen Sicherungssysteme, einschließlich der Gesundheitssysteme, vorangetrieben und damit die sozialen Rechte zunächst von Arbeitsmigranten, zunehmend aber auch aller Unionsbürger unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestärkt.⁵⁰ Ob diese Rechtsprechung als Keimzelle einer in Entstehung begriffenen transnational-europäischen Solidarität wirkt, oder aber vor allem Deregulierungsdruck auf die überdurchschnittlich generösen Wohlfahrtsstaaten erzeugt, ist allerdings umstritten.⁵¹

Während also die Hemmnisse der sozialen Integration für sich genommen noch nicht notwendigerweise problematisch erscheinen, bewirkt die Gleichzeitigkeit von gebremster politischer Integration und stetig voranschreitender judikativer Integration eine asymmetrische Integrationsdynamik, die dem Integrationsprojekt – unabhängig von den Mehrheitsverhältnissen im EP und im Rat – einen spezifischen politökonomischen Drall verleiht und in Richtung einer mit „linksliberalen“ Elementen angereicherten wirtschaftlichen Liberalisierung wirkt. Dies konstituiert, wie ich im abschließenden Abschnitt VI. argumentieren werde, nicht nur ein Problem für die Potenziale des Sozialen auf europäischer Ebene, sondern auch für die Demokratie. Vorher aber wende ich mich einem weiteren Bereich zu, der ebenfalls nachhaltig durch die Koexistenz heterogener europäischer „Spielarten des Kapitalismus“ geprägt wird, und zwar der europäischen Währungsunion.

V. Die europäische Währungsunion vor dem Hintergrund politökonomischer Heterogenität

Die Europäische Zentralbank (EZB) sieht sich der Herausforderung gegenüber, auf höchst heterogene Wirtschaftsverläufe in der Eurozone mit ein und demselben nominalen Zinssatz reagieren zu müssen. Der Euro-Raum ist kein einheitlicher Konjunkturraum und war es von Anfang an nicht. In lediglich zwei der zehn Jahre zwischen der Einführung des Euro-Buchgelds (1999) und dem Ausbruch der Finanzkrise (2008) lag die deutsche Inflationsrate oberhalb des EZB-Inflationsziels von zwei Prozent. In Irland, Griechenland, Portugal und Spanien hingegen lag die In-

48 Als Beispiele seien die EuGH-Entscheidungen Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rs. C-267/06 (Maruko), Slg. 2008, I-1757, und Rs. C-303/06 (Coleman), Slg. 2008, I-5603, angeführt.

49 F. W. Scharpf, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: M. Höpner/A. Schäfer (Fn. 1), S. 89 (94).

50 Ein Durchbruch war in dieser Hinsicht die Entscheidung im Fall EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

51 Vergleiche beispielsweise F. C. Mayer, Der EuGH als Feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung, Integration 32 (2009), S. 246 (250 f.) mit Scharpf, (Fn. 45), 91 ff., sowie A. J. Menéndez, European Citizenship after Martinez Sala und Baumbast. Has European Law Become More Human but Less Social?, ARENA Working Paper 2009/11.

flationsrate in allen zehn Jahren oberhalb der von der EZB anvisierten Zielinflation.⁵² Bis zu drei Prozentpunkte und manchmal sogar etwas mehr lagen die Inflationsraten Deutschlands einerseits, Portugals und Irlands andererseits in den frühen 2000er Jahren auseinander, eine ähnliche Varianz wiesen die europäischen Wachstumsraten auf. Die Folge: Mit demselben Nominalzins musste die EZB sowohl die deutsche Stagnation als auch die irische und südeuropäische Inflation bekämpfen. Der gewählte Zinssatz musste für Deutschland zu hoch, für alle anderen genannten Länder zu niedrig ausfallen – es konnte gar nicht anders sein.

Damit nicht genug. Heizte ein zu niedriger Nominalzins die Wirtschaft der Inflationsländer zusätzlich an, dann sanken die Realzinsen immer weiter (denn die Realzinsen sind definiert als Nominalzinsen abzüglich der Inflationsrate). Konjunktur und Inflation wurden durch dysfunktional niedrige Zinssätze stimuliert, obwohl eine stimmige Geldpolitik eigentlich zur Abkühlung der Konjunktur hätte beitragen müssen – ein Effekt, der namentlich auch die Entstehung und das Wachstum der spanischen und irischen Immobilienblasen begünstigte. Und wurde ein Land mit einem zu hohen Nominalzins konfrontiert und sank deshalb die Inflation, dann stieg der Realzins, obwohl er doch eigentlich fallen müssen, um zur Entspannung der wirtschaftlichen Lage beizutragen. Trifft also eine einheitliche Geldpolitik auf heterogene Entwicklungen der Preisniveaus, dann macht sie die eigentlich ja angestrebte Konvergenz wirtschaftlicher Entwicklungen schwerer, nicht etwa leichter.⁵³

Mit welchen Instrumenten nun lässt sich diesem Problem eines geldpolitisch begünstigten Auseinanderdriftens europäischer Konjunkturverläufe entgegenwirken? Die Geldpolitik fällt als Hebel aus, und auch der Fiskalpolitik setzt der Stabilitäts- und Wachstumspakt Grenzen. Die einheitliche Geldpolitik potenziert deshalb die Anforderungen an eine funktionale, makroökonomischen Bedingungen Rechnung tragende, vorausschauend agierende Lohnpolitik. Und hier kommen die heterogenen „Spielarten des Kapitalismus“ der Eurozone ins Spiel. Denn wie hat sich Deutschland aus der misslichen Lage eines unangemessen hohen, die deflationären Tendenzen zusätzlich verstärkenden Realzinses befreit? Durch eine lange Serie höchst moderater Lohnabschlüsse und den damit einhergehenden gezielten Aufbau von Exportüberschüssen, also nicht zuletzt: zu Lasten der europäischen Nachbarn. Seit der Euro-Einführung türmt Deutschland trendmäßig steigende Handelsbilanzüberschüsse auf, die seit 2004 durchgängig eine Größenordnung von um die fünf Prozent des BIP erreichen. Im Jahr 2009 betrug der deutsche Überschuss 4,6 %, im Jahr zuvor sogar 6,3 %.

Entscheidend ist nun, dass die Fähigkeit zu strategisch herbeigeführter Lohnzurückhaltung über unterschiedliche „Spielarten des Kapitalismus“ unterschiedlich verteilt ist. Zum gesicherten Forschungsstand der Vergleichenden Politischen Ökonomie zählt die Einsicht, dass unterschiedliche Systeme der Lohnfindung unter-

52 Alle Zahlenangaben in diesem Abschnitt basieren auf den Daten des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (<http://www.sachverständigenrat-wirtschaft.de/statistik.html>).

53 H. Enderlein, Nationale Wirtschaftspolitik in der europäischen Währungsunion, 2004, S. 66 ff.

schiedliche Nominallohnauftriebe hervorbringen.⁵⁴ Ausgeprägt ist die Fähigkeit zur strategischen Lohnzurückhaltung in hoch koordinierten Systemen der Arbeitsbeziehungen, also in zentralisierten Systemen wie den skandinavischen oder etwa im deutschen, das zwar formal nicht zentralisiert ist, in dem aber sektorale und regionale Lohnabschlüsse mit ausgeprägter Signalwirkung auf einen hohen Grad an Koordination hinwirken. Euro-Länder mit dezentralen, unkoordinierten Formen der Lohnaushandlung, vor allem in Südeuropa, haben dem nichts entgegenzusetzen. Ihre preisliche Wettbewerbskraft schwindet, ohne dass die Möglichkeit einer nominalen Abwertung der Währung als Anpassungsinstrument zur Verfügung stünde. In den Jahren 2008 und 2009 betrugen die Handelsbilanzdefizite Spaniens 5,6 % bzw. 2,1 %, die Salden Portugals 9,6 % bzw. 7,6 % und die Defizite Griechenlands 10,3 % bzw. 9,7 %. Auch die französische Handelsbilanz weist seit Mitte der 2000er Jahre durchgehend Defizite auf, ebenso wie – wenn auch weniger ausgeprägt – die italienische Handelsbilanz. Im Euro-Raum besteht nunmehr ein deutlicher statistischer Zusammenhang zwischen der Gewerkschaftsstärke einerseits und den Salden der Handelsbilanz andererseits: Wo die Gewerkschaften stark sind und die Lohnfindungssysteme koordiniert, wie es neben Deutschland etwa in Österreich, Finnland und den Niederlanden der Fall ist, werden Exportüberschüsse erzielt.

Die derzeitige Konstellation lässt vermuten, dass nun die deutsche Konjunktur für einige Jahre von einem zu niedrigen Realzins begünstigt werden dürfte, der für Länder wie Griechenland und Spanien aber gleichwohl zu hoch ausfallen muss. Der Unterschied zum Zyklus der ersten Euro-Jahre ist nur, dass den Südeuropäern der deutsche Weg der Problembewältigung – gezielte Lohnzurückhaltung gegenüber den anderen Euro-Ländern und damit letztlich *beggar my neighbour* – nicht zur Verfügung stehen wird. Die einheitliche Geldpolitik läuft somit Gefahr, vor dem Hintergrund systematisch divergenter Lohnauftriebe die preisliche Wettbewerbsstärke der Euro-Teilnehmerländer nachhaltig zu Gunsten der koordinierten und zu Ungunsten der unkoordinierten Länder zu verschieben. Diese Ungleichgewichte sind das Ergebnis eines im Euro strukturell eingepflanzten Konstruktionsproblems, für das kurz- bis mittelfristig keine Lösung in Sicht ist. Koordinierte Lohnaushandlungssysteme sind über lange historische Zeiträume gewachsen. Die in den vergangenen zehn Jahren zahlreichen Versuche der südeuropäischen und irischen Regierungen, im Rahmen so genannter Sozialer Pakte auf Lohnmoderation hinzuwirken, sind weitgehend gescheitert.⁵⁵ Eine europäisch koordinierte Lohnpolitik scheint kurz- bis mittelfristig ebenso undurchsetzbar wie eine Transferunion, die nicht auf

54 D. Soskice, Wage Determination: The Changing Role of Institutions in Advanced Industrialized Countries, Oxford Review of Economic Policy 6 (1990), S. 36 ff.; P. A. Hall/R. J. Franzese, Mixed Signals: Central Bank Independence, Coordinated Wage Bargaining, and European Monetary Union, International Organization 52 (1998), S. 505 ff.; L. Kenworthy, Corporatism and Unemployment in the 1980's and 1990's, American Sociological Review 67 (2002), S. 367 ff.

55 Siehe zu diesen Versuchen H. Enderlein, Adjusting to EMU. The Impact of Supranational Monetary Policy on Domestic Fiscal and Wage-Setting Institutions, European Union Politics 7 (2006), S. 113 ff.; A. Hassel, Wage Setting, Social Pacts and the Euro. A New Role for the State, 2006.

die Rettung vor Staatsbankrotten, sondern auf die Einebnung europäischer Konjunkturverläufe zielen würde.

Zu vermuten ist, dass die Funktionsweise des Euro – ebenso wie die in den Abschnitten III. und IV. hergeleitete Asymmetrie zwischen politischer und judikativer Integration – auf lange Sicht Deregulierungsdruck induziert, deshalb die Politikoptionen einschränkt und sie, selbst wenn dies von den politischen Mehrheitsverhältnissen eigentlich nicht gedeckt ist, in eine spezifische Richtung lenkt. Treiben die Dysfunktionen des Euro die Makroökonomien der Teilnehmerländer auseinander, wird die europäische Ebene mit Druck zur lohn- und haushaltspolitischen Gegensteuerung reagieren müssen. Dieser Druck müsste theoretisch einige Länder zu restriktiver, andere Länder – namentlich jene des alten „DM-Blocks“ und also vor allem Deutschland – zu expansiver makroökonomischer Politik anhalten. Weil aber unklar ist, mit welchen Mechanismen Länder dazu angehalten werden könnten, sich lohn- und fiskalpolitisch expansiver zu verhalten als von ihnen gewünscht, erscheint nur der Druck in Richtung restriktiverer Politik eine realistische Option. Hier wiederum kann der Druck auf die Lohnpolitik nur die Form weicher Appelle annehmen. Es bleibt die Fiskalpolitik, die harten, sanktionierbaren Regeln (wie jenen des Stabilitätspakts und künftiger Regeln haushaltspolitischer Überwachung im Euro-Raum)⁵⁶ unterworfen werden kann. Meine These ist deshalb, dass die Währungsunion auf lange Sicht einen systematischen Druck zur Ausgabenmoderation und damit zur Senkung der Staatsquoten erzeugt. Weil die wesentliche Determinante unterschiedlicher Staatsquoten die Generosität der Wohlfahrtsstaaten ist,⁵⁷ ist dieser Druck gleichbedeutend mit Druck auf den Sozialstaat. Für Verfechter der Sozialen Demokratie kann auch dies keine gute Nachricht sein.

VI. Fazit: Drei Implikationen für die Soziale Demokratie in Europa

Die Anhänger der Sozialen Demokratie sehen die Demokratie in doppelter Weise mit der sozialen Frage verknüpft: Das Soziale darf dem demokratischen Prozess nicht entzogen werden, und ein Mindestmaß an gleichberechtigtem Ressourcenzugang fungiert als Bestandsvoraussetzung einer lebendigen Demokratie. Ein im Sinne der Sozialen Demokratie funktionales politisches System ist daher durch seine Steuerungsfähigkeit gegenüber einer ihrerseits steuerbaren Ökonomie gekennzeichnet, und gute Politik hat, will sie ihren demokratischen Gehalt bewahren und ausbauen, eine soziale Zielsetzung. Wie ist es um Bestand und Chancen einer so verstandenen Sozialen Demokratie in der Europäischen Union bestellt? Vordergründig

56 Zum Zeitpunkt der abschließenden Bearbeitung des vorliegenden Beitrags (im September 2011) ist die Ausgestaltung der Instrumente zur makroökonomischen Überwachung im Euro-Raum noch offen. Vergleiche hierzu den Vorschlag für eine Verordnung über die wirksame Durchsetzung der haushaltspolitischen Überwachung im Euroraum (KOM (2010) 525 endg.) und den Vorschlag für eine Verordnung über Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte im Euroraum (KOM (2010) 527 endg.).

57 Ungefähr zwei Drittel des Wachstums der Staatsquoten westlicher Industrieländer seit 1950 beruht auf der Expansion der Wohlfahrtsstaaten. Siehe M. G. Schmidt/F. Wolf, Expansion und Reform der sozialen Sicherungssysteme 1945–2005, in: M. G. Schmidt et al. (Hrsg.), Der Wohlfahrtsstaat. Eine Einführung in den historischen und internationalen Vergleich, 2007, S. 240 ff.

hat sich die EU mit dem Vertragswerk von Lissabon den Idealvorstellungen einer europäischen Sozialen Demokratie weiter angenähert. Die Stärkung des EP verspricht einen Zugewinn an Demokratie, und auch der soziale Auftrag an das Handeln der europäischen Organe wurde gestärkt. Im vorliegenden Beitrag habe ich die Diskussion über die europäische Soziale Demokratie um einen Gesichtspunkt jenseits der primärrechtlichen Ausgestaltung des politischen Systems Europas erweitert: um die Wirkungen der von Erweiterungsrounde zu Erweiterungsrounde gestiegenen politökonomischen Heterogenität der Mitgliedstaaten. Die Argumentation führte zu einem von dem vordergründigen Eindruck abweichenden Ergebnis. Trotz aller Fortschritte im Primärrecht sind die Potenziale Sozialer Demokratie auf europäischer Ebene mit zunehmender Skepsis zu beurteilen.

Der Kern des Problems liegt in den asymmetrischen Wirkungen der politökonomischen Heterogenität Europas auf unterschiedliche Integrationsdynamiken: auf die Chancen des Transfers marktkorrigierender Arrangements auf die europäische Ebene einerseits und auf die Wucht der marktschaffenden judikativen Integration andererseits. Angesichts der zunehmenden Heterogenität von Wohlstandsniveaus und institutionellen Ausgestaltungen der mitgliedsstaatlichen Produktions- und Verteilungsregime erscheinen politisch herbeigeführte Harmonisierungen der europäischen Sozialstaaten auf mittlere Sicht ausgeschlossen. Die Hoffnungen auf langfristige Fortschritte ruhen deshalb vor allem auf der weichen, unverbindlichen Koordinierung. Dieser Umstand allein wäre nicht alarmierend, würde der politischen Integration nicht eine weitere Integrationsdynamik gegenüberstehen, die ebenfalls auf das Soziale einwirkt: die judikative Integration, die durch die Interpretation und Durchsetzung europäischen Primär- und Sekundärrechts durch Kommission und EuGH zustande kommt. Da sich nahezu alle arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen und Praktiken der Mitgliedstaaten letztlich als Beschränkungen der durch die EuGH-Rechtsprechung konstitutionalisierten Grundfreiheiten interpretieren lassen und die Grundfreiheiten-Judikatur immer mehr in sensible Kernbereiche mitgliedstaatlicher Autonomie eingreift, werden diese Regelungen und Praktiken zunehmend vor dem EuGH rechtfertigungsbedürftig. Erst diese Parallelität sozialer Implikationen sowohl der gehemmten politischen Integration als auch der Wucht der judikativen Integration verletzt die Bestandsvoraussetzungen Sozialer Demokratie. Sie entzieht die betroffenen Sachverhalte tendenziell dem Zugriff der Politik, untergräbt damit die politische Steuerungsfähigkeit und verleiht der europäischen Integration einen marktschaffenden, also wirtschaftsliberalen Drall.

Auf gleicher Augenhöhe begegnen sich europäische Politik und europäisches Recht hierbei nur in der Theorie. Im Prinzip steht es den Mitgliedstaaten offen, aus ihrer Sicht unangemessene Ausweitungen des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten durch Vertragsänderungen oder durch norminterpretierende Sekundärrechtssetzung zu korrigieren (gleiches gilt für weite Auslegungen des europäischen Wettbewerbsrechts). Tatsächlich aber macht das Zusammenspiel des Einstimmigkeitserfordernisses bei Vertragsänderungen und der heterogenen Interessenlagen der europäischen „Spielarten des Kapitalismus“ nachgelagerte politische Korrekturen der

Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH so unwahrscheinlich, dass diese „Gefahr“ vom europäischen Höchstgericht ignoriert werden kann. Es ist also die Heterogenität der in der EU vertretenen Produktions- und Verteilungsregime, die die Asymmetrie zwischen den Integrationsdynamiken dauerhaft perpetuiert und die europäische Wirtschafts- und Sozialintegration mit einem nachhaltigen liberalisierenden Bias versieht.⁵⁸ Ein ähnlicher Effekt zeigte sich bei der Analyse der Funktionsweise der Währungsunion: Die Heterogenität der im Euro-Raum vertretenen „Spielarten des Kapitalismus“ begünstigt die Entstehung makroökonomischer Ungleichgewichte, auf die die europäische Ebene reagieren muss. Weil sanktionierbare europäische Regeln nur zur Durchsetzung vermehrter Haushaltsdisziplin in Ländern mit Exportdefiziten realistisch erscheinen, nicht aber zur Durchsetzung expansiverer Fiskalpolitik in Ländern mit Exportüberschüssen, wird im Ergebnis ebenfalls De-regulierungsdruck erzeugt.

Diese Einsichten haben weitreichende integrationstheoretische und -praktische Implikationen. Drei von ihnen seien angesprochen. *Erstens*, die politökonomische Heterogenität Europas macht die Entstehung eines europäischen Parteiensystems unwahrscheinlich und verdient deshalb, in der Debatte über die Demokratiefähigkeit Europas beachtet zu werden. Über die Fachgrenzen hinweg wurde darauf hingewiesen, dass sich die Demokratisierung des politischen Systems Europas durch eine Anzahl von Erschwernissen behindert sieht: durch das Fehlen eines sich als solchem begreifenden kollektiven europäischen Subjekts, durch die nationale Basiertheit politischer Diskurse, durch das Fehlen europäischer Medien, durch das Ausbleiben gemeinsamer Problemwahrnehmungen, durch die Nichtentstehung von Erinnerungs- und Erfahrungsgemeinschaften und, zuvörderst, durch das Fehlen einer gemeinsamen Sprache, die – über die europäischen Eliten hinausgehend – einen transnational-europäischen Diskurs überhaupt erst entstehen lassen könnte.⁵⁹ All dies hemmt die Entwicklung der derzeit noch lockeren europäischen Parteienbündnisse zu europäischen Parteien, die sich auf kohärente politische Programme verständigen und diese dann gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern zur Wahl stellen könnten. Dieser Umstand wird kaum bestritten.⁶⁰ Bei den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Debatte über das europäische Demokratiedefizit variiert aber die Intensität der Hoffnung auf die schrittweise Beseitigung dieser Hemmnisse transnational-europäischer Willensbildung etwa durch eine verstärkte europäische Berichterstattung der Medien, durch die gezielte Vermittlung von Kenntnissen über das politische System der EU und durch die zwar langsam erfolgende, aber doch stetige Über-

58 Vergleiche hierzu M. Höpner/A. Schäfer, Polanyi in Brussels? (Fn. 1).

59 Siehe etwa K. Eder, Öffentlichkeit und Demokratie, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration. 2. Auflage 2003, S. 85 (116); D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, Juristen-Zeitung 50 (1995), S. 581, (585 ff.); P. G. Kielmansegg, Integration und Demokratie (mit Nachwort zur 2. Auflage), in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (ebd.), S. 49 (57 ff.).

60 Widerspruch findet sich aber bei Zuleeg: „Empirische Belege für mangelhafte Randbedingungen der Demokratie sind nicht erbracht.“ M. Zuleeg, Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Fn. 9), S. 1045 (1057).

windung von Kommunikationsbarrieren innerhalb der europäischen Parteienfamilien.⁶¹

Die in dieser Literatur identifizierten Barrieren der Entstehung eines europäischen Parteiensystems existieren zweifellos. Das bedeutet aber nicht, dass das beklagte Problem verschwinden würde, wären die Barrieren beseitigt. Vereinfacht sei angeommen, dass sich die Präferenz einer politischen Gruppe gegenüber einer politökonomisch brisanten europäischen Richtlinie (oder eines vergleichbaren Rechtsakts wie z.B. einer EuGH-Entscheidung) aus zwei Quellen speist: einem ideologischen Interesse, das sich aus der Verortung der Gruppe auf der Links-rechts-Achse ergibt, und einem nationalen Interesse, das sich aus den durch die Maßnahme zu erwartenden transnationalen materiellen Verteilungswirkungen sowie den asymmetrischen institutionellen Anpassungslasten herleitet. Dann hätte die Entstehung europäischer Parteien mit kohärenten ideologischen Programmen zur Mindestvoraussetzung, dass die erste Quelle hinsichtlich ihrer Prägekraft über die zweite Quelle dominiert. Diese Voraussetzung wäre in einer Gruppe relativ homogener Länder gegeben, es darf aber bezweifelt werden, dass sie in der heterogenen EU der 27 Mitglieder mittelfristig erreichbar ist.⁶² Vor allem aber wird die Erfüllung dieser Voraussetzung sowohl von Erweiterungsrunde zu Erweiterungsrunde als auch in dem Maß, in dem die europäische Politik und das europäische Recht in politisch immer sensiblere Bereiche nationaler Autonomie eingreifen, unwahrscheinlicher. Das eigentliche Problem sind also wohl nicht die zahlreichen kulturellen Beschränkungen, Sprachprobleme und technischen Schwierigkeiten innerparteilicher Interessenaggregation und Abstimmungsprozesse. Nicht zuvörderst Kommunikationshemmnisse hindern die europäischen Parteien an der Herausbildung erkennbarer politischer Programme. Die heterogenen Interessenlagen sind vielmehr real und lassen sich von den Politikern, wollen sie wiedergewählt werden, nicht ignorieren – der politökonomische Status Quo determiniert nun einmal, welche Präferenzen politische Akteure gegenüber europäischen Entscheidungen vernünftigerweise haben können. So saß der britische Labour-Vorsitzende Blair keinem Missverständnis auf, als er der Ausbreitung der britischen (mitbestimmungsfreien) Rechtsform der Ltd. über ganz Europa das Wort redete;⁶³ die konservativen und christdemokratischen EP-Abgeordneten aus Ländern wie Belgien, Deutschland und Österreich handelten nicht gegen ihre „wahren“ Interessen, als sie ihren Nachbarn zur linken der jeweiligen Parteienspektren im Jahr 2001 folgten und die relativ wirtschaftsliberale Fassung der Übernahmerichtlinie zu Fall brachten;⁶⁴ und jene osteuropäischen und britischen Abgeordneten und Regierungen handelten in der Tat im Sinne

61 Im Sinne einer grundsätzlichen Überwindbarkeit solcher Barrieren durch verstärkte transnationale Kommunikationsanstrengungen argumentieren: J. Habermas, Ach, Europa, 2008, S. 106 ff.; S. Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Fn. 9), S. 73 (98 f.).

62 Dieses Problem greift vor allem dort, wo europäische Politiken in die Grundprinzipien der mitgliedstaatlichen Produktions- und Verteilungsregime einzugreifen drohen.

63 Börsen-Zeitung vom 15. September 2004, S. 2.

64 Siehe ausführlich: H. Callaghan/M. Höpner, European Integration and the Clash of Capitalisms. Political Cleavages over Takeover Liberalization, Comparative European Politics 3 (2005), S. 307 (323).

ihrer Wählerinnen und Wähler, als sie – unbeschadet ihrer Zugehörigkeit zu Parteienfamilien – im Zuge der Verhandlungen über die Dienstleistungsrichtlinie für weitergehende Liberalisierungen der europäischen Dienstleistungsmärkte stritten.⁶⁵

Das Fazit ist ernüchternd: Die fehlenden Voraussetzungen eines europäischen Parteiensystems sind nicht nur technischer und nicht nur diskursiver Natur. Die faktische Konfliktstruktur auf dem europäischen Kontinent lässt die Entstehung einer dominanten transnational-europäischen Links-rechts-Konfliktachse unwahrscheinlich erscheinen. Hält diese Einschätzung, dann sind der Entwicklung europäischer Parteien, die den europäischen Bürgerinnen und Bürgern rivalisierende politische Programme zur Entscheidung vorlegen und sie im Erfolgsfall in materielle Politik umsetzen könnten, vorerst enge Grenzen gesetzt.^{66, 67}

Hieraus folgt eine *zweite* Implikation: Noch so wünschenswerte Stärkungen des EP im politischen System Europas bewirken nicht zwingend ein Mehr an demokratischer Legitimation europäischer Politik. Noch in seinem Maastricht-Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) der europäischen Politik einen über den Ausbau der Rechte des Europäischen Parlaments hergestellten Zugewinn an Legitimation attestiert. In dem Maße, in dem „sein Einfluss auf die Politik und die Rechtssetzung der Europäischen Gemeinschaft wüchse“,⁶⁸ entstünde ein zusätzlicher Kanal der Legitimationszufuhr (die so genannte „duale“, also nicht mehr nur über den Umweg der mitgliedsstaatlichen Demokratien bereitgestellte Legitimation).⁶⁹ Die Aufwertungen des EP durch das Lissabonner Vertragswerk sind unbestritten.⁷⁰ Gleichwohl unterblieb im Lissabon-Urteil eine Würdigung der auf Grundlage des Maastricht-Urteils doch eigentlich zu konstatierenden Legitimitätsfortschritte. Ganz im Gegenteil stellte das BVerfG in einer der umstrittensten⁷¹ Passagen des Urteils fest: „Der Vertrag von Lissabon führt nicht auf eine neue Entwicklungsstufe

⁶⁵ M. Höpner/A. Schäfer, Grenzen der Integration – wie die Intensivierung der Wirtschaftsintegration zur Gefahr für die politische Integration wird, *Integration* 33 (2010), S. 3 (19); S. Hix/A. Noury, After Enlargement: Voting Patterns in the Sixth European Parliament, *Legislative Studies Quarterly* 34 (2009), S. 159 (169 ff.).

⁶⁶ Vergleiche etwa Erhard Epplers Plädoyer für eine Europäisierung der Sozialdemokratie. E. Eppler, Epochewende. Über die Notwendigkeit des Aufbaus einer sozialen Demokratie in Europa, Reihe Internationale Politikanalyse der Friedrich Ebert Stiftung, 2010, S. 10.

⁶⁷ Der Standardeinwand, dass ein funktionsfähiges politisches System ja nicht dem Idealtyp der Mehrheitsdemokratie (mit regelmäßiger Alternanz zwischen vergleichsweise säuberlich getrennter Regierung und Opposition) entsprechen müsse, ginge hier ins Leere. Auch die Verhandlungsdemokratie (Konsensusdemokratie, Konkordanzdemokratie) ist, um Demokratieforderungen zu genügen, zunächst einmal darauf angewiesen, dass sich die dominanten Konfliktlinien entlang der Programme sortieren, die den Wählerinnen und Wählern bei der Wahlentscheidung vorgelegt werden. In gleich welchem politischen System fungiert also eine Mindestkongruenz von Parteien und faktischer Konfliktstruktur als Demokratievoraussetzung. Grundlegend zur Unterscheidung von Mehrheits- und Verhandlungsdemokratien: A. Lijphart, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 1999.

⁶⁸ BVerfGE 89, 155, 185.

⁶⁹ A. von Bogdandy, Grundprinzipien, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Fn. 9), S. 13 (62 ff.).

⁷⁰ S. Oeter (Fn. 61), S. 92.

⁷¹ Vergleiche für die heftige Kritik an diesem Teil der Lissabon-Entscheidung beispielhaft M. Selmayr, Endstation Lissabon? Zehn Thesen zum „Niemals“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, ZEuS 12 (2009), S. 637 (647 ff.).

der Demokratie.“⁷² Auch angesichts der in diesem Beitrag geführten Argumentation ist der Zugewinn an Legitimation über das gestärkte EP skeptisch zu beurteilen. Ähnliches gilt beispielsweise für die Rufe nach „mehr Bürgernähe“ oder für die Hoffnungen auf den europäischen Bürgerentscheid: Angesichts der politökonomischen Fragmentierung der EU und der damit einhergehenden Konfliktstrukturen bewirken solche Reformen nicht zwingend ein Mehr an Demokratie.

Ist die hier geführte Argumentation also geeignet, die skeptische Position des BVerfG mit zusätzlichen Argumenten zu unterfüttern, so stellt sich doch die Frage, was im europäischen Demokratiedefizit Ursache ist und was Symptom. Im Lissabon-Urteil hatte das BVerfG das Problem der ungleichen Repräsentation (zwischen den Mitgliedsstaaten variiertes Verhältnis aus Wahlberechtigten und gewählten EP-Abgeordneten) in das Zentrum seiner Überlegungen gerückt. Das ungleiche Wahlrecht ist eines der sichtbarsten Anzeichen der „erheblichen Überföderalierung“⁷³ des politischen Systems der EU. Diese politische Überföderalisation aber mag der faktischen politökonomischen Konfliktstruktur Europas gerade angemessen sein.⁷⁴ Würde das Problem der ungleichen Repräsentation beseitigt – wobei unklar ist, wie eine für alle Seiten tragbare Lösung eigentlich aussehen könnte –, blieben alle Hemmnisse der Entstehung kohärenter europäischer Parteien und damit einer demokratischen Steuerung über Wahlen gleichwohl erhalten. Versuche, das demokratische Potenzial der EU durch politisch-institutionelle Reformen zu erweitern, können sich deshalb als etatistische Fehlschlüsse erweisen.⁷⁵

Die *dritte* Implikation ist praktisch-politischer Natur. Wachsen die Potenziale einer europäischen Sozialen Demokratie, wenn es – wie in der Einleitung zu diesem Beitrag anheimgestellt – ihren Verfechtern gelingt, politische Mehrheiten für ihre Ideen zu mobilisieren? Dieser Vorstellung liegt die Prämisse zugrunde, Europa verfüge über ein im Prinzip funktionsfähiges demokratisches System, und zur Verwirklichung der Sozialen Demokratie fehlten lediglich die geeigneten Mehrheitsverhältnisse. Tatsächlich aber würde selbst eine neue Phase sozialdemokratischer Dominanz in EP und Mitgliedstaaten den marktliberalen Drall der europäischen Integration nicht in sein Gegenteil verkehren oder auch nur spürbar abschwächen.

Die letzte Phase sozialdemokratischer Dominanz in Europa fiel auf die Jahre zwischen 1997 und 2003 und damit auf einen Zeitraum vor der EU-Osterweiterung, im Zuge derer die wirtschaftlichen und sozialen Interessengegensätze zwischen den Mitgliedstaaten erheblich zugenommen haben.⁷⁶ Die späten neunziger und frühen

72 BVerfGE 123, 267, S. 379 ff. Vergleiche hierzu beispielsweise Schoo: „Die Europäische Union erfährt durch den Vertrag von Lissabon eine deutliche Verbesserung ihrer demokratischen Legitimation“. J. Schoo, Das neue institutionelle Gefüge der EU, in: J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon. EuR Beiheft 1/2009, S. 51 (68).

73 Ebd., Rn. 288.

74 Im Ergebnis ist – wenn auch mit abweichender Stoßrichtung – Stefan Oeter zuzustimmen: „Vieles spricht dafür, dass die Europäische Union genau die Verfassung hat, die sie verdient.“ S. Oeter (Fn. 61), S. 118. Siehe auch F. Rödl, in diesem Heft.

75 Vergleiche Grimms Warnung vor „statistischen Verkürzungen“ in der Debatte über das europäische Demokratiedefizit: D. Grimm (Fn. 59), S. 587.

76 Siehe hierzu P. Manow/A. Schäfer/H. Zorn, Europe's Party-political Centre of Gravity, 1957–2003, Journal of European Public Policy 15 (2008), S. 20 ff.

2000er Jahre stellten also ungleich günstigere Randbedingungen einer Korrektur des wirtschaftsliberalen Dralls der europäischen Integration bereit, als sozialdemokratische Regierungen sie heute vorfinden würden. Zu einem Transfer sozialer Regulierung auf die europäische Ebene, einer Verständigung auf Mindeststandards bei der Arbeitnehmermitbestimmung oder etwa einer Einigung auf Mindestsätze bei der Kapitalbesteuerung kam es dennoch nicht. Vielmehr reagierte die europäische Politik mit der Ingangsetzung und Stärkung weicher, rechtlich unverbindlicher Koordinationsformen.⁷⁷ Angesichts der seither zugenommen Interessendifferenzen wären von einer neuen Phase sozialdemokratischer Dominanz weder spürbare Schritte verbindlicher sozialer Integration, noch nachgelagerte politische Korrekturen rechtlicher Ausweitungen der Anwendungsbereiche von Wettbewerbsrecht und Grundfreiheiten zu erwarten. Kurz: Der Mangel an europäischer Sozialer Demokratie ist kein Problem fehlender politischer Mehrheiten. Er ist in die europäische Integration *strukturell* eingeschrieben.

Dieser skeptischen Einschätzung mag man einen Mangel an Idealismus und Zweckoptimismus vorhalten. Auf absehbare Zeit scheinen mir die Gefahren aus überschießendem Zweckoptimismus folgender Fehleinschätzungen allerdings manifester als der Mangel an politischem Schwung, der sich aus Zweckoptimismus möglicherweise schöpfen ließe. Ungerechtfertigter Zweckoptimismus läuft Gefahr, einer gravierenden Fehleinschätzung Vorschub zu leisten: dem unhinterfragten Glauhen, destruktive Eingriffe des europäischen Rechts in die nationalen Bestände an Sozialer Demokratie seien ein Übergangsphänomen und mit Nachsicht zu beurteilen, weil die europäische Soziale Demokratie ohnehin im Entstehen begriffen sei. Der hier angemahnte nüchterne Blick auf die derzeit und absehbar wirksamen Integrationsdynamiken kann hingegen davor bewahren, den Schutz Sozialer Demokratie dort zu vernachlässigen, wo sie sich bis auf weiteres manifestiert: in den sehr heterogenen demokratischen und sozialen Ordnungen der Mitgliedstaaten.

77 A. Schäfer (Fn. 31); ders., A New Form of Governance? Comparing the Open Method of Co-ordination to Multilateral Surveillance by the IMF and the OECD, Journal of European Public Policy 13 (2006), S. 70 ff.

II.

Legitimationsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung

Parlamentarische Legitimation der Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik der EU

*Von Philipp Dann, Gießen**

Es ist ein Plädoyer zum gezielten Rechtsbruch: Kommission und EuGH hätten die europäische wirtschaftliche Integration ohne hinreichende Berücksichtigung sozialer Belange zu weit vorangetrieben. Um dem entgegenzuwirken, müsste den demokratisch legitimierten Mitgliedstaaten ein Minimum an „Verteidigungsmöglichkeiten gegen die europäische Richterherrschaft und die politisch unkontrollierbare Expansion der negativen Integration“ verschafft werden. Möglich sei dies durch die Verweigerung der „Anerkennung der Legitimität des vom Gericht (EuGH, Anm. d. Verf.) definierten Europarechts“. Zwar solle die EU nicht zerstört werden, doch müsse man in bestimmten Fällen den „Tempel des europäischen Richterrechts einstürzen lassen“. Nur durch eine derartige „Provokation einer prinzipienorientierten non-compliance“ lasse sich die Chance zu hinreichenden Veränderungen eröffnen, um beispielsweise durch die Möglichkeit von Abwehrrechten (opt-outs) die „Legitimation europäischen Regierens erheblich [zu] verbessern“.

Mit diesem Appell schließt Fritz Scharpf seine Analyse der europäischen Integrationspolitik.¹ Seine Kritik an der Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik basiert auf einer substantiellen und einer institutionellen Komponente. Substantiell zielt Scharpfs Kritik auf die Dominanz von Regelungen oder Entscheidungen, die einer negativen Integration Vorschub leisteten, die also auf den Abbau von Hindernissen wie Zöllen oder quantitativen und qualitativen Beschränkungen zielen, die dem freien Wettbewerb im Binnenmarkt entgegenstehen. Demgegenüber seien Maßnahmen positiver Integration weit weniger unternommen worden, also Maßnahmen wirtschaftspolitischer und regulativer Dimension.² Dies habe zu einer Asymmetrie von negativer und positiver Integration geführt.³ Die zweite Komponente ist institutioneller Art und bezieht sich auf die Rolle der für Scharpf wesentlichen Akteure: den Europäischen Gerichtshof und die Kommission. Assistiert von einer Konstituationalisierung des Wettbewerbsrechts, die sich aus der grundlegenderen Konstituationalisierung des Primärrechts speise, hätten diese beiden Organe die negative Integration immer weiter vorangetrieben und dabei eine marktliberale Linie verfolgt.⁴ Da diese negative Integration demokratisch nicht hinreichend legitimiert sei, ruft er zu dem erwähnten „prinzipienorientierten“ Rechtsbruch auf.

* Prof. Dr. Philipp Dann, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Ich danke Martin Wortmann, Jürgen Bast und Florian Rödl für ihre kritisch-konstruktiven Hinweise bei der Erstellung und Fortentwicklung dieses Textes.

1 F. W. Scharpf, Individualrechte gegen nationale Solidarität: Eine Nachbetrachtung, in: M. Höpner/A. Schäfer (Hrsg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt (Main) 2008, S. 89 (97).

2 F. W. Scharpf, Negative und positive Integration, in: M. Höpner/A. Schäfer (Fn. 1), S. 49 (51).

3 Scharpf (Fn. 2), S. 49.

4 Scharpf (Fn. 2), S. 58 ff.

Zweifellos hat Scharpf in seiner Analyse eine zentrale Logik der europäischen Integration aufgezeigt und eine wichtige Kritik an der ungleichen Integrationsdynamik formuliert.⁵ Allerdings zeichnet er meiner Meinung nach ein unvollständiges Bild. Seine Untersuchung ist unvollständig, als er zwar die Rolle des EuGH und der Kommission als zentrale Akteure der Integration beschreibt, dabei jedoch das Europäische Parlament völlig außer Acht lässt. Dabei wird verkannt, dass dieses das einzige direkt gewählte und daher zentrale Legitimationsorgan der EU ist, das im Laufe der europäischen Integration immer mehr an Macht und Einflussmöglichkeit gewonnen hat.⁶ Ich möchte daher den Blick auf die Bedeutung politischer und insbesondere parlamentarischer Willensbildungsprozesse für die Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik richten. In dieser Perspektive zeigt sich ein anderes, allerdings zweigeteiltes Bild: In Bezug auf den Binnenmarkt erfolgt längst eine weitgehend politisch ausgehandelte und parlamentarisch legitimierte De-Regulierung und Re-Regulierung, weshalb in diesem Bereich nur sehr begrenzt von einem Legitimationsproblem durch *primärrechtlicher Über-Determination* und gerichtlicher Hyperaktivität gesprochen werden kann. Hier geht Scharpfs Kritik fehl. Allerdings ist dies nicht das ganze Bild. Eine wichtige Ausnahme bildet – und insoweit ist Scharpfs Kritik zuzustimmen – die Wettbewerbspolitik. Sie erfolgt weitgehend ohne parlamentarische Beteiligung. Aus dem Blickwinkel des politischen Willensbildungsprozesses ist es daher im Rahmen der folgenden Analyse notwendig, zwischen Wettbewerbspolitik und Binnenmarktpolitik zu unterscheiden.⁷

Der vorliegende Beitrag gliedert sich in drei Abschnitte. Zunächst sei nachgezeichnet, wie sich das Verhältnis von Marktfreiheit und Regulierung in den vergangenen Jahrzehnten immer mehr in Richtung Regulierung verschoben hat (1). Diese Regulierungs- und De-Regulierungskompetenzen sind, das wird in einem zweiten Schritt dargelegt, verstärkt parlamentarisch determiniert und damit demokratisch legitimiert (2). In einem dritten Schritt sei auf die Besonderheiten und Defizite in der Wettbewerbspolitik eingegangen (3).

5 Vgl. auch C. Joerges/F. Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, ZERP-Diskussionspapier 2/2008; S. K. Schmidt, „Governance of Industries“ – die Transformation staatsnaher Wirtschaftssektoren im Zuge von Liberalisierung und Europäisierung, in: S. Lütz (Hrsg.), Governance in der politischen Ökonomie, Wiesbaden 2006, S. 191; M. Höpner, Das soziale Europa findet statt, Die Mitbestimmung 5/2008, S. 46–49. Zugleich ist die Kritik am EuGH keineswegs ein Monopol der Linken, siehe insbesondere L. Gerken/R. Herzog, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 8.9.2008.

6 Zu meinem Verständnis des Europäischen Parlaments als wesentlichem, wenngleich nicht ausschließlichem Legitimationsorgan P. Dann, Looking through the federal lens: The semi-parliamentary democracy of the EU, Jean Monnet Paper 5/2002.

7 Die Unterscheidung zwischen Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik ist zwar weit verbreitet, aber nicht ganz sauber. Vielmehr stellt die Wettbewerbspolitik (neben z.B. den Grundfreiheiten) einen zentralen Pfeiler des Binnenmarktes dar, vgl. M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Art. 2 EGV, Rn. 13. Für die Zwecke des vorliegenden Beitrags zur politischen Determiniertheit und der parlamentarischen Legitimation des Handelns der EU-Organne erleichtert diese Unterscheidung zwischen „Wettbewerbspolitik“ und der (sonstigen) „Binnenmarktpolitik“ jedoch die Darstellung.

I. Zunahme von Regulierungskompetenzen statt Ausbau der Marktfreiheiten

Ein Verständnis des Verhältnisses von Marktfreiheit und Regulierung des Binnenmarktes hat einen wesentlichen Gründungskompromiss der Europäischen Gemeinschaften zu bedenken: Schon bei Gründung der EWG galt es, das Spannungsverhältnis zwischen unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen und letztlich auch gegensätzlichen Wirtschaftsordnungen Frankreichs und Deutschlands auszugleichen: Während Deutschland, vereinfacht gesprochen, auf höhere Absätze für seine industrielle Produktion im europäischen Ausland hoffte, war Frankreich bemüht, seinen großen Agrarsektor zu schützen und zu stärken.⁸ Folglich lag (und liegt wohl noch) ein auf offene und unverfälschte Märkte zielendes Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht⁹ eher im deutschen, ein durchregulierter und gemeinschaftlicher Agrarmarkt dagegen eher im französischen Interesse.¹⁰ Vor diesem Hintergrund fanden von Beginn an sehr unterschiedliche Konzeptionen Eingang in das Wirtschaftsrecht der EWG, nämlich nicht nur ein wirtschaftsliberales, sondern auch ein (eher französischen Interessen dienendes) dirigistisches Ordnungsmodell. Seither fand mit Blick auf die Reform der Verträge und die Erweiterung der Kompetenzen der EU¹¹ eine kontinuierliche Stärkung des regulierten Wirtschaftsmodells statt. Es lassen sich drei wichtige Phasen unterscheiden, in denen der Ausbau regulativer Kompetenzen Hand in Hand ging mit der Konstitutionalisierung des europäischen Rechts.

Die erste wichtige Phase bildete die Zeit von Anfang der 1970er Jahre bis etwa Mitte der 1980er Jahre, deren Januskopfigkeit vor allem Joseph Weiler herausgearbeitet hat.¹² Auf der einen Seite operierten die Mitgliedstaaten unter dem Einstimmigkeitserfordernis des Luxemburger Kompromisses und verlangsamten die neuen Mitgliedstaaten Großbritannien und Dänemark durch ihre integrationskritische Haltung den Entscheidungsprozess.¹³ Auf der anderen Seite machten die Gemeinschaftsorgane verstärkt Gebrauch von der Vertragsergänzungskompetenz des Art. 352 AEUV (damals Art. 235 EWGV) und kreierten damit immer neue Regu-

8 U. Haltern, Europarecht – Dogmatik im Kontext, 2. Aufl., Tübingen 2007, S. 41; vgl. auch A. Hatje, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Heidelberg 2009, S. 824.

9 Zur Entstehung des Wettbewerbsrechts in Europa siehe D. J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998. Auch wenn ein auf möglichst *unverfälschte Märkte* zielendes Wettbewerbsrecht sicherlich einem in Deutschland verbreiteten ordoliberalen Verständnis entsprach, bedeutet dies selbstverständlich nicht, dass das Wettbewerbsrecht insgesamt hauptsächlich im deutschen Interesse lag. Lediglich beispielhaft sei genannt, dass die Idee eines starken Wettbewerbsrechts durchaus auch geeignet war, französische Ängste vor einem übermäßigen Wiedererstarken deutscher Unternehmen zu mindern. Vgl. Gerber, a.a.O., S. 264 und 338.

10 Vgl. zu neuen Kompromisslösungen im Rahmen der Verhandlungen zum Lissabon Vertrag: J. Drexel, Wettbewerbsverfassung, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Fn. 8), S. 906 f.

11 Zur Terminologie: Im Folgenden wird der Begriff „Europäische Union“ auch im Hinblick auf ihre Vorläufer, also die EWG und die Europäischen Gemeinschaften verwendet.

12 J. H. H. Weiler, The Transformation of Europe, in: ders., The Constitution of Europe, Cambridge 1999, S. 39.

13 Ebd., S. 39.

lierungs- und Verteilungskompetenzen.¹⁴ Die wichtigsten Bereiche, in denen die Kompetenzerweiterung stattfand, verfolgen eine im weiten Sinne sozialregulative Zielsetzung: Verbraucherschutz, Umweltschutz oder Bildung.¹⁵ Bemerkenswert ist, dass diese Integrationsimpulse nicht von der Kommission oder dem EuGH, sondern eben vom Rat ausgingen, der einstimmig entscheiden musste. Die Vertreter der Mitgliedstaaten einigten sich auf dem Gipfel der Staats- und Regierungschefs in Paris 1972 den Prozess der Ausnutzung und Ausweitung der EU-Kompetenzen unter expliziter Bezugnahme auf den damaligen Art. 235 EWGV aktiv voranzutreiben.¹⁶ Inhaltlich ist somit festzuhalten, dass es schon in dieser ersten Phase nicht nur um eine Verfolgung marktliberaler Ziele, sondern eben auch um die Regulierung des entstehenden europäischen Marktes durch Verbraucherschutz- und Umweltstandards ging, und dass diese Entwicklung von einem politischen Willensbildungsprozess getragen wurde.

Mit der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) vom Juli 1987 begann die zweite Phase. In dieser wurden Regulierungskompetenzen primärrechtlich verankert, fand also erneut eine Verschiebung hin zu einem regulierten Markt statt. Dies ging einher mit der Ermächtigung des Europäischen Parlaments. Die technisch gehaltene EEA sollte vor allem das Ziel befördern, das schon in den Römischen Verträgen formuliert worden war: die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes. Auch aufgrund der vermeintlichen Technizität ließ sich ein Konsens zwischen der marktliberalen Politik Margaret Thatchers und dem französischen Wirtschaftsmodell erreichen und eine ganze Reihe von Regulierungskompetenzen in das Primärrecht überführen, die bis dato nur über Art. 235 EWGV angenommen wurden.¹⁷

Besonders erwähnt seien in diesem Zusammenhang die Kompetenzen im Arbeitsrecht. Die Einheitliche Europäische Akte führte mit Art. 118a EWGV eine erste autonome Kompetenz der EG im Arbeitsrecht ein, jedoch auf enge Fragen des technischen und sozialen Arbeitsschutzes beschränkt.¹⁸ Mit dem „Protokoll über die Sozialpolitik“, das mit dem Vertrag von Maastricht in das europäische Primärrecht und mit dem Vertrag von Amsterdam in den EG-Vertrag gelangte, wurden die arbeitsrechtlichen Kompetenzen (allerdings unter Aussparung des Entgelts und des Koalitions- und Arbeitskampfrechts) deutlich ausgebaut. Auch hier ist also „unter dem Strich“ ein Ausbau marktregulierender Kompetenzen zu konstatieren, auch wenn diese limitiert sind.

14 Es ist nicht möglich, an dieser Stelle auf Details einzugehen; insbesondere soll die vielfach besprochene und wohl weitgehend einhellig anerkannte Ausweitung des Anwendungsbereichs europäischen Gemeinschaftsrechts durch die Rechtsprechung des EuGH nicht näher diskutiert werden. Für eine systematische Aufarbeitung der „Kompetenzverschiebungen“ vgl. statt vieler Weiler (Fn. 12), insbes. S. 44 ff.

15 Hatje (Fn. 8), S. 824 ff.; Weiler (Fn. 12), S. 58.

16 M. Rossi, in: Calliess/Ruffert (Fn. 7), Art. 308 EGV, Rn. 9; U. Everling, Die allgemeine Ermächtigung der Europäischen Gemeinschaft zur Zielverwirklichung nach Art. 235 EWG-Vertrag, EuR-Sonderheft 1976, S. 6 f. Der Trend, die Rechtsangleichung auch auf außerökonomische Ziele wie Gesundheits- oder Umweltschutz auszuweiten, wird auch von Hatje festgestellt, der derartige interventionistische Maßnahmen jedoch wohl kritischer zu bewerten scheint, vgl. Hatje (Fn. 8), S. 827.

17 Haltern (Fn. 8), S. 51.

18 Zu dieser Entwicklung F. Rödl, Arbeitsverfassung, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Fn. 8), S. 855, 877 ff.

Insgesamt wird deutlich, dass der europäische Markt eben nicht nur liberalisiert wurde, sondern auch Kompetenzen zu seiner Regulierung bereit gestellt und primärrechtlich verankert wurden.¹⁹ Auch in der Folgezeit diente die Weiterentwicklung der Verträge – insbesondere durch den Vertrag von Maastricht – vor allem einem Ausbau europäischer Regulierungskompetenzen selbst in dieser Hochphase des Neoliberalismus.

Anders als während der ersten Phase fand jedoch hier keine unbemerkte oder schleichende Veränderung statt; vielmehr wurde im Zuge der Ratifikation der Verträge ein kontroverser politischer Diskurs geführt. Fragen zur europäischen Identität und zur Legitimität des Gemeinschaftshandelns wurden nun in der Rechts- und Politikwissenschaft, aber auch in der weiteren Öffentlichkeit verstärkt geführt,²⁰ was nicht zuletzt die Verfassungsbeschwerden gegen den Vertrag von Maastricht belegen.²¹ Der leidenschaftlich geführte Diskurs, auch wenn kontrovers, erhöhte letztlich die Legitimität der fortschreitenden Vergemeinschaftung, auch wenn die vermeintliche Blockadehaltung für viele politisch unbequem ist.²² Es bleibt also festzustellen, dass die Fortentwicklung der Verträge politisch ausgehandelt, einstimmig verabschiedet, von einem politischen Diskurs begleitet und schließlich von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurde.

Auch wenn der Maastricht-Vertrag schon an mehreren Stellen ordnungspolitische Regelungsbedürfnisse aufgenommen hatte,²³ findet sich der vorläufige End- und vielleicht Höhepunkt der Betonung eines regulatorischen Wirtschaftsmodells im Vertrag von Lissabon, der den Anfang einer dritten Phase der Regulierungskompetenzen markiert. Das Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs (ex Art. 3 lit. g EG), ein Glaubensartikel der europäischen Wirtschaftsrechtler und gerne der zentrale Beleg für die liberal-marktwirtschaftliche Präferenz der EU, wurde an dieser prominenten Stelle gestrichen. Zudem wurde der frühere Art. 4 EG, der die Grundsätze der Wirtschafts- und Währungspolitik umschreibt und noch von einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ spricht, von einer zentralen Stelle am Anfang des Vertrages zu einem neuen Art. 119 AEUV „degradiert“, also gewissermaßen auf einen „hinteren Platz“ gerückt. Über die Konsequenzen dieser Änderungen lässt sich streiten. Das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs wird nach wie vor im Primärrecht, nämlich einem Protokoll erwähnt.²⁴ Einige Beobachter halten die Än-

19 Eine zeitgenössische Analyse zum Verhältnis von Binnenmarkt und Umweltschutz findet sich bereits bei *I. Pernice*, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht – Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, 201 ff.; *ders.*, Gestaltung und Vollzug des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt – Europäische Impulse und Zwänge für das deutsche Umweltrecht, NVwZ 1990, S. 414 ff. Pernice war zur Zeit der Publikation Mitarbeiter des Juristischen Dienstes der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

20 Vgl. statt vieler *J. H. H. Weiler/U. R. Haltern/F. C. Mayer*, European Democracy and its Critique, in: *J. Hayward* (Hrsg.), The Crisis of Representation in Europe, London 1995, S. 4 ff.; *P. Craig*, The Nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy, in: *ders./de Búrca*, The Evolution of EU Law, Oxford 1999, S. 1 ff.

21 BVerfGE 89, 157 ff.

22 So in Bezug auf die Referenden zum Verfassungsvertrag beispielsweise auch *Haltern* (Fn. 8), S. 66.

23 *H.-J. Blanke*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union (40. Ergl. 2009), Vorb. zu Titel VII EGV, Rn. 10; *R. Langer*, in: *von der Groeben/Schwarze*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage, Baden-Baden 2003, Vorb. zu Art. 136–137 EGV, Rn. 25 ff.

24 Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb vom 13. Dezember 2007.

derungen daher für kosmetische Änderungen und symbolische Verfassungspolitik, die zwar einen politischen Kampf signalisieren, aber eben auch verdeutlichen, dass man zu institutionellen Änderungen, die den Verschiebungen Durchschlagskraft gäben, nicht bereit war.²⁵ Auch ließe sich anführen, dass sich aus der Formulierung „in hohem Maße wettbewerbsfähige... Marktwirtschaft“ nach Art. 3 EUV ergibt, dass ordoliberalen Elemente immer noch eine große Rolle spielen. Andererseits wird mit den Änderungen der normative Anker eines ordoliberalen Verständnisses des Binnenmarkts, mit dem die Herstellung eines freien Wettbewerbs als zentrales Ziel der EWGV begründet wurde, zumindest relativiert.²⁶ Zwar bringt die Verschiebung des Ortes im Primärrecht keinen Rangunterschied mit sich, wohl aber kann sie Bedeutung im Rahmen einer systematischen Interpretation annehmen. Ob sie zur bloßen Kosmetik verkommt, hängt also auch von ihrer argumentativen Nutzung (oder Zerredung) ab. Zudem ist die Herstellung eines auf unverfälschtem Wettbewerb beruhenden Binnenmarktes nun nur noch eine partielle Beschreibung der Unionsziele: In den zentralen Zielnormen der Verträge – die für einen nach wie vor stark funktionalen Verband von grundlegender Bedeutung sind – taucht der Begriff der „Unverfälschtheit“ nicht mehr auf. Vielmehr wirkt die Europäische Union nach Art. 3 EUV auf eine „nachhaltige Entwicklung Europas“ und damit nicht lediglich auf eine freie, sondern eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ hin. Darüber hinaus sind mittlerweile alle wesentlichen Gemeinwohlbelange primärrechtlich verankert, also beispielsweise die Sozialpolitik,²⁷ der Umweltschutz,²⁸ Verbraucherschutz²⁹ und in gewissem Umfang auch das Gesundheitswesen.³⁰ Viele Wettbewerbsrechtler sind wegen einer daraus entstehenden Verunsicherung über zukünftige Entwicklungen keineswegs in „Feierlaune“.³¹ Übrigens steht diese Entwicklung auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der schon seit längerem von einer prinzipiellen Gleichrangigkeit der Zielvorgaben des Vertrages ausgeht und den Organen insoweit ein weites Auswahlermessen einräumt.³²

25 Kritisch bereits zum Verfassungsziel der sozialen Marktwirtschaft in Art. I-3 Abs. 3 des Vertrags über eine Verfassung für Europa F. Rödl, Europäisches Verfassungsziel „Soziale Marktwirtschaft“ – kritische Anmerkungen zu einem populären Modell, in: Integration 2005, S. 150, insbes. S. 155 f.; umfassend ders., Arbeitsverfassung (Fn. 18), S. 855 ff., insbes. S. 882.

26 Drexel (Fn. 10), S. 907; Hajte (Fn. 8), S. 811 spricht von einer „veränderten Akzentsetzung“; Krebber sieht darin ein „gewisses Aufwerten der Sozialpolitik“, S. Krebber, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011), Art. 151 AEUV, Rn. 5; Weitbrecht hält eine grundlegende Neuorientierung des Wettbewerbsrecht zumindest für gut möglich, A. Weitbrecht, From Freiburg to Chicago and Beyond – The First 50 Years of European Competition Law, European Competition Law Review 29 (2008), S. 88.

27 Titel X AEUV.

28 Titel XX AEUV.

29 Titel XV AEUV.

30 Titel XIV AEUV.

31 Drexel (Fn. 10), S. 905 f.

32 Hajte (Fn. 8), S. 836; H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 559; EuGH, Rs. 9/56 (Meroni), Slg. 1958, 43; Rs. 139/79 (Maizena), Slg. 1980, 3393, Rn. 23; Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973, Rn. 47; Rs. C-44/94 (National Federation of Fishermen's Organisations), Slg. 1995, I-3115, Rn. 37. Anders aber J. Basedow, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, S. 49 (60 ff.).

Betrachtet man also die letzten Jahrzehnte europäischer Integration, lässt sich eine kontinuierliche und politisch stets konsentierte Erweiterung der Regulierungskompetenzen der EU feststellen – und damit eine Verschiebung zu einem stärker regulierten Wirtschaftsmodell.

II. Entscheidungsorte: Die Organisation des Binnenmarktes als parlamentarisch gewollte Regulierung und Deregulierung

Nach der Feststellung, dass auf EU-Ebene mittlerweile umfassende Regulierungskompetenzen bestehen, ist nun in einem zweiten Schritt zu fragen, wem diese Kompetenzen zustehen. Auch hier ist zunächst eine historische Perspektive aufschlussreich.

So ist es bemerkenswert, dass es die Binnenmarktkompetenzen waren, in denen die Parlamentarisierung der EU begann und Schwung aufnahm. Art. 100 a EWGV (heute Art. 114 AEUV), der durch die EEA geschaffen wurde, hat erstmals ein Verfahren der Zusammenarbeit zwischen dem Rat und dem Europäischen Parlament in die Verträge eingeführt, welches den Nukleus des heutigen ordentlichen EU-Gesetzgebungsverfahrens bildet.³³ Diese Neuerung entsprang einem letztlich pragmatischen Kalkül und war zugleich eine legitimatorische Notwendigkeit: Nach der Phase erschwerter Entscheidungsfindung unter dem Luxemburger Kompromiss erhoffte man sich durch Mehrheitsentscheidungen im Rat eine schnellere Entscheidungsfindung. Das dadurch entstehende Legitimationsdefizit – die Mitgliedstaaten verloren immerhin in vielen Fällen ihr Votorecht, was bis dahin eine effiziente Kontrollmöglichkeit darstellte – sollte durch die Parlamentsbeteiligung ausgeglichen werden. Die Erweiterung der Binnenmarktkompetenzen wurde so gleichsam zum Schrittmacher der Parlamentarisierung, die durch die Verträge von Maastricht bis Nizza noch weiter vorangetrieben wurde.

Der Vertrag von Lissabon ist auch hier die vorerst letzte und zugleich fundamentale Etappe: Mit Inkrafttreten des Vertrages wurden sogar solche Kompetenzen in den Bereich der Mitentscheidung und damit des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens³⁴ überführt, die Rat und Kommission lange nicht in die Hand des Europäischen Parlaments geben wollten, insbesondere Handel, Agrar und gewisse Dienstleistungen.³⁵ So erwächst das Europäische Parlament nun zum grundsätzlich gleichberechtigten – wenn auch nicht alleinigen – Gesetzgeber, womit eine wesentliche De-

33 Eine gute Übersicht zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verfahrens der Mitentscheidung findet sich bei *J. Schoo*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Baden-Baden 2003, Art. 251 EGV, Rn. 9; *A. Maurer*, The European Parliament between Policy-Making and Control, in: Kohler-Koch/Rittberger (Hrsg.), Debating the Democratic Legitimacy of the European Union, 2007, S. 75 ff.

34 Vgl. zur Terminologie Art. 289 AEUV.

35 Zur Handelspolitik: Art. 207 Abs. 2 und Art. 207 Abs. 2 i.V.m. Art. 218 AEUV (ex Art. 133 EG); *Khan* in: Geiger/Khan/Kotz, EUV–AEUV, Kommentar, 5. Aufl., München 2010, Art. 207 AEUV, Rn. 20, und Art. 218 AEUV, Rn. 9. Zur Agrarpolitik: Art. 43 Abs. 2 AEUV (ex Art. 37 EG); *Khan*, a.a.O., Art. 43 AEUV, Rn. 10. Zu Dienstleistungen: Art. 59 AEUV (ex Art. 52 EG).

mokratisierungsforderung eingelöst wurde.³⁶ Damit ist die europäische Wirtschaftsgestaltung parlamentarisch determiniert und folglich auch stärker demokratisch legitimiert³⁷

Allerdings darf die Untersuchung an dieser Stelle nicht enden. Natürlich bedeutet die Tatsache, dass die EU Rechtsetzungskompetenzen im Bereich Umwelt, Antidiskriminierung oder auch Arbeitsrecht besitzt, nicht automatisch, dass sie hiervon auch in einem ausgewogenen Maß Gebrauch macht. Nicht jeder Rechtsakt der EU ist schon positiv regulierend. Vielmehr sind viele der Rechtsetzungsakte deregulierend, weshalb Scharpf auch nicht zu Unrecht von einer Asymmetrie spricht.³⁸ Zugleich sollte hier nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch deregulierende Entscheidungen auf politischer Ebene getroffen und parlamentarisch legitimiert werden. Solange man den europäischen Gesetzgeber (heute also Rat und Parlament) als legitim ansieht – was ich tue – liegt kein strukturelles Legitimationsdefizit vor, auch wenn einzelne Ergebnisse den eigenen politischen Vorstellungen widersprechen mögen. Etwas anderes gälte nur, wenn der Europäische Gesetzgeber aus strukturellen oder faktischen, nach demokratischen Grundsätzen nicht zu rechtfertigenden Gründen an einer ausgewogenen Regulierung der Märkte gehindert wäre. In diesem Fall wäre es schwieriger, die Entscheidung für mehr De- und weniger Re-Regulierung als „demokratisch gewollt“ zu bezeichnen.

Genau hier setzt die Kritik Scharpfs an. Er argumentiert, viele Regelungsbereiche seien von der Rechtsetzung schon von vornherein ausgeschlossen, weil sie strukturell nicht verhandelbar seien, oder doch eine politische Einigung extrem erschwert werde. Zudem verfolge der EuGH eine auf Primärrecht gestützte und das Sekundärrecht tendenziell übergehende, marktradikale Rechtsprechung. Beiden Argumenten sei nun nachgegangen.

1. Strukturelle Hindernisse der Regulierung?

Scharpf nennt drei Gründe, die eine Regulierung verhindern würden: ideologische, grundlegende ökonomische und institutionelle Konflikte.³⁹

Ideologische Konflikte könnten aufgrund unterschiedlicher Positionen zum Verhältnis von Staat und Markt oder zwischen europäischer Integration und nationaler Souveränität entstehen. Sicherlich ist zuzugeben, dass ideologische Gegensätze die Reichweite institutioneller Reformen in den Verträgen von Maastricht und Amsterdam,⁴⁰ ebenso wie in den Verträgen von Nizza und Lissabon stark eingeschränkt

36 C. Calliess, Die Neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen 2010, S. 181; J. Schwarze, Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009, S. 9 (12 f.); R. Streinz/C. Ohler/C. Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl., 2010, § 5 IV 1.

37 Zur Rolle des EP in der Rechtsetzung sowie den Grenzen seiner Legitimation m.w.N. P. Dann, Die politischen Organe, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Fn. 8), S. 360–363, 382–384.

38 Auch andere Autoren weisen auf die erhöhte Effektivität marktintegrativer Instrumente hin, vgl. Hafje (Fn. 8), S. 836 m.W.N.

39 Scharpf (Fn. 2), S. 74 ff.

40 Scharpf (Fn. 2), S. 75.

haben. Dennoch sind, zum Teil unter Nutzung von Opt-Out-Klauseln,⁴¹ gerade im letzten Jahrzehnt mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags wichtige Änderungen durchgesetzt worden. Weiterhin zeigt die Geschichte, insbesondere die Entwicklung nach Ende der oben beschriebenen politischen Stagnationsphase, dass die hemmende Wirkung von Ideologien abnimmt, je weniger Entscheidungen einstimmig getroffen werden müssen: Durch die Einführung von Mehrheitsentscheidungen unter Parlamentsbeteiligung konnte europäische Rechtsetzung erfolgen – trotz ideologischer Unterschiede, wenngleich oft langsam und auf Grundlage von Kompromissen. Damit stehen Regelungsinstrumente zunehmend zur Verfügung, auch wenn solche der negativen Integration (zumal EuGH-Entscheidungen) schneller sind.⁴² Auch spricht die oben aufgezeigte Ausweitung der Regulierungskompetenzen, wie sie in den von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Verträgen vorgesehen ist, dagegen, hier einen unüberbrückbaren und per se deregulierenden „Bias“ anzunehmen.

Um vermeintlich unüberwindbare ökonomische Interessengegensätze darzulegen, behauptet Scharpf, die „internationale Wettbewerbsfähigkeit von Volkswirtschaften mit geringer Produktivität“ würde zerstört, wenn man die Sozial- und Umweltstandards etwa auf dänischem Niveau europaweit harmonisieren würde. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum diese Unterschiede „unüberwindbar“ sein sollen. Zumeist dienen europaweite Mindestharmonisierungen verbunden mit Opt-Outs, die weitergehende Regeln zum Schutz der Umwelt- oder Sozialordnung erlauben, als ein gangbarer Kompromiss. Ist es aber schlecht für Dänemarks Umwelt, wenn europaweit nur Mindeststandards existieren (müssen)? Einen engen Korridor für Differenzierungen bietet zunächst Art. 114 AEUV. Danach können Mitgliedstaaten Vorschriften zu einem besseren Schutze der Umwelt, der Arbeitsbedingungen oder der in Art. 36 AEUV genannten wichtigen Erfordernisse erlassen (Abs. 5) bzw. beibehalten (Abs. 4), auch wenn hier die verfahrenstechnischen Hürden hoch sind. Daneben gewähren Art. 193 AEUV (Umweltschutz) und Art. 153 IV AEUV (Sozialpolitik) differenzierte Schutzverstärkungsmöglichkeiten. Im Übrigen bestimmen viele Richtlinien ausdrücklich, dass Mitgliedstaaten weitergehende Schutzstandards festlegen können.⁴³ Europaweite Mindeststandards erscheinen jedoch

41 Ein prominentes Beispiel ist das Protokoll (Nr. 30) über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich vom 13. Dezember 2007 (ABL. C 306 vom 17.12.2007, S. 156).

42 Allerdings sollte man hier nicht übersehen, dass auch EuGH-Entscheidungen nicht über Nacht fallen. Sie sind zumeist Ergebnis langer und komplexer Verfahren, zuweilen späte Früchte langfristiger juristischer Lobbybestrebungen.

43 Lediglich beispielhaft genannt seien Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter; Art. 14 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz; Art. 9 der Richtlinie 87/217/EWG des Rates vom 19. März 1987 zur Verhütung und Verringerung der Umweltverschmutzung durch Asbest; Art. 12 der Richtlinie 2008/120/EG des Rates vom 18. Dezember 2008 über Mindestanforderungen für den Schutz von Schweinen; ausdrücklich nur Mindestanforderungen stellt ebenfalls die Richtlinie 2006/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (künstliche optische Strahlung).

auch für Staaten mit höheren Anforderungen bei einer Gesamtbetrachtung immer noch besser als keine Mindestharmonisierung.⁴⁴

Als institutionelle Konflikte schließlich verweist Scharpf im Wesentlichen auf institutionellen Strukturen des Sozialstaates, insbesondere den Unterschied zwischen dem skandinavischen Modell dienstleistungsintensiver Staaten und dem kontinentaleuropäischen Modell transferintensiver Wohlfahrtsstaaten sowie auf Unterschiede in den Systemen kollektiver Arbeitsbeziehungen.⁴⁵ Auch wenn dies zu Herausforderungen bei der Harmonisierung führt, leuchtet nicht unmittelbar ein, warum diese Konflikte per se „nicht verhandelbar“ sein sollen, sind die sozialpolitischen Systeme doch selbst im innenpolitischen Diskurs nicht in allen Teilen unumstritten. Im Übrigen spricht nichts dagegen (und aus der Perspektive kollektiver Autonomie einiges dafür), auch in Zukunft unterschiedliche Sozialmodelle der verschiedenen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Dem entspricht die Tatsache, dass der Europäische Gesetzgeber und der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten in diesen sensiblen Bereichen in der Regel einen weiten Gestaltungsspielraum lassen,⁴⁶ auch wenn soziale Sicherungssysteme von den Einflüssen der europäischen Wirtschaftsverfassung nicht völlig unberührt bleiben und beispielsweise einem Kohärenzgebot unterliegen können.⁴⁷ Eine derartige Vielfalt der Sozialleistungssysteme führt zwar nicht zu mehr „positiver Integration“, jedoch verliert der Vorwurf der Asymmetrie in diesem Fall an Brisanz, wenn die Anerkennung verschiedener Sozialsysteme auf europäischer Ebene den Mitgliedstaaten ermöglicht, die „destruktiven Wirkungen der negativen Integration abzuwehren“.⁴⁸ Wo also strukturelle Unterschiede eine Unitarisierung sozialer Standards verhindern, delegitimiert dies die europäische Gesetzgebung nicht, wenn umgekehrt den Mitgliedstaaten hinreichend Gestaltungsspielraum belassen wird.

2. Zur Rolle des EuGH

In der Tat wäre es allerdings problematisch, wenn der Europäische Gerichtshof entsprechende Entscheidungen nicht respektieren würde, wie nicht nur Scharpf be-

44 Ein solcher Ansatz, der auf die unterschiedliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten innerhalb der EU eingeht und insofern zugleich autonomieschonend und regelungsfreudlich ist, wird gestützt durch Artikel 27 AEUV. Danach kann die Kommission bei der Formulierung ihrer Ziele zur Binnenmarktpolitik den „Umfang der Anstrengungen, die einige Volkswirtschaften mit unterschiedlichem Entwicklungsstand für die Errichtung des Binnenmarkts abverlangt werden“ berücksichtigt und geeignete Bestimmungen vorschlagen kann. Zur (begrenzten) Nutzung dieser Vorschrift *W. Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 27 AEUV, Rn. 7.

45 *Scharpf* (Fn. 2), S. 77 f.

46 F. C. Mayer, Der EuGH als Feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung, Integration 2009, S. 247–265; *Hatje* (Fn. 8), S. 848; weiterführende Hinweise zu den verschiedenen Ansätzen zur Gewährleistung sozialer Sicherheit in Europa etwa U. Becker, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, 1996, insbes. S. 497.

47 Mayer (Fn. 46), S. 257; U. Becker, Anmerkungen zur Entscheidung Rüffert, JZ 2008, S. 891 (893). Kritisch zu dieser Tendenz *Scharpf* (Fn. 1), S. 94 ff.

48 So, verbunden mit der Forderung nach Verfassungsänderungen, die Formulierung von *Scharpf* (Fn. 2), S. 96.

hauptet.⁴⁹ Die bisherigen Ausführungen zur verstärkten Regulierung des Binnenmarktes sind auch für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs von Bedeutung. Erstens nimmt die Determination durch Primärrecht, die dem EuGH gerade im Bereich der Grundfreiheiten einen weitreichenden Entscheidungsspielraum liefern würde, stetig ab, da in den durch Sekundärrecht geregelten Bereichen ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten oft nicht mehr möglich ist und der EuGH also gewissermaßen durch parlamentarisch legitimiertes Sekundärrecht angeleitet wird.⁵⁰ Ob dieses Sekundärrecht nun aber einen „neoliberalen“ oder einen „interventionistischen“ Charakter ausweist, ist zwar politisch und ökonomisch bedeutsam, für die Frage demokratischer Legitimation jedoch nicht. Allerdings ist umgekehrt auch die Tendenz erkennbar, dass der EuGH immer mehr auch Bereiche in den Blick nimmt, selbst wenn dort keine sekundärrechtlichen Kompetenzen bestehen. Hier greift die These sekundärrechtlicher Anleitung also nicht, etwa im Gesellschafts- oder Aufenthaltsrecht.⁵¹

Des Weiteren ist zu beachten, dass der Rechtfertigungsgrund „Schutz sozialer Sicherungssysteme“⁵² ebenso wie andere nicht-marktbezogene Belange in der Rechtsprechung des EuGH eine wichtige Rolle spielen, mit den Grundfreiheiten auf einer Stufe stehen und regelmäßig gegeneinander abgewogen werden müssen.⁵³ So sei jedenfalls beispielhaft erwähnt, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung den „Schutz der Arbeitnehmer“ als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses ansieht,⁵⁴ den Grundsatz des gleichen Entgelts für Mann und Frau zum Grundrecht erhoben⁵⁵ und das Streikrecht auch in Viking ausdrücklich als Grundrecht anerkannt hat.⁵⁶ Der regelmäßige wiederkehrende Verweis des Gerichtshofs, die konkreten

⁴⁹ Kritik kommt dabei auch aus dem eher konservativen Lager, vgl. nur den viel diskutierten Beitrag von Gerken/Herzog (Fn. 5). Dieses Misstrauen spiegelte sich auch schon früher wieder, beispielsweise in der Diskussion über die Errichtung eines europäischen Kompetenzerichts, vgl. U. Goll/M. Kenntner, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedsstaatlichen Zuständigkeiten, EuZW 2002, S. 101 ff. Siehe auch C. Joerges, Bemerkungen zu dem Gutachten von Franz C. Mayer, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Der EuGH und das soziale Europa, Berlin 2009, S. 36.

⁵⁰ Hier könnte mit Blick auf die Normenhierarchie eingewandt werden, dass Sekundärrecht nicht die Auslegung von Primärrecht anleiten könne. Allerdings ist auch zu bedenken, dass der EuGH im Allgemeinen Respekt vor den Entscheidungen des europäischen Gesetzgebers hat und ausgesprochen selten europäische Sekundärrechtsakte für primärrechtswidrig erklärt. So ist die hier vertretene These der Anleitung durch Sekundärrecht zu verstehen.

⁵¹ Ich danke Florian Rödl für diesen Hinweis.

⁵² Zum Schutz der Sozialordnung als allgemein anerkannter Rechtfertigungsgrund vgl. bereits EuGH, Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, I-1039, Rn. 58 ff.; R. Streinz/T. Kruis, Unionsrechtliche Vorgaben und mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume im Bereich des Glücksspielrechts, NJW 2010, S. 3745. Zum Recht der Krankenkassen, entgegen der kartellrechtlichen Vorschriften Festbeträge festzusetzen, vgl. EuGH, Rs. C-264/01 u.a. (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004, I-2493. Kritischer allerdings M. Höpner, Kein soziales Defizit?, in: Friedrich Ebert Stiftung (Fn. 49), S. 30–34.

⁵³ Zum Verhältnis speziell von Grundfreiheiten und Grundrechten und dem den Mitgliedstaaten zugestandenen Beurteilungsspielraum vgl. EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9609, Rn. 31 ff.; Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 71 ff., zum daraus folgenden Abwägungsgebot: Rn. 81 ff.

⁵⁴ EuGH, Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, 3305, Rn. 19; verb. Rs. C-369/96 (Arblade), und Rs. C-376/96 (Leloup), Slg. 1999, I-8453, Rn. 36; Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189, Rn. 27.

⁵⁵ EuGH, Rs. 149/77 (Defrenne), Slg. 1978, 1365, Rn. 26/29.

⁵⁶ EuGH, Rs. 438/95 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rn. 44. Die Kritik scheint sich also vor allem dagegen zu richten, dass die Ausübung des Streikrechts – wie der EuGH betont – „bestimmten Beschränkungen unterworfen werden“ kann.

Voraussetzungen für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes müsse jeweils das nationale Gericht überprüfen, deutet ebenfalls auf eine Sensibilität für derartige Belange hin, um den Mitgliedstaaten noch genügend Gestaltungsspielraum zu lassen. Dies gilt selbst für die scharf kritisierten Urteile *Viking* und *Laval*, wo der EuGH allgemeine Rechtfertigungsgründe anerkennt: In der Rechtssache Laval beispielsweise den „Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmestaates gegen ein etwaiges Sozialdumping“.⁵⁷ Natürlich ist dies aus Sicht von Gewerkschaften und Arbeitnehmern insofern nachteilig, als soziale (Grund-)Rechte damit gegen andere Interessen abgewogen werden müssen. Auch beantwortet diese Rechtsprechung die Frage nach einem sozialen Europa nicht, da sie die EU weder „sozialer“ noch „unsozialer“ macht – doch sie überlässt es den Mitgliedstaaten trotz allem, ihre Sozialpolitik weitgehend selbst zu bestimmen.⁵⁸ Die Mitgliedstaaten könnten beispielsweise, um die Folgen von Entscheidungen wie *Viking* oder *Laval* abzuwenden, Mindestlöhne festsetzen oder Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklären, wenngleich nur nach Maßgabe der eher deregulierend wirkenden Entsenderichtlinie.⁵⁹ Die europäische Binnenmarktpolitik steht, so lässt sich zusammenfassend anmerken, nach wie vor vor großen Herausforderungen. Es bestehen Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich demokratischer Legitimation, parlamentarischer Kontrolle und richterlicher Entscheidungsfindung auf europäischer Ebene, aber auch im nationalen Bereich. Es ist jedoch wichtig anzuerkennen, dass mit fortschreitender Entwicklung immer mehr Bereiche – von der Wirtschafts- über die Sozialpolitik bis hin zum Umweltrecht – politisch entschieden werden, basierend auf Mehrheiten in demokratischen Entscheidungsprozessen. An den Ergebnissen mag man hadern – aber das ist womöglich eher ein Hadern mit dem majoritären und eben (bis zur Lehman-Pleite im Herbst 2008 ungebrochenen) neoliberalen Zeitgeist; die Entscheidungen jedenfalls sind ohne spezifisches Legitimationsdefizit zustande gekommen.

III. Die Wettbewerbspolitik als große Ausnahme: Abschirmung gegenüber demokratisch-parlamentarischer Politik

Das bislang gezeichnete Bild wäre unvollständig, unterließe man den Hinweis auf eine gewichtige Ausnahme. Im Bereich der Wettbewerbspolitik ist es bis heute nicht zu einer Parlamentarisierung gekommen, so dass hier ein spezifisches Legitimationsdefizit besteht. Dieses entsteht aus den Antworten zu drei Leitfragen: Wer entscheidet in welchem Verfahren in der Wettbewerbspolitik? Wie wichtig ist Rechtssetzung, also der Erlass abstrakt-genereller Normen, in diesem Bereich? Und wie erklärt sich die Abschottung gegenüber Parlamenten?

57 EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11767, Rn. 103.

58 Joerges bezeichnet dies als Pflicht des EuGH, nämlich das „Gebot der Achtung wohlfahrtsstaatlicher Bestände der nationalen Verfassungen“; C. Joerges (Fn. 49), S. 37.

59 Zur Zulässigkeit von Mindestlöhnen vgl. EuGH, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções Lda), Slg. 2002, I-787; Mayer (Fn. 46), S. 256 f.; C. Heidfeld, Die Rechtsprechung zum Arbeitskampf- und Tarifrecht – Der EuGH in der Kritik, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Fn. 49), S. 28.

Mit Blick auf die Entscheidungskompetenzen im Rahmen der Wettbewerbspolitik sind vor allem zwei Kompetenzgrundlagen von Bedeutung: Art. 103 Abs. 1 AEUV erlaubt den Erlass „zweckdienlicher Verordnungen und Richtlinien“ zur Verwirklichung der Grundsätze über Kartellverbote und den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, die in den Art. 101 und 102 AEUV, also primärrechtlich, niedergelegt sind, und Art. 109 AEUV ermächtigt zum Erlass von Verordnungen, die das Beihilferecht ausgestalten. In beiden Konstellationen ist auch nach dem Lissabonner Vertrag der Rat als alleiniger zuständiges Rechtsetzungsorgan vorgesehen, der mit qualifizierter Mehrheit entscheidet;⁶⁰ das Europäische Parlament dagegen wird lediglich angehört.⁶¹ Da soll es sich auch nicht um „Gesetzgebung“ im Sinne des Art. 289 AEUV handeln, sodass auch die besonderen Mechanismen der Einbeziehung der nationalen Parlamente, die für die Entwürfe von Gesetzgebungsakten vorgesehen sind, nicht zur Anwendung kommen.⁶² Diese Rechtslage ist in doppelter Hinsicht erstaunlich: Wenn die Verträge im Bereich der Wettbewerbspolitik schon kein ordentliches Gesetzgebungsverfahren vorsehen, so fragt sich doch, warum nicht wenigstens ein Zustimmungserfordernis im Rahmen eines „besonderen Gesetzgebungsverfahrens“ als demokratisch „zweitbeste“ Option gewählt wurde. Stattdessen wurde das Europäische Parlament fast vollständig marginalisiert: weniger parlamentarische Beteiligung als im Anhörungsverfahren ist kaum denkbar. Diese Marginalisierung ist, zweitens, besonders erstaunlich, da Art. 103 und 109 AEUV eine Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit im Rat vorsehen. Es fehlt also nicht nur an parlamentarischer Beteiligung, sondern auch an der Einstimmigkeit im Rat, die gemeinhin als Kompensationsmechanismus zur Schaffung ausreichender Legitimation angesehen wird.⁶³

Welche Bedeutung hat abstrakt-generelle Rechtsetzung in der EU-Wettbewerbspolitik aber in der EU? Man könnte überlegen, ob sich die außergewöhnlich reduzierte Rolle des Parlaments womöglich dadurch erklärt, dass es sich hier um einen Bereich handelt, der ohnehin vornehmlich durch die Entscheidungspraxis der Kommission geprägt ist. Es könnte sich um eine gleichsam verfassungsunmittelbare EU-Administration handeln, die keiner sekundärrechtlichen Vermittlung bedarf, sondern deren Legitimität und Grenzen sich unmittelbar aus den primärrechtlichen Quellen ergibt. Dies wäre der Fall, wenn die EU-Organe vorwiegend Einzelfallentscheidungen trafen, durch konkrete Verbote und Sanktionen dirigieren und damit lediglich den klar erkennbaren Willen der Vertragsparteien, der durch die Ratifikation der Verträge auch seine demokratische Legitimation erhält, ausführten.

Diese Sichtweise wäre jedoch verkürzt. Zum einen erlässt die Kommission eine Vielzahl von Akten mit allgemeinem Anwendungsbereich, entweder in Form von

60 Vgl. Art. 16 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 103 bzw. 109 AEUV.

61 Nach dem euphemistischen Wortlaut des AEUV handelt es sich hierbei um ein „besonderes Gesetzgebungsverfahren“ (Art. 289 Abs. 2 AEUV).

62 J. Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Fn. 8), S. 489 (551 f.).

63 Kritisch dazu J. von Achenbach, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union, in: S. Vöneky u.a. (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, 2008, S. 206.

Leitlinien und Bekanntmachungen, die ihre eigene Entscheidungspraxis binden, oder in Form von Verordnungen, die Gruppen von Ausnahmen festlegen (jetzt Art. 108 Abs. 4 AEUV). Zudem ließe sie die Entwicklungen der letzten Jahre unberücksichtigt. Das Wettbewerbsrecht ist in dieser Zeit durch grundlegende Rechtsakte reformiert worden, die in jedem Fall einem Wesentlichkeitserfordernis unterliegen würden, wenn das Unionsrecht eine Wahlmöglichkeit zwischen Gesetzgebungsakten und anderen Akten eröffnen würde.⁶⁴ Ein Beispiel aus dem Kartellrecht ist die Verordnung (EG) Nr. 1/2003,⁶⁵ die das Grundverständnis von Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EG) und die Aufgabenverteilung zwischen Kommission, nationalen Behörden und Unternehmen fundamental neu regelt. Ähnlich bedeutsam ist die EG-Fusionskontrollverordnung über Unternehmenszusammenschlüsse, da europäische Fusionskontrolle im EG-Vertrag nicht ausdrücklich vorgesehen war.⁶⁶ Aus dem Beihilfenrecht sind die Beihilfeverfahrensordnung⁶⁷ sowie die Verordnung (EG) Nr. 994/98⁶⁸ zu nennen, wodurch die die Kommission unter anderem zu den erwähnten Gruppenfreistellungen ermächtigt wird. Gruppenfreistellungen im Bereich des Kartell- oder Beihilfenrecht haben dabei keineswegs nur punktuelle, einzelfallbezogene Bedeutung: Mit ihnen können vielmehr ganze Industrie- und Wirtschaftszweige von Kartell- oder Beihilfeverböten befreit werden, was sehr weitreichende Folgen haben kann. Von diesen Befreiungen erfasst sind zurzeit etwa der Verkehrssektor, die Versicherungsindustrie, der Kraftfahrzeugsektor oder bestimmte Vertikalvereinbarungen, die nach Ansicht der Kommission zu einer „Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs“ führen.⁶⁹

Die minimale Mitwirkung des Parlaments bei derart weitreichenden Entscheidungen verursacht ein massives demokratisches Legitimationsdefizit. Dies wäre um so dringender anzugehen, als es sich gerade beim Wettbewerbsrecht um eine industrie- und wirtschaftspolitisch extrem wichtige Materie handelt. Wie gezeigt wurde, geht es bei den erwähnten Verordnungen nicht nur um administrative Einzelfallmaß-

⁶⁴ Vgl. zum „Wesentlichkeitsvorbehalt“ den Wortlaut des neuen Art. 290 Abs. 1 AEUV; Ansätze zu einem Wesentlichkeitserfordernis auf EU-Ebene finden sich beispielsweise bei EuGH, Rs. C-66/04, Slg. 2005, I-10553, Rn. 48. Dort stellt der EuGH klar, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen des Art. 114 AEUV (ex Art. 95 EG) der Kommission zwar Befugnisse zur Vornahme von Harmonisierungsmaßnahmen übertragen dürfe, dass jedoch in der Basisverordnung „alle wesentlichen Elemente der Harmonisierungsmaßnahme“ festzulegen seien.

⁶⁵ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

⁶⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschüssen. Für eine Anerkennung der Zulässigkeit der Fusionskontrolle durch die europäischen Organe spricht die Entscheidung des EuGH, Rs. 6/72 (Continental Can/Kommission), Slg. 1973, 215, Rn. 20 ff. Wegen der verbleibenden Rechtsunsicherheit jedoch erließ der Rat auf Drängen der Kommission die Fusionskontrollverordnung. *R. Streinz*, Europarecht, Heidelberg 2008, Rn. 1004 ff.

⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 659/99 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags.

⁶⁸ Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen.

⁶⁹ Erwägungsgrund Nr. 8 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen. Für eine Übersicht über die Gruppenfreistellungsverordnungen siehe *R. Elliger*, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, München 2007, Rn. 356 ff.

nahmen des Rates oder der Kommission, sondern um Regelungen, von denen erhebliche Steuerungswirkungen ausgehen können. Die Rechtsetzungskompetenz im Bereich der Wettbewerbspolitik ist damit gewissermaßen „nach unten verrutscht“: Was eigentlich das Parlament (mit-)bestimmen sollte, entscheiden nun der Rat oder die Kommission allein – und zwar mit Mehrheit.

Warum kommt es zu dieser Abschottung des Wettbewerbsrechts gegenüber dem Europäischen Parlament? Eine Antwort kann hier nur skizziert werden und sollte Gegenstand weiterer Untersuchungen sein. Nicht überzeugen kann jedenfalls der pragmatische Einwand, die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Parlaments folge aus dem fehlenden Fachwissen der Parlamentarier. Natürlich handelt es sich beim Kartell- und Beihilfenrecht um ein expertokratisches Metier. Die Bearbeitung solcher Fälle ist oft nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht sehr zeit- und personalaufwendig. Deshalb mag es aus diesen oder ähnlichen praxisorientierten Gründen sinnvoll sein, die Kommission mit derartigen Kompetenzen zu betrauen. Doch darum geht es vorliegend nicht: Die Frage ist vielmehr, warum der Rat die Kompetenz haben sollte, grundlegende Änderungen der Wettbewerbspolitik vorzunehmen, nicht jedoch das Parlament. Inhaltliche Überlegungen rechtfertigen es jedenfalls nicht, dem Parlament die (Mit-)Entscheidung über diese Grundsätze des formellen und materiellen Wettbewerbsrechts zu entziehen. Es besteht umgekehrt auch kein Zweifel, dass der Deutsche Bundestag für den Erlass des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zuständig ist. Warum auf europäischer Ebene nur der Rat – und nicht das Parlament – darüber entscheiden soll, welche Regelungskompetenzen mit welcher Zielsetzung und in welchem Rahmen auf die Kommission delegiert werden, ist schwer vermittelbar. Mit der Beantwortung dieser Frage sollten sich möglicherweise Wettbewerbsrechtler stärker befassen. Offensichtlich besteht jedenfalls eine tradierte, stillschweigende Koalition von Rat und Kommission, die Kompetenzen untereinander aufzuteilen, so dass eine Parlamentarisierung entgegen dem Trend in anderen Bereichen im Wettbewerbsrecht nicht angegangen wird.

IV. Fazit

Fritz Scharpf stellt seinen „Aufruf zum Rechtsbruch“ an das Ende einer detaillierten, aber – so habe ich zu zeigen versucht – unvollständigen Analyse. Mit Ausnahme des Wettbewerbsrechts lässt sich eine zunehmende Regulierungstendenz auf der Ebene der EU feststellen, die in erheblichem Umfang parlamentarisch kontrolliert und determiniert ist. Wesentliche Akteure sind nicht mehr nur die angeblich marktliberalen Organe Gerichtshof und Kommission. Scharpf unterschätzt, wie viele andere Kritiker auch, das Europäische Parlament, das trotz seiner Besonderheiten⁷⁰ in den letzten Jahrzehnten stark an Einfluss gewonnen hat.⁷¹ Zudem lässt er die sich

70 Vgl. P. Dann, Europäisches Parlament und Exekutivföderalismus, *Der Staat* 42 (2003), S. 355 ff.

71 C. Calliess (Fn. 36), S. 181; T. Oppermann, Eine Verfassung für die Europäische Union – Teil I, DVBl. 2003, S. 1174.

verstärkende Regulierung des Binnenmarktes durch die EU-Gesetzgebung unberücksichtigt. Auch wenn die Tatsache, dass negative Integration leichter voranzutreiben sei als positive, in den früheren Phasen der Integration sicherlich problematisch war, wurde diese Tendenz durch die Mehrheitsentscheidungen im Rat und durch die damit einhergehende wachsende Bedeutung des Europäischen Parlaments stark relativiert. Der Vorwurf sozialer Kälte der EU wirkt also vor dem Hintergrund jüngerer Entwicklungen überraschend, insbesondere in einer Zeit, in der nicht selten die vermeintlich wirtschaftsschädigende europäische „Regelungswut“ kritisiert wird. Kritisch zu sehen ist allerdings das – von Scharpf allerdings nicht thematisierte – nach wie vor ernsthaftige Legitimationsproblem in Form des parlamentarisch-demokratischen Defizits in der Wettbewerbspolitik. Sie wirkt eher wie die parlamentarisch umzingelte letzte Hochburg der Exekutive denn als Paradebeispiel europäischer Kompetenzverteilung.

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Element europäischer Sozialstaatlichkeit

*Von Markus Krajewski, Erlangen**

I. Einleitung

Die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge gehört in allen europäischen Rechts- und Wirtschaftsordnungen zu den Kernelementen von Wohlfahrtsstaatlichkeit. Auch wenn sich die Regelungs-, Finanzierungs- und Organisationsformen im Einzelnen unterscheiden, werden bestimmte Dienstleistungen in allen Mitgliedstaaten der EU als „öffentliche Dienstleistungen“ verstanden, deren Erbringung eine besondere öffentliche Aufgabe darstellt.¹ Die verschiedenen Modelle öffentlicher Dienstleistungen befinden sich jedoch seit den späten 1980er Jahren in einer tiefgreifenden Umbruchphase. Dienstleistungen, deren Erbringung bis dato durch den Staat, seine Untergliederungen (Länder und Kommunen) oder durch öffentliche Unternehmen erfolgten, wurden sukzessive liberalisiert und privatisiert.² Neben autonomen staatlichen Entscheidungen haben die Anforderungen des europäischen Rechts sowohl durch die legislative Binnenmarktliberalisierung als auch durch Urteile des EuGH bei diesem Prozess eine wichtige Rolle gespielt.

In den politischen Auseinandersetzungen um diese Transformationsprozesse wurde dem europäischen Recht (und der europäischen Politik) häufig der Vorwurf gemacht, einseitig auf Marktliberalität und wirtschaftliche Rationalität abzustellen, während die Mitgliedstaaten wohlfahrtsstaatliche Errungenschaften und nationale soziale Kompromisse zu bewahren suchten.³ Zugleich wurde die zunehmende Regelungsdichte auf europäischer Ebene als Eingriff in mitgliedstaatliche Autonomiebereiche verstanden und eine schleichende Machtzunahme befürchtet. Die Konflikte über öffentliche Dienstleistungen hatten daher immer eine föderale und eine ordnungspolitische Dimension.⁴ Seit einigen Jahren werden auf europäischer Ebene verstärkt die Besonderheiten öffentlicher Dienstleistungen berücksichtigt; teilweise werden sogar regulative Grundlagen angedeutet.⁵ Das dadurch entstehende euro-

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht und Völkerrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Der vorliegende Beitrag entwickelt Überlegungen weiter, die ich im Rahmen von zwei Vorträgen vor dem Wissenschaftlichen Beirat des Bundesverbands Öffentliche Dienstleistungen (BVÖD) ange stellt habe. Die Vorträge wurden veröffentlicht: Vom Primat des Wettbewerbs zum gemeinsamen Verfassungswert: Perspektivwandel im europäischen Recht öffentlicher Dienstleistungen? in: BVÖD (Hrsg.), Zukunft der öffentlichen Wirtschaft, 2009, S. 46–73, und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Vertrag von Lissabon, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 2010, S. 75–96.

1 G. Marcou, De l'idée de service public au service d'intérêt général, in: Moderne/Marcou (Hrsg.), L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne, 2001, S. 365 (367 ff.).

2 I. Lippert, Öffentliche Dienstleistungen unter EU-Einfluss: Liberalisierung – Privatisierung – Restrukturierung – Regulierung, 2005, *passim*.

3 Arbeitskreis Europa der Friedrich-Ebert-Stiftung, Gefahr für die nationale Daseinsvorsorge im EU-Binnenmarkt?, Politik Info 03/2007, S. 3.

4 P. Becker, Europäische Daseinsvorsorge, SWP-Studie S12, 2005, S. 11 ff., 14 ff.

5 Dies wird bereits im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angedeutet, siehe Europäische Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., S. 4.

päische Modell öffentlicher Dienstleistungen kann, so die These dieses Beitrags, als eigenständiges Element europäischer Sozialstaatlichkeit verstanden werden,⁶ das weder einseitig der Sphäre des Markts noch der des Staats zuzuordnen ist.

Der Beitrag gliedert sich wie folgt: Zunächst werden die beiden rechtlichen und politischen Konfliktdimensionen der Auseinandersetzung um öffentliche Dienstleistungen auf europäischer Ebene skizziert. Hierbei wird deutlich, dass bei der folgenden Bewertung der Veränderungen sowohl Kompetenzfragen als auch ordnungspolitische Grundausrichtungen eine Rolle spielen (II.). Im folgenden Abschnitt wird die Veränderung des primärrechtlichen Rahmens öffentlicher Dienstleistungen nachgezeichnet. Damit soll die These des Paradigmenwechsels untermauert werden (III.). Da das Primärrecht allein jedoch keine hinreichenden Aussagen über die tatsächlichen europäischen Rahmenregelungen zulässt, werden anschließend einige Entwicklungslinien in der Rechtsprechung des EuGH nachgezeichnet (IV.). Auf diesen Grundlagen sollen die wesentlichen Elemente des europäischen Modells öffentlicher Dienstleistungen als ein Modell jenseits von Staat und Markt entwickelt werden (V.). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick (VI.).

II. Föderale und ordnungspolitische Dimension der Auseinandersetzungen um öffentliche Dienstleistungen

In den politischen und wissenschaftlichen Auseinandersetzungen über öffentliche Dienstleistungen im EU-Recht („Kampf um die Daseinsvorsorge“)⁷ werden im Wesentlichen zwei Fragen gestellt. Die erste Frage betrifft die Kompetenzverteilung im europäischen Mehrebenensystem: Wer ist für die Regelung der Erbringung, Organisation und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen zuständig? Damit ist die föderale Dimension der Auseinandersetzungen um öffentliche Dienstleistungen angesprochen. Die zweite Frage bezieht sich auf das ordnungspolitische Modell der Finanzierung und Organisation öffentlicher Dienstleistungen. Gilt als Leitbild der Idealzustand eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt oder sollen mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auch gemeinwohlorientierte Ziele verfolgt werden, die eine (teilweise) Abkehr von Marktprinzipien erfordern?

Die erste Konfliktdimension bewegt sich zwischen den Polen der möglichst umfassenden Bewahrung mitgliedstaatlicher Autonomie⁸ und der Disziplinierung der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorge durch das Wettbewerbs- und Binnenmarkt-

6 Siehe Europäische Kommission, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM (2007) 725 endg., S. 2: „Diese Dienstleistungen sind für den Alltag der Bürger und die tägliche Arbeit der Unternehmen unverzichtbar und sind Ausdruck des europäischen Sozialmodells. Sie tragen wesentlich zur Sicherung des sozialen, wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhalts in der Union bei und sind ein wichtiger Faktor in dem Bestreben, das Beschäftigungsniveau, die soziale Eingliederung, das Wirtschaftswachstum und den Umweltschutz in der EU nachhaltig zu verbessern.“.

7 C. Palmer, Dasein oder Nichtsein – der „Kampf um die Daseinsvorsorge“ als exemplarischer Fall, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und Daseinsvorsorge, 2002, S. 9 (10).

8 Idealtypisch S. Broß, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874–879.

recht.⁹ Am weitesten gehen auf der einen Seite diejenigen, die fordern, dass öffentliche Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des EU-Rechts ausgenommen werden sollten und auf der anderen Seite diejenigen, die eine vollständige Europäisierung dieser Rechtsmaterie verlangen. Mit einer Positionierung auf der durch diese beiden Endpunkte markierten Achse ist allerdings noch keine Aussage über die inhaltliche, d.h. ordnungspolitische Ausrichtung des Rechts öffentlicher Dienstleistungen getroffen. Auch bezüglich der zweiten Konfliktdimension finden sich unterschiedliche Positionen, die zwischen einer primären Orientierung am Wettbewerbsmodell auf der einen Seite¹⁰ und einer verbindlichen Festlegung gemeinwirtschaftlicher Vorgaben auf der anderen Seite¹¹ liegen.

Beide Konfliktlinien werden auch im Recht abgebildet. Deutlich kann man dies an der Formulierung von Art. 14 S. 1 AEUV zeigen, der sich direkt auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bezieht.¹² Die einzelnen Teile der Vorschrift lassen sich jeweils unterschiedlichen Konfliktdimensionen zuordnen.¹³ Die ordnungspolitische Dimension wird auf der einen Seite durch die Formulierung „unbeschadet der Art. 106 und 107“ verdeutlicht, da damit betont wird, dass die Geltung des Wettbewerbs- und Beihilfenrechts von der Vorschrift nicht berührt werden soll. Auf der anderen Seite unterstreichen Formulierungen wie „Stellenwert innerhalb der gemeinsamen Werte der Union“ und „Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts“ die Ausrichtung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – auch – an gemeinwohlorientierten Ideen. Die föderale Dimension des Konflikts wird durch den Hinweis auf beide Kompetenzbereiche („Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse“) verdeutlicht. Damit wird nicht nur angedeutet, dass Union und Mitgliedstaaten in beiden Bereichen über Kompetenzen verfügen, sondern auch, dass diese vor Zugriffen der jeweils anderen Ebene geschützt werden sollen.

Versucht man, beide Konfliktdimensionen graphisch abzubilden, lässt sich ein Koordinatensystem entwickeln, dessen vertikale Achse den Kompetenzstreit und dessen horizontale Achse den Konflikt über die inhaltliche Ausrichtung abbildet (siehe Abb. 1). Die verschiedenen Schritte der Entwicklung des Primärrechts bezüglich öffentlicher Dienstleistungen, die im nächsten Abschnitt skizziert werden, lassen sich in dieses Koordinatensystem einordnen. Es kann gezeigt werden, dass die Ver-

9 Etwa H. Schweitzer, Die Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 269–312.

10 Vgl. E.-J. Mestmäcker, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext – Ein Beitrag zur Funktion von Art. 90 Abs. 2 EGV, in: Ruland/von Maydall/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 635 (641).

11 In diesem Sinne z.B. CEEP, Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen, ZögU 1995, S. 455.

12 Die Vorschrift lautet: „Unbeschadet des Artikels 4 des Vertrags über die Europäische Union und der Artikel 93, 106 und 107 dieses Vertrags und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“.

13 So bereits zur entsprechenden Fassung des Verfassungsvertrages M. Krajewski, Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, DÖV 2005, S. 665–674.

tragsreformen zwar die föderale und die ordnungspolitische Dimension berührten. Echte Verschiebungen fanden jedoch nur auf der horizontalen Ebene, d.h. der ordnungspolitischen Dimension statt.

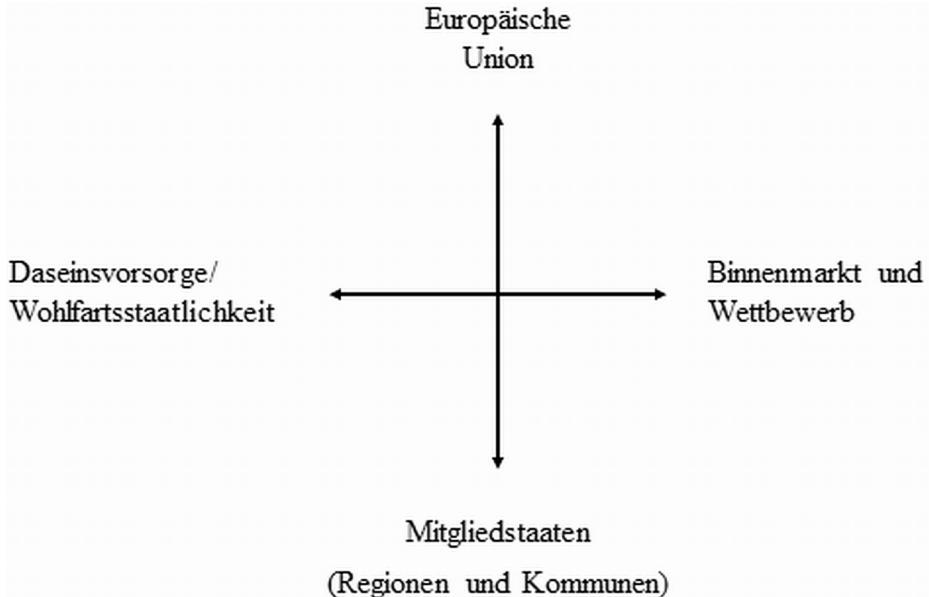


Abb. 1: Koordinatensystem der Dimensionen der Auseinandersetzungen um öffentliche Dienstleistungen

III. Von Rom nach Lissabon

Die Entwicklung des Primärrechts öffentlicher Dienstleistungen erfolgte in drei Schritten. Zwischen 1957 und 1999 galt unverändert Art. 106 Abs. 2 AEUV (vor dem Art. 90 Abs. 2 EWG bzw. ex Art. 86 EGV) als einziger expliziter primärrechtlicher Anknüpfungspunkt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Der Vertrag von Amsterdam fügte Art. 16 EGV (jetzt Art. 14 AEUV) ein. Der Vertrag von Lissabon schließlich ergänzte die Vorschrift des Art. 14 AEUV um eine Kompetenznorm und fügte das Protokoll Nr. 26 zu Diensten von allgemeinem Interesse hinzu.

1. Das Grundmodell: Bereichsausnahme vom Wettbewerbsprinzip (Art. 106 Abs. 2 AEUV)

Das seit den Römischen Verträgen bestehende Grundmodell für öffentliche Dienstleistungen im EU-Recht findet sich in Art. 106 Abs. 2 AEUV. Nach Satz 1 dieser Vorschrift gelten die Verträge (gemeint sind der EUV und der AEUV), insbesondere die Wettbewerbsregeln (auch) für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von all-

gemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, soweit die Anwendung des Unionsrechts nicht die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Vorschrift ist das Ergebnis eines historischen Kompromisses zwischen denjenigen Mitgliedstaaten, die an einer effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auch im öffentlichen Sektor interessiert waren, und denjenigen Mitgliedstaaten, die öffentliche Unternehmen vor dem ungehinderten Einfluss von Binnenmarkt und Wettbewerb schützen wollten.¹⁴

Bis ca. 1990 wurde Art. 106 Abs. 2 AEUV bzw. die entsprechenden Vorgänger-normen in nur wenigen Fällen angewandt.¹⁵ Mitte der 1990er Jahre wurde die Vorschrift zur zentralen Norm für die Auseinandersetzung. Sie galt gleichsam als *sedes materiae* des Verhältnisses von EU-Recht und öffentlichen Dienstleistungen.¹⁶ Nach Ansicht des EuGH liegen Sinn und Zweck von Art. 106 Abs. 2 AEUV darin, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz öffentlicher Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik mit dem Interesse der Union an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Binnenmarkts in Einklang zu bringen. Um dies zu erreichen, lasse die Vorschrift unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften des Vertrages zu.¹⁷ Als Ausnahmeverordnung sei sie jedoch eng auszulegen.¹⁸ In der rechtswissen-schaftlichen Literatur wurden zu Art. 106 Abs. 2 AEUV bzw. seinen Vorgängern verschiedene Auffassungen vertreten. Einige Autoren waren der Meinung, die Vor-schrift sei nur eine eng auszulegende Ausnahme vom „Vorrang des Wettbe-werbs“.¹⁹ Andere vertraten dagegen die Meinung, dass die Norm die Grundlage eines Sonderregimes für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sei.²⁰

Unabhängig von diesen Meinungsverschiedenheiten enthält Art. 106 Abs. 2 AEUV keine positiven Aussagen über die Bedeutung öffentlicher Dienstleistungen oder über die Anforderungen, die an die Erbringung dieser Leistungen zu stellen sind (wie z.B. die Verpflichtung zum Universaldienst). Es nimmt daher nicht wunder, dass diejenigen Maßnahmen des Sekundärrechts, die auf europäischer Ebene zur Regulierung öffentlicher Dienstleistungen in einem wohlfahrtsstaatlichen Sinne beitrugen, wie die Vorschriften zum Universaldienst im Telekommunikations- und Postsektor, nicht auf der Rechtsgrundlage des Art. 106 Abs. 3 AEUV beruhten, sondern auf der allgemeinen Kompetenz zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt, Art. 114 AEUV.²¹ Art. 106 Abs. 3 AEUV räumt der Kommission lediglich das

14 G. Ambrosius, Services Publics, Leistungen der Daseinsvorsorge der Universaldienste? Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union (2000), S. 26.

15 U. Ehrcke, Der Art. 90 EWGV – eine Neubetrachtung, EuZW 1993, S. 211 (211).

16 P. Tettinger, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der öffentlichen Versorgungswirt-schaft, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union (2000), S. 97 (97).

17 EuGH, Rs. C-219/97 (Drijvende Bokken), Slg. 1999, I-6121, Rn. 93.

18 EuGH, Rs. C-174/97 (FFSA), Slg. 1998, I-1303, Rn. 173.

19 J. Essebier, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, 2005, S. 289.

20 J. Baquero Cruz, Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law, in: G. de Burca (Hrsg.), EU Law and the Welfare State, 2005, S. 176.

21 Ausführlich dazu H. Schweitzer, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, 2001, S. 230–237.

Recht ein, auf die Anwendung der Grundsätze des Art. 106 AEUV zu achten. Er ermöglicht damit zwar den Abbau staatlicher Monopole.²² Inwieweit er auch für die (Re-) Regulierung eines liberalisierten Sektors herangezogen werden kann, ist dagegen unklar und wurde bisher in der Praxis nicht getestet. Bereits in der Frühphase der Telekommunikationsliberalisierung wurden regulierende Richtlinien auf die allgemeine Kompetenz des Art. 114 AEUV gestützt, da hier das ordentliche Gesetzgebungsverfahren einschlägig ist, welches die demokratische Legitimation der Maßnahmen gegenüber den ausschließlich durch die Kommission erlassenen Maßnahmen nach Art. 106 Abs. 3 AEUV erhöht.²³

2. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als gemeinsamer Verfassungswert (Art. 14 AEUV)

Zu einer ersten Akzentverschiebung auf der Ebene des Primärrechts kam es durch die Einfügung von Art. 16 EGV (jetzt Art. 14 S. 1 AEUV) im Rahmen des Vertrags von Amsterdam. Ebenso wie Art. 106 Abs. 2 AEUV beruht die Vorschrift auf einem Kompromiss zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten.²⁴ Durch Art. 14 S. 1 AEUV wird der Stellenwert von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse „innerhalb der gemeinsamen Werte der Union“ anerkannt und ihre „Bedeutung für die Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts“ unterstrichen. Union und Mitgliedstaaten sind aufgefordert, die „Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so zu gestalten, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können“. Mit Art. 14 S. 1 AEUV sollten die Rolle und Bedeutung öffentlicher Dienstleistungen gestärkt und ihre Besonderheiten anerkannt werden.²⁵ Die Vorschrift ist daher als Funktionsgarantie für öffentliche Dienstleistungen zu verstehen, die vor allem bei der Auslegung von Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Rolle spielen kann.²⁶ Art. 16 EGV enthielt jedoch keine eigenständige Kompetenzgrundlage für den Gemeinschaftsgesetzgeber. Er verschafft den Mitgliedstaaten zudem keine entscheidend neuen Spielräume gegenüber dem Grundmodell, da er „unbeschadet“ der Vorschrift des Art. 106 AEUV gilt. Damit ist klar, dass die Einfügung des Art. 14 S. 1 AEUV die Grundsätze des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht grundsätzlich relativieren und einschränken soll.

Durch die Betonung des Stellenwerts von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse macht Art. 14 S. 1 AEUV aber deutlich, dass auch die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die Besonderheiten von öffentlichen Dienstleistungen zu schützen.²⁷ Eine uneingeschränkte mitgliedstaatliche Politik der Deregulierung und Privatisierung, die zur Folge hat, dass bestimmte Dienstleistungen nicht mehr allen Bürgerinnen und Bürgern zur Verfügung stehen, ist damit unvereinbar. Al-

22 EuGH, Rs. C-202/88 (Frankreich/Kommission, Telekommunikationsendgeräte), Slg. 1991, I-1223.

23 Dazu auch M. Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011, S. 174 ff.

24 Zur Genese W. Frenz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, EuR 2000, S. 915.

25 Ebd., S. 915.

26 S. Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU (41. EL 2010), Art. 14 AEUV Rn. 12.

27 M. Ross, Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?, ELRev. 25 (2000), S. 38.

lerdings erscheint zweifelhaft, ob damit ein direkter Verstoß gegen Primärrecht einhergehen würde, da die normative Aussage von Art. 14 S. 1 AEUV im Grundsätzlichen verbleibt. Gleichwohl wird damit eine neue Bewertung von öffentlichen Dienstleistungen eingeleitet: Das EU-Recht gibt nicht mehr nur vor, dass durch öffentliche Dienstleistungen die Geltung des Wettbewerbsrechts nicht relativiert werden soll, sondern enthält auch erste Elemente positiver Anforderungen an diese Dienstleistungen. Damit findet auch ein Wandel von negativer zu positiver Integration statt.²⁸

Schließlich ist zu beachten, dass die neue Vorschrift im allgemeinen Teil des AEUV zu finden ist und nicht etwa in der Umgebung des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Damit wird deutlich, dass der Vorschrift eine grundsätzliche Bedeutung zukommt.²⁹ Der „gemeinsame Wert“, den Art. 14 S. 1 AEUV Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zubilligt, ist von grundlegender normativer Bedeutung und ergänzt den in Art. 3 EUV genannten Grundsatz der sozialen Marktwirtschaft.³⁰ Die durch Art. 14 S. 1 AEUV vorgenommene „normative Hochzonung“ öffentlicher Dienstleistungen wird durch Art. 36 der Charta der Grundrechte untermauert. Diese erst durch den Vertrag von Lissabon formell dem Primärrecht gleichgestellte Norm besagt, dass die Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, „wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern“ anerkennt und achtet. Eine entsprechende Verbürgung des Zugangs zu öffentlichen Dienstleistungen ist ein menschen- und grundrechtliches Novum.³¹ Insofern kann Art. 36 GRC das bisherige Verständnis des Verhältnisses von Unionsrecht und öffentlichen Dienstleistungen erweiterten.³² Auch wenn Inhalt und Schutzrichtung von Art. 36 GRC umstritten sind, besteht insoweit Einigkeit, dass Art. 36 GRC in Ergänzung zu Art. 14 AEUV den besonderen Wert öffentlicher Dienstleistungen im Verfassungsgefüge der Union unterstreicht.³³ In diesem Sinne ist die Vorschrift bereits in einigen generalanwaltlichen Schlussanträgen benutzt worden.³⁴ Auch die Kommission hat sich in dieser Weise auf die Vorschrift bezogen.³⁵

28 Dazu grundlegend *F. Scharpf*, Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch, 1999, S. 47 ff.

29 Ähnlich *S. Wernicke* (Fn. 26), Rn. 10.

30 Kritisch zu diesem Begriff *F. Rödl*, Europäisches Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“: Kritische Anmerkungen zu einem populären Modell, Integration 2005, S. 150–161.

31 *P. Voet van Vormizele*, Artikel 36 GRC, Rn. 2, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009.

32 *E. Szyszczak*, The Regulation of the State in Competitive Markets, 2007, S. 221.

33 *A. Kallmayer*, Grundrechtecharta, Art. 36, Rn. 2 und Rn. 9, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., 2007.

34 SchLA GA Jacobs, Rs. C-475/99 (Ambulanz Glöckner), Slg. 2001, I-8098, Rn. 175, und Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-13769, Rn. 124, und GA Alber, Rs. C-340/99 (TNT Traco), Slg. 2001, I-4109, Rn. 94.

35 Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Fn. 5), Rn. 8, und Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., S. 5. Zum Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und seiner Funktion, siehe *M. Krajewski* (Fn. 23), S. 99 ff.

3. Neuerungen durch den Vertrag von Lissabon

a) Einfügung einer Legislativkompetenz in Art. 14 S. 2 AEUV

Der Vertrag von Lissabon hat das europäische Primärrecht für öffentliche Dienstleistungen durch eine Ergänzung in Art. 14 AEUV und durch die Einführung des Protokolls Nr. 26 verändert. Art. 14 AEUV wurde durch eine Legislativkompetenz ergänzt, nach der die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt werden. Die Vorschrift bestimmt jedoch zugleich, dass dies „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“, gilt.

Durch diese Ergänzung des Art. 14 AEUV wird die oben bereits erwähnte föderale Konfliktdimension sichtbar: Die Europäische Union verfügt über eine Zuständigkeit für die Sicherstellung der Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Die in Art. 14 S. 2 AEUV enthaltene Kompetenzgrundlage bezieht sich somit nicht auf alle Aspekte von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, sondern nur auf die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere die wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienstleistungen. Auf der Grundlage von Art. 14 S. 2 AEUV kann die Union somit nicht vorgeben, welche Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen sind und in welcher Organisationsform sie zu erbringen sind.³⁶ Art. 14 ermöglicht auch keine umfassende regulative Gestaltung öffentlicher Dienstleistungen oder ein marktliberales Programm,³⁷ sondern dient dem guten Funktionieren dieser Dienstleistungen. Maßnahmen nach Art. 14 S. 2 AEUV müssen insofern eine ermöglichte Wirkung haben.³⁸

Die Mitgliedstaaten bleiben nach dem Wortlaut von Art. 14 S. 2 AEUV dagegen weiterhin dafür zuständig, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren. In dieser Formulierung ist weniger eine Kompetenzzuweisung an die Mitgliedstaaten zu sehen, die der AEUV ohnehin nicht enthalten könnte, sondern der feststellende Hinweis, dass diese Elemente des Rechts öffentlicher Dienstleistungen jedenfalls nicht durch die EU geregelt werden dürfen.

³⁶ M. Krajewski, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Vertrag von Lissabon, ZögU 2010, S. 75 (81).

³⁷ S. Wernicke (Fn. 26), Rn. 57.

³⁸ S. Storr, Europäische Wirtschaftsverfassung und Daseinsvorsorge, in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, 2009, S. 219 (231).

b) Das Protokoll Nr. 26 des Vertrags von Lissabon: Magna Charta eines europäischen service public?

Die soeben skizzierte föderale Dimension wird auch in Protokoll Nr. 26 zu Diensten von allgemeinem Interesse deutlich.³⁹ Darüber hinaus enthält das Protokoll auch ordnungspolitische Akzentuierungen. Es trägt damit wesentlich zur Prägung der Grundlagen eines europäischen Modells öffentlicher Dienstleistungen bei. Das Protokoll präzisiert, was unter den gemeinsamen Werten der Union unter Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 14 AEUV zu verstehen ist. Aus Artikel 1 des Protokolls lassen sich vier Prinzipien ableiten, die zu einer Konkretisierung der gemeinsamen Werte im Sinne des Art. 14 S. 1 AEUV herangezogen werden können.⁴⁰

Der erste Spiegelstrich von Art. 1 des Protokolls betont die wichtige Rolle und den weiten „Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind“. Hierunter kann man den *Grundsatz der Autonomie der Aufgabenträger* verstehen. Dies bedeutet, dass die Aufgabenträger in den wesentlichen Strukturfragen der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (Organisation, Finanzierung, Erbringungsweise) frei sein sollen. Der Grundsatz der Autonomie der Aufgabenträger kann sich z.B. auf die vergaberechtliche Bewertung von interkommunalen Kooperationen auswirken.⁴¹ Er entfaltet zugleich eine Bedeutung in der föderalen Dimension, da er die Erbringungsverantwortung klar auf der Ebene der Mitgliedstaaten ansiedelt.

Der zweite Spiegelstrich von Art. 1 nennt die „Vielfalt der Dienstleistungen und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können“. Mit dem Wert der „Vielfalt der Dienstleistungen“ wird die Tatsache aufgegriffen, dass sich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch eine große Heterogenität und Bandbreite auszeichnen. Sie umfassen netzgebundene und netzungebundene Versorgungs-, Kommunikations- und Verkehrsleistungen, kommunale und staatliche Bildungs-, Sozial- und Gesundheitsleistungen sowie Aufgaben des öffentlichen Rundfunks und der öffentlichen Finanzinstitute. Man kann aus dem zweiten Spiegelstrich des Protokolls Nr. 26 in rechtlicher Hinsicht daher schließen, dass *breite Varianz an öffentlichen Dienstleistungen* ein wesentliches Element europäischer Wohlfahrtstaatlichkeit bleiben soll.

Als drittes Element der gemeinsamen Werte wird das „hohe Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“ genannt. Damit wird ein klarer Bezug zum

39 Zur Entstehung des Protokolls siehe C. Le Bihan, Services d'intérêt économique général et valeurs communes, Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne 2008, S. 356 (358).

40 Dazu ausführlich M. Krajewski (Fn. 36), S. 85 ff.

41 Dazu unten IV. 2.

Modell des Universaldienstes hergestellt.⁴² Zugang und Qualität stellen eine Weiterentwicklung und Ausdifferenzierung der bereits von der Kommission im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse genannten Grundsätze dar, die den Kern eines europäischen Modells öffentlicher Dienstleistungen beschreiben. Dazu gehören Universaldienst, Kontinuität, Dienstequalität, Erschwinglichkeit, sowie Nutzer- und Verbraucherschutz.⁴³ Damit werden Grundsätze in das europäische Primärrecht übernommen, deren ideengeschichtlicher Hintergrund im französischen Recht des *servicepublic* zu suchen ist.⁴⁴ Mit den Grundsätzen der Bezahlbarkeit, der Gleichbehandlung und der Förderung des universellen Zugangs werden die Kernelemente des Zugangs zu einer öffentlichen Dienstleistung beschrieben. Es soll sichergestellt werden, dass „bestimmte Dienste in einer bestimmten Qualität allen Verbrauchern und Nutzern im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unabhängig von ihrem geografischen Standort und unter Berücksichtigung der landesspezifischen Gegebenheiten zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung gestellt werden“.⁴⁵ Auch die im zweiten Spiegelstrich erwähnten geographischen und sozialen Begebenheiten enthalten eine zugangsbezogene Perspektive, da Nutzer in dünn besiedelten, ländlichen Räumen und sozial benachteiligte Nutzer typischerweise vor größere Zugangsprobleme gestellt werden als Nutzer in städtischen Ballungsräumen und ökonomisch besser gestellte Nutzer.⁴⁶

Von besonderer Bedeutung für die wohlfahrtsstaatliche Dimension des europäischen Rechts öffentlicher Dienstleistungen ist das im Protokoll explizit erwähnte Prinzip der Bezahlbarkeit. Hieraus folgt, dass eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu einem Preis angeboten werden muss, der die Leistung für jedermann zugänglich macht. Die primärrechtliche Bedeutung des Zugangs zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als einer der zentralen Grundsätze des europäischen Rechts öffentlicher Dienstleistungen wird durch Art. 36 der Grundrechte-Charta unterstrichen, der den Zugang zu öffentlichen Dienstleistungen als Grundrecht konstruiert. Eine mögliche praktische Implikation des Prinzips der Bezahlbarkeit lässt sich anhand des *BUPA*-Urteils des EuG zeigen: Im konkreten Fall wurde darauf hingewiesen, dass regulierte Einheitspreise den Zugang zu einer bestimmten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (hier Versicherungsleistungen) ebenfalls für Personengruppen ermöglichen, denen dies andernfalls aufgrund zu hoher Preise verwehrt wäre.⁴⁷ Derartige Modelle könnten zukünftig auch auf das Protokoll Nr. 26 gestützt werden, was insofern von praktischer Relevanz ist, als die Argumentation des *BUPA*-Urteils in der bisherigen

42 W. Sauter, Services of general economic interest and universal service in EU Law, ELRev. 33 (2008), S. 173.

43 Weißbuch (Fn. 35), S. 5.

44 Dazu ausführlich S. Bracconier, Droit des servicespublics, 2003; J.-F. Auby/O. Raymundie, Le Service Public, 2003 und J.-P. Valette, Droit des servicespublics, 2006.

45 Europäische Kommission (Fn. 6), S. 18 ff.

46 H. Micklitz, Universal Services: Nucleus for a Social/European Private Law, EUI Working Papers LAW 2009/12, S. 24.

47 EuG, T-289/03 (BUPA u.a./Kommission), Slg. 2008, II-81, Rn. 202. Kritisch dazu, dass das EuG eine Preisobergrenze nicht als Voraussetzung für den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ansah H. Micklitz (Fn. 46), S. 25.

Rechtsprechung keine besondere Stütze fand und vom EuGH bislang auch noch nicht bestätigt wurde.

Artikel 1 des Protokolls Nr. 26 erwähnt in allen drei Spiegelstrichen die Perspektive der Nutzer von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. So wird betont, dass die Leistungen auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechenden Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind. Weiterhin wird auf die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer abgestellt und auf die Rechte der Nutzer hingewiesen. Die Bedeutung der Perspektive der Nutzer kann daher als eine Art „Querschnittswert“ angesehen werden. Das Protokoll ist damit gleichermaßen Ausdruck und Weiterführung eines tief greifenden Perspektivenwandels des Rechts öffentlicher Dienstleistungen in Europa, der die Interessen und Bedürfnisse des Nutzers in den Vordergrund rückt.⁴⁸ Das Protokoll verdeutlicht auch, dass die Bedürfnisse und Präferenzen der Nutzer aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können.

Die wesentliche Funktion des Protokolls liegt in der Konkretisierung der in Art. 14 AEUV genannten gemeinsamen Werte. Hieraus ergeben sich zwar keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Die verschiedenen in Artikel 1 des Protokolls genannten Prinzipien verdeutlichen jedoch die Ziele, die Union und Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Politik bezüglich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verfolgen wollen bzw. sollen. Insofern können sie als Maßstab und normative Orientierungsgröße bei künftigen Maßnahmen der Institutionen der EU, insbesondere bei Vorschlägen der Kommission und Legislativakten von Parlament und Rat, herangezogen werden. Damit dürfte das Protokoll vor allem rechtspolitische Bedeutung entfalten.

c) Zusammenfassung der primärrechtlichen Entwicklung

Die Veränderungen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen durch den Vertrag von Lissabon haben zu einer deutlichen Schwerpunktverlagerung geführt. Die Grundsätze des Art. 1 des Protokolls Nr. 26 betonen die besondere wohlfahrtsstaatliche Bedeutung öffentlicher Dienstleistungen. Sie verlangen, dass diese nach Prinzipien der Gleichheit und des universellen Zugangs bei gleichbleibend hoher Qualität organisiert werden müssen, und betonen so Aspekte, die in der Praxis wenn auch nicht notwendig,⁴⁹ so doch oft mit dem Wettbewerbsmodell kollidieren. Der Vertrag von Lissabon hat das Wettbewerbsrecht zwar nicht verändert, so dass auch nicht von einer völligen Umkehr gesprochen werden kann. Gleichwohl ist die Vielschichtigkeit, die mit der Erbringung öffentlicher Leistungen verbunden ist, betont worden.

48 P. Rott, The user-provider relationship: Informed choice and user protection through private law, in: Krajewski/Neergaard/Gronden (Hrsg.), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe, The Hague 2009, S. 215–232.

49 C. Koenig, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb, in: Depenheuer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 375 (387). Siehe auch F. Berschin, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb, 2000, S. 475 und 505: „Wettbewerb als Mittel der Daseinsvorsorge“.

Das führt faktisch zu einer Relativierung der Bedeutung des Wettbewerbsprinzips für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der durch Art. 16 EGV eingeleitete Bedeutungswandel im Recht öffentlicher Dienstleistungen vollendet wurde.⁵⁰

Auch auf der föderalen Ebene hat eine Verschiebung stattgefunden, allerdings keine homogene. Durch die Einführung einer neuen EU-Kompetenz (Art. 14 S. 2 AEUV) hat die EU zwar formal eine neue Kompetenz hinzugewonnen. Gleichwohl ist fraglich, ob diese neue Kompetenz jemals praktische Bedeutung entfalten wird, da die Anwendbarkeit dieser Rechtsgrundlage auf Verordnungen beschränkt ist und das Instrument der Richtlinie nicht vorsieht. Das Protokoll betont auch in Art. 1 und 2 die besondere Rolle der Mitgliedstaaten bei der Erbringung, Organisation und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen. Gleichwohl löst der Vertrag von Lissabon das grundsätzliche Spannungsverhältnis nicht auf. Auch die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union betreffend Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wird grundsätzlich beibehalten. Der Vertrag von Lissabon dürfte dazu führen, dass die weitere Konkretisierung des Rechtsrahmens für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse stärker in den politischen Raum verlagert wird, da sich die politischen Akteure mit der Neuausrichtung des EU-Rechts auseinandersetzen müssen, auch wenn die legislativen Aktivitäten der EU nicht auf Art. 14 S. 2 AEUV gestützt werden.

Abbildung 2 verdeutlicht die beiden Verschiebungen im oben skizzierten Koordinatensystem. Der Vertrag von Lissabon hat zum einen die Dominanz des Wettbewerbs- und Marktparadigmas zu Gunsten einer eher zwischen Markt und Wohlfahrtsstaatlichkeit ausgleichenden Position verschoben und zum anderen sowohl auf EU-Ebene zu einem Kompetenzzugewinn in Form des Art. 14 S. 2 AEUV geführt als auch die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Übrigen erneut betont.

50 T. von Danwitz, Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 251 (263).

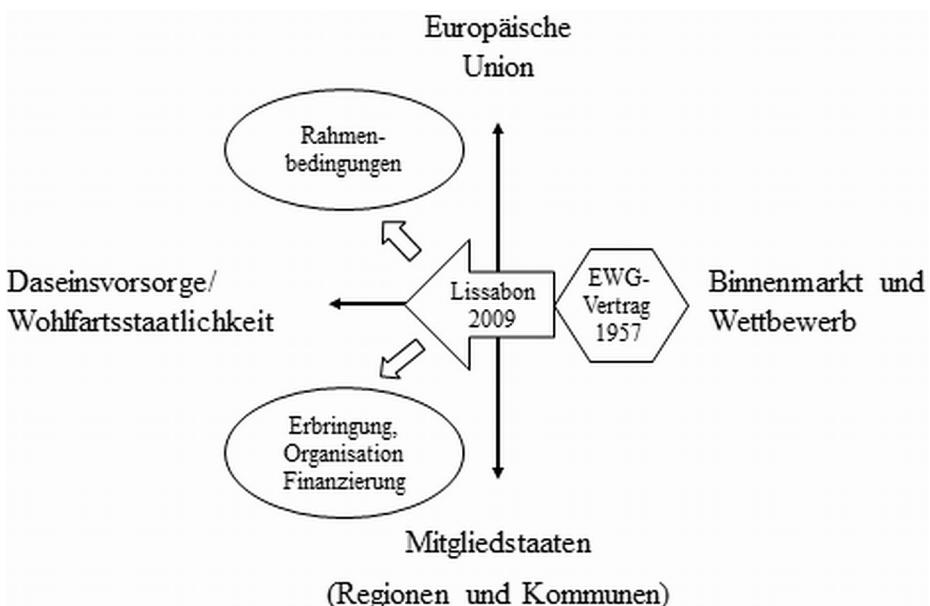


Abbildung 2: Die Verschiebung der Rahmenbedingungen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch den Vertrag von Lissabon

IV. Elemente des Paradigmenwechsels in der Rechtsprechung des EuGH

Die Veränderungen durch den Vertrag von Lissabon haben in der Rechtsprechung des EuGH bislang noch keine Rolle gespielt. Gleichwohl lassen sich einzelne Elemente des grundlegenden Wandels aufzeigen, die in eine ähnliche Richtung deuten wie die Veränderungen des Primärrechts. Beispielhaft soll dies im Folgenden anhand von vier klassischen Feldern des europäischen Rechts öffentlicher Dienstleistungen aufgezeigt werden.

1. Beihilfenrechtliche Bewertung von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen entsteht häufig das Bedürfnis nach Ausgleichszahlungen, wenn die Dienstleistungen nicht kostendeckend auf dem Markt erbracht werden können.⁵¹ Dies ist vor allem bei bestimmten Universal-dienstpflichten der Fall, wie z.B. der Bedienung von unrentablen Strecken durch den öffentlichen Personenverkehr. Wird für die Erbringung einer solchen Dienstleistung eine öffentliche Ausgleichszahlung gewährt, stellt sich die Frage, ob diese

51 H. Cox, Defizitfinanzierte öffentliche Dienstleistungen, in: Schulz-Nieswandt (Hrsg.), Einzelwirtschaften und Sozialpolitik zwischen Markt und Staat in Industrie- und Entwicklungsländern, FS Werner Wilhelm Engelhardt zum 75. Geburtstag, 2001, S. 347 (349).

mit dem gemeinschaftlichen Beihilfenrecht gemäß Art. 107 AEUV vereinbar ist.⁵² Der EuGH hat diese Frage in dem viel diskutierten *Altmark Trans*-Urteil⁵³ dahin entschieden, dass eine Ausgleichszahlung keine Begünstigung eines Unternehmens darstellt, sondern als Ausgleich für die Erbringung einer Gemeinwohlaufgabe anzusehen ist, wenn vier Bedingungen erfüllt sind: Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert worden sein; zweitens müssen die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein; drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was zur Deckung der Kosten der Erfüllung der spezifischen Verpflichtungen erforderlich ist; und viertens muss entweder das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens ausgewählt worden sein oder die Höhe des erforderlichen Ausgleichs muss auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden sein, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen gehabt hätte.⁵⁴

Die Kommission hat in der Folge ein Maßnahmenpaket erlassen, das Rechtssicherheit und -klarheit bei der Anwendung dieser Kriterien bewirken sollte und für diejenigen Fälle, die durch das *Altmark Trans*-Raster fielen, eine Lösung schuf. In einer Entscheidung hat die Kommission für bestimmte Konstellationen festgelegt, dass Zahlungen an Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind und deshalb nicht notifiziert werden müssen, wenn die Erbringung auf einem klaren öffentlichen Auftrag beruht und die Zahlungen nicht über die für die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten hinausgehen.⁵⁵ Ein Gemeinschaftsrahmen legt fest, unter welchen Voraussetzungen Ausgleichszahlungen im Übrigen mit dem Beihilferecht vereinbar sein können.⁵⁶ Grundsätzlich müssen die begünstigten Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse rechtsverbindlich beauftragt worden sein. Aus dem Auftrag müssen sich auch die Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung und die Parameter für die Berechnung und Überwachung der Ausgleichszahlungen ergeben. Die Mitgliedstaaten haben zudem sicherzustellen, dass eine Überkompensierung ausgeschlossen ist und müssen dies in regelmäßigen Abständen überprüfen.

52 Vgl. zur Gesamtproblematik nur C. Jennert, Zum Verhältnis von europäischem Beihilfenrecht und mitgliedsstaatlicher Daseinsvorsorge, 2005; B. Kreße, Gemeinwirtschaftliche Dienste im europäischen Beihilfenrecht, 2006; O. Panetta, Daseinsvorsorge zwischen Beihilfe- und Vergaberecht, 2007; S. Boysen/M. Neukirchen, Europäisches Beihilferecht und mitgliedsstaatliche Daseinsvorsorge, 2007.

53 EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747, seitdem st. Rspr. Siehe zuletzt EuGH, C-140/09 (Fallimento Traghetti del Mediterraneo), Slg. 2010, I-5243, und Rs. C-399/08 P (Kommission/Deutsche Post), Slg. 2010, I-7831.

54 Umfassend zu den *Altmark Trans*-Kriterien auch S. Bauer, Die mitgliedsstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfeverbot des EG-Vertrags, 2008, S. 48–171.

55 Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005, ABI 2005, L 312, 67.

56 Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005, C 297, 4.

Für die Praxis dürfte das Maßnahmenpaket der Kommission entscheidend sein.⁵⁷ Die relativ geringe Zahl an Urteilen, die der EuGH in den vergangenen Jahren zur beihilfenrechtlichen Bewertung von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen fällen musste, deutet auch darauf hin, dass das Maßnahmenpaket der Kommission eine Reihe von Fragen der Praxis beantwortet hat. Der im Jahre 2008 begonnene Überprüfungsprozess, der zu einer überarbeiteten Fassung der Maßnahmen im November 2011 führen soll, hat aus Sicht der Europäischen Kommission zudem ergeben, dass kein grundsätzlicher Reformbedarf besteht.⁵⁸ Bemerkenswert ist allerdings, dass das Gericht erster Instanz (jetzt: das Gericht) in seinem Urteil in der Rechtssache *BUPA* im Februar 2008 das vierte *Altmark-Trans*-Kriterium relativierte und weniger streng interpretierte als der EuGH.⁵⁹ Ein Vergleich zwischen dem durch die Ausgleichszahlung Begünstigten und einem effizienten Wirtschaftsteilnehmer sei nicht immer erforderlich. Gegen das Urteil wurde kein Rechtsmittel eingelegt, so dass der EuGH keine Stellung nehmen musste. Auch in den seither ergangenen Urteilen des EuGH hat er sich mit dem Ansatz des EuG sachlich nicht befasst.

2. Vergaberechtliche Anforderungen an interkommunale Kooperationen

Die Rechtsprechung zur vergaberechtlichen Qualifikation interkommunaler Kooperationen hat in den vergangenen Jahren eine wichtige Neuakzentuierung erfahren. Aus einigen EuGH-Urteilen konnte man zunächst den Eindruck gewinnen, dass die engen *Teckal*-Voraussetzungen („Kontrolle wie über eine eigene Behörde“ und „Tätigkeit überwiegend für den Auftraggeber“) ohne weiteres auf interkommunale Kooperationen angewendet werden sollen.⁶⁰ Da in diesen Kooperationen die beteiligten Kommunen einander nicht im Sinne der *Teckal*-Voraussetzungen „kontrollieren“, wären die meisten Formen interkommunaler Kooperation bei einer wörtlichen Anwendung des *Teckal*-Kriterien dem Vergaberecht unterfallen. Für die in der deutschen kommunalen Praxis insbesondere bei der Wasserversorgung und Abfallentsorgung bedeutsamen Zweckverbände hätte dies bedeutet, dass die Trägerkommunen eines Zweckverbands diesem nicht ohne Ausschreibung die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung hätten übertragen können.⁶¹ Durch eine Reihe von grundsätzlichen Urteilen hat der EuGH jedoch klargestellt, dass Formen der aus-

57 C. Jennert/M. Pauka, EU-Beihilfenrechtliche Risiken in der kommunalen Praxis. Einführung und Darstellung typischer Sachverhalte im kommunalen Alltag mit Bezug zum Europäischen Beihilferecht (Teil 1), Kommunaljurist 2009, S. 321 (326 ff.).

58 Europäische Kommission, Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2011) 146 endg. Die Vorschläge für die überarbeiteten Maßnahmen wurden im September 2011 veröffentlicht und sind unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html abrufbar (Abfrage vom 24.9.2011).

59 EuG, Rs. T-289/03 (BUPA u.a./Kommission), Slg. 2008, II-81, Rn. 246 ff.

60 EuGH, Rs. C-84/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2005, I-193, Rn. 39, und Rs. C-340/04 (Carbotermo), Slg. 2006, I-4137, Rn. 33 ff.

61 So auch die Auffassung der Kommission im Fall „Gemeinde Hinte“: Europäische Kommission, Mit Gründen versehene Stellungnahme v. 30.3.2004, 2000/4433 C(2004) 1202, S. 7.

schließlichen Kooperation zwischen Hoheitsträgern nicht dem Vergaberecht unterfallen.

In seinem Urteil in der Sache *Stadtteilreinigung Hamburg* stufte der EuGH einen Kooperationsvertrag zwischen der Stadtteilreinigung Hamburg und vier angrenzenden Landkreisen über die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung als vergabefreien Vorgang im Sinne der sogenannten *In house*-Rechtsprechung ein.⁶² Dabei war für den Gerichtshof entscheidend, dass der Vertrag zu keinen Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Trägern führte, die über die Erstattung der Kosten hinausgingen, die die Stadtteilreinigung Hamburg an den Betreiber der von den öffentlichen Trägern genutzten Abfallverwertungsanlage gezahlt würden. Zudem sei der Vertrag Rechtsgrundlage und Rechtsrahmen für die Erfüllung einer öffentlichen Anlage und werde ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen geschlossen.⁶³ Weiterhin stellte der EuGH heraus, dass „das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt“, und meinte, dass eine Zusammenarbeit öffentlicher Stellen den freien Dienstleistungsverkehr und den unverfälschten Wettbewerb nicht in Frage stelle, „solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegerungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen und der (...) Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.“⁶⁴ Mit dem Urteil *Stadtteilreinigung Hamburg* bestätigt der EuGH, dass interkommunale Kooperationen als privilegierte Form der Aufgabenerledigung angesehen werden. Damit geht eine Stärkung der Autonomie der Aufgabenträger einher, die auch in Art. 1, 1. Spiegelstrich des Protokolls Nr. 26 zu Diensten von allgemeinem Interesse verankert ist.⁶⁵

3. Flexible Nutzung des Instruments der Dienstleistungskonzeption

Für die Modalitäten der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen ist die Unterscheidung zwischen Dienstleistungskonzeption und Dienstleistungsauftrag von großer Bedeutung. Auf Dienstleistungskonzeptionen finden die EU-Vergaberichtlinien keine Anwendung, so dass die Mitgliedstaaten in diesem Bereich freier im Einsatz dieser Möglichkeit der Übertragung öffentlicher Aufgaben sind. Für die Abgrenzung der Dienstleistungskonzeption vom Dienstleistungsauftrag ist die Übernahme eines betrieblichen Risikos durch das betroffene Unternehmen von Bedeutung, da nur in diesem Fall von einer Dienstleistungskonzeption gesprochen werden kann.⁶⁶

62 EuGH, Rs. C-480/06 (Stadtteilreinigung Hamburg), Slg. 2009, I-4747.

63 Ebd., Rn. 43 f.

64 Ebd., Rn. 47.

65 Dazu oben III, 3. b).

66 EuGH, Rs. C-300/07 (Oymanns), Slg. 2009, I-4779, Rn. 71ff.

In seinem Urteil in der Sache *Eurawasser* verwies der EuGH darauf, dass der Umfang des dem Unternehmer übertragenen Risikos nicht abstrakt zu bewerten sei, sondern je nach dem übertragenen Tätigkeitsbereich unterschiedlich hoch ausfallen könne.⁶⁷ So sei es üblich, dass im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge, zu dem der EuGH die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zählte, das wirtschaftliche Risiko durch bestehende Regelungen begrenzt werde.⁶⁸ Daher könne die Übertragung der Wasserversorgung auf ein Unternehmen auch dann als Dienstleistungskonzession angesehen werden, wenn das wirtschaftliche Risiko nicht besonders hoch sei. Es sei nicht sachgerecht, wenn man von der Behörde verlange, für einen schärferen Wettbewerb zu sorgen, als dies die für den entsprechenden Sektor geltenden Regelungen verlangten.⁶⁹

Der in *Eurawasser* zu Grunde gelegte Entscheidungsmaßstab ist für die Erbringung und Organisation von Leistungen der Daseinsvorsorge angemessener als die reine Orientierung am wirtschaftlichen Risiko. Der *Eurawasser*-Maßstab ermöglicht öffentlichen Auftraggebern eine flexible Nutzung des Instruments der Dienstleistungskonzession bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge. Das hat der EuGH auch ausdrücklich betont, indem er ausführte, dass „es den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern weiterhin freistehen (müsste), Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist.“⁷⁰ Diese Ausführungen lassen sich als Konkretisierungen des weiten Ermessens der Auftraggeber bei der Inauftraggabe von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 1, 1. Spiegelstrich Protokoll Nr. 26 verstehen.

4. Implizite Betrauungen im Rahmen von Art. 106 Abs. 2 AEUV

Wie bereits erwähnt, kann Art. 106 Abs. 2 AEUV Abweichungen vom EU-Recht für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse rechtfertigen. Voraussetzung hierfür ist u.a., dass ein Unternehmen mit einer entsprechenden Dienstleistung betraut wurde. In der Rechtsprechung wurde dieses Kriterium bislang recht strikt gehandhabt: Aus dem Betrauungsakt muss das betraute Unternehmen⁷¹ sowie Art und Umfang der auferlegten Pflichten deutlich hervorgehen.⁷² In der Literatur wurden als weitere Anforderungen genannt, dass die Betrauung grundsätzlich vor oder wenigstens gleichzeitig mit der Tätigkeitsaufnahme des Unternehmens erfol-

67 EuGH, Rs. C-206/08 (WAZV Gotha/Eurawasser), Slg. 2009, I-8377, Rn. 66 ff.

68 Ebd., Rn. 72.

69 Ebd., Rn. 75.

70 Ebd., Rn. 74.

71 EuGH, Rs. 7/82 (GVL/Kommission), Slg. 1983, 483, Rn. 31.

72 EuGH, Rs. 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), Slg. 1989, 803, Rn. 56 ff.

gen⁷³ sowie hinreichend transparent und bestimmt sein müsse.⁷⁴ Durch diese Anforderungen wird die Flexibilität der Mitgliedstaaten im Rahmen der Organisation und Erbringung öffentlicher Dienstleistungen erheblich eingeschränkt.⁷⁵ Es ist den Mitgliedstaaten, ihren Untergliederungen und Einrichtungen insbesondere nicht möglich, sich auf Art. 106 Abs. 2 AEUV zu berufen, wenn die Erbringung der öffentlichen Dienstleistung ohne vorherige ausdrückliche Übertragung durch eine zuständige Stelle erfolgt.

Allerdings scheint die Rechtsprechung in jüngster Zeit mit dem Kriterium der Betrauung eher großzügig umzugehen. So war das EuG in der Rechtssache *BUPA* der Auffassung, dass sich auch aus allgemeinen Rechtsvorschriften, die für alle Unternehmen einer bestimmten Branche galten, eine Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ergeben kann.⁷⁶ Eine ähnliche Sicht findet sich in der Entscheidung der Kommission zu den niederländischen Krankenversicherungen, die nach Auffassung der Kommission ebenfalls aufgrund eines allgemeinen Gesetzes mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut waren.⁷⁷ Nunmehr scheint auch der EuGH das Kriterium der Betrauung flexibler handhaben zu wollen. Im jüngst entschiedenen Fall *AG2R Prévoyance/Beaudout* war u.a. fraglich, ob eine Einrichtung der französischen Zusatzkrankenversicherung mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut war.⁷⁸ Die Frage stellte sich, da der fraglichen Einrichtung ein ausschließliches Recht eingeräumt wurde. Sie hatte somit auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Markts ein gesetzliches Monopol und hätte als ein Unternehmen angesehen werden können, das eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV besaß.⁷⁹ Daher war zu fragen, ob dies auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden könne. Im vorliegenden Fall war die fragliche Einrichtung mit der Erbringung der Zusatzkrankenversicherung durch tarifvertragliche Vereinbarungen beauftragt worden. Der EuGH sah gleichwohl das Erfordernis des Betrauens als erfüllt an.⁸⁰ Damit scheint der Gerichtshof für eine gewisse Flexibilität im Umgang mit dem Kriterium zu plädieren, allerdings ohne sich mit der Frage der Auslegung des Maßstabs der Betrauung näher auseinander gesetzt zu haben.

5. Ergebnis

Der EuGH hat seine Rechtsprechung zu öffentlichen Dienstleistungen in den letzten Jahren weiterentwickelt. Diese Weiterentwicklung ist allerdings nicht von einer Verstärkung der Logik von Binnenmarkt und Wettbewerb geprägt, sondern von

73 H. Schweitzer (Fn. 21), S. 104.

74 W. Sauter (Fn. 42), S. 184; Essebier (Fn. 19) S. 224 f.

75 H. Schweitzer (Fn. 21), S. 104.

76 EuG, Rs. T-289/03 (BUPA), Slg. 2008, II-81, Rn. 182 f.

77 ABl. 2005, C 324/30.

78 EuGH, Rs. C-437/09 (AG2R Prévoyance/Beaudout), Slg. 2011, I-0000.

79 Ebd., Rn. 67.

80 Ebd., Rn. 73 f.

Versuchen, die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Organisation öffentlicher Dienstleistungen stärker zu schonen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit. Damit geht eine Trendwende einher. Während noch bis vor wenigen Jahren davon ausgegangen werden konnte, dass eine Grundpräferenz des Unionsrechts für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen durch private Anbieter auf dem Markt bestand,⁸¹ kann man zwischenzeitlich eine größere Flexibilität der Rechtsprechung für unterschiedliche Erbringungs- und Organisationsmodelle konstatieren. Jüngste Entscheidungen des EuGH wie z.B. das Urteil *AG2R* zeigen auch, dass der EuGH marktfernen Lösungen bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen nicht (mehr) gänzlich kritisch gegenüber steht.

V. Tertium Datur? Ein europäisches Modell öffentlicher Dienstleistungen jenseits der Dichotomie von Staat und Markt

Die vorstehenden Überlegungen leiten zu der Frage über, ob die Konturen eines europäischen Modells öffentlicher Dienstleistungen bereits erkennbar sind und wenn ja, welche Elemente den Kern dieses Modells ausmachen. Deutlich – und wenig überraschend – dürfte sein, dass ein im Entstehen befindliches europäisches Modell keine Rückkehr zu traditionellen mitgliedstaatlichen Modellen wie der deutschen Daseinsvorsorge oder dem französischen *service public* bedeutet. Insbesondere die Gleichsetzung von öffentlichen Dienstleistungen mit Leistungen der öffentlichen Hand bzw. des Staats entspricht nicht dem europäischen Modell. Gleichermaßen gilt für den völligen Ausschluss marktmäßiger und wettbewerbsfreundlicher Strukturen. Umgekehrt setzt das europäische Modell auch nicht (mehr) einseitig auf Wettbewerb und Binnenmarktliberalisierung. Es beruht vielmehr auf der Erkenntnis, dass die Erbringung öffentlicher Leistungen auch nicht nur den Gesetzen des Markts folgen muss und räumt nicht-marktgängigen Erbringungsformen einen Platz ein, ohne dadurch die Orientierung am Prinzip des Wettbewerbs grundsätzlich aufzugeben.

Die ordnungspolitische Dimension des europäischen Modells öffentlicher Dienstleistungen zeichnet sich jedoch nicht nur dadurch aus, dass sie einen Mittelweg zwischen ausschließlicher Staats- und ausschließlicher Marktorientierung einschlägt. Sie enthält vielmehr Elemente, die in der Lage sind, diese Dichotomie aufzulösen und ein Modell zu konstruieren, dass „jenseits“ von Staat und Markt eingeordnet werden kann. Zu diesen Elementen zählt zunächst die Orientierung an den Bedürfnissen der Nutzer der Dienstleistungen. Legitimationsgrundlage für besondere Erbringungs- und Finanzierungsvarianten öffentlicher Dienstleistungen sind keine ordnungspolitischen Idealvorstellungen, sondern eine Hinwendung zu denjenigen, die die entsprechenden Leistungen auf einem hohen Qualitätsniveau und unter gleichen und bezahlbaren Zugangsbedingungen nutzen wollen.

81 In diesem Sinne auch M. Krajewski, Leistungen der Daseinsvorsorge im Gemeinschaftsrecht – Freier Wettbewerb oder öffentliche Aufgabe?, in: Wagner/Wedl (Hrsg.), Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht, 2007, S. 433 (448).

Neben der Nutzerorientierung charakterisiert das Element Solidarität das europäische Modell öffentlicher Dienstleistungen.⁸² Solidaritätsvorstellungen sind im Allgemeinen dadurch gekennzeichnet, dass zwischen den beteiligten Personen eine besondere Verbindung besteht, und dass die Beteiligten auf der Basis einer gemeinsamen Überzeugung handeln. Konkreter bezogen auf öffentliche Dienstleistungen zeichnet sich Solidarität durch die Gemeinschaft der Nutzer von öffentlichen Dienstleistungen, die oft mit der Gemeinschaft der Bürger identisch ist, und die gleichheitsgerichtete Erbringung der Dienstleistung aus. Um die Gleichheit des Zugangs zu öffentlichen Dienstleistungen zu gewähren, ist die Solidargemeinschaft der Leistungsempfänger häufig als Zwangsgemeinschaft konstruiert.⁸³ Die Bedeutung von Solidaritätsvorstellungen ermöglicht eine bessere Orientierung öffentlicher Dienstleistungen an den sozialen und wohlfahrtsstaatlichen Funktionen dieser Leistungen als die einseitige Fokussierung auf ein bestimmtes ordnungspolitisches Modell.

Ein Modell, das sich an den Nutzerinteressen einerseits und an Solidaritätsvorstellungen andererseits orientiert, ist damit auch in der Lage, die Reduktion des Diskurses über öffentliche Dienstleistungen auf die Gegensätze Staat-Markt und EU-Mitgliedstaat zu überwinden.⁸⁴ Gleichwohl ist anzuerkennen, dass die genauen Konturen des Modells noch unklar sind. Daher steht auch der Nachweis eines Nutzens des neuen Modells in konkreten juristischen Konflikten noch aus. Allerdings lässt sich auf praktischer Ebene zeigen, dass die konkreten Erbringungs- und Finanzierungsmodelle längst nicht mehr anhand der alten ordnungspolitischen Konfliktlinien konstruiert werden, sondern durch eine Mischung aus öffentlich- und privatrechtlichen Formen und Instrumenten.

VI. Ausblick

Die Diskussionen um die Zukunft öffentlicher Dienstleistungen sind nach wie vor von einem starken bipolaren Denken geprägt, das auch die Analyse der jeweiligen Rechtsvorschriften prägt.⁸⁵ Auf der einen Seite wird das Unionsrecht gesehen, das mit Wettbewerbs- und Beihilfenkontrolle, Grundfreiheiten und Binnenmarktharmonisierung mitgliedstaatliche Sonderrechte und Marktbeschränkungen möglichst eindämmen will, auf der anderen Seite die Mitgliedstaaten, die Leistungen der Daseinsvorsorge aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen nicht dem (Binnen-)

82 Eingehend *M. Ross*, The value of solidarity in European public services law, in: Krajewski/Neergaard/ van de Gronden (Hrsg.), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe, 2009, S. 81 ff. und *ders.*, Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition, CMLRev. 44 (2007), S. 1057 (1060 ff.).

83 *M. Ferrera*, Towards an 'Open' Social Citizenship?, in: de Burca (Hrsg.), EU Law and the Welfare State, 2005, S. 11 (20 f.).

84 Ähnlich *P. Bauby*, Public Service: Forging a European Conception, in: Haibach (Hrsg.), Services of General Interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility, 1999, S. 53 und *T. Prosser*, The Limits of Competition Law, 2005, S. 236.

85 Vgl. nur jüngst *V. Emmerich*, Monopole, Binnenmarkt, Daseinsvorsorge oder was sonst?: Bemerkungen zu Art. 86 Abs. 2 EGV, in: Manssen u.a. (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht, FS Udo Steiner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 172 ff.

Markt unterwerfen wollen. Dabei werden nach wie vor häufig das Unionsrecht und seine Anwendung mit dem Marktprinzip, die Mitgliedstaaten und ihre Rechtsordnung mit einer Fixierung auf den Staat und Daseinsvorsorge gleichgesetzt. Die Auseinandersetzungen um die ordnungspolitische Grundausrichtung und die Kompetenzverteilung im Mehrebenensystem überschneiden sich dabei oft.

Die Neuerungen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen durch den Vertrag von Lissabon durchbrechen diese bipolare Debatte. Sie führen weiter, was durch die Einführung des Art. 16 EGV bereits angelegt, aber nicht vollendet wurde. Das wird jedoch nur deutlich, wenn man Art. 14 AEUV und das Protokoll Nr. 26 zusammen liest. Aus der Zusammenschau von Art. 14 AEUV und dem Protokoll Nr. 26 kann man ableiten, dass Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ein europäischer Verfassungswert sind, dessen Inhalte durch das Protokoll näher ausgeführt werden. Damit ist eine Absage an die ordnungspolitische Bipolarität zu sehen und die Anerkennung, dass die Erbringung jenseits von Staat und Markt erfolgen kann. Auch in den Auseinandersetzungen um Zuständigkeiten baut das neue Recht Brücken: Trotz der klaren Verweise auf bestehende bzw. nicht bestehende Kompetenzen in Art. 14 AEUV und im Protokoll Nr. 26, ist die Grundaussage des neuen Rechts darin zu sehen, dass die Gewährleistung des Funktionierens von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der gemeinsamen Verantwortung von EU und Mitgliedstaaten liegt.

Dem entstehenden neuen Modell öffentlicher Dienstleistungen kommt vor allem eine Ermöglichungsfunktion zu: Das Recht verstellt weder bestimmte Lösungen, noch fordert es einseitig bestimmte Modelle. Vielmehr schafft es einen Raum, in dem die politischen Auseinandersetzungen über die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa geführt werden. Das ist unter demokratischen Gesichtspunkten angemessener, als dem EU-Recht bestimmte wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorentscheidungen entnehmen zu wollen, die dem demokratischen Prozess entzogen sein sollten.

Die Europäische Union als Republik

*Von Stefan Collignon, Pisa**

I. Einleitung

Der Prozess der politischen Vereinigung Europas war von Anbeginn durch seinen Doppelcharakter geprägt: einerseits das ferne Ziel eines europäischen Bundesstaats, andererseits die konkrete Verwirklichung durch praktische Schritte des Intergouvernementalismus, verbunden mit der Delegation von Kompetenzen auf Gemeinschaftsinstitutionen. Allerdings leitet sich das Recht zur Delegation aus dem Willen der Staaten und nur indirekt aus dem Willen der betroffenen Bürger ab. Dieses Modell, auch Monnet-Methode genannt, ist jetzt in der Krise. In diesem Text schlage ich vor, Europas Integration neu aus einer republikanischen Perspektive zu überdenken.¹

Das Resultat der Monnet-Methode war, wie beabsichtigt, die Schaffung eines zunehmend breiteren Angebots an europäischen öffentlichen Gütern, von der Kohle- und Stahlgemeinschaft zum Binnenmarkt und der europäischen Währung, von der Gemeinsamen Agrarpolitik zu Regionalpolitik und Strukturfonds, von der Wettbewerbspolitik zu Vorformen einer einheitlichen Finanzaufsicht, von den vier Freiheiten zu Schengen, Europol und Eurojust, vom Außenhandel zur gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik. Diese öffentlichen Güter werden von allen Europäern genutzt, aber ihre Verwaltung bleibt der Kontrolle der Bürger entzogen. Das ist der Kern des vielbeklagten „Demokratiedefizits“, welches wesentlich zur Krise Europas und dem wachsenden Euroskeptizismus beiträgt.²

Die durch die EU-Erweiterung notwendig gewordene immer stärkere Differenzierung der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit hat dabei zu neuen Problemen geführt, nämlich, wie der damalige Außenminister *Fischer* im Jahr 2000 bemerkte, „einem Verlust von europäischer Identität, an innerer Kohärenz sowie der Gefahr einer inneren Erosion der EU, wenn nämlich neben die Klammer der Integration

* Stefan Collignon ist Professor für Wirtschaftspolitik an der Sant’Anna School for Advanced Studies in Pisa, www.stefancollignon.eu.

1 Siehe meine eigenen Arbeiten: *S. Collignon*, The European Republic. Reflections on the Political Economy of a Future Constitution, 2003, als Download unter <http://www.stefancollignon.de/PDF/The%20European%20RepPubLie-text1.pdf>; *ders.*, Is Europe Going Far Enough? Reflections on the Stability and Growth Pact, the Lisbon Strategy and the EU’s Economic Governance, European Political Economy Review 1 (2003), S. 222–247; *ders.*, Vive la République européenne, 2004; *ders.*, Fiscal Policy and Democracy in Europe, 2004; *ders.*, Bundesrepublik Europa? Die demokratische Herausforderung und Europas Krise, 2007; *ders.*, Three Sources of Legitimacy for European Fiscal Policy, International Political Science Review 28, 2007, S. 155–184; *ders.*, Viva la Repubblica Europea!, 2008; *S. Collignon/C. Paul*, Pour la République européenne, 2008. Siehe auch: *A. von Bogdandy*, Die europäische Republik, APuZ 36/2005, S. 21–27; *ders.*, Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik, JZ 2005, S. 529 ff. (534); *ders.*, Europäische Verfassung und europäische Identität, JZ 2004, S. 53 (56).

2 Gemäß Eurobarometer 73 (August 2010) assoziieren 23 % der europäischen Bürger die EU mit Geldverschwendungen, 21 % mit Bürokratie und nur 19 % mit Demokratie, siehe http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs73/ebs73_first_en.pdf (22.10.2011).

immer größere Bereiche intergouvernementaler Zusammenarbeit treten sollten“.³ Der von Fischer gewünschte „Übergang vom Staatenverbund der Union hin zur vollen Parlamentarisierung in einer Europäischen Föderation“ hat nicht stattgefunden. Die „konstitutionelle Neugründung“ durch den Verfassungsvertrag ist missglückt, auch wenn sich materiell ein Großteil des Verfassungsentwurfs im Vertrag von Lissabon wiederfindet. Allerdings hat der Lissabonner Vertrag auch keine Lösung des von Fischer beklagten Demokratieproblems gebracht.

Das Dilemma zwischen Europäischer Demokratie und demokratischem Nationalstaat zeigt sich deutlich in der Klage gegen den Lissaboner Vertrag vor dem Bundesverfassungsgericht,⁴ wie auch jüngst in der Klage gegen den finanziellen Rettungsschirm.⁵ Auch wenn man nicht mit den Klägern übereinstimmt, zeigt sich in ihrer Argumentation das Problem, die Verwaltung öffentlicher Güter demokratisch zu legitimieren, wenn die Reichweite der öffentlichen Güter und damit die der zu lösenden Problemzusammenhänge nicht mit der Legitimationsbasis der für die Problemregelung zuständigen Handlungsebene übereinstimmt.

Das Problem ist die Interiorisierung von Politikexternalitäten: Wenn Entscheidungen eines Akteurs Auswirkungen auf andere haben und die demokratisch legitinierten Entscheidungspräferenzen dieses Akteurs im Widerspruch mit denen eines anderen stehen, so führt dies notwendigerweise zu Wohlfahrtsverlusten, denn Wohlfahrt wird durch Präferenzbefriedigung definiert. Nun liegt es in der Natur der Sache, dass individuelle Präferenzen für öffentliche Güter unbefriedigt bleiben können. Kollektive Wohlfahrt ist deshalb nicht allein dadurch bestimmt, dass die Nutzer öffentlicher Güter ihre Präferenzen erfüllt sehen, sondern auch dadurch, *dass sie ein Recht haben, die gemeinschaftlichen Präferenzen zu bestimmen*. Wenn aber Entscheidungen von politischen Akteuren getroffen werden, die für diese Entscheidung nicht von Wählern autorisiert werden können, weil sie in einer anderen Jurisdiktion leben, so sind diese Wähler vom demokratischen Entscheidungsprozess ausgeschlossen und damit öffnet sich der Weg zu Wohlfahrtsverlusten. Verhandlungskompromisse zwischen Regierungen können dieses Dilemma nicht aufheben, sondern lediglich über die Verteilung der Verluste entscheiden. Statt Wohlfahrtsmaximierung wird Verlustminimierung zur obersten Maxime der Politik. Statt zu suchen, wie größtmögliche Integrationsgewinne erzielt werden können, weigern sich Regierungen „für andere zu zahlen“. Das Problem ist alt, erscheint aber in der EU in neuem Gewand.

Im traditionellen Nationalstaat ist das Problem dadurch gelöst, dass öffentliche Güter national sind und alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, mithin die Politikentscheidungen des Staats von den Betroffenen legitimiert sind. In dem Maße, in dem europäische Integration jedoch öffentliche Gütern mit europäischer Reichweite ge-

3 J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration. Rede am 12. Mai 2000 in der Humboldt-Universität in Berlin, <http://www.whi-berlin.eu/documents/fischer.pdf> (27.7.2011).

4 BVerfGE 123, 267.

5 BVerfG, 2 BvR 987/10 vom 7.9.2011.

schaffen hat, wird diese Kongruenz zunehmend unschärfer. Euroskeptiker suchen die Schärfe dadurch wiederherzustellen, dass sie das Rad der Integration zurückzudrehen versuchen. Allerdings ist dies nur um den Preis geringerer Wohlfahrt möglich. Euroföderalisten haben dagegen argumentiert, dass der Konflikt in einem europäischen Bundesstaat zu lösen wäre. Sie stoßen jedoch auf den Widerstand derer, die fürchten, dadurch ihre nationalen Eigenarten und Identitäten zu verlieren. Diese Furcht drückt sich in dem kategorischen Diktum aus, dass es kein europäisches Volk gebe und deshalb auch keine europäische Demokratie möglich sei.

Aus diesem Dilemma gibt es im herrschenden Paradigma keinen Ausweg. Der Intergouvernementalismus bietet keine Lösung, weil er allein auf Output-Legitimität baut und Input-Legitimität ignoriert.⁶ Der Föderalismus, zumindest nach deutscher Art, führt zu Politikverflechtung, welche ebenfalls die demokratischen Mitwirkungsrechte beschränkt.⁷ Nun zeigt es sich aber, dass insbesondere die gemeinsame Währung die Politikanreize verschoben hat, dass eine effiziente, Output-legitimierende Bereitstellung öffentlicher Güter auf intergouvernementaler Basis schwierig, wenn nicht unmöglich, geworden ist. Dies hat sich gerade in der Euro-Schuldenkrise gezeigt. Somit ist die Lösung des Legitimations- und Demokratieproblems noch immer die große unvollendete Aufgabe der europäischen Politik.

II. Der Begriff der Republik

Von allen politischen Traditionen in Europa ist die Republik die älteste. Sie wurzelt in *Aristoteles'* Politeia und in der römischen Republik, die den italienischen Stadtstaaten der Renaissance und den deutschen Hansestädten als Modell dienten. *Pocock* hat beschrieben, wie das Konzept republikanischer Freiheit von *Machiavelli* über *Harrington* zu den Gründungsvätern der Vereinigten Staaten Amerikas kam, und *Israel* hat untersucht, wie das republikanische Gleichheitsideal der holländischen Republik zu einer Grundnorm der französischen Republik wurde.⁸ In Deutschland ist der Begriff eher unterbelichtet und beschränkt sich auf das Kontrastprogram zur Monarchie.⁹ Der gemeinsame Kern aller Republikbegriffe ist die Freiheit und Gleichheit der Bürger.

6 Die Unterscheidung zwischen Input- und Output-Legitimität geht zurück auf *F. W. Scharpf*, Governing in Europe: Effective and Democratic?, 1999.

7 *F. W. Scharpf*, Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, PVS 26 (1985), S. 323–356.

8 *J. G. A. Pocock*, The Machiavellian Moment, N.J. 1975; *J. Israel*, The Intellectual Origins of Modern Democratic Republicanism (1660–1720), European Journal of Political Theory 3, 2004, S. 7–36.

9 Siehe *J. Isensee*, Republik – Sinnpotential eines Begriffs, JZ 1981, S. 1–8. Dagegen *W. Henke*, Zum Verfassungsprinzip der Republik, JZ 1981, S. 249 ff. In jüngerer Zeit etwa *M. Anderheiden*, Gemeinwohl in Republik und Union, 2006.

Das moderne Konzept der Republik¹⁰ kann sich noch immer auf Ciceros Definition berufen: „*res publica res populi*“. Sinnvollerweise übersetzen wir dies als „öffentliche Güter sind die Güter des Volkes“,¹¹ wobei Cicero sofort erklärt: „Das Volk ist aber nicht der Verein aller Menschen, die irgendwie zusammen kommen, sondern der Verein einer Menschenmenge unter dem Konsens des Rechts und der Nützlichkeit einer gemeinsamen Partnerschaft.“¹² Die Republik wird also von Anbeginn als eine Rechtsgemeinschaft im nutzenorientierten Interesse (*utilitas*) von Individuen begriffen. Aus diesem Grund beinhaltet Republikanismus immer die Norm der Freiheit, die im Widerspruch zur Unterwerfung unter die Herrschaft (*sub potestate*) eines Königs oder Despoten stand und deshalb Gleichheit postulierte. In der Renaissance wird die Republik der freien und gleichen Bürger das Gegenkonzept zur „*regnum*“ des Kaisers. Die republikanische Freiheit besteht darin, dass die Gemeinschaft der Bürger die letzte Souveränität behält und die Regierenden nicht mehr als Agenten sind, die mit der Verwaltung öffentlicher Güter beauftragt sind.¹³ Machiavelli betont, dass die „Städte niemals ihren Besitzstand und Reichtum erweitert haben, es sei denn, sie seien in einem Zustand der Freiheit“.¹⁴ Allerdings sind die Renaissancerepubliken von harten fraktionellen Konflikten geprägt, so dass die Republik durch die „*civitas*“, den Bürgersinn, und republikanische Tugenden ergänzt werden muss. Diese Orientierung auf das Gemeinwohl war nicht nur für Machiavelli der Grund für Wohlfahrtsgewinne.¹⁵ Isensee resümiert, es komme in der Republik „nicht darauf an, wer regiert, sondern darauf, welches Ziel die Regierung leitet“.¹⁶

10 R. Gröschner, Die Republik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Auflage 2004, § 23, hat sich bemüht, eine Kontinuität des Republikanismus von Aristoteles zu Cicero nachzuweisen. Allerdings hat U. Wesel (Geschichte des Rechts in Europa, 2010, S. 99) betont, dass die Ähnlichkeit zwischen Athen und Rom nur äußerlich war: „[D]ie Griechen haben den wissenschaftlichen Philosophen erfunden, der die Grundlage geschaffen hat für europäische Geistes- und Naturwissenschaften. Die Römer haben den Juristen erfunden, der im Recht das geleistet hat, was die Griechen nicht konnten wegen der Volksabstimmungen in ihren Gerichten.“ Der Unterschied zwischen Aristoteles und Cicero ist aber noch aus einem anderen Grund wichtig. B. Constant hat in seinem berühmten *Discours von 1819* zwischen antiken und modernen Formen der Freiheit unterschieden (http://cattalaxia.net/Benjamin_Constant,_De_la.Liberté_des_Anciens_comparée_à celle_des_Modernes). Die moderne Freiheit mit individuellen Rechten ist aber eine Entwicklung der Renaissance, die sich gegen Aristoteles auf Cicero berief; siehe R. Tuck, Philosophy and Government, 1993, S. 1572–1651. Es ist diese moderne Konzeption der Republik, auf die sich A. von Bogdandy (Fn. 1, S. 26) beruft, wenn er schreibt, dass „ein republikanisches Verständnis der Europäischen Union nicht auf jenen republikanischen Theorien aufbauen kann, die Konzeptionen ‚starker‘ und ‚enger‘ Gemeinschaft verfolgen. Die europäische Republik kann ein liberaldemokratisches, gewiss aber kein kommunitaristisches Gemeinwesen bilden.“.

11 Die lateinische *res* steht für Sachen, Dinge, Güter, Angelegenheiten.

12 „Est igitur, ..., res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quomodo congregatus, sed coetus multitudinis iuriis consensu et utilitatis communione sociatus“, Cicero, De re publica, 1928 (Reprint 2006); meine Übersetzung ins Deutsche.

13 Q. Skinner, From the State of Princes to the Person of the State, in: ders., Visions of Politics, Vol. II., 2002, S. 380: „The community must retain ultimate sovereignty, assigning its rulers and magistrates a status no higher than that of elected functionaries. These officials must in turn recognize that they are mere agents or *ministeri* of justice, charged with the duty of ensuring that the laws established by the community for the promotion of its own good are equitably enforced.“.

14 „perché si vede per esperienza le cittadi non avere mai ampliato né di dominio né di ricchezza, se non mentre sono state in libertà“, N. Machiavelli, Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio, 2000, S. 139.

15 „non il bene particolare, ma il bene comune è quello che fa grandi le città. E senza dubbio questo bene comune non è osservato se non nelle repubbliche“, *ibidem*.

16 J. Isensee (Fn. 9), S. 3.

Heutzutage wird der Begriff *res publica* oftmals als „Staat“ übersetzt; allerdings handelt es sich dabei um einen Anachronismus. Weder die Antike noch das Mittelalter kannten „den Staat“ als „Machtapparat, dessen Existenz davon unberührt bleibt, wer ihn zu einem gegebenen Zeitraum gerade kontrolliert“,¹⁷ bzw. als „Anstaltsbetrieb“, in dem ein „Verwaltungsstab erfolgreich das Monopol legitimten physischen Zwangs für die Durchführung der Ordnung in Anspruch nimmt“.¹⁸ Während der Republikbegriff individuelle Freiheit und Gleichheit der Bürger als normative Substanz enthält, baut der Staatsbegriff, zum Teil auch noch im demokratischen Verfassungsstaat, auf holistisch-hierarchischer¹⁹ Herrschaft des Souveräns über Untertanen auf.²⁰ Die republikanische Theorie gewinnt ihre Eigenart gerade daraus, dass sie die Gemeinschaft der Bürger und nicht den Staat zum Träger der Souveränität erklärt.²¹ Wenn aber Staat und Republik verschmelzen, dann kann der Informationsgehalt des Republikbegriffs nur darin bestehen, dass es sich bei der Republik um eine besondere Staatsform handelt.

Die mit dieser Verschmelzung verbundene Reduzierung des Republikbegriffes zur Staatsform führt zu einer doppelten Verarmung. Zum einen verliert sich der Sinn dafür, dass die Republik öffentliche Güter zum Gegenstand hat, dass mithin die öffentlichen Güter das Objekt der kollektiven Intentionalität sind, aus der heraus ihre Institutionen gebildet werden.²² Zum anderen konzentriert sich der Begriff des Staats auf den *Besitz* der Macht, mithin die Kontrolle von Ressourcen,²³ und nicht, wie der der Republik, auf das *Eigentum* der Bürger, also das *Recht* der Bürger gemeinschaftliche Ressourcen zu kontrollieren.²⁴ Aus dieser doppelten Verkürzung ergeben sich weitreichende Folgen für die *governance* der Europäischen Union. Wollen wir den Republikbegriff für die Europäische Union mobilisieren, ist es notwendig ihn inhaltlich wieder anzureichern, ohne die Tradition des Republikanismus zu verletzen. Dies geschieht, indem wir die *res publica* in den Kontext der modernen

17 Q. Skinner (Fn. 13), S. 378, meine Übersetzung ins Deutsche.

18 So M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 29.

19 Zur Diskussion von Holismus, Hierarchie und Individualismus siehe K. Popper, The Open Society and Its Enemies, 1995; L. Dumont, Essays on Individualism, 1986.

20 Von der Staatsgewalt sagt J. Isensee (Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Auflage 2004, § 15), sie habe „zwei Gesichter: nach innen gewandt effektive und organisierte Herrschaftsgewalt, innere Souveränität; nach außen gewandt rechtliche Unabhängigkeit, äußere Souveränität“. Nach dieser Interpretation sind Staaten souverän und nicht Bürger. Siehe auch D. Grimm, Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs, 2009. Die Unvereinbarkeit des staatlichen Souveränitätsprinzips mit dem der Republik werde ich im Folgenden diskutieren.

21 „[Republican writers] make no ... distinction between the powers of states and the powers of communities over which they rule. On the contrary, the whole thrust of republican theory is towards an ultimate equation between the two. This undoubtedly yields a recognizable concept of the state, one that many Marxists and exponents of direct democracy continue to espouse. But it involves a repudiation of the most distinctive element in the mainstream theory of the modern state: the claim that it is the state itself, rather than the community over which it holds sway, that constitutes the seat of sovereignty.“ Q. Skinner (Fn. 13), S. 386.

22 Zum Begriff der *collective intentionality* siehe J. Searle, The Construction of Social Reality, 1995.

23 Q. Skinner zeigt, dass der Begriff „Staat“ in der Renaissance aus dem Begriff des Besitzstandes entsteht, siehe ders., A Genealogy of the modern state, Manuscript 2009, unter <http://www.princeton.edu/politics/events/repository/public/faculty/SkinnerPaper10.21.09.pdf>.

24 Hobbes macht dies in der Unterscheidung von Right und Law deutlich: „Right consitteth in liberty to do, or to forbare; whereas law, determineth, and bindeth to one of them: to that Law, and Right, differ as much, as Obligation and Liberty; which in one and the same matter are inconsistent“ (Leviathan 1996, S. 91).

Theorie der öffentlichen Güter stellen und Autorität und Macht im Rahmen der *principal-agent*-Theorie artikulieren.

III. Die Definition öffentlicher Güter

1. Begriffsbestimmung

Öffentliche Güter hat es immer schon gegeben, auch wenn der Sprachgebrauch oft konfus war. So hat die holistische Tradition seit *Aristoteles* öffentliche Güter aus dem Gemeinwohl abgeleitet. Gut war, was der Gemeinschaft mit ihren konventionellen Vorstellungen diente.²⁵ Im römischen Recht wurde zwischen *res publica* und *res privata* unterschieden, und diese Unterscheidung wird in der modernen Theorie der öffentlichen Güter (*public goods vs. private goods*) wieder aufgegriffen. Die erste klare Begriffsbestimmung wurde allerdings erst von *Samuelson*²⁶ geliefert, der ein öffentliches Gut als eines definiert, das von allen gemeinsam genutzt wird, so dass „der Verbrauch eines solchen Gutes durch jedes Individuum nichts vom Verbrauch eines anderen Individuums wegnimmt“. Wenn beispielsweise zwei Menschen in der Nacht über eine Straße gehen, scheint das Licht für beide gemeinsam; es wird nicht dadurch schwächer, dass es von mehreren Menschen genutzt wird. Die neuere ökonomische Theorie diskutiert die gemeinschaftlichen Nutzen- und Schadenseffekte von öffentlichen Gütern unter dem Namen von *Externalitäten*, welche – wie ich weiter unten diskutieren werde – die Anreize für ihre Bereitstellung strukturieren. Der „Verbrauch“ öffentlicher Güter ist gemeinschaftlich in dem einfachen Sinne, dass jedes Individuum einer gegebenen Verbrauchergruppe Nutzen oder gegebenenfalls Schaden aus der Existenz dieses Gutes zieht. Gemeinschaftseigentum ist mithin das Recht (*Hobbes* würde sagen die Freiheit) ein öffentliches Gut zu nutzen oder nicht. Im Gegensatz zu öffentlichen Gütern stehen die privaten Güter. Ihr Verbrauch ist exklusiv und konkurrierend in dem Sinne, dass der Verbrauch des Einen den des Anderen unmöglich macht: Wenn eine Person einen Apfel isst, kann ein anderer dies nicht tun.

Wenn Ökonomen zwischen privaten und öffentlichen Gütern unterscheiden, so beziehen sie sich nicht nur auf die Konkurrenz von Konsum, sondern auch auf das sogenannte Ausschlussprinzip.²⁷ Es findet Anwendung, wenn der Verbrauch einer Person davon abhängig ist, ob diese zum Erwerb einen Preis bezahlt hat und ob Eigentumsrechte existieren, welche es erlauben Personen auszuschließen, die den

25 J. Rawls (Political Liberalism, 1996, S. 37) definiert Gemeinschaft im Gegensatz zu Gesellschaft aus *comprehensive doctrines*, welche nur durch den Gebrauch von unterdrückender Staatsgewalt („*by the oppressive use of state power*“) aufrecht erhalten werden können. Aus der holistischen Gemeinschaftssicht ist Sokrates‘ Tod mithin Wohlfahrt steigernd, aus moderner individualistischer Sicht dagegen pareto-suboptimal.

26 P. A. Samuelson, The Pure Theory of Public Expenditure, Review of Economics and Statistics 36 (1954), S. 387–389.

27 R. Musgrave/P. Musgrave, Public Finance in Theory and Practice, 1973.

Preis nicht zahlen wollen. Für öffentliche Güter im engen Sinne ist dies nicht möglich, wie *John Stuart Mills* berühmtes Leuchtturmbeispiel deutlich macht.²⁸

Wenn Eigentum das Recht auf Nutzung von Gütern ist, so ist Privateigentum der exklusive Anspruch auf Nutzen und Gemeinschaftseigentum der Anspruch auf Nutzung von öffentlichen Gütern. Aus dem Gemeinschaftseigentum an öffentlichen Gütern lässt sich dann der republikanische Begriff einer Gemeinschaft ableiten. Einerseits müssen die Mitglieder einer Gemeinschaft öffentliche Güter nutzen *können* (Externalitätenprinzip), andererseits müssen sie sie nützen *dürfen* (Ausschlussprinzip). Mit anderen Worten, ein Individuum, welches von den Externalitäten eines Gutes nicht betroffen ist, kann auch nicht Teil der Betroffengemeinschaft sein. Umgekehrt gilt aber aus republikanischer Sicht auch, dass alle Betroffenen ein gleiches Recht haben müssen über den Gemeinschaftsnutzen zu bestimmen. Mit anderen Worten, es ist die *utilitas* der *res publica*, um Ciceros Formulierung aufzunehmen, welche die Rechtsgemeinschaft der republikanischen Bürger determiniert und nicht die „kulturellen, historischen und sprachlichen Vorverständnisse“ einer Gemeinschaft, wie dies durch den Begriff eines Staatsvolks impliziert wird.²⁹ Aus diesen Überlegungen folgt, dass europäische öffentliche Güter definiert sind als diejenigen Güter, die von allen Bürgern der Europäischen Union gemeinsam genutzt werden. Sie sind mithin das Eigentum der Bürger an der Europäischen Union.

Die meisten der oben genannten europäischen öffentlichen Güter sind auf dem Wege der Gesetzgebung und Rechtsprechung entstanden. Aber selbst wenn ihre Schaffung auf einzelstaatlichen Rechtsakten beruht (Mitgliedstaaten als „Herren“ der Verträge), so hat sie doch zur Folge, dass diese europäischen öffentlichen Güter eine Gemeinschaft von europäischen Rechtsbürgern konstituiert. Der Lissaboner Vertrag erkennt dies an, indem er im Hinblick auf europäische öffentliche Güter das Ausschlussprinzip durch die Definition der Unionsbürgerschaft im Lissabon-Vertrag regelt. Danach ist „Unionsbürger [...], wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt“,³⁰ woraus sich ein Katalog von „Rechten und Pflichten“ ergibt,³¹ welcher die Unionsbürger in den „Konsens des Rechts“ (*Cicero*) stellt. Der *populus* der Europäischen Republik ist also die Menge der Unionsbürger.

2. Anreizstruktur

Private Güter werden effizient von Märkten bereitgestellt, aber für öffentliche Güter gilt dies nicht. Wenn ein Gut gleichzeitig konkurrierend und ausschlussfähig ist, wird es privat genannt. Wenn es nicht konkurrierend und nicht ausschlussfähig ist,

28 J. S. Mill, Principles of Political Economy, Book 5, Chap. 11, par. 15, 1848.

29 Dazu R. Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Auflage 2004, § 16.

30 Art. 20 Abs. 1 AEUV.

31 Art. 20 Abs. 2 AEUV, vgl. A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein, Europarecht, 7. Auflage 2010, Rn. 725.

ist es ein reines öffentliches Gut.³² Märkte sind effektiv, weil Verbraucher auf Preissignale reagieren, indem sie unterschiedliche Verbrauchsmengen wählen und ihre Präferenzen durch Bezahlung offenlegen. Die Nachfrage nach öffentlichen Gütern hängt dagegen davon ab, wie viel alle Nutzer gemeinsam bereit sind, für ihre Bereitstellung zu bezahlen. Die Märkte bedienen somit alle Verbraucher, die bereit sind die Grenzkosten zu bezahlen, und schließen diejenigen aus, die dazu nicht Willens sind. Bei öffentlichen Gütern ist dies nicht möglich, da die Nutzer nicht ausschließbar sind und deswegen erfordert die Bereitstellung öffentlicher Güter öffentliche Entscheidungen und kollektives Handeln.

Das Ausschlussprinzip ist die Grundlage von privaten Eigentumsrechten und Markt-effizienz. Es steht allerdings oft im Widerspruch zu Ideen distributiver Gerechtigkeit, da der Verbrauch privater Güter nur dem zusteht, der im Besitz von Geld ist. Weil sie nicht durch Preise rationiert werden können, werden öffentliche Güter häufig als Mittel zur Wiederherstellung von Gerechtigkeit betrachtet. Diese Überlegung rechtfertigt oftmals die Ausweitung des Bereichs öffentlicher Güter und des Wohlfahrtsstaats, der in Europa durch die demokratischen Institutionen der Mitgliedstaaten ausgebaut wurde. In dem Maße, in dem Gerechtigkeitsfragen neuerdings aber auch europäische Dimensionen annehmen, stellt sich allerdings zunehmend auch auf der europäischen Ebene die Frage nach dem Gut der sozialen Gerechtigkeit und nach der Bereitstellung und effektiven Verwaltung öffentlicher Güter.

Obwohl öffentliche Güter von allen Verbrauchern in Anspruch genommen werden können, unabhängig davon, ob sie dafür bezahlt haben oder nicht, werden diese Güter doch nur bereitgestellt, wenn eine hinreichende Zahl von Individuen kooperiert und zu ihrer Produktion beiträgt. Die Summe aller individuellen Beiträge muss die Grenzkosten zur Herstellung eines öffentlichen Gutes abdecken. Allerdings sind Verbraucher oft nur bereit für ihren unmittelbaren persönlichen Nutzen zu zahlen und nicht für die Nutzeneffekte, die andere betreffen (Externalitäten); wenn die Summe der individuellen Beiträge die Grenzkosten nicht abdeckt, werden die öffentlichen Güter nicht oder nicht in ausreichendem Maße produziert. Koordiniertes kollektives Handeln ist somit notwendig, um sicher zu stellen, dass die Kosten gedeckt werden. Solange die Verbraucher jedoch davon ausgehen können, dass ihr eigener Beitrag zu gering ist, aber der von allen anderen hinreichend ist, um die Bereitstellung der öffentlichen Güter zu garantieren, werden sie versucht sein, auf Kosten anderer „Tritt Brett zu fahren“. Wenn aber alle Verbraucher diese Haltung einnehmen, wird die Versorgung mit öffentlichen Gütern insgesamt *suboptimal*.³³ Ihre optimale Bereitstellung ist deshalb davon abhängig, dass Individuen ihre Präferenzen ehrlich und korrekt offenlegen. Andernfalls scheitert die freiwillige Kooperation von individuellen Akteuren. In der politischen Ökonomie wird dieses Di-

32 In der mikroökonomischen Theorie bedeutet dies, dass in einem zweidimensionalen Raum von Preis und Quantität die Nachfragekurven für private Güter horizontal auf der Mengen-Achse addiert werden, wohingegen die öffentlichen Güter vertikal auf der Preis-Achse addiert werden. Siehe P. A. Samuelson (Fn. 26).

33 R. Musgrave, The Role of the State in Fiscal Theory, International Tax and Public Finance 3 (1996), S. 247–258.

lemma zwischen Gemeinwohl und Eigennutz als *collective action problem* bezeichnet.³⁴ Wenn freiwillige Kooperation scheitert, muss an die Stelle einer Vielzahl von Akteuren ein einheitlicher Agent treten, der die Interessen der Einzelnen am gemeinsamen Gut schützt. Dies ist die Aufgabe von Regierungen.³⁵

Die effiziente Bereitstellung öffentlicher Güter hängt somit davon ab, welche Anreize diese Güter zur freiwilligen Kooperation unabhängiger Akteure bieten. Es lassen sich zwei Gütergruppen unterscheiden. Sogenannte *inklusive Clubgüter* sind dadurch charakterisiert, dass man den Nutzen der öffentlichen Güter auf den Kreis von Mitgliedern beschränken kann, die bereit sind, ihren Beitrag zur Erstellung der jeweiligen Güter zu leisten. Die Mitglieder haben hier einen Anreiz zu kooperieren, da sie anderenfalls nicht in den Genuss des öffentlichen Gutes kommen. Allerdings reicht die Erwartung von möglichem Nutzen nicht aus, um die Bereitstellung inklusiver Güter zu garantieren. Informationsasymmetrien können koordiniertes Verhalten verhindern, wenn die einzelnen Akteure nicht wissen, ob ihre Partner sich an die Abmachungen halten werden. Eine dem Gesamtwohl verpflichtete Gemeinschaftsinstitution, wie zum Beispiel die Europäische Kommission, kann solche Asymmetrien überwinden, indem sie sicherstellt, dass jeder Akteur sein Interesse erkennt und *deshalb* seinen Beitrag zum Gemeinwohl leistet.

Bei der zweiten Gruppe sogenannter knapper Gemeinschaftsressourcen (*common resource goods*) ist die Anreizstruktur anders. Hier kann einzelnen Akteuren der Zugang zu einem Gut nicht verwehrt werden, obwohl die Ressource selbst knapp ist. Jeder einzelne Akteur hat somit ein Interesse, sich so viel von dieser Ressource anzueignen, wie er kann, was allerdings auf Kosten der anderen geht. Er ist somit versucht, das Gegenteil von dem tut, was im kollektiven Interesse wäre. Das Gemeinschaftsprojekt ist dann zum Scheitern verdammt, es sei denn, die Eigentümer der öffentlichen Güter ernennen eine Regierung, die das Gemeinschaftsinteresse wahrt und verwaltet. Sie muss als Agent der Gemeinschaft notfalls mit (legitimierter) Gewalt verhindern, dass einzelne Akteure ihren Vorteil auf Kosten aller anderen erhöhen. Damit verändert sich die Form der Verwaltung öffentlicher Güter fundamental. Bei inklusiven Clubgütern ist die Frage nach Subsidiarität und Dezentralisierung sinnvoll, da autonome Akteure (im EU-Kontext: Regierungen) ein Interesse haben, wohlfahrtsmaximierend zu kooperieren. Bei exklusiven *common resource goods* muss die Verwaltung der öffentlichen Güter zentralisiert werden. Andernfalls werden die einmal geschaffenen Gemeinschaftsgüter auch wieder verschwinden. Dieses Problem stellt sich nun in der europäischen Währungsunion mit neuer Dringlichkeit, denn der Euro hat neue exklusive Gemeinschaftsgüter geschaffen.

34 M. Olson, The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups, 1971; R. Cooper/A. John, Coordinating Coordination Failures in a Keynesian Model, Quarterly Journal of Economics 103 (1988), S. 441–463; näher S. Collignon (Fn. 1).

35 So schon bei D. Hume (A Treatise of Human Nature, 1740: Section vii. Of the Origin of Government): „Two neighbours may agree to drain a meadow, which they possess in common; because it is easy for them to know each other's mind; and each must perceive, that the immediate consequence of his failing in his part, is, the abandoning the whole project. But it is very difficult, and indeed impossible, that a thousand persons should agree in any such action; it being difficult for them to concert so complicated a design, and still more difficult for them to execute it.“

3. Der Euro und die Republik

Die EU war in ihrer frühen Phase durch die Schaffung inklusiver europäischer Gemeinschaftsgüter charakterisiert. Die Kommission hatte dabei die Aufgabe, als Wächter des Gemeinschaftsinteresses Informationsasymmetrien abzubauen und sicherzustellen, dass die Regierungen der Mitgliedstaaten ihr Gemeinschaftsinteresse an einer Kooperation klar erkannten und miteinander kooperierten. Diese Strategie der europäischen Integration war erfolgreich, da die Kooperationsgewinne deutlich die Koordinationskosten überstiegen. Aber in dem Maße, in dem sich sektorale und funktionale Kooperation ausweitete,³⁶ stellte sich das Problem ihrer effizienten Verwaltung (*governance*) in neuen Formen. Während in einem kleinen überschaubaren Bereich mit wenigen Akteuren intergouvernementales *deal making* noch erfolgreich war,³⁷ verhindern in einem größeren und komplexeren Wirtschaftsraum nationale Vетos zunehmend häufiger die Maximierung des Gemeinwohls. So blieb beispielsweise die EWG der Römischen Verträge unvollkommen, bis die Einheitliche Europäische Akte 1986 neue Methoden zur Marktregulierung erfand. Nun ist gerade durch diesen neuen Schritt ein dichtes System von wirtschaftlichen und politischen Interdependenzen entstanden, in dem die Entscheidungen einzelner Mitgliedstaaten externe Effekte in Partnerstaaten erzeugten, die einen neuen Politikansatz erfordern.

Insbesondere mit der Transformation nationaler Volkswirtschaften in eine europäische Geldwirtschaft und der Einführung des Euro haben sich die Politikanreize auf zahlreichen Gebieten fundamental geändert. Geld ist die wichtigste Gemeinschaftsressource einer Marktwirtschaft, und damit sind viele Dinge, die Geld kosten, zu exklusiven *common resource goods* geworden. Die Währungsunion war unvermeidlich, da ein europäischer Binnenmarkt ohne einheitliche Währung auf Dauer nicht funktionsfähig ist. Das Quartett von freiem Güterverkehr, freier Mobilität von Kapital und Arbeit, Wechselkursstabilität und nationaler Geldpolitik ist inkonsistent und nur die Aufgabe der nationalen Geldpolitik kann auf Dauer den Binnenmarkt sichern.³⁸ In einem vollintegrierten Markt konkurrieren Firmen um Einkommen, das heißt um das Geld ihrer Kunden, indem sie bessere Produkte zu geringeren Kosten anbieten. Bei flexiblen Wechselkursen werden Kosten und Preise jedoch ständig durch Volatilität auf den Kapital- und Devisenmärkten verzerrt. Diese Volatilität kann durch regelgebundene Kooperation autonomer Zentralbanken nicht beigelegt werden, wie die Krise im Europäischen Währungssystem (EWS) 1992/93 klar belegt hat. Die vollständige Integration der Gütermärkte erfordert deshalb nicht nur feste Wechselkurse, sondern auch eine Geldpolitik aus einem Guss. Die Be-

³⁶ Dies wurde von Neofunktionalisten von Anfang an vorhergesagt und auch gewünscht, siehe E. Haas, The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces 1950–1957, 2004.

³⁷ So wird beispielsweise behauptet, Deutschland und Frankreich hätten sich in einem großen Deal darauf verständigt, französische Landwirtschaft protektionistisch zu schützen, während die deutsche Industrie die Freiheit des Binnenmarktes bekam.

³⁸ Zur Vertiefung dieser Argumentation und ihrer Bedeutung für die Schaffung der europäischen Währungsunion siehe S. Collignon/D. Schwarzer, Private Sector Involvement in the Euro. The Power of Ideas, 2002.

reitstellung der gemeinsamen Währung musste an eine einheitliche Institution, die EZB, delegiert werden, da sonst *collective-action*-Probleme die Funktion von Geld als knapper Gemeinschaftsressource in Frage stellen würden.

Mit der Schaffung des Euro ist nun auch die Haushaltspolitik ein öffentliches Gut mit starken politischen Externalitäten geworden. Da Regierungen, ebenso wie private Firmen und Haushalte, Geld brauchen und die Zentralbank dieses Geld knapp hält (was die Folge des Mandats zur Wahrung der Preisstabilität ist), ist der Euro ein *common resource good*. Der Zugang zum Kapitalmarkt, wo man diese Ressource erhält, muss für alle Akteure offen sein. Der Zins, als Knappeheitspreis für Kapital, hängt somit von der aggregierten Gesamtnachfrage nach Kredit in der Eurozone ab. Hohe Neuverschuldung aller Regierungen treibt die Zinsen nach oben und verdrängt private Kreditnachfrage. Da private Investitionen jedoch die Haupttriebkraft für Wirtschaftswachstum sind, liegt es im kollektiven Interesse aller Akteure in der Eurozone, Staatsverschuldung niedrig zu halten.³⁹ Aus diesem Grund wurde der Stabilitäts- und Wachstumspakt geschaffen. Für die Mitgliedstaaten stellt sich die Interessenlage jedoch anders dar: Jede einzelne Regierung könnte billig Kredit aufnehmen, solange die anderen sich an den Stabilitäts- und Wachstumspakt halten. Nationale Regierungen haben somit ein Anreizprogramm, den anderen zu sagen, was sie tun sollen, und zugleich nicht zu kooperieren, sondern auf Kosten der Partner die Wohlfahrt ihrer „eigenen“ Bürger zu fördern, sprich Steuern niedrig zu halten. Für die Konjunkturpolitik in der Eurozone zählt allerdings nur die aggregierte Budgetposition, die sich aber lediglich als das Zufallsergebnis aller nationalen Haushaltspolitiken ergibt. Damit ist eine Haushaltspolitik für die Eurozone unmöglich und die gemeinsame Wohlfahrt suboptimal.⁴⁰

Hinzu kommt, dass die Aktionen einzelner Mitgliedstaaten die Finanzmärkte destabilisieren können, selbst wenn das Aggregat stabil ist. Die griechische Schuldenkrise hat deutlich gemacht, welche Verheerungen Externalitäten durch unkoordiniertes und autonomes Handeln der Mitgliedstaaten anrichten können. Die Regulierung der externen Effekte, die einzelne Regierungen verursachen, ist heute nicht länger durch freiwillige Kooperation von „souveränen“ Mitgliedstaaten zu bewerkstelligen. Diese Situation ist unhaltbar. Die Lösung bestünde darin, eine zentrale Autorität mit der Formulierung einer gemeinsamen Haushaltspolitik zu beauftragen, was im Übrigen nicht notwendigerweise bedeutet, dass die Ausführung dieser Politik auch an eine zentrale Regierung delegiert werden muss.⁴¹

Das Beispiel einer europäischen Haushaltspolitik ist markant; die Logik des Kooperationsversagens lässt sich jedoch auf zahlreiche andere Politikfelder übertragen, wie zum Beispiel Strukturreformen, Wettbewerbspolitik, die Vollendung der Marktintegration, einheitliche Finanzaufsicht etc. Die politischen Konsequenzen sind allerdings weitreichend: Die Natur der exklusiven öffentlichen Güter erfordert

39 In Krisensituationen, wenn private Investitionen zusammenbrechen, mag dies anders sein.

40 Die finanzpolitische Praxis in der Eurozone steht damit im Widerspruch von Art. 119 AEUV sowie Art. 3 Abs. 1 und 3 EUV.

41 S. Collignon, *Vive la République européenne*, und ders., Bundesrepublik Europa? (Fn. 1).

eine zentralisierte Verwaltung. Im Zeitalter der europäischen Währungsunion ist eine europäische Wirtschaftsregierung unumgänglich, und diese Regierung muss die Macht haben, das Gemeinschaftsinteresse gegebenenfalls auch gegen nationale Regierungen durchzusetzen. Damit stellt sich die Frage, wie dieser ökonomische Imperativ mit der Legitimation von Macht und vorherrschenden staatstheoretischen Verständnissen in Einklang zu bringen ist.

III. Die Principal-Agent-Beziehung

1. Staat und Republik

Es ist allgemeiner Konsensus, dass die Europäische Union kein Staat ist, auch wenn sie „heute Züge eigener Staatlichkeit gewonnen“ hat und „immer mehr Lebensbereiche von europäischen Entscheidungen berührt werden“.⁴² Aber auch wenn die EU kein Staat ist, wird sie doch von einer etatistischen Ideologie beherrscht, die die Mitgliedstaaten zu den „Herren der Verträge“ macht und „die europäische Einigung auf die Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten stellt“.⁴³ Damit wird der Staatsbegriff und nicht der Republikbegriff zum normativen Anker des Europarechts. Den Bürgern werden ihre Eigentumsrechte an den öffentlichen Gütern abgesprochen, wenn Staaten für sich beanspruchen, „Herren“ zu sein, die souverän über das öffentliche Interesse entscheiden. Eine solche normative Fundierung der EU muss zu einer Aporie des europäischen Vereinigungsprojekts führen. Das republikanische Paradigma bietet eine Alternative.

Staat und Republik sind nicht identisch. Der Begriff des Staats „bezieht sich auf die Herrschaft von Menschen über Menschen. Er ist entstanden in Ablösung von und als Gegenbegriff zu einem auf persönlichen Treueideen beruhendem Personenverband. Der Begriff des Staats ist damit das Ergebnis einer Versachlichung von Herrschaft“⁴⁴ und im Prinzip ist die Herrschaft des Staats deshalb neutral. Absolute Herrscher konnten (normativ betrachtet) tun und lassen was sie wollten.⁴⁵ Theorien des Staats suchen zu erklären, wie Herrschaft legitimiert werden kann, also unter welchen „Umständen ein Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam finden“ darf.⁴⁶ Der Begriff der Republik bezieht sich dagegen nicht auf Herrschaft, sondern auf Freiheit. Er ist nicht neutral. Die Republik schützt Bürger

42 So die Sozialdemokratische Partei Deutschlands, Grundsatzprogramm, beschlossen auf dem Hamburger Parteitag am 28. Oktober 2007. *J. Isensee* (Fn. 20, Rn. 53), behauptet, die Union strebe nach einer Verfassung, „die im Duktus und weitest möglich auch im Inhalt dem Vorbild der klassischen Staatsverfassung nahe kommt und deren Nimbus erreicht. Sie bemüht sich um die Insignien der Staatlichkeit, ohne selbst Staat zu sein.“.

43 BVerfGE 123, 267, 357 f.

44 I. v. Münch/U. Mager, Staatsrecht I, 7. Auflage 2009, Rn. 3.

45 Wie T. Hobbes (*Leviathan*, Chap. XX, 1996, S. 139) so schön beschreibt: „He cannot be Accused by any of his subjects, of Injury: He cannot be punished by them: He is Judge of what is necessary for Peace; and Judge of Doctrines: He is Sole Legislator; and Supreme Judge of Controversies; and of the times and Occasions of Warre and Peace: to Him belongeth to choose Magistrates, Councillors, Commanders, and all other officers, and Ministers; and to determine of Rewards, and Punishments, Honour and Order.“ Hobbes hätte sich im Europäischen Rat wohlgeföhlt!

46 So die Definition von Herrschaft bei M. Weber (Fn. 18), S. 28.

gegen die Herrschaft (*domination*) der Herren und Meister, indem sie den einzelnen Bürgern Rechte gibt.⁴⁷ Republikanische Regierung (*self-government*) ist die Freiheit der Bürger, über die Verwaltung ihres Eigentums an gemeinsamen öffentlichen Gütern selbst entscheiden zu können. Diese Freiheit macht Bürger zu Gleichen. Republikanische Theorien konzentrieren sich mithin darauf, das gemeinschaftliche Wohl durch Freiheitsrechte der Bürger abzusichern.⁴⁸ Die Republik ist nicht eine verschlichte Herrschaft, sondern die Herrschaft der gemeinschaftlichen Sache. Innerhalb der republikanischen Tradition lassen sich verschiedene Ansätze unterscheiden. Der erste zieht sich von Florenz und Venedig über *Montesquieu* und *Rousseau* bis in die moderne Schweiz: Er fordert *direkte Demokratie* in kleinen, überschaubaren Republiken. Die zweite Traditionslinie beginnt mit *David Hume* und *Madisons Federalist Paper No. 10* und sieht in einer „großen Republik“ den Vorteil, dass Partialinteressen nicht das Gemeinwohl blockieren und Minderheiten Mehrheiten tyrannisieren können.⁴⁹ In einer großen Republik ist das Gemeinwohl allerdings nur durch *repräsentative Demokratie* verwaltbar.⁵⁰ Die Bürger als Eigentümer der öffentlichen Güter setzen eine Regierung als Agenten und Verwalter für ihre gemeinsamen Interessen ein. Allerdings muss der Agent durch den Prinzipal kontrolliert werden.⁵¹ Dies hat zur Folge, dass in einer Republik das zentrale Problem in der *principal-agent*-Beziehung liegt. Seit Locke gilt für moderne Demokratie, dass der Agent der Bürger für begrenzte Zeit eingesetzt ist und dem Prinzipal Rechenschaft schuldet. Die Bürger haben ein Recht, ihre Regierungen zu wählen und ihnen das Vertrauen zu entziehen und andere zu ernennen.⁵² In dieser Tradition konvergiert der demokratische Verfassungsstaat mit der Republik.

Gemessen an diesen Standards ist die EU noch weit von einer demokratischen Republik entfernt, wohingegen das intergouvernementale Prinzip der Staatlichkeit die Entrechtung der Unionsbürger als Eigentümer der *res publica* rechtfertigen

⁴⁷ Zur Diskussion von Republikanismus als *non-domination* (im Gegensatz zu Liberalismus als *non-interference*): P. Pettit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, 1997; zum Gegensatz von republikanischem Rechtsstaat gegen despotische Herrschaftswillkür siehe auch I. Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: ders., Werke in zwölf Bänden, Bd. 11, 1977, S. 143–165.

⁴⁸ Zur Wiederbelebung dieses republikanischen Prinzips in der amerikanischen Verfassungsdiskussion, siehe F. I. Michelman, Foreword: Traces of Self-Government, *Harvard Law Review* 100 (1986–1987), S. 4; F. I. Michelman, Law's Republic, *The Yale Law Journal* 97, 1988, Symposium: The Republican Civic Tradition, S. 1493–1537; C. Sunstein, Beyond the Republican Revival, *Yale Law Journal* 97 (1988), S. 1539–1590.

⁴⁹ A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, *The Federalist Papers*, 1788. Siehe auch G. S. Wood, *The American Revolution. A History*, 2003. In der modernen politischen Ökonomie wird das Problem kleiner Republiken als *agency capture* bezeichnet.

⁵⁰ „Alle wahre Republik ... ist und kann nichts anderes sein als ein *repräsentatives System* des Volks, um im Namen desselben durch alle Staatsbürger vereinigt, vermittelst ihrer Abgeordneten ihre Rechte zu besorgen.“ I. Kant, Metaphysik der Sitten, 1785, § 52, III.

⁵¹ Wie R. Price (Political Writings, 1991), ein radikaler englischer Republikaner und Unterstützer der Amerikanischen Unabhängigkeit schrieb: If governments „are subject to no control from their constituents, the very idea of liberty will be lost and the power of choosing representatives becomes nothing but a power, lodged in a few, to choose at certain periods a body of masters for themselves and for the rest of the community“.

⁵² J. Locke (Two Treatises of Government, 1988, S. 367): „yet, the Legislative being only a Fiduciary Power to act for certain ends, there remains still in the People a Supreme Power to remove or alter the Legislative, when they find the Legislative to act contrary to the trust reposed in them.“

kann.⁵³ Im Kontext des gescheiterten Verfassungsvertrags wurde allerdings die Frage der demokratischen Fundierung der EU neu diskutiert und die Übernahme zentraler Prinzipien in den Lissaboner Vertrag hat einer republikanischen Interpretation der EU neue Möglichkeiten eröffnet. Wie der Prinzipal seinen Agenten am besten kontrolliert ist eine Frage der konstitutionellen Arrangements. Obwohl dies von zentraler Bedeutung ist, kann es hier nicht weiter erörtert werden.⁵⁴ Vielmehr interessiert hier, welche Konsequenzen sich aus diesem republikanischen Ansatz für die Legitimierung einer Regierung der Europäischen Union ableiten.

2. Souveränität der Bürger gegen Macht des Staats?

Im Gegensatz zum Etatismus unterscheidet das republikanische Paradigma zwischen Autorität und Macht. Eine Regierung hat die Macht, im Namen und Auftrag des Prinzipals, also der Bürger, zu handeln, aber sie kann dies nur tun, weil sie vom Prinzipal dazu autorisiert wurde. Nicht-autorisierte Macht ist Tyrannie. Seit *Bodin* wird die letztendliche Quelle der Autorität und Gesetzgebung als *Souveränität* bezeichnet.⁵⁵ Dies bedeutet, dass die Souveränität niemals bei denen liegen kann, die die Macht ausüben. Weder Regierungen, die lediglich autorisierte Agenten sind, noch Staaten, die der Apparat zur Ausübung von Macht sind, haben letztendliche Autorität. Diese Unterscheidung von Autorität und Macht, von Bürgern als Prinzipal und Regierungen als Agenten, beschreibt den zentralen Beitrag, den die republikanische Tradition zum Verständnis der Europäischen Union leisten kann.

Fast alle Debatten über Macht und Recht der Europäischen Union, über Zuständigkeiten und Kompetenzen (einschließlich Kompetenz-Kompetenz) beschränken sich darauf, wer wen wann und wie beherrschen darf. Europarecht ist, ebenso wie Staatsrecht, im Wesentlichen ein Regelwerk über die Verteilung von Macht. Dies schließt nicht aus, dass das jeweilige Staatsrecht eine vorrechtliche Legitimationsquelle anerkennt („Alle Macht geht vom Volke aus“), aber ihre Bedeutung verschwindet, sobald die Macht des Staats konstituiert ist. Im Europarecht ist die Legitimierung der Macht aus der Autorität des Prinzipals jedoch schwächer als im Verfassungsrecht der Nationalstaaten, da die Macht der europäischen Institutionen sich aus der „Übertragung von Zuständigkeiten“ der Mitgliedstaaten⁵⁶ und nicht aus dem Rekurs auf die Bürger ableitet. Mit anderen Worten, Regierungen maßen sich eine Autorität an, die in letzter Instanz nur von den Bürgern als Prinzipal kommen kann. Aus

53 So geschehen in der Begründung der Urteile über die Verträge von Maastricht und Lissabon durch das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 123, 267 und E 89, 155.

54 Zur Diskussion, wie die Europäische Republik besser zu strukturieren wäre, siehe S. Collignon/C. Paul (Fn. 1). S. Besson/J. L. Martí (Legal Republicanism. National and International Perspectives, 2009, S. 28) unterscheiden zwischen *Republican Legal Theory and Jurisprudence* und *Republican Law*, welches sie weiter in *substantive* und *procedural Legal Republicanism* teilen. Ich konzentriere mich in diesem Papier auf die normative Grundlagen eines *substantive legal republicanism*, obwohl ich den Autoren beustimme, wenn sie schreiben: „Constitutional provisions are crucial from a republican point of view. . . . A republican lawyer is expected to endorse a strongly democratic theory of legal authority“ (S. 29–31).

55 J. Bodin, Les six livres de la République, 1993; S. Collignon (Fn. 1.). Siehe auch D. Grimm (Fn. 20.), S. 18.

56 Art. 1 Abs. 1 EUV.

diesem Grund haftet allen Debatten über Kompetenzen, Subsidiarität, Souveränitätsverlust etc. etwas Willkürliches an, denn es ist letztendlich indeterminiert, wie viel Macht ein Staat abgeben soll. Im 18. Jahrhundert hätte man diese Willkür „Tyrannie“ genannt; heute spricht man von einem „demokratischen Defizit“. Das Bundesverfassungsgericht hat das Problem zwar anerkannt, versucht es aber im Rahmen von Staatsmacht zu lösen, die auf die Autorität des Staatsvolks rekurriert. Dieser Ansatz verschärft jedoch das oben beschriebene Externalitätsproblem, weil sich die jeweiligen europäischen Völker definitionsgemäß gegenseitig ausschließen.

Aus dem alternativen, republikanischen Paradigma ergeben sich drei Konsequenzen. Erstens sind alle Bürger Eigentümer der, und nur der, öffentlichen Güter, die sie konsumieren bzw. von denen sie betroffen sind. So gesehen kann ein und dieselbe Person sowohl Eigentümer von privaten, lokalen, nationalen und europäischen öffentlichen Gütern sein. Die Person gehört dann aber gleichzeitig verschiedenen Gemeinschaften an. Was ein *populus*, *demos* oder *Volk* ist, leitet sich deshalb aus dem Gemeinschaftseigentum an öffentlichen Gütern ab und nicht aus irgendwelchen elementaren, unvorgreiflichen Ereignissen.⁵⁷ Lokales, nationales und europäisches Volk existieren nebeneinander.⁵⁸

Zweitens sind die Bürger als Eigentümer öffentlicher Güter der Prinzipal, der Agenten zu ihrer Verwaltung ernannt. Deshalb müssen die Bürger ein Kontrollrecht über den Agenten haben, der ihre jeweiligen Gemeinschaftsgüter verwaltet. Dieses Recht begründet ihre republikanische Freiheit, und die Tatsache, dass sie alle gleichermaßen von den Externalitäten des öffentlichen Gutes betroffen sind, sowie ihre Gleichheit als Bürger. Im Gegensatz zu einem un- oder vordemokratischen System, in dem Institutionen „herrschen“ und Bürger beherrschte Untertanen sind, ist die Republik radikal demokratisch.

Die EU ist in ihrer heutigen Form zwar staats- und verfassungsrechtlich legitimiert, weil demokratische Rechtsstaaten Kompetenzen auf sie übertragen haben,⁵⁹ aber sie kann kaum der Radikalität des republikanischen Paradigmas genügen, weil der Rekurs auf die machtauthorisierenden Bürger nur schwach entwickelt ist. So ist den europäischen Bürgern Souveränität im Sinne von *pouvoir constituant* verwehrt, weil die Staaten sich zu den „Herren der Verträge“ machen und die Bürger nur in ihrer Gruppierung als Staatsvölker anerkennen. Die Aufteilung der Bürger in Staatsvölker, die allein demokratisch legitimierende Autorität haben, ist die *divide et impera*-Strategie, mit der Staaten ihr Machtmonopol rechtfertigen.

Drittens ergibt sich aus der Tatsache, dass die Bürger frei sind, den Agenten zur Verwaltung der öffentlichen Güter zu ernennen, der ihre Präferenzen erfüllt, und daraus, dass sie in dieser Freiheit rechtlich Gleiche sind, die Forderung nach einer demokratisch gewählten Regierung für die Europäische Union. Die Autorität des

57 So aber C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 231, 244, und R. Grawert (Fn. 29).

58 Im Französischen oder Italienischen ist dies leichter einsichtig, da man dort beispielsweise von einem *peuple de gauche* oder *popolo pisano* redet.

59 Siehe dazu A. v. Bogdandy/J. Bast, The Federal Order of Competences, in: dies. (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2. Aufl. 2009, S. 275–307.

republikanischen Souveräns ist deshalb mehr als der einmalige Akt des *pouvoir constituant*. Sie manifestiert sich vielmehr in jedem Akt allgemeiner Wahlen, durch den die Bürger ihren kollektiven Willen ausdrücken. Wenn das Europäische Parlament als Gesetzgeber im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV) fungiert, so erlaubt der Lissabon Vertrag eine republikanische Autorisierung von Macht durch Wahlen zum Europäischen Parlament, die weitaus stärker ist als die eines einmaligen konstitutionellen Schöpfungsakts. Allerdings ist diese Bürgersouveränität durch zahlreiche Ausnahmeregelungen eingeschränkt, die dem Rat der Mitgliedstaaten weiterhin ein Machtmonopol geben, insbesondere in der Haushalts-, Steuer- und Außenpolitik.

Es wird häufig argumentiert, die demokratische Legitimität der europäischen Ebene leite sich aus den demokratisch gewählten Regierungen der Mitgliedsländer ab, aber aus republikanischer Sicht ist dies irreführend. Politische Richtungsentscheidungen über die Verwaltung europäischer öffentlicher Güter können nur von *allen* europäischen Bürgern *gemeinsam* autorisiert werden, da sie alle gemeinsame Eigentümer sind. Solche Richtungsentscheidungen haben notwendigerweise eine stark kognitive Dimension, welche den Austausch von Argumenten und Informationen in öffentlichen Debatten und Deliberation erfordert. Die Öffentlichkeit wird institutionell durch Ausübung des allgemeinen und freien Wahlrechts hergestellt.⁶⁰ Wenn politische Entscheidungen jedoch von Regierungen gefällt werden, die nur in partiellen Wahlgebieten legitimiert sind, so ist es den betroffenen Bürgern nicht möglich, den entscheidungstreffenden Agenten gemeinschaftlich zu kontrollieren.⁶¹ Potentiell wird eine Mehrheit von Bürgern durch eine Minderheit beherrscht. Dies gilt nicht nur für Vetorechte der Staaten, sondern auch für qualifizierte Mehrheitsentscheidungen, wenn der von Regierungen ausgehandelte Konsens nicht dem gesellschaftlichen Konsens in der Union entspricht. Wenn der Rat als zweite Parlamentskammer fungiert, was häufig behauptet wird, so wäre er ein ewiges Parlament, das sich allein über Nachwahlen und niemals über allgemeine Wahlen erneuert. Zumindest im Kontext einer republikanischen Theorie kann ein solches System kaum als Demokratie bezeichnet werden. Hinzu kommt, dass die Bürger bei der Wahl zu nationalen Parlamenten immer nur zwischen Politikprogrammen wählen können, welche die europäischen öffentlichen Güter als eine geringwertige Komponente in national bestimmten Programmpaketen behandeln. Aus diesen Gründen ist es unmöglich, die intergouvernementale Regierung europäischer öffentlicher Güter als demokratisch im republikanischen Sinn zu bezeichnen.

Der Lissabon-Vertrag eröffnet jedoch eine republikanische Perspektive, da er anerkennt, dass die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie beruht (Art. 10 Abs. 1 EUV), alle Bürgerinnen und Bürger das Recht haben, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen (Art. 10 Abs. 3 EUV), die Unionsbürgerschaft existiert (Art. 20 Abs. 2 AEUV) und indem er sogar den Parteien eine Funk-

60 Siehe meine Theorie des stochastischen Konsenses in S. Collignon (Fn. 1).

61 Siehe dazu Fn. 51.

tion bei der politischen Willensbildung einräumt (Art. 10 Abs. 4 EUV und Art. 224 AEUV). So gesehen ist das Potenzial zu einer europäischen Republik, die die Souveränität der Bürger als Eigentümer öffentlicher Güter und damit ihr Recht auf eine Europäische Regierung anerkennt, im Lissabon-Vertrag bereits angelegt. Der nächste Schritt wäre es nun, die potenzielle Republik zur europäischen Realität zu machen.

3. Die föderale Ordnung der Republik

Der republikanische *principal-agent*-Ansatz erlaubt es, die Kompetenzen einer europäischen Regierung normativ aus der Natur öffentlicher Güter abzuleiten, und darin unterscheidet er sich von etatistischen Ansätzen. Sowohl die Theorie des Bundesstaats als auch die Theorie des Staatenbunds sind dagegen herrschaftsorientiert.⁶² Beide haben Schwierigkeiten, das Phänomen der EU adäquat zu fassen, da politische Herrschaft in staatlichem Sinn auf der europäischen Ebene nur schwach entwickelt ist. Anders dagegen der Begriff der Republik, der die Existenz öffentlicher Güter im Blick hat und daraus Zuständigkeiten für Regierungsebenen entwickelt. Das Föderalismusprinzip ist auch nicht hilfreich, um Kompetenzen abzustecken, da es in der Regel die kulturelle Identität von Volksgruppen statt die Nutzenexternalitäten zum Maßstab nimmt. Dezentralisierender Föderalismus fordert, dass Regierungen Repräsentanten von kohäsiven, organisch gewachsenen Einheiten mit weitgehend homogenen Präferenzen sein sollen; zentralisierender Föderalismus betrachtet die Föderation als ein im Wesentlichen homogenes Gebilde, dem sich lokale Interessen unterordnen sollen.

Der republikanische Ansatz zur Kompetenzverteilung leitet sich dagegen aus dem gemeinschaftlichen Interesse der Bürger als Eigentümer öffentlicher Güter ab. Deshalb haben alle Bürger, die von einem öffentlichen Gut und den damit verbundenen Politikentscheidungen betroffen sind, das Recht, eine Regierung, die für diese Güter zuständig ist, zu ernennen oder abzuberufen. Der heute vorherrschende Intergouvernementalismus verletzt dieses Bürgerrecht, denn er versagt den Bürgern die Möglichkeit, gemeinschaftliche Interessen und Präferenzen zu formulieren. Häufig wird eine stärkere Beteiligung der nationalen Parlamente bei europapolitischen Entscheidungen als Antwort auf das demokratische Defizit gefordert. Diese Lösung ist jedoch kontraproduktiv. Das Votum jeden nationalen Parlaments repräsentiert immer nur einen Teil aller betroffenen Bürger und schafft damit externe Effekte für alle anderen. Der republikanische Ansatz fordert deshalb eine Regierung auf europäischer Ebene, die *allein* für die Verwaltung europäischer öffentlicher Güter zuständig ist und durch gesamteuropäische Wahlen legitimiert wird. Nationale Regierungen sind dagegen für die Verwaltung öffentlicher Güter zuständig, die aus-

⁶² Siehe C. Schönberger, Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AÖR 129 (2004), S. 81–120.

schließlich die Bürger in den Mitgliedstaaten betreffen, und sie werden deshalb durch nationale Wahlen eingesetzt.

Eine solche europäische Regierung sollte logischerweise aus der gegenwärtigen Europäischen Kommission hervorgehen, denn sie verfügt bereits über die administrativ-technische Infrastruktur, die eine Regierung braucht. Allerdings besteht ein wichtiger Unterschied zwischen der Kommission und einer Regierung darin, dass letztere politisch verantwortlich und gegenüber den Bürgern als Souverän Rechenschaft schuldig ist. Ein wichtiger Schritt in Richtung europäische Republik bestünde deshalb in der Politisierung der Kommission durch das Parlament. Die Parteien müssten alternative Kandidaten für die Kommissionspräsidentschaft vor den Wahlen des Europäischen Parlaments präsentieren und anschließend eine europäische Regierung auf der Grundlage von Mehrheitsverhältnissen bilden. Die Interessen der Bürger würden sich dann auf der Rechts-links-Achse und nicht gemäß nationaler Identitäten artikulieren.

Das republikanische Kompetenzkriterium gilt in erster Linie für exklusive öffentliche Güter (*common resource goods*). Für inklusive Güter hat es weniger Dringlichkeit, da die Perspektive von Wohlfahrtsgewinnen den nationalen Regierungen den Anreiz bietet, im Gesamtinteresse der Bürger zu kooperieren, vorausgesetzt die Informationsasymmetrien werden von der Kommission beseitigt. Damit wird die föderale Ordnung der EU komplex. Der Vertrag von Lissabon hat die Kompetenzen der Union nach *ausschließlichen, geteilten, koordinierenden und unterstützenden Kompetenzen* gegliedert.⁶³ Aus einer republikanischen Perspektive sollten exklusive öffentliche Güter durch ausschließliche oder zumindest geteilte Kompetenz unter Anwendung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens verwaltet werden. Für inklusive Güter reichen konkurrierende und koordinierende Kompetenzen aus.⁶⁴

In der Praxis bedeutet dies, dass die Zuordnung einzelner Kompetenzen im Lissabonner Vertrag neu überdacht werden sollten. So wurde beispielsweise oben erläutert, dass durch die gemeinsame Währung zahlreiche neue exklusive Gemeinschaftsgüter entstanden sind. Die Schuldenkrise hat gezeigt, dass die Stabilität des Euro ein europäisches öffentliches Gut ist und die Neuverschuldung einzelner Mitgliedstaaten Auswirkungen für alle anderen Euroländer haben kann. Weil Geld knapp ist, ist es ein *common resource good*. Wenn sich einer verschuldet, muss ein anderer sparen. Folglich ist es eine Aufgabe der europäischen Regierung sicherzustellen, dass die nationalen Haushaltsdefizite mit den Stabilitätsanforderungen der Eurozone übereinstimmen. Dies bedeutet nicht, dass nationale Regierungen keine Freiheit haben zu entscheiden, wie sie ihren Haushalt inhaltlich gestalten; gleichwohl gebietet das Gemeinschaftsinteresse einen massiven Eingriff in die staatliche Budgethoheit. Ein solcher Eingriff ist nur aus einer republikanischen Perspektive demokratisch zu rechtfertigen. Dies bedeutet, nicht nationale Regierungen im Rat, sondern das Europäische Parlament als Bürgervertretung muss die Kompetenz für

63 Art. 3–6 AEUV.

64 Zur Klassifizierung siehe auch A. Haratsch u.a. (Fn. 31), Rn. 149–155.

die Stabilitätspolitik in der Eurozone haben. Ein ähnliches Räsonnement führt zu dem Schluss, dass sich die exklusiven öffentlichen Güter, die von einer europäischen Regierung verwaltet werden sollten, im Wesentlichen auf die folgenden Kompetenzfelder beschränken: makroökonomische Stabilitätspolitik, Technologiepolitik, innere und äußere Sicherheit, Außenpolitik, Energiesicherheit und Klimaschutz.⁶⁵ Europas *governance* wird aber noch komplizierter, wenn wir berücksichtigen, dass es öffentliche Güter gibt, die nur Bürger in einer Teilmenge von Mitgliedstaaten betreffen. Die gemeinsame Geld- und Finanzpolitik beispielsweise betrifft heute 65,8 Prozent der EU-Bevölkerung. Allerdings sind alle Mitgliedstaaten, mit Ausnahme von Dänemark und dem Vereinigten Königreich, verpflichtet, der Eurozone beizutreten. Insofern sind die Grenzen der Betroffenheit fließend. Ähnliches gilt für öffentliche Güter, die in anderen Mitgliedstaaten nur schwache externe Effekte bewirken. So betrifft z.B. die Mittelmeerkоoperation oder Ostseekooperation die Anliegerstaaten stärker als jene am anderen Ende Europas. Nun ist es unmittelbar einsichtig, dass nicht jedes öffentliche Gut durch eine eigene Regierung verwaltet werden kann. Die Europäische Republik muss öffentliche Güter bündeln, um sie effizient zu regieren. Dabei muss das Entscheidungskriterium die Minimisierung von negativen Externalitäten sein.

Diese Zuordnung von Kompetenzen lässt sich vereinfacht in dem Venn-Diagramm der Abbildung 1 darstellen. Jeder Kreis steht für die Anzahl der Bürger eines Mitgliedstaats, die von einer bestimmten Politikentscheidung betroffen sind. In dem von allen Kreisen überlappenden Bereich A finden wir die europäischen öffentlichen Güter, die alle Bürger gemeinsam betreffen und die deshalb von einer europäischen Regierung mit ausschließlicher Zuständigkeit verwaltet werden müssen. Im Bereich B überlappen sich die Bedürfnisse von Teilgruppen der europäischen Bürger, und hier ist der Spielraum für intergouvernementale Politik am größten. Im Bereich C sind die Mitgliedstaaten weitgehend autonom und nationale Parlamente müssen hier die Souveränitätsrechte der Bürger repräsentieren.

65 Siehe S. Collignon/C. Paul (Fn. 1), und G. Verhofstadt, The United States of Europe, 2006.

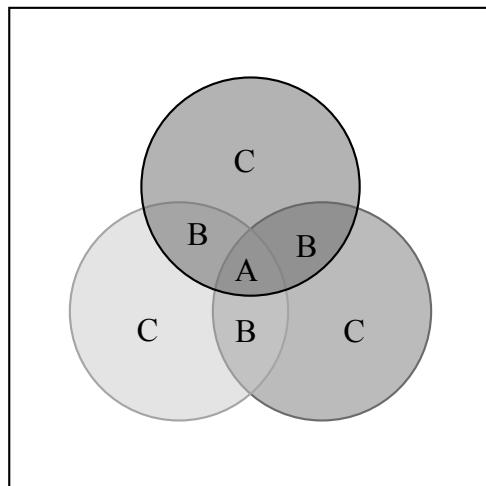


Abbildung 1

IV. Fazit

Im Gefolge der Großen Finanzkrise von 2008 und der folgenden, tsunamiartigen Verwüstungen der öffentlichen Haushalte sind die Grenzen des traditionellen europäischen Integrationsmodells klar zu Tage getreten. Souveräne Mitgliedstaaten sind nicht in der Lage, die Gemeinschaftsgüter der europäischen Bürger effizient zu verwalten. Damit ist das seit Jahren immer wieder diskutierte Thema einer europäischen Wirtschaftsregierung erneut aktuell geworden. Nach langem Zögern haben sich die Mitgliedstaaten der Eurozone auf verstärkte Kooperations- und Kontrollmechanismen geeinigt, die der Kommission und dem Rat erweiterte Kompetenzen eröffnen. Mit demokratischer Autorisierung einer europäischen Regierung durch die Bürger Europas hat dies wenig zu tun. Zwar hat das Parlament bei der Beratung der relevanten Sekundärrechtsakte mitgewirkt und zum Teil positive Änderungen durchgesetzt, aber diese Gesetzgebung ähnelt mehr einem konstitutiven Gründungsakt als einer permanenten demokratischen Kontrolle der Wirtschaftsregierung durch die Repräsentanten der europäischen Bürgerschaft. Der Intergouvernementalismus ist heute Politikkonsens und herrschende Meinung in Europa. Er ist aber mit republikanischen Prinzipien von Demokratie, Freiheit, Gleichheit und Selbstbestimmung der Bürger unvereinbar. Eine paradigmatische Wende ist notwendig.

Das republikanische Paradigma erlaubt eine Wende im Denken, nicht nur in der Politik, sondern auch und vielleicht zuerst im Europarecht. Es betont das europäische Gemeinwohl, aber nicht als moralischen Imperativ à la Kant, sondern als konkretes Interesse freier Bürger, die ein Recht haben, über ihr gemeinschaftliches Eigentum zu verfügen und Regierungen einzusetzen, die ihre Interessen pflegen und verteidigen. Da die Wirtschaftsintegration über mehr als ein halbes Jahrhundert

zahlreiche neue europäische öffentliche Güter geschaffen hat, ist die europäische Republik keine Utopie, sondern eine tagtägliche Erfahrung für jeden Bürger. Was fehlt, ist die demokratische Praxis bei ihrer Verwaltung. Statt die europäische Wirtschaftsregierung ausschließlich beim Europäischen Rat anzusiedeln, müssten Regeln und Regulierungen, Gesetze und Direktiven immer vom Parlament mitverantwortet werden. Dies gäbe den Bürgern als Eigentümer europäischer Güter ein effektives Kontrollrecht, das sie regelmäßig bei Wahlen ausüben können.

Eine republikanische Politikpraxis würde unvermeidlich Europa politisieren. Aber dies ist genau der gewünschte Effekt, wenn Bürger die Wahl haben sollen, statt sich der *pensée unique* des intergouvernementalen Konsensus unterwerfen zu müssen. Wie sich diese republikanische Praxis im Detail auswirken wird, ist eine offene Frage. An ihr zu arbeiten ist die Herausforderung unserer Zeit.

III.

Verfassungstheoretische und verfassungsdogmatische Perspektiven

Europäische Verfassung als Rahmenordnung demokratischer Politik

Zur sozialen Gestaltungsfreiheit der europäischen Gesetzgeber

Von Claudio Franzius, Berlin/Hamburg*

I. Annäherung

Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers beschäftigt die Rechtswissenschaft seit langem, ist im Europarecht aber relativ neu. Das hat Gründe, wird die Europäische Union doch traditionell als Rechtsgemeinschaft, weniger als politische Gemeinschaft verstanden.

Wenn nach der sozialen Gestaltungsfreiheit der europäischen Gesetzgeber gefragt wird, verstehe ich darunter die *politische* Gestaltungsfreiheit. Zwar findet die soziale Dimension der Europäischen Union auch andere Anknüpfungspunkte, etwa in der Unionsbürgerschaft.¹ Doch nicht ohne Grund operiert gerade die Kritik an der expansiven Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft mit dem Topos der politischen Gestaltungsfreiheit. Das Maß der sozialen Verdichtung dürfe nicht die Rechtsprechung festlegen, sondern müsse dem Gesetzgeber überlassen sein.²

Versteht man die europäische Verfassung als *Rahmenordnung*, weckt dies weitere Assoziationen, etwa die aus der deutschen Diskussion bekannte Unterscheidung zwischen der Wertordnung und der Rahmenordnung, denen unterschiedliche Verfassungsdenkweisen zugesprochen wurden. Während der *Konstitutionalismus* auf die Herausarbeitung der materiellen Wertgehalte einer Verfassung zielt, betont der *Legalismus* das eigenständige Gewicht parlamentarischer Gesetzgebung mit dem Ziel, Kompetenzausweitungen der Judikative zurückzudrängen.³

Dass überhaupt von *europäischer Verfassung* die Rede ist, mag provozieren. Denn mit der Qualifizierung des Primärrechts als Verfassung wird eine gesteigerte Bindung des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht.⁴ Immerhin scheint es in der europäischen Rechtsordnung die singuläre Instanz des *einen* Gesetzgebers nicht zu geben, wie überhaupt Einheitspostulate des geschlossenen Verfassungsstaats immer wieder an der nicht-hierarchischen Struktur der Union auflaufen⁵ und deren Grundausrichtung verfehlten.

* Dr. iur., Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhlvertretung für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg. Ich danke den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Frankfurter Workshops sowie den Herausgebern für wertvolle Hinweise und Anregungen.

¹ Art. 19 ff. AEUV.

² Vgl. K. Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 ff.; ders./D. Thym, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, S. 2008 ff.; zum Problem auch H. M. Heinig, in diesem Heft.

³ Vgl. R. Dreier, Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, in: FS Werner Maihofer, 1988, S. 87 ff. Zum begrenzten Erkenntniswert der vermeintlichen Fundamentaldifferenz von Wert- oder Rahmenordnung M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 72 ff.

⁴ Statt vieler T. v. Danwitz, Grundfragen einer Verfassungsbindung der Europäischen Union, JZ 2003, S. 1125 ff.

⁵ Siehe etwa C.-H. Ladeur, Europa kann nur als Netzwerk, nicht als „Superstaat“ gedacht werden, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, S. 119 ff.

Aber der europäische Konstitutionalismus⁶ zielt mit dem Anliegen rechtlicher Bindungen nicht bloß auf die Eindämmung des Politischen. Im Vordergrund steht die Ermöglichung einer politischen Demokratisierung der Rechtsgemeinschaft.⁷ Der Vertrag von Lissabon enthält dafür einen rechtlichen Rahmen, der *politisch* auszufüllen ist. Es ist eine politische Frage, wie die zweigliedrige Legitimationsstruktur (Art. 10 Abs. 2 EUV) und die organisationsrechtlichen Voraussetzungen für das Ineinandergreifen der Legitimationsstränge zum Europäischen Parlament einerseits und zum Rat – über die nationalen Parlamente – andererseits ausgestaltet werden. Es ist aber auch eine politische Frage, wie die sozialen Bedingungen geschaffen werden können, derer eine Demokratie bedarf, um sich als Herrschaft der Menschen ausweisen zu können.⁸ Gerade das soziale Europa, das Umverteilungen nicht aus dem Weg gehen kann, wird sich kaum in der Abarbeitung eines vorgegebenen Integrationsprogramms, sondern nur politisch in demokratisch verantworteter Form verwirklichen lassen, muss sich dabei aber auf eine Pluralität der Gesetzgeber einstellen.⁹

Die Gestaltungsfreiheit einer Vielzahl von Gesetzgebern abzustecken kann auch von den Gerichten und der ihnen eingeräumten Kontrollkompetenz aus erfolgen. Der Begriff der Gestaltungsfreiheit zielt auf das in vielen Rechtsordnungen umstrittene Maß verfassungsgerichtlicher Kontrolle legislativer Entscheidungen.¹⁰ Insofern mag richterliche Zurückhaltung eine Tugend¹¹ und die *political question doctrine* des US-amerikanischen Verfassungsrechts einen Vorbehalt des Politischen zum Ausdruck bringen. Europäisches Verfassungsdenken tut jedoch gut daran, die soziale Gestaltungsfreiheit nicht als externe Grenze des Rechts zu begreifen, sondern als interne Leistung der Rechtsordnungen zu verarbeiten. Darauf ist am Schluss noch einmal zurückzukommen.

Um das Problem der sozialen Gestaltungsfreiheit als politischer Gestaltungsfreiheit zu illustrieren, sei zunächst der Blick auf die soziale Daseinsvorsorge geworfen (II.). Konturen erhält die Gestaltungsfreiheit der europäischen Gesetzgeber durch die Grundrechte einerseits und das Demokratieprinzip andererseits (III.). Das Zusammenspiel umreißt den verfassungsrechtlichen Rahmen für das Prinzip der Gestal-

6 Zur Abgrenzung gegenüber dem völkerrechtlichen Konstitutionalismus I. Ley, Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich, ZaöRV 69 (2009), S. 317 ff.

7 Siehe auch A. von Bogdandy/J. Bast, Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht, in: dies. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 1, mit dem programmatischen Wechsel „von einem Konstitutionalismus der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Beziehungen zu einer liberaldemokratischen Politisierung“ der Europäischen Union.

8 Näher C. Franzius/U. K. Preuß, Die Zukunft der europäischen Demokratie, 2012.

9 Siehe auch M. Ruffert, Aufgaben europarechtlicher Theoriebildung nach Lissabon, in: A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.), Grundgesetz und europäische Integration, EuR Beiheft 1/2010, S. 83 (95). Zum Stand der Debatte C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, in: dies. (Fn. 5), S. 13 ff.

10 Immer wieder wird der EuGH für die Missachtung der gesetzgeberischen Gewalt in den Mitgliedstaaten kritisiert, wenngleich das Problem der *countermajoritarian difficulties* in der europäischen Rechtsordnung neben dem EGMR auch die nationalen Verfassungsgerichte betrifft. Der alte Missmut gegenüber judikativer Politik scheint wieder zu wachsen, vgl. J. Jahn, Gerichte sollten Gesetzgeber nicht länger entmündigen, FAZ v. 9.3.2011, S. 21.

11 Instruktiv etwa das tschechische Verfassungsgericht im zweiten Lissabon-Urteil v. 3.11.2009, Pl. ÚS 29/09, EuGRZ 2010, S. 209 ff. Diese Zurückhaltung lässt das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil v. 30.6.2009 vermissen, indem es „politische Primärräume“ benennt, die selbst dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen sein sollen, vgl. BVerfGE 123, 267, 357 ff.

tungsfreiheit (IV.), deren Inanspruchnahme zur Demokratisierung der Union beitragen kann.

II. Soziale Daseinsvorsorge

Die Europäische Union hat einen eigenen Blick auf die sozialen Dimensionen des Integrationsprojekts. Das „Soziale“ ist nicht deckungsgleich mit der überlieferten Sozialstaatlichkeit, dessen Verteidigung weder einfach im Erhalt „geschlossener“ Nationalstaaten liegen, noch in der Schaffung europäischer Sozialstaatlichkeit bestehen kann. Damit ist lediglich gemeint, dass auch das „Soziale“ in die funktionale Ausdifferenzierung von Recht und Politik gestellt ist, das heißt, es findet nicht länger in der Einheit des Staats zusammen. Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das mehr als nur punktuelle Fortschritte der Integration an die Schaffung eines europäischen Bundesstaats knüpft, scheint dies zu verkennen.¹²

Allerdings kämpft die Union seit langer Zeit mit den im Primärrecht angelegten strukturellen Asymmetrien. Im Vergleich zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist es nicht nur erstaunlich, dass die Wettbewerbspolitik seit den Römischen Verträgen von 1957 eine verfassungsrechtliche Verankerung gefunden hat (Art. 101 ff. AEUV). Negative, also auf den Abbau von Handelsbeschränkungen gerichtete und positive, also Umverteilungen tragende Integration fallen auseinander. Die Mitgliedstaaten sehen sich einer Situation ausgesetzt, in der sie sozial auszubaden haben, was die Union unter Inanspruchnahme ihrer weiten Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) anrichtet. Zur Überwindung dieser holzschnittartig beschriebenen, aber noch heute zutreffenden und nicht zuletzt in der Schuldenkrise wieder schmerhaft hervortretenden Kluft müssten der Union auch in den souveränitätssensiblen Feldern der Sozialpolitik weiterreichende Kompetenzen zugewiesen werden, wogegen sich die Mitgliedstaaten jedoch bislang sperren. Die Folge ist ein Ausweichen in zwischenstaatliche Arrangements und neue Governance-Modi wie die Offene Methode der Koordinierung, die abseits des bestehenden Institutionengefuges die Frage aufwerfen, ob eine solche Politisierung nicht mit einer Entrechtlichung zu teuer erkauft wird.¹³

Auch die soziale Daseinsvorsorge, also die Versorgung der Menschen mit lebensnotwendigen Leistungen, ist in den Sog unionsrechtlicher Überformungen geraten.¹⁴ Aus der Sicht der Mitgliedstaaten ist das nicht unproblematisch, wird die soziale Daseinsvorsorge doch häufig als Kern der Staatlichkeit verstanden oder unionsverfassungsrechtlich zur nationalen Identität gezählt, deren Wahrung den

12 Zur Ambivalenz funktionaler Entgrenzungen *U. Di Fabio*, Ewige Bindung oder flüchtige Liaison?, FAZ v. 6.10.2011, S. 8. Zum Nichtbestehen einer Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts aber *A. Voßkuhle*, Gibt es eine Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts?, in: Bumke u.a. (Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, im Erscheinen.

13 Vgl. *C. Joerges*, Integration durch Entrechtlichung?, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 41/2008, S. 213 ff.

14 Statt vieler *S. Schmahl*, Die mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zum europäischen Binnenmarkt, WiVerw 2011, S. 95 ff.

europäischen Gesetzgebern durch Art. 4 Abs. 2 EUV aufgegeben ist.¹⁵ Die politischen Strategien, hier zu überzeugenden Lösungen zu gelangen, variieren deutlich.¹⁶ Während Frankreich seine Vorstellungen des – staatskonstituierenden – *service public* auf die Unionsebene zu übertragen versucht, scheint Deutschland eher die überkommenen Formen der Daseinsvorsorge innerstaatlich zu konservieren. Die Folge sind erhebliche Zwänge der Kompromissbildung, was sich in unscharfen Formulierungen der primärrechtlichen Grundlagen niederschlägt. Das betrifft die einer Sphinx ähnliche Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV, aber kaum weniger die neue Vorschrift des Art. 14 AEUV mit der Zuweisung einer legislativen Regelungskompetenz an den Unionsgesetzgeber „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“.

Das Unionsrecht thematisiert die soziale Daseinsvorsorge seit langer Zeit in den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.¹⁷ Bemerkenswert ist, dass bis zum Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags der durch den Amsterdamer Vertrag eingefügte Art. 16 EGV die einzige Vorschrift des Primärrechts war, die mit Blick auf die öffentlichen Dienstleistungen ausdrücklich von gemeinsamen Werten sprach.¹⁸ Ebenso bemerkenswert ist aber, dass dies in der Vergangenheit gerade nicht zu einer umfassenden Konstitutionalisierung und primärrechtlichen Durchdringung bestehender Ansätze sozialer Regulierung geführt hat. Diese Offenheit machen sich die europäischen Gesetzgeber indes nicht zu nutze. Vielfach fehlt es am Willen, im Rahmen der Kompetenzordnung tätig zu werden und zu einer rechtlich abgestimmten Sozialpolitik zu kommen.

In ständiger Rechtsprechung räumt der EuGH den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Festlegung öffentlicher Dienstleistungen eine *Definitionskompetenz* ein.¹⁹ Wo sich die Mitgliedstaaten auf Art. 106 Abs. 2 AEUV berufen können, scheidet sogar die Anwendung der Grundfreiheiten aus.²⁰ Hier von einer Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers zu sprechen, ist allerdings aus zwei Gründen nicht unproblematisch: Erstens ist seine formale Kompetenz bzw. deren Ausübung materiell durchaus beschränkt. Zu nennen sind die nationalen Grundrechte, aber „im Anwendungsbereich des Vertrags“ auch die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte.²¹ Art. 36 GRCh sichert lediglich den Zugang zu Dienstleistungen

15 Konsequenzen für den Vorrang des Unionsrechts: A. v. Bogdandy/S. Schill, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag – Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, *ZaO RV* 70 (2010), S. 701 (725 ff.).

16 Übersicht: M. Krajewski/U. Neergaard/J. van de Gronden (Hrsg.), *The Changing Framework of Services of General Interest in Europe*, 2009.

17 Vgl. C. Franzius, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 364 ff.; M. Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011.

18 Das ist heute ganz anders, vgl. Art. 2 EUV. Krit. C. Franzius, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, 2010, S. 68 ff.

19 EuGH, Rs. C-159/94 (Stromhandelsmonopole), Slg. 1997, I-5699 (5779). Dem ist vor allem aus kommunaler Sicht zugestimmt worden; statt vieler H.-J. Papier, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl 2003, S. 686 (693 f.). Vom „letzten Rest staatlicher Definitiionsmacht“ spricht A. Hatje, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 7), S. 801 (850).

20 Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe C. Franzius (Fn. 17), S. 551 ff.

21 Dazu sogleich im Text (III.).

von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne der Anerkennung und Achtung, schafft aber kein neues subjektives Recht. Zweitens geht es weniger um die Sicherung von Handlungsspielräumen des Gesetzgebers als um die Autonomie des Aufgabenträgers; in Deutschland sind das vor allem die Kommunen. Hier liegt ein Problem, betrachtet der EuGH – ganz der völkerrechtlichen Logik folgend – den Mitgliedstaat in der Anwendung und Durchführung von Unionsrecht doch als Einheit, dessen horizontale Funktionengliederung unberücksichtigt bleibt. Auch die föderale Ebenengliederung – wie in Deutschland – gerät nicht richtig in den Blick. Der Vertrag von Lissabon brachte hier Akzentverschiebungen.²² Mit Art. 14 S. 2 AEUV haben Rat und Parlament eine Gesetzgebungskompetenz erhalten, welche die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Erbringung, Organisation und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen jedoch unberührt lässt.²³ Damit verlagert sich die Rechtsetzung von der Kommission zum Gesetzgeber, was durch das praktische Leerlaufen der Liberalisierungskompetenz der Kommission nach Art. 86 Abs. 3 EGV bereits vorgezeichnet war. Allerdings ist die Gestaltungsfreiheit des europäischen Gesetzgebers in *drei*facher Hinsicht beschränkt.

Erstens formell durch die Beschränkung auf Verordnungen, was die Rechtsetzung in der Vielfalt ermöglichen Form der Richtlinie versperrt und damit zugleich die Gestaltungsfähigkeit der Union im Bereich der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorge begrenzt.²⁴

Zweitens inhaltlich – und in gewisser Weise konträr – durch die Vorgaben des beigefügten Protokolls Nr. 26, das eine Ausrichtung europäischer Gesetzgebung an den unterschiedlichen Interessen und Bedürfnissen der Nutzer im geografischen, sozialen und kulturellen Kontext verlangt.²⁵

Drittens ist der in Art. 14 AEUV enthaltende Verweis auf Art. 4 Abs. 2 EUV von Bedeutung. Mit der unionsverfassungsrechtlichen Anerkennung der kommunalen Selbstverwaltung liegt eine Schranke europäischer Gesetzgebung vor, was sich in der Rechtsprechung des EuGH auszuwirken scheint.²⁶

Zwischenfazit: Die Neuordnung des Rahmens für öffentliche Dienstleistungen trägt – wie stets – kompromissable, teilweise aber auch ambivalente Züge. Jedenfalls können soziale Defizite nicht allein dem *Recht* angelastet werden. Unter der Vor-

22 Vgl. M. Krajewski, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Vertrag von Lissabon, ZöGU 2010, S. 75 ff.; M. Knauß, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 725 ff.; siehe auch P. M. Huber/M. Bungenberg, Die Auswirkungen des Lissabonner Vertrags auf Daseinsvorsorge und Vergaberecht, WiVerw 2008, S. 1 ff.

23 Zur Diskussion um eine Rahmenrichtlinie für öffentliche Dienstleistungen M. Krajewski, Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle?, European Public Law 14 (2008), S. 377 ff.

24 Vgl. M. Krajewski, Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, DÖV 2005, S. 665 (672); M. Knauß (Fn. 22), S. 734.

25 Protokolle bilden gem. Art. 51 EUV einen integralen Bestandteil des primären Unionsrechts und entfalten dieselben normativen Wirkungen.

26 Etwas bei der interkommunalen Zusammenarbeit, vgl. EuGH, Rs. C-480/06 (Kommission/Deutschland) (Hamburger Stadtrenigung), Slg. 2009, I-4747. Ähnlich die neuere Rechtsprechung zu Dienstleistungskonzessionen, vgl. etwa EuGH, Rs. C-206/08 (Eurawasser), Slg. 2009, I-8377. Hier beschränkt sich der EuGH auf die Prüfung, ob Unionsrecht umgangen wird.

aussetzung entsprechender Mehrheiten werden Legislativakte²⁷ möglich, wenn auch durch die funktionale Verschränkung der Kompetenzen, verstanden als das Arrangement der Verteilung politischer Gestaltungsmacht, erschwert. In der Zurückdrängung nicht-parlamentarischer Rechtsetzung wird man unter dem Strich einen demokratischen Gewinn sehen können, mag das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auch weiterhin eine Initiative der Kommission voraussetzen (Art. 17 Abs. 2 EUV). Die Rechtsprechung wird sekundärrechtliche Festlegungen oder eben auch Nicht-Festlegungen stärker zur Kenntnis nehmen müssen, darf sie jedenfalls nicht, wie verschiedentlich geschehen, durch extensive Auslegungen des Primärrechts überspielen.²⁸ Das soll nicht als pauschale Kritik missverstanden werden. Gerade in der europäischen Rechtsordnung reicht die Respektierung des politischen Willens durch den EuGH vielfach weiter als in manchen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, wie zum Beispiel in Deutschland.²⁹ Das leitet zur Frage über, wie sich die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Grundrechtsbindungen und dem Demokratieprinzip verstehen lässt.

III. Europäische Grundrechte und Demokratie

Wenn soziale Defizite im Bereich der Daseinsvorsorge politisch zu verantworten sind, dann ist damit noch nicht gesagt, dass es nicht auch rechtliche Schranken sozialer Gestaltungsfreiheit gibt. Das betrifft vor allem die Akzentuierung grundfreiheitlicher, inzwischen aber auch vermehrt grundrechtlicher Schranken. Sie müssen allerdings im Lichte des Demokratieprinzips gelesen werden (1.). Auf beiden Seiten gibt es Probleme. Anzusprechen sind die Grundrechte als Handlungs- und Kontrollmaßstab (2.). Betroffen ist aber auch das Demokratieprinzip als verfassungsrechtliche Grundlage für die Inanspruchnahme politischer Gestaltungsfreiheit (3.). Diesen Topos als Rechtsprinzip auszuformen, ist das Gebot der Stunde (IV.).

1. Problem

Grund- und Menschenrechte sind die *Gegenspieler* politischer Gestaltungsfreiheit par excellence. Individuelle Rechte widerstreiten einer Maximierung gesetzgeberi-

27 Es sei daran erinnert, dass Art. 106 Abs. 2 AEUV an Bedeutung verloren hat, nicht zuletzt durch die Überführung seiner Wertungen in die Tatbestände der primärrechtlichen Wettbewerbsvorschriften, etwa des Beihilfentatbestands (Art. 107 AEUV), vgl. EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747 Rn. 85 ff.; ähnlich bei der teleologischen Reduktion des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs (Art. 101 AEUV) für die gesetzlichen Krankenkassen, vgl. EuGH, Rs. C-264/01 (AOK-Bundesverband), Slg. 2004, I-2493, Rn. 63; Rs. C-205/03 (Fennin), Slg. 2006, I-6295, Rn. 26.

28 So etwa im Vergaberecht, wenn der Unterschied zwischen den sekundärrechtlich geregelten Dienstleistungsaufträgen und den hiervon herausgenommenen Dienstleistungskonzessionen über die grundfreiheitlichen Transparenzpflichten eingebnet wird, so etwa EuGH Rs. C-458/02 (Parking Brixen), Slg. 2005, I-8612, Rn. 63 ff.

29 Zur jüngeren Rechtsprechung des BVerfG *P. Dann*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S. 630 ff. Die Urteile zur Pendlerpauschale (BVerfGE 122, 210), zum Rauchverbote (BVerfGE 121, 317) oder das sog. Hartz IV-Urteil (BVerfGE 125, 175) verdeutlichen, wie durch relativ dichte Rationalitätserwartungen die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingeschränkt wird. Insbesondere das Gebot der Folgerichtigkeit stößt auf berechtigte Kritik, statt vieler *B. Grzesick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 49 ff.

scher Gestaltungsfreiheit unter der Zurückdrängung gerichtlicher Kontrollansprüche. Im europäischen Mehrebenenkontext stößt eine scharfe Gegenüberstellung von individuellen Grundrechten und kollektiver Gestaltungsfreiheit jedoch auf Schwierigkeiten. Denn im Hintergrund der Gestaltungsfreiheit steht das *Demokratieprinzip*, das dem Gesetz besondere Legitimation gerade dadurch verleiht, dass es Ausdruck politisch zu verantwortender Handlungsspielräume des *einen* Gesetzgebers ist. Diese „Freiheit“ darf wegen der demokratischen Dignität des Gesetzgebungsverfahrens nicht über Gebühr beschnitten werden, weder durch eine verantwortungslos gestellte Regierung, noch durch den Übergriff einer legislative Funktionen übernehmenden Verfassungsgerichtsbarkeit.

Jedoch liegen im politischen System der Union die Dinge komplizierter. Die Union hat kein parlamentarisches Regierungssystem, wegen ihrer exekutivföderalen Struktur noch nicht einmal einen entsprechenden Entwicklungspfad.³⁰ Wohl aber verfügt sie über eine machtvolle Gerichtsbarkeit, die im Schutz individueller Rechte ein kollektives Interesse der Gemeinschaft befriedigt, sei es in der Selbstvergewisserung nach außen – Stichwort *Kadi*³¹ – oder nach innen gegenüber den Mitgliedstaaten, die über die Gewährung von Rechten des Einzelnen an der europarechtswidrigen Ausübung legislativer Gestaltungsfreiheit gehindert werden.

2. Grundfreiheiten und Grundrechte

Freiheit im europäischen Verfassungsgefüge meint individuelle Freiheit, wie sie in den Grundfreiheiten, heute aber auch in den Grundrechten geschützt ist. Betrachtet man die Geschichte der Integration und die Normierungspraxis der Sichtbarmachung prätorischer Grundsätze, dann handelt es sich um mehr als Symbolik.³² In der funktionalen Logik, der namentlich die Grundfreiheiten unterliegen, wird auch ein Verständnis, das auf die Bewahrung „natürlicher“ Freiheit³³ gerichtet ist, dem Freiheitsgrundsatz kaum gerecht. Traditionell geht es dem europäischen Projekt nicht um die Ausgrenzung einer privaten Sphäre, sondern um die begriffliche Klammer einer Freiheit vom Staat in der Freiheit durch die Union.

30 P. Dann, Die politischen Organe, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 7), S. 335 (356 f.). Deshalb werde das Europäische Parlament auch eher als Arbeits- und Kontrollparlament seine Stärke entfalten, vgl. *ders.*, Parlamente im Exekutivföderalismus, 2004, S. 279 ff.

31 EuGH, Rs. C-402/05 P (Kadi), Slg. 2008, I-6351, Rn. 213 ff. Die Entscheidung ist völkerrechtlich auf Kritik gestoßen, diente dem BVerfG aber im Lissabon-Urteil zur Untermauerung seiner partikularistischen Sicht auf die Europäische Union, vgl. BVerfGE 123, 267, 400 f.; dazu C. Franzius, Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück?, *Leviathan* 38 (2010), S. 429 (454 f.).

32 Schon bei Art. 6 Abs. 2 EUV a.F. handelte es sich im Wesentlichen um eine Kodifikation der grundrechtlichen Rechtsprechung des EuGH. Die Grundrechte-Charta brauchte fast zehn Jahre, um über den Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV n.F. rechtsverbindlich zu werden. Diese Stärkung des unionalen Grundrechtsschutzes durch Verfestigung muss aber nicht zu Lasten der nationalen Grundrechtsgarantien gehen.

33 Zur Verschränkung von negativer und positiver Freiheit im Begriff der (gesetzlichen) Autonomie T. Khurana/C. Menke (Hrsg.), *Paradoxien der Autonomie*, 2011.

a) Unionsbürgerschaft

Mit der Unionsbürgerschaft und deren Aktivierung für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird eine neue Konzeption deutlich.³⁴ Der Rekurs auf den „grundlegenden Rechtsstatus“ des Unionsbürgers tritt in der Rechtsprechung³⁵ vermehrt an die Stelle der autonomen Rechtsordnung. Zwar erlauben die Art. 19 ff. AEUV mit dem Vorbehalt sekundärrechtlicher Festlegungen eine Lesart, die am Primat der Politik festhält, wenngleich das inzwischen geschaffene Sekundärrecht seinerseits „im Lichte“ der Freizügigkeitsgarantie auszulegen ist.³⁶ Jedoch wird die Spannungslage zwischen der richterlichen Konzeption des Unionsbürgerstatus und dem im Gesetzgebungsakt vertretenen politischen Standpunkt nicht einseitig zugunsten einer Seite aufgelöst werden können.³⁷ Das gilt auch für den unionsbürgerlichen Gleichbehandlungsanspruch, der noch immer an das *grundfreiheitliche* Gebrauchmachen der Mobilitätsfreiheit geknüpft wird.³⁸ In dem Maße jedoch, wie der Unionsbürgerschaft ein *grundrechtliches* Verständnis unterlegt wird, kann eine funktionalistische Argumentation nicht mehr überzeugen. Zwar verlangt die Rechtsprechung für die Gleichbehandlung eine gewisse Integration im Aufnahmestaat.³⁹ Doch Art. 20 AEUV und Art. 18 AEUV lösen sich voneinander.⁴⁰ Grundrechte sind in ihrer vertikalen Stoßrichtung etwas anderes als horizontal wirkende Grundfreiheiten. Der Konturen gewinnende Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist eben keine bloße Verlängerung des grundfreiheitlich konstitutionalisierten Binnenmarkts.

Vieles spricht dafür, die Freiheit des Einzelnen als Ausgangs- und Bezugspunkt *allen* europäischen Rechts zu verstehen: Jeder Mensch ist im Anwendungsbereich der europäischen Rechtsordnung ein freies Rechtssubjekt, was nur denkbar ist, wenn

³⁴ C. Franzius (Fn. 18), S. 87 ff.

³⁵ Grundlegend EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31; Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, Rn. 43; Rs. C-45/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-9391, Rn. 42, wonach der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der „grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“ zu sein. Zwar bleiben Politikfelder wie die Bildungspolitik in der Hand der Mitgliedstaaten, doch in der Ausübung ihrer Befugnisse sind sie an das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger gebunden, vgl. EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161, Rn. 24 ff. Auch die Berufung auf Ausnahmeregelungen der Grundfreiheiten, wie die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV, soll die Rechte der Unionsbürger nicht verdrängen und die Verhältnismäßigkeitsprüfung eröffnen, vgl. GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 14.9.2010 in den Rs. C-47/08 bis C-54/08 und C-61/08 (Kommission/Belgien), Slg. 2011, I-0000, Rn. 80 ff., 135 ff.

³⁶ S. Kadelbach, Unionsbürgerschaft, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 7), S. 611 (626 f.).

³⁷ M. Nettessheim, Grundrechtskonzeptionen des EuGH im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2009, S. 24 (30 f.).

³⁸ Ausf. C. Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 327 ff.; zur horizontalen Rechtswirkung der Unionsbürgerschaft auch C. Franzius (S. 17), S. 279 ff. Die neuere Rechtsprechung lässt aber auch eine vertikale Stoßrichtung erkennen, vgl. EuGH, Rs. C-145/04 (Spanien/Vereinigtes Königreich), Slg. 2006, I-7917; Rs. C-300/04 (Eman und Sevinger), Slg. 2006, I-8055. Dieser wird zumindest das Potential zugewiesen, einen politischen Raum zu erzeugen, vgl. die Schlussanträge von GA *Maduro* v. 30.9.2009 in der Rs. C-135/08, (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, Rn. 23; J. Shaw, The Transformation of Citizenship in the European Union. Electoral Rights and the Restructuring of Political Space, 2007.

³⁹ EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 59; Rs. C-158/07 (Fürster), Slg. 2008, I-8507, Rn. 51 ff. Zum Erfordernis eines Unionsrechtsbezugs jüngst Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-0000, Rn. 45 ff. (m.w.N.).

⁴⁰ Vgl. A. von Bogdandy/S. Bitter, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschränkung zweier Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, in: FS Manfred Zuleeg, 2005, S. 309 (320 ff.).

sich alle Menschen in dieser Rechtsordnung als rechtlich und moralisch Gleiche begegnen. Die Union folgt einem individualistischen Rechts- und Gesellschaftsverständnis, greift damit den Gedanken der Abkehr von Privilegien auf und darf sich vom Staatsverständnis traditionellen Verfassungsdenkens weniger unterscheiden, als vielfach angenommen wird. In der unmittelbaren Anwendung europäischen Rechts spiegelt sich der Einzelne als Subjekt des Rechts. Die in der Frühphase der Integration als Deregulierungsinstrumente in Stellung gebrachten Grundfreiheiten erweitern individuelle Handlungsspielräume, erweisen sich aber als ambivalent, soweit zur Vermeidung struktureller Asymmetrien auf Unionsebene nicht die entsprechenden Rechtsetzungskompetenzen verfügbar sind.⁴¹ Aus diesem Grund ist auch zweifelhaft, ob die Grundrechte legitimieren können, was die Grundfreiheiten integrieren. Zwar mag in der transnationalen Integration durch die Grundfreiheiten die supranationale Legitimation durch die Grundrechte angelegt sein.⁴² Aber zur Kompensation von Demokratiedefiziten eignen sich Grundrechte nur begrenzt. So verführerisch der Gedanke, zumal aus deutscher Sicht, auch sein mag: Es geht nicht um die nachträgliche Rechtfertigung ökonomischer Marktlogiken, sondern um die Ermöglichung demokratischer Politik im europäischen Rechtsraum. Das gebietet eine Zurückhaltung gegenüber Überformungen der nationalen Gestaltungsspielräume, deren Ausfüllung in demokratischen Verfahren zum Aufbau einer sozialen Demokratie unerlässlich ist.

b) Grundrechte als Handlungsanweisung an den Gesetzgeber?

Freiheit als gleiche Freiheit setzt politische Entscheidungen voraus, die ihrerseits der Anleitung durch Recht bedürfen. Ob die Grundrechte in Europa die Aufgabe übernehmen sollten, die sie unter dem Grundgesetz, etwa für das deutsche Verwaltungsrecht übernommen haben, ist unsicher. Europäische Gesetzgebung als Konkretisierung von Grundrechten zu verstehen, soziale Gesetzgebung also zur Aktivierung der neuen sozialen Grundrechtsgehalte einzusetzen, mag ein zu beschreibender Weg sein. Aber werden die politischen Prozesse, wird die Gesetzgebung damit nicht auf den Grundrechtsvollzug verkürzt? Eignen sich die Unionsgrundrechte wirklich als neues Legitimationsreservoir zur Absicherung der Einheit des europäischen Rechts?

- 41 Das Problem ist seit langer Zeit bekannt und wird in der Politikwissenschaft mit dem Auseinanderfallen von negativer und positiver Integration umschrieben, vgl. F. Scharpf, The Asymmetry of the European Integration or why the EU cannot be a „Social Market Economy“, KFG Working Paper 6/2009. Konsequenzen: C. Joerges/ F. Rödl, Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts, KJ 2008, S. 149 (154 ff.). Auf der Folie eines idealtypischen Sozialstaates wird der europäische Konstitutionalismus als Entdemokratisierung beklagt, vgl. H.-J. Bieling, in diesem Heft.
- 42 Grundlegend T. Kingreen, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570 (574 ff.); abgeschwächter ders., Grundfreiheiten und Grundrechte, in: Franzius/Mayer/Neyer (Fn. 5), S. 218 ff.

aa) Grundrechtliche Konstitutionalisierung?

Längst hat sich das europäische Grundrechtsdenken von der funktionalistischen Lesart der Grundfreiheiten emanzipiert, droht aber seinerseits eine Entpolitisierung zu befördern. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Grundrechte nicht bloß als Abwehrrechte im Einzelfall, sondern als objektive Grundsätze der Gesetzgebung verstanden werden. Deren nähere Entfaltung mag den Gesetzgebern obliegen, in der Kontrolle durch die Gerichte kann es aber auch eine Einschränkung der legislativen Handlungsspielräume bedeuten.⁴³ Grundrechten kann es nur begrenzt gelingen, die beklagten Defizite an demokratischer Legitimation zu kompensieren.⁴⁴ Auch sollte der Mehrwert einer Verdopplung des Grundrechtsschutzes überdacht sein. Er führt nicht stets zu einem Mehr an grundrechtlicher Freiheit, zumal die „konstitutionalistische“ Vorstellung der Union als „Grundrechtsgemeinschaft“ nicht ohne Kritik geblieben ist.⁴⁵

Zu einem effektiven Grundrechtsschutz durch die Gerichte gibt es keine Alternative. Ob jedoch die Grundrechte als Wertmaßstäbe zur umfassenden Anleitung der Gesetzgebung dienen sollten, ist zu hinterfragen. Denn welche Grundrechte sollen es sein? Der nationale Gesetzgeber kann an die nationalen Grundrechte, aber auch an die Unionsgrundrechten gebunden sein. So hat denn auch der Pluralismus, der die Konstitutionalisierungsidee bereichert, die Grundrechte erfasst. Der plurale Grundrechtsverbund generiert eine Maßstabsvielfalt, die über föderale Ordnungen hinausgeht.

Ungeachtet der Frage, inwieweit sich eine Abschichtung dieser Maßstäbe nach dem Vorbild geteilter Kompetenzen anbietet, wird eine grundrechtsplurale Perspektive zur Ausfüllung der politischen Handlungsspielräume in Rechnung zu stellen haben, dass prinzipiell *jeder* grundrechtliche Ansatz, wird er nicht durch die in Deutschland verbreiteten, aber im europäischen Rechtsvergleich eher seltenen objektiven Grundrechtslehren⁴⁶ überhöht, seine Grenze im *demokratisch* zu verantwortenden Ausgleich der konfligierenden Grundrechtspositionen findet.

Grundrechtskollisionen lassen sich nicht vermeiden. Weder sollten allzu viele Hoffnungen auf eine Konvergenz der Maßstäbe gesetzt werden. Noch wäre es ratsam,

43 Es ist bezeichnend, dass der EuGH für die Unionsgrundrechte bislang keine Drittirkung anerkannt hat. Für die *funktional* auf die Errichtung des Binnenmarkts bezogenen Grundfreiheiten ist das anders, vgl. EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4139; zust. S. Wernicke, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 225 ff.

44 Siehe aber I. Pernice, Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, S. 847.

45 Vgl. A. von Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 157 ff.; korrigierend *ders.*, Die Europäische Union und das Völkerrecht kultureller Vielfalt – Aspekte einer wunderbaren Freundschaft, in: Nolte u.a. (Hrsg.), Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, 2008, S. 69 ff. Bisher scheint die Lösung über eine „doppelte Grundrechtsloyalität“ gesucht zu werden, vgl. im Anschluss an I. Pernice, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz, NJW 1990, S. 2409 (2414 f.) etwa D. Ehlers, in: *ders.* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn. 51; im Sinne einer Doppelbindung, wobei sich der jeweilige Höchststandard durchsetzt: L. Michael/M. Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 100.

46 Einen deutschen Sonderweg ausmachend: R. Wahl, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 1, 2004, § 19. Zur Frage nach den Folgen für die Legitimität des Bundesverfassungsgerichts C. Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt u.a (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281 (346 ff.).

den unionalen Grundrechtsschutz kurzerhand auf den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz zu reduzieren. Denn auf der einen Seite ist das zu wenig und auf der anderen Seite zu viel: Rekuriert der EuGH auf die Maßstäbe der EMRK, erhalten diese über den Vorrang des Unionsrechts eine Verstärker-Wirkung, worüber die Mitgliedstaaten als „Mittler“ der innerstaatlichen Geltung übersprungen und bewährte Konfliktlösungen untergraben zu werden drohen. Das Dilemma, vor dem die konstitutionelle Architektur der Unionsgrundrechte steht, wird in der Rechtssache *Kadi* deutlich.⁴⁷ Eingezwängt zwischen die staatliche und die internationale Rechtsordnung ist die Union weder der einen noch der anderen zuzuordnen, muss aber auf die eine wie die andere Rücksicht nehmen. *Daniel Halberstam* und *Eric Stein* machen das anschaulich, wenn sie schreiben:

„Just as understanding the Union as subordinate to the Member States' legal orders would render the Union as simple tool in the hands of Member States governments, so, too, understanding the Union as immediately beholden to international law would render the European enterprise an empty vessel for international governance writ large. The idea of ‚constitutional integration‘ – even when applied to the European Union – suggests an element of political self creation and autonomy that is incompatible with viewing the Union as a mere instrument of either the national or international legal orders. Properly understood, the Union is neither.“⁴⁸

Deshalb ist es problematisch, bestimmte Entwicklungspfade aus dem nationalen Kontext auf die Union zu übertragen. Insbesondere erscheint der bisweilen ange deutete Weg, über die Grundrechte den gewachsenen Legitimationsbedarf der Unionsgewalt zu stillen, wenig sinnvoll. Grundrechte können die Demokratie nicht ersetzen.⁴⁹ Auch eine Grundrecht demokratie, wie sie im Anschluss an *Rudolf Smend* namentlich das Bundesverfassungsgericht in den 1950er Jahren – etwa im „genetischen Code“ des *Lüth*-Urteils beim Aufbau der Demokratie im Deutschland der Nachkriegszeit⁵⁰ – angeleitet haben mag, dürfte sich kaum als Leitbild für die Union eignen.⁵¹ Die Dinge liegen in der verschränkten Verfassungsordnung der Union wesentlich komplizierter. Das betrifft vor allem die Frage, welche Teilordnung den einschlägigen Maßstab liefert. Damit verbindet sich stets auch die institutionelle Frage nach der maßgeblichen Kontrollinstanz.

47 EuGH, Rs. C-402/05 P (*Kadi*), Slg. 2008, I-6351, Rn. 213 ff., kann als konstitutionelle Fortsetzung der „autonomen Rechtsordnung“ gelesen werden, droht mit der Fokussierung auf die interne Dimension im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten aber die internationale Einbindung der Europäischen Union zu vernachlässigen: *D. Halberstam/E. Stein*, The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order, *CMLRev* 46 (2009), S. 13 ff.; *G. de Búrca*, The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*, *Harv Int'l L.J.* 51 (2010), S. 1 ff.; *B. Fassbender*, Triepel in Luxemburg, *DÖV* 2010, S. 333 ff.

48 *D. Halberstam/E. Stein*, *CMLRev* 46 (2009), S. 13.

49 Zurückhaltender *C. Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer (Fn. 5), S. 231 ff.; *F. Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand: Juli 2010), nach Art. 6 EUV, Rn. 34.

50 BVerfGE 7, 198 – *Lüth* (1958); dazu *M. Jestaedt u.a.*, Das entgrenzte Gericht, 2011.

51 Vgl. *S. Kadelbach*, Grundrecht demokratie als Vorbild?, in: Franzius/Mayer/Neyer (Fn. 5), S. 259 ff.

bb) Welche Grundrechte?

Probleme entstehen, weil sich die Ebenen nicht sauber trennen lassen. Die praktische Wirksamkeit subjektiver Rechte ist unter dem Leitbild des dezentralen Individualrechtsschutzes typischerweise nicht kollisionsfrei zu denken. Insbesondere bleibt die Bindung der Mitgliedstaaten – und nicht nur der Unionsorgane – an die Unionsgrundrechte umstritten.⁵² Handeln sie auch dort, wo sie nach dem Vertrag aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit in Grundfreiheiten eingreifen dürfen, im Anwendungsbereich des Unionsrechts? Die sog. *ERT*-Rechtsprechung des EuGH⁵³ bindet die Mitgliedstaaten in diesen „Einschränkungskonstellationen“ an die Unionsgrundrechte, womit Maßstab und Kontrolle in einer Hand bleiben. Das ließe sich mit einem weiten Verständnis der „Durchführung“ in Art. 51 GRCh noch vereinbaren. Besser wäre aber eine Selbstbeschränkung der EuGH-Rechtsprechung, die den nationalen Grundrechtsschutz nicht bloß als Gefahr sehen darf, oder anders gesagt: Unter dem funktionssichernden Anwendungsvorhang des Unionsrechts hält die Verteidigung der Einheit des Rechts mehr Vielfalt aus.

Denn die Maßstabsfrage betrifft längst die „Normalfälle“ europäischer Gesetzgebung. Weil die Unionsrechtsordnung nicht sauber gegenüber den staatlichen Rechtsordnungen abgegrenzt werden kann, ist es für die sichere Maßstäbe verlangende Rechtspraxis, aber auch als Handlungsanleitung für die europäischen Gesetzgeber problematisch, wenn die Wahl des Grundrechtsregimes vom Maß der verbleibenden Handlungsspielräume abhängig gemacht wird. Zur Erinnerung: Das BVerfG hat die international rezipierte *Solange*-Rechtsprechung⁵⁴ dahingehend gefestigt, dass in dem Maße, wie das Sekundärrecht dem nationalen Gesetzgeber keine Umsetzungsspielräume beläßt, der Rechtsakt auch nicht am Maßstab der nationalen Grundrechte einer Kontrolle unterworfen kann. *Insoweit* greifen die Unionsgrundrechte.⁵⁵

Das aber heißt: Weil die Zurücknahme des nationalen Grundrechtsschutzes nicht auf unmittelbar geltende Verordnungen beschränkt ist, sondern auf die gesetzliche Umsetzung „zwingender Vorgaben“ aus Richtlinien bezogen wird, dürfte für wesentliche Regelungsmaterien der Grundrechtsmaßstab auf die Unionsebene wandern. Nur *soweit* der nationale Gesetzgeber eigenverantwortlich auszufüllende

52 Übersichten: *J. Kühling*, Grundrechte, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 7), S. 657 (680 ff.); *C. Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 343 ff.; *F. Brosius-Gersdorf*, Grundfälle zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, JA 2007, S. 873.

53 EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 f.; Rs. C-2/92 (Bostock), Slg. 1994, I-955, 983; Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3689, Rn. 18. Die Berufung auf Unionsgrundrechte gegen den eigenen Mitgliedstaat lässt EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 29, 30, 37 zu. Das Inkrafttreten der Grundrechte-Charta hat den EuGH bislang nicht zu einer Umkehr bewegen, vgl. zur Kontrolle von mitgliedstaatlichen Gesetzen „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“ am Maßstab der Unionsgrundrechte EuGH, Rs. C-555/07 (Kükückdevici), Slg. 2010, I-365, Rn. 20. Die Charta – und damit auch Art. 51 GRCh – kann keine Festlegungen über die Reichweite der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts treffen.

54 EGMR, Urteil v. 30.6.2005, 45.036/98 (Bosphorus); zurückhaltender EuGH, Rs. C-402/05 P (Kadi), Slg. 2008, I-6351, Rn. 213 ff.; siehe auch EuG, Rs. T-85/09 (Kadi II), Slg. 2010, II-5177, Rn. 127. Zur Kadi-Rechtssprechung *J. Ley*, Verfassung ohne Grenzen?, in: Pernice u.a. (Hrsg.), Europa jenseits seiner Grenzen, 2009, S. 91 ff.

55 Sog. *soweit*-Formel, vgl. BVerfGE 118, 79 (95 f.) für das Zusammenspiel des Rechtsschutzes.

Handlungsspielräume nutzen kann, bleiben danach die Grundrechte des Grundgesetzes *ein* zulässiger Prüfungsmaßstab. Das war beim Umsetzungsgesetz zum europäischen Haftbefehl der Fall, nicht aber bei der Implementierung der „Systementscheidungen“ für den Emissionshandel.⁵⁶ Und im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist – zumindest in der Hochzonungslogik der überlieferten *Solange*-Rechtsprechung – eine weitere Reduzierung des Anwendungsbereichs national verbürgter Rechte angelegt. Hier muss die Verfassungsrechtsprechung eine ebenenschonende Zuordnung von formeller Kompetenz und materiellen Rechten erst noch stabilisieren.

So ist ungewiss, ob sich die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte weiter zurückzieht. Das dürfte Zweifeln an der Effektivität des unionalen Grundrechtsschutzes geschuldet sein.⁵⁷ Ob sich der EuGH zu einem starken Grundrechtegericht nach dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts entwickeln sollte, ist nicht zuletzt wegen der kritisierten Bindungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten ebenfalls unsicher. Immerhin lässt die neuere Grundrechtejudikatur des EuGH kompetenzsensible Selbstbeschränkungen zugunsten der Wahrung von Spielräumen des nationalen Gesetzgebers erkennen.⁵⁸

Wie ist mit dieser „Unsicherheit“ umzugehen? Begreift man europäische Gesetzgebung als zeitlich gestreckten Prozess, mögen in der Verbundordnung die europäischen und bei der notwendigen Konkretisierung durch den nationalen Gesetzgeber auch die nationalen Grundrechte maßstabsbildende Kraft entfalten. Statische „entweder-oder“-Formeln passen nicht richtig auf die komplexen Rechtsetzungsvorgänge, die sich eben nicht exklusiv der einen oder der anderen Ebene gegenstands- oder kompetenzbezogen zuordnen lassen. Soweit der Interessenausgleich durch die Union den Mitgliedstaaten einen Spielraum beläßt, ist dieser auch nach Maßgabe der nationalen Grundrechte auszufüllen. Dieser grundrechtliche Spielraum dürfte höher sein als in jeder anderen föderalen Ordnung.

Im Vergleich zur früheren Integrations- und Marktlogik ist unverkennbar: Die Union hat die Menschenrechte „entdeckt“⁵⁹ und vor dem Hintergrund der deutschen Erfahrungen mag es eine verlockende Vorstellung sein, die Gerichte könnten die politischen Defizite einer sozialen Demokratie kompensieren. Aber eine praktikable Abgrenzung der Grundrechtssphären bleibt aufgegeben. Schon heute passen die alten Formeln zur subsidiären Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte nicht mehr. Mit der politisch verantworteten Sekundärrechtsetzung wird stets

56 Konsequent BVerfGE 113, 273 (315 ff.); 118, 79 (95 f.).

57 In der neuen *jedenfalls*-Formel zur Vorratsdatenspeicherung lässt beispielweise das BVerfG vorsichtige Zweifel erkennen, vgl. BVerfGE 125, 260. Hierin bereits ein Abrücken von „*Solange*“ ausmachend D. Westphal, Leitplanken für die Vorratsdatenspeicherung, EuZW 2010, S. 494 ff.

58 EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), Slg. 2010, I-8965, Rn. 52 ff.; dazu D. Thym, JZ 2011, S. 148, der in der Kammer-Entscheidung ein neues „Feingefühl“ des EuGH für die kompetenziellen Grenzen der Charta erkennt, die als Bestandteil einer pluralen Grundrechtsordnung die nationalen Verfassungen nur partiell ersetze. Zum Bedeutungserhalt der nationalen Verfassungen in einem vereinten Europa D. Grimm, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/2, 2009, § 168.

59 So die Formulierung bei T. Kingreen, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?, EuR 2010, S. 338.

der „grundrechtseröffnende“ Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet.⁶⁰ Das hat erhebliche Konsequenzen: Nicht nur, dass sich der EuGH mit guten Gründen scheut, Sekundärrechtsakte für primärrechtswidrig zu erklären. Die Zurückhaltung gegenüber der Kassation von Gesetzgebungsakten entspricht den Traditionen vieler Mitgliedstaaten. Mit den prinzipiell anerkannten Gestaltungsfreiraumen von Rat und Parlament droht jedoch konzeptionell eine grundrechtliche Entgrenzung in Kauf genommen zu werden, sofern die Rechtsanwendung im Einzelfall dann auch nach nationalen Grundrechtsmaßstäben – durch die nationalen Gerichte – keiner Überprüfung mehr unterzogen werden könnte.⁶¹

Das scheint in der Rechtsprechung des EuGH unter dem „großen“ Einheitsparadigma des Unionsrechts aber angelegt zu sein: Beruft sich der nationale Gesetzgeber auf die vertraglichen Ausnahmeregelungen zu den Grundfreiheiten, bleibt er im Anwendungsbereich des Vertrags und damit nach der *ERT-Rechtsprechung*⁶² an die Unionsgrundrechte gebunden. Und bei der Richtlinienumsetzung sollen selbst dort, wo die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber auszufüllende Spielräume belässt, unionsgrundrechtliche Beschränkungen zu beachten sein.⁶³ Diese Rechtsprechung läuft Gefahr, den nationalen Grundrechtsschutz zu marginalisieren. Sie gilt es zu überdenken.

c) Grundrechte in der Hand der Gerichte

Die *materielle* Bindung ist stets nur die eine Seite. Jeder Versuch, zu einer tragfähigen Spielraumdogmatik beizutragen, muss in einer *institutionellen* Perspektive beachten, dass die Wahrung der Grundrechte letztverbindlich den Gerichten aufgegeben ist. Für die Unionsgrundrechte ist das der EuGH, dessen Aufgabe zur Wahrung des Rechts über die Kontrolle des Einzelfalls hinaus eine handlungsanleitende Funktion für den politischen Prozess erhielt. Würde so der in Deutschland überwunden geglaubte Jurisdiktionsstaat nicht auf europäischer Ebene seine Wiederauferstehung feiern?

60 Vgl. in der Spezifizierung seines berüchtigten *Mangold*-Urteils EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-365, Rn. 21 ff., 50; dazu G. Ziegenhorn, Kontrolle von mitgliedstaatlichen Gesetzen „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“ am Maßstab der Unionsgrundrechte, NVwZ 2010, S. 803 ff. Liest man die jüngeren Urteile des EuGH zusammen, so scheint sich sein Kontrollanspruch nach der Grundrechte-Charta auf die Überprüfung des Sekundärrechtsakts zu konzentrieren, während die Mitgliedstaaten zur grundrechtskonformen Auslegung desselben verpflichtet sind.

61 Ein Beispiel liefert die Auseinandersetzung um die Vorratsdatenspeicherung. Die Änderungen des TKG dienten der Umsetzung einer Richtlinie, deren kompetenzgemäßen Erlass der EuGH bestätigt hatte. Die grundrechtliche Frage hatte er ausdrücklich offen gelassen und es ist mehr als ungewiss, ob er die Richtlinie als Grundrechtsverstoß kassiert hätte. Der Verzicht auf eine nationale Grundrechtskontrolle des Umsetzungsakts würde den Rechtsschutz dann leerlaufen lassen. Das akzeptiert das BVerfG nicht.

62 EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925 Rn. 42. Noch scheint innerhalb der Europarechtswissenschaft die Zustimmung zu überwiegen, statt vieler F. Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand: Juli 2010), nach Art. 6 EUV, Rn. 52 ff. Ob das „zentrale Argument der einheitlichen Rechtsanwendung“ heute noch überzeugt, wird hier in Frage gestellt.

63 Anders als das BVerfG betrachtet der EuGH die Mitgliedstaaten auch in der Ausfüllung von sekundärrechtlich eingeräumten Umsetzungsspielräumen an die Unionsgrundrechte gebunden: EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat) (Familienzusammenführungsrichtlinie), Slg. 2006, I-5769, Rn. 21 f., 104 f. Zum Streitstand C. Callies, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte, JZ 2009, S. 113 (114 ff.).

Hier zeigt sich der Kontrast gegenüber dem Beispiel der sozialen Daseinsvorsorge. Der nationale Gesetzgeber wird in seiner Gestaltungsfreiheit durch die *Unsicherheit der Maßstäbe und deren Kontrolle* begrenzt. Verbleiben nach der Richtlinie auszufüllende Handlungsspielräume, bleibt unsicher, welche Rechtsordnung den Grundrechtsmaßstab liefert. Unionsrecht unter der Kontrolle des EuGH und nationales Recht – in Deutschland unter der Letztkontrolle durch das BVerfG – treten mit den wechselseitigen „Übergriffen“ in ein Spannungsfeld, das sich weder nach der einen, noch nach der anderen Seite einfach auflösen lässt.⁶⁴ Korrekturen haben deshalb „auf beiden Seiten“ des grundrechtlichen Spannungsfelds anzusetzen.⁶⁵ Dabei gehört der nationale Grundrechtsschutz inzwischen wohl zum Bestandteil der nationalen Verfassungsidentität unter dem Schutz des Primärrechts (Art. 4 Abs. 2 EUV). Damit erkennt das Unionsrecht einen im Grundsatz integrationsfesten Grundrechtsvorbehalt der Mitgliedstaaten an.⁶⁶ Dieser dürfte auch eine nationalverfassungsrechtskonforme Auslegung⁶⁷ des Unionsrechts tragen.⁶⁸

Das marktfunktionale Einheitsparadigma, zu dessen Schutz die Grundfreiheiten geschaffen wurden, bewirkt eine zu Recht beklagte Unitarisierung des Grundrechtschutzes, was eine latente, aber strukturell bedingte Konfliktsituation hervorruft, die sich in dem Maße verschärft, wie die Union eigene menschenrechtliche Standards schafft.⁶⁹ Sicherungen wie Art. 51 GRCh mit der Beschränkung der mitgliedstaatlichen Bindungen auf die *Durchführung von Unionsrecht* drohen ins Leere zu laufen. Dies umso mehr, als die Mitgliedstaaten mit der Verabschiedung der Grundrechte-Charta die *ERT*-Rechtsprechung ausdrücklich nicht korrigieren wollten. Dies hat im Gegensatz zum ersten Beispiel der sozialen Daseinsvorsorge zwar nicht Ausdruck in einem Protokoll gefunden. In den Erläuterungen zu Art. 51 GRCh⁷⁰ wird der Anwendungsbereich des Unionsrechts aber unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das *ERT*-Urteil definiert, was ein weites Verständnis der Durchführung nahelegt. Damit bleibt die Neuvermessung der Unionsgrundrechte im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, deren „grenzenlose“ Ausdehnung auf Beschrän-

64 Der Wunsch, diese latenten Konflikte aufzulösen, findet im Loyalitätsprinzip (Art. 4 Abs. 3 EUV) einen Anknüpfungspunkt, vgl. H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 371 ff.

65 So gelten auch bei der Durchführung von Verordnungen die nationalen Grundrechte, etwa bei der Überführung eines Asylbewerbers nach Griechenland, vgl. BVerfG, Beschluss v. 14.10.2008, I BvF 4/05 Rn. 83 ff.; siehe auch Beschluss v. 8.9.2009, 2 BvQ 56/09. Das Haupsacheverfahren gegen „Dublin II-Überstellungen“ nach Griechenland hat das BVerfG wegen eines Abschiebestopps eingestellt. Umgekehrt darf die Normenkontrolle durch nationale Verfassungsgerichte nicht den Vorrang des Unionsrechts unter Einschluss der Unionsgrundrechte gegen nationale Gesetze in Frage stellen, soweit diese „zwingende“ Richtlinien-Bestimmungen umsetzen, vgl. EuGH, Rs. C-188/10 und C-189/10 (Melki), Slg. 2010, I-5667, Rn. 53 ff.

66 F. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 7), S. 559 (589 f.).

67 Vgl. A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 242 ff.

68 Beispiel: EuGH, Rs. C-445/03 (Omega), Slg. 2004, I-9609, Rn. 37 f., mit Blick auf die Menschenwürde.

69 Zur Kritik statt vieler P. M. Huber, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2008, S. 190 ff.; C. Franzius, Grundrechte als Verfassungsgefährdung?, DÖV 2008, S. 933 (936 ff.); T. Kingreen (Fn. 42), S. 219 ff.

70 Sie sind vom Präsidiums des Konvents, der die Grundrechte-Charta erarbeitet hat, formuliert worden und für die Neuverkündung der Charta im Kontext des Vertrags von Lissabon 2007 verändert und neu bekannt gemacht worden, ABI C 303/02 v. 14.12.2007. Danach haben sie – anders als Protokolle – keinen rechtlichen Status, stellen jedoch eine nützliche Interpretationshilfe dar, die dazu dient, die Bestimmungen der Charta zu verdeutlichen.

kungsverbote kaum noch zu überzeugen vermag,⁷¹ weiterhin aufgegeben. Ob der EuGH seine expansive Rechtsprechung zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte abschwächt, erscheint alles andere als ausgemacht. Dagegen spricht, dass er am Rückgriff auf seine Rechtsprechung zu den Grundrechten als allgemeinen Rechtsgrundsätzen *neben* der nicht abschließend verstandenen Grundrechte-Charta festhält.⁷² Art. 51 Abs. 2 GRCh lädt indessen zu einer zurückhaltenden Rechtsprechung ein, die es dem EuGH erlauben würde, ein eigenes Profil im „Verfassungsgerichtsverbund“⁷³ zu entwickeln, jedenfalls nicht ohne Not an die Stelle des EGMR oder der nicht ohne Grund misstrauischen nationalen Verfassungsgerichte zu treten, wodurch seine institutionelle, auf ein Zusammenspiel mit den anderen Gerichten basierende Legitimation Schaden nehmen könnte.⁷⁴

Denn es geht nicht allein um Divergenzen in den Maßstäben mit der heiklen Frage, wie sich hohe Charta-Standards angesichts der unterschiedlichen Grundrechtskulturen in den Mitgliedstaaten unionsweit durchsetzen lassen. Vor dem Hintergrund konkurrierender Deutungen des verflochtenen Ordnungsgefüges gewinnt die Frage an Bedeutung, wer zur Entscheidung „in Grundrechtsfragen“ berufen ist. Natürlich tun wir gerade in Deutschland gut daran, die Frage nach dem *quis judicabit* nicht zu überhöhen. Aber in Mehrebenenordnungen bleiben konkurrierende Letztentscheidungsrechte nicht aus, was dogmatisch unbefriedigend ist, jedoch mehr denn je die europäische „Architektur“ auszeichnet. Der Konflikt der Gerichte spiegelt nicht selten soziale Konflikte, muss aber nicht überdramatisiert werden, denn letztlich geht auch das BVerfG, wie im *Honeywell*-Beschluss deutlich wurde, Konflikten aus dem Weg.⁷⁵ Die notwendig dynamische, weil die politische Integration abstützende Grundrechtejudikatur des EuGH, die stets Gefahr läuft, die gerade vom BVerfG mit europäischem Anspruch angemahnte Einhaltung der Kompetenzordnung zu unterlaufen, sollte dieses „Friedensangebot“ annehmen und zu einer Balance zwischen nationalen und europäischen Grundrechten unter dem Dach der ebenenübergreifenden EMRK-*Mindeststandards* finden können.⁷⁶

Das könnte das Verständnis politischer Gestaltungsfreiheit europäischer Gesetzgebung erleichtern: Während sich die Verteilung der Grundrechtsmaßstäbe stärker an

71 T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 7), S. 705 (727 ff.).

72 Explizit EuGH, Rs. C-555/07 (Küückdevici), Slg. 2010, I-365, Rn. 21 f. Der Hinweis auf Art. 21 GRCh, wonach „Diskriminierungen insbesondere wegen (...) des Alters verboten“ sind, hat nur ergänzenden, gleichsam bestätigenden Charakter. Die „prätorische“ Herleitung von Grundrechten aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 6 Abs. 3 EUV) wird danach nicht aufgegeben. Das ist alles andere als revolutionär, sondern, wie jedem Gericht, dem Bemühen um Kontinuität geschuldet. Auch das BVerfG gibt eine mehr oder weniger gefestigte Rechtsprechungslinie nicht einfach auf, obwohl der Kontext, in dem die erste Entscheidung ergangen ist, längst ein anderer ist.

73 Um Begriffe wird gerungen. Der Weg vom Schüsselbegriff zum „Plastikbegriff“ ist aber nicht weit. Zum europäischen Verfassungsgerichtsverbund A. Voßkuhle, NVwZ 2010, S. 1.

74 Siehe auch P. Cruz Villalón, Legitimität durch (Verfassungs)Gerichte?, in: Franzius/Mayer/Neyer (Fn. 5), S. 274 (277 ff.).

75 BVerGE 126, 286 (2010); krit. D. Grimm, Die große Karlsruher Verschiebung, FAZ v. 9.9.2010, 8; R. A. Lorz, Freibrief für die deutschen Gerichte, FAZ v. 24.2.2011, S. 8.

76 D. Thym, Anmerkung, JZ 2011, S. 148 (150 f.). Umgekehrt gilt aber auch, was T. Kingreen (Fn. 42), S. 230, schön formuliert hat: Danach gehöre es „vielleicht sogar gerade zum besonderen Charme der Union und von Europa, dass wir auch einmal transnational übereinander den Kopf schütteln dürfen.“

der vertikalen Verteilung der Verbandskompetenzen zu orientieren hat und dadurch der nationalen Gesetzgebung einen nach „eigenen“ Maßstäben auszufüllenden Raum belassen könnte, erhält die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung eine positive Abstützung erst in der horizontalen Verteilung der Organkompetenzen, die von Rechtsordnung zu Rechtsordnung variiert, aber nicht nur in den nationalen Rechtsordnungen, sondern auch in der Unionsrechtsordnung durch das Demokratieprinzip überformt wird, dadurch die europäische Gesetzgebung offenhält und vor gerichtlichen Überdeterminationen bewahrt.

Demgegenüber ist mit einer Aufblähung des Grundrechtsschutzes unter der überkommenen Vorstellung einer wertgebundenen Grundrechte demokratie „in der Hand der Gerichte“ wenig gewonnen. Anders gesagt: Das Recht muss nicht zum Recht, sondern zur Politik finden, um seine normative Funktion im Prozess der europäischen Integration zu bewahren. Die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber setzt deshalb die Wahrung der spezifischen Rationalität des politischen Prozesses durch die Gerichte voraus.⁷⁷ Das gilt auch für die politische Ordnung der Union, die sich nicht allein über konkurrierende Rechte auf unterschiedlichen Ebenen herstellen lässt, mag auch jede harmonisierende Überdehnung der politischen oder auch nur rechtlichen Einheit an der pluralen Ordnung auflaufen.

3. Demokratie

Die grundrechtliche Frage markiert nur die eine, die Gestaltungsfreiheit der europäischen Gesetzgeber vielleicht materiell anleitende, sicherlich aber begrenzende Seite. Demgegenüber streitet das inhaltliche Offenlassen demokratischer Prozesse für die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber. Individuelle Freiheit und Gleichheit verlangen demokratische Prozesse. Freiheit als gleiche Freiheit ist ohne Demokratie, also Formen kollektiver Legitimation für die gesetzliche Ausbalancierung konfliktierender Freiheitsrechte nicht denkbar. Vielleicht war es lange Zeit eine Hoffnung, die Union als mühsam errungene Rechtsgemeinschaft vor den Abgründen des Politischen zu bewahren.⁷⁸ Recht ohne Politik, ein Traum? Jedenfalls wird man in der Immunisierung des Politischen kaum einen reformatorischen Fortschritt erkennen können.

Allerdings muss zweierlei gesehen werden. Erstens, dass der Primat des Politischen nicht allein über das Europäische Parlament sichergestellt werden kann. Die Europäische Union ist kein Staat und soll es auch nicht werden. Weil Demokratie komplexer zu denken ist, wäre es nun umgekehrt aber zu einfach, in den inter- oder supranationalen Verrechtlichungen stets Demokratieverluste zu sehen.⁷⁹ Überstaat-

⁷⁷ Deshalb erscheint es auch problematisch, über den gerichtlichen Schutz des nationalen Wahlrechts (Art. 38 GG) zum Erhalt der nationalen Demokratie den Aufbau einer europäischen Demokratie an eine neue Verfassung (Art. 146 GG) zu knüpfen, wie es das BVerfG im Lissabon-Urteil getan hat.

⁷⁸ C. Franzius (Fn. 18), S. 94 ff.

⁷⁹ Weiterführend N. Petersen, Demokratie als teleologisches Prinzip, 2010, S. 59 ff.; A. Niederberger, Demokratie unter den Bedingungen der Weltgesellschaft, 2009, S. 169 ff., 405 ff.

liche Herrschaft kann nicht eindimensional vom Staat aus gedacht werden. Wohin sich die europäische Demokratie entwickelt, bleibt notwendig offen.⁸⁰

a) Demokratie in der Hand der Gerichte?

Die Eckpunkte sind mit der Verankerung des Demokratieprinzips in Art. 10 EUV aber erkennbar. Maßgeblich ist die zweigliedrige Legitimationsstruktur über das Europäische Parlament und den Rat, deren Mitglieder den nationalen Parlamenten gegenüber verantwortlich sind. Danach kann man *weder* den Hort der Demokratie im Nationalstaat verbuchen und die Europäische Union lediglich als Agenten der Mitgliedstaaten begreifen. *Noch* kann der Demokratisierungsbedarf auf der europäischen Ebene geleugnet werden, darf er auch nicht an übersteigerten Erwartungen an das Europäische Parlament gemessen werden.⁸¹ Zu den Grundproblemen des unionalen Demokratieprinzips gehört die Verlängerung der jeweils eigenen, aus dem Heimatstaat bekannten Projektion auf die europäische Ebene.⁸² Der Umstand, dass die nationalen Parlamente im Prozess der europäischen Demokratisierung eine wichtige Rolle spielen sollen, rechtfertigt noch keine Ignoranz gegenüber dem Europäischen Parlament, abgesehen davon, dass gerichtliche Qualifizierungen seines demokratischen Potentials niemals unproblematisch sind.⁸³ Zu einem guten Teil muss das Europäische Parlament seine Rolle *selbst* finden, um neben anderen Akteuren zur normativen Rekalibrierung des Demokratischen in Europa⁸⁴ beizutragen. Zu den Einsichten des Verfassungsprozesses, der in den Art. 9 ff. EUV eine bemerkenswerte Ausprägung erfahren hat, gehört, dass die Maximierung individueller Freiheit eine demokratische Selbstbestimmung erfordert, mag auf den Pathos kollektiver Selbstgesetzgebung angesichts der föderalen Struktur auch verzichtet werden.⁸⁵ Die Produktion von Recht ist auch in der Europäischen Union an demokratische Verfahren der Legitimation zurückzubinden. Das gebietet eine gerichtliche Zurückhaltung in der Formulierung von Anforderungen an die Ausgestaltung der Verfahren und der Organisation.

In der Praxis der Verfassungsgerichte müsste das allerdings klarer werden. Und dieser Vorwurf trifft eher das Bundesverfassungsgericht, weniger den Europäischen Gerichtshof. Obwohl auch das BVerfG an der Demokratiefähigkeit der Union nicht

80 Übersichten: *B. Kohler-Koch/B. Rittberger* (Hrsg.), Debating the Democratic Legitimacy of the European Union, 2007; *R. Wolfrum/V. Röben* (Hrsg.), Legitimacy in International Law, 2008; *H. Brunkhorst* (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009.

81 Näher *C. Franzius/U. Preuß* (Fn. 8).

82 Hinzukommen ganz unterschiedliche Begriffsverständnisse von Staat, Volk oder Nation, vgl. *D. Zacharias*, in: *v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber*, IPE II, 2008, § 40 Rn. 58 ff.

83 In der Lissabon-Entscheidung geht das BVerfG hinter die Maastricht-Entscheidung zurück, indem es dem Europäischen Parlament die demokratische Eigenschaft als Parlament abspricht, aber Bundestag und Bundesrat unter dem Rückgriff auf notwendige Staatsfunktionen zur Demokratie verurteilt, vgl. BVerfGE 123, 267 (370 ff.). Beide Strände der Argumentation sind auf Kritik gestoßen.

84 Vgl. *D. Halberstam*, The Bride of Messina: constitutionalism and democracy in Europe, ELRev 30 (2005), S. 775 (800 f.).

85 Zum Problem *S. Oeter*, Die Europäische Union zwischen organisierter Verantwortungslosigkeit und föderaler Konkordanzdemokratie, in: Brunkhorst (Fn. 80), S. 405 ff.

zweifelt und eine Offenheit des staatsrechtlichen Begriffs für unionsverfassungsrechtliche Modifikationen hervorhebt, scheint es entgegen seiner eigenen Rechtsprechung⁸⁶ den Prinzipiencharakter der Demokratie zu verneinen.⁸⁷ Bei aller Sympathie für eine Zurückdrängung des Abwägungspragmatismus, der sich auf die Rationalität juristischen Argumentierens nicht immer vorteilhaft auswirkt, sind die apodiktischen Ausführungen im Lissabon-Urteil alles andere als unproblematisch.⁸⁸ Man braucht kein „Jubeleuropäer“ zu sein, aber ein Gespür für „das Andere“ bleibt dem europäischen Juristen aufgegeben.⁸⁹ In dem Maße, wie die Union nicht als höhergelegtes Arrangement des Nationalstaats begriffen wird, muss sie auch nicht als hoffnungslos defizitär empfunden werden. Was bedeutet das für die demokratische Gestaltungsfreiheit? Ja, was bedeutet überhaupt Demokratie im unionsrechtlichen Kontext?

b) Demokratische Gestaltungsfreiheit

Demokratie ist nicht mit der Herrschaft des Volkes im substanziellem oder holistischen Sinne gleichzusetzen.⁹⁰ Andernfalls entstünde ein kaum aufzulösender Widerspruch zu den Art. 9 ff. EUV. Umgekehrt lässt der Textbefund zweifeln, ob es genügt, die europäischen Demokratisierungsprozesse an der Partizipationschance des Einzelnen mit dem Ziel auszurichten, ihm durch unionsrechtlich und mitgliedstaatlich geregelte Verfahren eine hinreichend wirksame Einflussnahme auf die Grundentscheidungen europäischer Politik zu ermöglichen. Insoweit enthalte, so wird gesagt, das unionsrechtliche Demokratieprinzip ein Optimierungsgebot, das auf Ausschöpfung der Partizipationsmöglichkeiten auf beiden Ebenen zielt.⁹¹ Ob das eine Abkehr von der Grundidee der Volksherrschaft gebietet, erscheint aber fraglich. Zwar mag nicht zuletzt die Unionsbürgerschaft ein individualistisches, stärker menschenrechtlich fundiertes Demokratieverständnis nahelegen.⁹² Die Idee der freien Selbstbestimmung seiner Bürger kann aber nicht gegen die demokratisch verfassten Völker der Mitgliedstaaten ausgespielt werden. Daraus folgt, dass Selbstherrschaft nicht unter der Vernachlässigung der demokratischen Relevanz der Staatsvölker konstruiert werden kann. Wenn und weil sich die alten Konstruktions-

86 BVerfGE 107, 59 (91) – Wasserverbände (2003).

87 BVerfGE 123, 267 (343) – Lissabon (2009).

88 Statt vieler S. Kadelbach (S. 51), S. 272: „Aus dem demokratisch legitimierten ist ein verfassungsrechtlich gebotenes Demokratiedefizit geworden.“.

89 Das kann man natürlich ganz unterschiedlich zu fassen versuchen, vgl. einerseits A. Voßkuhle, Das Leitbild des „europäischen Juristen“ – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland, RW 2010, S. 326 ff.; andererseits A. von Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, in: Franzius/Mayer/Neyer (Fn. 5), S. 340 ff.

90 Ausf. F. Hanschmann, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008, S. 41 ff.

91 So etwa P. M. Huber, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker, in: Drexl (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, S. 27 (34, 39 ff., 55).

92 Vgl. jüngst D. Rabenschlag, Leitbilder der Unionsbürgerschaft, 2010, S. 21 ff.; krit. A. Somek, Individualism. An Essay on the Authority of the European Union, 2008.

angebote des Monismus und Dualismus⁹³ zugunsten neuer begrifflicher Unterscheidungen verschieben und die Legitimation eines überstaatlichen Gemeinwesens nur pluralistisch zu haben sein dürfte, spricht nichts gegen den Erhalt einer Mehrzahl von Legitimationssubjekten, deren konstruktive Verschmelzung zu einer einheitlichen „Europabürgerschaft“⁹⁴ möglich, aber vielleicht nicht wünschenswert ist.⁹⁵ Die Vorstellung, es könne ein idealer Beobachter konstruiert werden, der wie der Staat als Zurechnungssubjekt mit Letztentscheidungsgewalt ausgestattet sei, bleibt europäischem Verfassungsdenken fremd und mag in der berühmten Einsicht *Claude Leforts* eine Entsprechung finden, wonach der Ort der Macht in der Demokratie notwendig leer bleiben müsse. Das Problem verfassungsrechtlicher Konstruktionen ist, dass sich die Union nicht länger über die Mitgliedstaaten legitimiert, der Ausweg aber kaum darin gesehen werden kann, unter der Zurückweisung des essentialistischen Überschusses an vorpolitischen Homogenitätsanforderungen das Europäische Parlament als Vertretung der Gesamtheit der Unionsbürger „in die Mitte“ zu stellen. Zwar ist das Mitentscheidungsverfahren zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ausgebaut worden. Aber vieles spricht für die Annahme, die Weiterentwicklung des institutionellen Gleichgewichts verbleibe in den Pfaden des Exekutivföderalismus mit konkordanzdemokratischen Elementen.⁹⁶

Das unionale Demokratieprinzip bringt kein zentrales Regierungssystem zur Herstellung kollektiv verbindlicher Letztentscheidungen hervor. Damit fällt die Bestimmung der politisch verantwortlichen Entscheidungsträger schwer, was die Frage aufwirft, wie dem überlieferten Repräsentationsideal mit der Zuordnung von Rechtsetzungsgewalt an den Gesetzgeber entsprochen werden kann. Obgleich in der individualistischen Lesart des Demokratieprinzips die Unionsbürger zu repräsentieren sind, bleibt unklar, wer darüber als primäre Leitgewalt ausgewiesen ist. Geht man davon aus, dass sich Europäisches Parlament und Rat die Gesetzgebungsfunctionen teilen, so kann in dieser Struktur eine „zusammengesetzte Repräsentation“ gesehen werden. Dabei ist freilich zu bedenken, dass Regierungsvertreter im Rat für diese Aufgabe nicht unmittelbar gewählt sind und den nationalen Mehrheitswillen vertreten. Naheliegender erscheint es, die Rolle des Rates in der Einbringung regionaler, freilich über die Ministerialbürokratie vermittelten Vollzugs erfahrungen zu sehen, was die Qualität der Rechtsetzung erhöhen kann, weil die staatliche Rechtsdurchsetzung im Regeltypus des indirekten Vollzugs erleichtert wird. Besteht für die Formulierung politischer Ziele eine Verantwortlichkeit des

93 Von „intellektuellen Zombies“ spricht *A. von Bogdandy*, Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law, *International Journal of Constitutional Law* 6 (2008), S. 397 (400). Zur Erweiterung um das pluralistische Paradigma *N. Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010.

94 Vgl. die Schlussanträge von GA *Maduro* v. 30.9.2009 in der Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, Rn. 23, was auf die Verflechtung der Staatsangehörigkeit und Unionsbürgerschaft in einem Raum politischer Bürgerschaft hindeuten mag.

95 Anders *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: ders./Bast (Fn. 7), S. 12 (64); *A. Kemmerer*, Legitimationssubjekte: Staatsbürger und Unionsbürger, in: Franzius/Mayer/Neyer (Fn. 5), S. 204 (208 ff.); siehe auch *J. Habermas*, Die Krise der Europäischen Union im Lichte der Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: ders., Zur Verfassung Europas, 2011, S. 39 ff.

96 So *P. Dann* (Fn. 30), S. 382 f.

Europäischen Parlaments, so bedeutet dies nicht, dass nicht auch die nationalen Parlamente ihre politischen Überzeugungen in den Rechtserzeugungsprozess einbringen könnten. So löst der Ausbau der Informationsrechte und die Einrichtung von Klagemöglichkeiten der nationalen Parlamente einen Druck zur ebenenschonenden Erarbeitung von Legislativakten aus und erleichtert die Beilegung von Kompetenzstreitigkeiten auf politischer Ebene. Europäische Gesetzgebung stützt sich auf ein gemeinsameuropäisches Prinzip demokratischer Gestaltungsfreiheit. Nicht die Grundrechte, sondern das Demokratieprinzip, wie es traditionell in den nationalen Verfassungsordnungen, aber – bemerkenswert differenziert – auch im Unionsverfassungsrecht niedergelegt ist, bildet das Fundament legislativer Gestaltungsmacht.

Bilanzierend: Grundrechte und Demokratie stehen in einem Zusammenhang, der nach allem, was wir bisher gesehen haben, zugleich ein Spannungsverhältnis markiert. Setzen ungeachtet aller Ausgestaltungs- und Konkretisierungsvorbehalte die Grundrechte der Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber materielle Schranken, so fordert das Demokratieprinzip eine positive Deutung des Offenlassens politischer Gestaltungsräume. Es greift zu kurz, einfach dem Recht ein „Versagen“ in sozialen Angelegenheiten vorzuwerfen, mag es auch kritikwürdige Entscheidungen des zur Wahrung des Rechts (Art. 19 EUV) aufgerufenen EuGH⁹⁷ geben. Vielmehr muss es um eine grundsätzliche, aber politisch geführte Auseinandersetzung über die sozialen Grundlagen des Integrationsprojekts gehen, das weniger in den notwendigen Bindungen und grundrechtlichen Handlungsanleitungen, sondern eher in den wechselseitigen Öffnungen und Grenzen eines demokratischen Raums zur sozialen Dimension der eben auch in Europa politisch zu verantwortenden Entscheidungen vorstoßen dürfte. Das verlangt Regeln, die Sozialpolitik ermöglichen, nicht aber ersetzen. Und es spricht vieles dafür, diese Regeln weniger von den Grundrechten als vielmehr von demokratischen Prozessen zu erwarten, in denen die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber nicht über Gebühr beschränkt wird.

IV. Gestaltungsfreiheit als Prinzip

Wie also sollen wir die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber in der europäischen Verfassungsordnung konzeptionell erfassen? Es wäre gewiss reizvoll, das Problem der sozialen Gestaltungsfreiheit stärker vor dem Hintergrund der *Organverfassung* zu untersuchen, die sich weniger durch eine hierarchische, als durch eine consensusuale Struktur auszeichnet. Den institutionellen Fragen sei hier aber nicht weiter nachgegangen.

Wenn nach dem Gesagten weniger die Grundrechte als vielmehr das europäische Demokratieprinzip zur Konturierung der offen zu haltenden Gestaltungsfreiheit der

97 Zum umfassenden Verständnis von Recht als „Inbegriff der Gerechtigkeitsidee der abendländischen Verfassungskultur, die in den Unionsverträgen wie in den staatlichen Verfassungen einen jeweils spezifischen Ausdruck“ gefunden habe: F. Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand: Juli 2010), Art. 19 EUV, Rn. 23.

europäischen Gesetzgeber genutzt werden sollte, dann müsste die Gestaltungsfreiheit als Prinzip der europäischen Rechtsordnung verstanden werden. Das impliziert zum einen die Absage an einen *externen Vorbehalt des Politischen*. Die besseren Gründe sprechen dafür, die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, zumal in der kontinentaleuropäischen Tradition, als ein *Optimierungsgebot* zu verstehen.⁹⁸ Allerdings muss jede rechtsordnungsimmanente Verarbeitung der Figur in Rechnung stellen, dass wir es mit verschränkten Ordnungen zu tun haben. Gewaltenteilung und Demokratie, die auch in der europäischen Verfassungsordnung auf die Anerkennung der Gestaltungsfreiheit der Gesetzgeber drängen, verlangen in der europäischen Lesart ein *pluralistisches* Verständnis der Erstinterpretationskompetenz des Gesetzgebers, mag den Gerichten auch eine ihrerseits pluralisierte Letztentscheidungskompetenz zugewiesen sein.

Das gilt auch für das „letzte Wort“ des Grundgesetzes in der Interpretation durch das BVerfG, das sich eben nicht bloß vorbehält, die Grundrechtskontrolle notfalls zu reaktivieren, sondern unter beherzter Bezugnahme auf die Souveränität des deutschen Volkes auch einen partikularen, letztlich introvertierten Demokratie- und Identitätsschutz dem Grundgesetz entnimmt.⁹⁹ Der EuGH seinerseits tastet sich zu einem eigenen Grundrechtsverständnis, das vor das grundsätzliche Problem gestellt ist, die Unionsgrundrechte in der verschränkten Verfassungsordnung nicht allein gegenüber den Unionsorganen, sondern auch gegenüber den Mitgliedstaaten zur Geltung zu bringen. Soweit die Gesetzgebung zur Grundrechtskonkretisierung beiträgt, wird deren Ausgestaltung vom EuGH durchaus respektiert. So ist denn auch eine gesetzeskonforme Verfassungsauslegung¹⁰⁰ der (früheren) Rechtsprechung nicht gänzlich unbekannt.¹⁰¹ Anders liegen aber Fälle, in denen europäische Gerichte der Gesetzgebung vorgreifen oder diese anzuleiten suchen, was angesichts des heute auch in der Union relativ dichten Normbestands nicht unproblematisch ist und zur inhaltlichen Offenheit des (formalen) Demokratieprinzips in eine Spannung tritt. Immerhin hält sich der EuGH bislang mit Ausführungen zum unionalen Demokratieprinzip zurück, sieht man von der Wahrung der Parlamentsrechte innerhalb der Organverfassung ab.¹⁰²

Nehmen wir die Erstinterpretationskompetenz der europäischen Gesetzgebung ernst, dann führt uns dieser Gedanke zu einer anderen Unterscheidung, die für die Gestaltungsfreiheit der rechtlich gebundenen, aber politisch zu verantwortenden Gesetzgebung fruchtbar gemacht werden könnte. Gemeint ist die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollnormen, wie sie *Klaus Schlaich* für das BVerfG

98 In diesem Sinne *M. Kaufmann*, Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip, Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), S. 161 (170 f., 180 f.) mit dem Gebot, die Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers „möglichst weitgehend zu realisieren“ und einen prima facie-Vorrang der Gestaltungsfreiheit des Parlaments gegenüber der Kontrollkompetenz des BVerfG anzuerkennen.

99 BVerfGE 123, 267 – Lissabon (2009). Dazu *F. Mayer*, Rashomon in Karlsruhe – A reflection on Democracy and Identity in the European Union, Jean Monnet Working Paper 5/2010.

100 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 85.

101 Beispiele: EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, 497 (511 f.); Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, 1405 (1420); Rs. 13/61 (Bosch), Slg. 1962, 97 (112 f.).

102 Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-300/89 (Titandioxid), Slg. 1991, I-2895, Rn. 20.

vorgeschlagen hat.¹⁰³ Für ein aktiv handelndes Staatsorgan stelle die jeweilige Norm eine Handlungsnorm, das heißt eine Handlungsanweisung dar, für das BVerfG dagegen eine Kontrollnorm, an der das Handeln oder Unterlassen der staatlichen Organe gemessen werde. Auch die reformorientierte, nicht allein auf die Pathologie des Rechtsfalls abstellende Verwaltungswissenschaft¹⁰⁴ hat diese Unterscheidung aufgegriffen.¹⁰⁵ Handelt es sich dabei um mehr als die Einsicht in den Umstand, dass jede Normanwendung im Kontext des Normanwenders steht?

Wenn es die *einzig richtige Entscheidung*, unabhängig von der Frage, wer sie zu treffen hat, nicht mehr gibt, kann die Unterscheidung danach, ob der Gesetzgeber oder ein Gericht die Norm anwendet, an Bedeutung gewinnen. Die Gesetzgeber wenden eine Norm als Handlungsnorm an und füllen diese nach wirkungsorientierten Maßstäben aus, was die Gerichte in der Anwendung derselben Norm als Kontrollnorm prinzipiell zu respektieren haben.

Wenn diese Unterscheidung mit der in der Tat differenzierungsfeindlichen Norm des Art. 1 Abs. 3 GG kritisiert wird, dann ist das ebenso richtig¹⁰⁶ wie unschädlich. Natürlich wird das Maß der zu beachtenden Anforderungen primär durch die jeweilige Verfassungsnorm bestimmt. Dem Unionsverfassungsrecht ist eine norm-anwendungsneutrale Bindung aller Organe an die Grundrechte jedoch fremd. Eine vergleichbare Norm wie Art. 1 Abs. 3 GG kennt das Primärrecht jedenfalls nicht in der apodiktischen Schärfe. Denn der hier zum Ausdruck kommende Vorrang der Verfassung ist in der Union von vornherein¹⁰⁷ pluralisiert. Das wird auch an Art. 51 Abs. 1 GRCh deutlich, der – für einen Grundrechtskatalog eher untypisch – die Geltung der Charta-Rechte unter den Vorbehalt stellt, dass die Grenzen der Zuständigkeiten gewahrt bleiben, die der Union übertragen worden sind. Das Unionsverfassungsrecht lässt es vielmehr gerade in der horizontalen Verteilung der Organkompetenzen zu, das Handeln der politischen Organe an eine davon prinzipiell zu unterscheidende Kontrolle der Gerichte zu binden.

Der Ertrag dieser Unterscheidung mag bescheiden sein. Doch immerhin kann festgehalten werden: Das Primärrecht steckt den Rahmen für das *zukunftsbezogene* Handeln der politisch verantwortlichen Organe ab, der weniger von den Grundrechten, als vielmehr vom Demokratieprinzip getragen wird. Dieses Handlungs- und Gestaltungsfeld wird durch die rechtliche Kontrolle, das heißt *vergangenheitsbe-*

103 K. Schlach/S. Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 515 ff. Dabei handelt es sich um eine Variante des funktionell-rechtlichen Ansatzes, dazu H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 73 ff.; monografisch G. Folke Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980; W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992; krit. M. Kaufmann (Fn. 98), S. 178 f.

104 A. Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 10.

105 Einordnung in die Formangebote des Rechts: C. Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 104), § 4 Rn. 2 ff.

106 E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, S. 159 (193); W. Heun (Fn. 103), S. 49 f.

107 Zum Vorrang der Verfassung, der sich auch in den Mitgliedstaaten erst allmählich durchgesetzt hat: C. Schönberger, Der Vorrang der Verfassung, in: FS Rainer Wahl, 2011, S. 385 ff.; ders., Der Aufstieg der Verfassung, in: Vesting/Korioth (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, 2011, S. 7 ff.

zogene Prüfungskompetenzen der Gerichte begrenzt. Das gilt für alle europäischen Gerichte, also auch für die nationalen Verfassungsgerichte, denen – wie dem Bundesverfassungsgericht – eine Zurückhaltung in verfassungspolitischen Streitfragen jenseits des ihnen aufgegebenen Schutzes individueller Rechte gut zu Gesicht steht.

Zu Begriff und Perspektiven demokratischer und sozialer Union

*Von Florian Rödl, Frankfurt am Main**

I. Theorie demokratischer und sozialer Verfassung

Die einstige Kontroverse um den Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats nach Art. 20 GG gehört zu den grundlegenden Narrativen der bundesdeutschen Verfassungsgeschichte.¹ Sie prägt die verfassungsrechtliche Dogmatik des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips bis heute² und durchdringt die deutsche Rechtsordnung mit großer Tiefenwirkung.³ Doch das Grundgesetz erklärt nicht nur die Bundesrepublik zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Es verpflichtet in Art. 23 Abs. 1 GG auch die EU auf demokratische, soziale und rechtsstaatliche Grundsätze. Dennoch scheint die europäische Verfassungstheorie weitgehend ohne eine entsprechende integrale Theorie auskommen zu wollen.⁴ Sie wird in erster Linie als Theorie rechtsstaatlicher Union betrieben. Das BVerfG hat nun die demokratische Frage an Europa in der Lissabon-Entscheidung mit einem Nachdruck neu aufgeworfen. Und doch bedeutet dies aus der Sicht einer integralen Verfassungstheorie demokratischer und sozialer Rechtsstaatlichkeit nicht einmal die halbe Strecke. Denn einen Kern dieser Theorie bildet die normative Verschränkung von Demokratie und Sozialstaatlichkeit.

Auf solche Verkürzung trifft man nicht nur in der Lissabon-Entscheidung, sondern auch in der sich anschließenden kritischen Diskussion. Diesen verfassungstheoretischen Mangel freizulegen, ist Absicht des folgenden Beitrags. Er behandelt zunächst den Befund des BVerfG eines europäischen Demokratiedefizits, der gegen die maßgebliche Kritik verteidigt wird (II.). Dieses Defizit lässt sich indessen soziostruktuell und darum als langfristig beständig ausweisen, was nicht zuletzt den dringenden Bedarf nach einer spezifischen Demokratietheorie suprastaatlicher Föderation bestätigt (III.). Anschließend ist zu zeigen, dass sich das demokratische Defizit der Union in einem zweifach ausgeprägten sozialstaatlichen Defizit wider spiegelt, das dem BVerfG und auch den meisten anderen Beobachtern auf der Basis

* Dr. Florian Rödl, M.A. ist Nachwuchsgruppenleiter beim Exzellenz-Cluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

1 E. Forsthoff/O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 8 ff. bzw. 37 ff.; E. Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968; W. Weyer (Hrsg.), Rechtsstaat – Sozialstaat, 1972; O. E. Kempen (Hrsg.), Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsordnung, 1976.

2 Siehe etwa: H. Zacher, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band 2, 2004, 3. Aufl., § 28 Rn. 109 ff.; R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20 Rn. 29 ff.; D. Schiek, in: E. Denninger (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2001, 3. Aufl., Art. 20 Abs. 1–3 V, Rn. 44; Th. Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 121 ff.; H. M. Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 4.

3 Vgl. H. Zacher (Fn. 2), Rn. 32 ff., K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band 1, 1984, 2. Aufl., S. 893 ff.; D. Schiek (Fn. 2), Rn. 51 ff.

4 Gleichgerichtete Kritik schon Ch. Joerges, The Rechtsstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process, Comparative Sociology 9 (2010), S. 65 ff.; programmatisch ähnlich wie hier Th. Kingreen (Fn. 2), S. 121 – zugleich eine der wenigen Ausnahmen.

ihrer sozialstaatlich kupierten Verfassungstheorie entgeht (IV.). Abschließend diskutiert der Beitrag verfassungsrechtspolitische Perspektiven und endet mit einem Plädoyer für eine sozialstaatstheoretische Aufklärung der europäischen Rechtsdogmatik (V.).

II. Zum Befund eines europäischen Demokratiedefizits

Mit der Lissabon-Entscheidung⁵ hat das BVerfG dem europäischen Integrationsprozess zweierlei Grenze gezogen. Erstens darf die EU unter dem Grundgesetz kein Bundesstaat werden.⁶ Zweitens sind auf der Basis des gegenwärtigen Niveaus demokratischer Legitimation der Union künftige qualitative Vertiefungen der Integration ausgeschlossen.⁷ Die aus Sicht des BVerfG im Grundgesetz enthaltene rote Linie zur europäischen Bundesstaatlichkeit gründet im Demokratieprinzip, das in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG ankert und das nach Art. 79 Abs. 3 GG auch gegenüber dem verfassungsändernden Gesetzgeber verbürgt ist. Dieses Demokratieprinzip wird deswegen zur schier unüberwindlichen Hürde vor dem europäischen Bundesstaat, weil es in ständiger Rechtsprechung ein nationales Substrat hat: Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes steht für die Selbstbestimmung des deutschen Volkes.⁸ Diese Garantie deutscher Volks-Souveränität steht unter der Geltung des Grundgesetzes einem europäischen Bundesstaat entgegen.⁹

In diesem Zusammenhang spielt es keine Rolle, ob die Union aus demokratischer Perspektive ein Legitimationsniveau aufweist, das dem der staatlichen Verfassung gleichwertig ist. Dennoch hat sich das BVerfG dieser Frage ausführlich gewidmet.¹⁰ Das hat mit der zweiten Integrationsgrenze zu tun. Ungeachtet der Garantie deutscher Volks-Souveränität muss die EU nach Art. 23 Abs. 1 GG demokratischen Grundsätzen entsprechen. Das BVerfG betont, dass das demokratische Prinzip, wenn es auf die supranationale Ebene bezogen wird, eine andere Form als im staatlichen Rahmen annimmt.¹¹ Aus der bereits in der Maastricht-Entscheidung entwickelten Sicht hat diese Form einen wesentlich evolutionären Charakter: Die Anforderungen an das demokratische Legitimationsniveau richten sich nach dem Umfang der übertragenen Hoheitsrechte und dem Grad der Verselbständigung euro-

5 BVerfGE 123, 267.

6 BVerfG (Fn. 5), 347.

7 BVerfG (Fn. 5), 370; vgl. auch 380 f.

8 BVerfG (Fn. 5), 347 f.; grundlegend: BVerfGE 83, 37 und E 83, 60. Zur Kritik: B.-O. Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, S. 305, H. Meyer, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2005, 3. Aufl., § 46 Rn. 7 ff.

9 Zu Recht kritisch: A. v. Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, NJW 2010, S. 1, 2.

10 BVerfG (Fn. 5), 370 ff.

11 BVerfG (Fn. 5), 365 f.

päischer Entscheidungsverfahren.¹² Art. 23 Abs. 1 GG verlangt mit anderen Worten einen *evolutionären Gleichlauf* von Integrationsstand und Legitimationsniveau.¹³ Rechtlich operationalisieren lässt sich das verfassungsrechtliche Gebot eines evolutionären Gleichlaufs von Integrationsstand und Demokratieniveau nur mithilfe eines Referenzmodells. Die Prüfung muss auf ein Modell Bezug nehmen, von dem unterstellt wird, dass darin Hoheitsrechte samt der diese tragenden Entscheidungsverfahren und das demokratische Legitimationsniveau in einem richtigen Verhältnis stehen. Sofern dann der Umfang der Hoheitsrechte hinter dem Referenzmodell zurückbleibt, kann auch das Legitimationsniveau geringer ausfallen. Mangels Alternative liefert der demokratische Verfassungsstaat dieses Referenzmodell. Der Vergleich des europäischen Legitimationsniveaus mit dem staatlichen Legitimationsniveau ist insofern begriffliche Folge des in Art. 23 Abs. 1 GG ankernden rechtlichen Postulats des evolutionären Gleichlaufs von Integration und demokratischer Legitimation.

Das BVerfG hat diesen komparativen Einstieg in eine Prüfung von Art. 23 Abs. 1 GG breit entfaltet.¹⁴ Es ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die EU „auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon noch keine Ausgestaltung [erreicht], die dem Legitimationsniveau einer staatlich verfassten Demokratie entspricht“. Eben diese Beurteilung des gegenwärtigen demokratischen Legitimationsniveaus ist auf pointierte Kritik gestoßen. Das gibt Anlass, im Folgenden noch einmal die Trifigkeit des Argumentationsgangs des BVerfG im Lichte dieser Kritik zu untersuchen.

1. Die Verletzung demokratischer Wahlrechtsgleichheit als Kern des Demokratiedefizits

Angelpunkt der Argumentation des BVerfG bildet die Wahlrechtsgleichheit als zentrale Ausformung des Demokratieprinzips im verfassungsstaatlichen Zusammenhang.¹⁵ In der grundgesetzlichen Ordnung bildet die Wahlrechtsgleichheit den Schlüssel zur gleichen Teilhabe an der öffentlichen Gewalt. Regierung und Gesetzgebung müssen durch gleiche Wahl bestimmt werden, sei es allein durch Wahl des Parlaments im monistischen Repräsentativsystem, sei es durch Wahl von Parlament und Präsident im dualistischen Repräsentativsystem. Auf dieser Basis untersucht das BVerfG die Verwirklichung der Wahlrechtsgleichheit in der politischen Ordnung der Europäischen Union.¹⁶ Dort geht aus direkten Wahlen allein das Europäische Parlament hervor. Gleichwohl stellt die Union kein monistisches Repräsentativsystem dar, weil die Europäische Kommission, sofern als europäische Exekutive

12 BVerfG (Fn. 5), Rn. 363 ff.; BVerfGE 89, 155, 185 f.

13 Dabei steht für das Bundesverfassungsgericht fest, dass das Legitimationsniveau der Union nur durch eine substantielle Stärkung der unmittelbaren Legitimationsbeziehung zwischen europäischer Hoheitsgewalt und Unionsbürgern erhöht werden kann, deren institutionellen Schwerpunkt das Europäische Parlament bildet. Vgl. etwa: BVerfGE 123, 267, 380 f.

14 BVerfG (Fn. 5), 370–381.

15 BVerfG (Fn. 5), 340 ff.

16 BVerfG (Fn. 5), 370 ff.

verstanden, nur eingeschränkt vom Parlament abhängig ist. Doch auf diesen Umstand legt das BVerfG in europafreundlicher Stimmung einstweilen kein Gewicht.¹⁷ In den Fokus stellt es vielmehr die degressiv-proportionale Zusammensetzung des Europäischen Parlaments gemäß Art. 14 Abs. 2 EU, mit der zusätzlichen Vorgabe von sechs Grundmandaten und einer Obergrenze von 96 Mitgliedern je Mitgliedstaat. Wie vom BVerfG noch einmal vorgerechnet, führt dies zu einer gravierenden Verzerrung der Repräsentationsverhältnisse, im extremen Fall eines Vergleichs von französischem oder deutschem mit maltesischem Repräsentationsverhältnis zu einer Verzerrung um den Faktor 12.¹⁸ Eine derartige Verzerrung bedeutet natürlich, dass keine Wahlrechtsgleichheit besteht.

Indessen steht dem BVerfG vor Augen, dass dieses Ergebnis mit Blick auf die Verfassungsordnung von Bundesstaaten eines zusätzlichen Kommentars bedarf.¹⁹ Für Bundesstaaten ist nämlich charakteristisch, dass an der Gesetzgebung regelmäßig eine Institution mitwirkt, in der die Gliedstaaten repräsentiert sind. Diese Repräsentation geht ihrerseits auf Wahlen durch die Angehörigen des Bundesvolkes zurück. Doch haben die Wahlstimmen der Einzelnen dort ebenfalls kein gleiches Gewicht. Vor diesem Hintergrund stellt das BVerfG heraus, dass die klassischen Bundesstaaten im signifikanten Unterschied zur EU gleichwohl die erste Kammer, die der unmittelbaren Repräsentation des föderal vereinten Volkes dient, weitgehend von föderaler Verzerrung frei halten.²⁰

2. Demokratische Vollwertigkeit der EU trotz ungleichen Wahlrechts?

Die Gegenthese der Kritiker lautet, dass das demokratische Legitimationsniveau der Union nicht oder nicht verfassungsrechtlich relevant hinter dem Niveau staatlicher Demokratie zurückbleibe. Es geht insofern um eine starke Version der Konzeption einer dualen Legitimationsstruktur des europäischen Rechts,²¹ die nicht nur den beiden Strängen von Parlament und Rat gleiches legitimatorisches Gewicht zumisst, sondern zudem annimmt, dass ihr Zusammenwirken ein Legitimationsniveau vermittele, das dem in einem Bundestaat bestehenden gleichwertig sei. Zwei Ansätze zur Begründung dieser These sollen nachfolgend diskutiert werden. Der erste ist der einer aus der Föderalismusvergleichung gespeisten Entdramatisierung der fehlenden Wahlrechtsgleichheit (a). Der zweite Ansatz liegt in einer verfassungstheoretischen Relativierung der Wahlrechtsgleichheit in einer föderalen Ordnung (b).

17 Vgl. BVerfG (Fn. 5), 380 f.

18 BVerfG (Fn. 5), 374 f.

19 BVerfG (Fn. 5), 375.

20 BVerfG (Fn. 5), 375.

21 Grundlegend: *A. v. Bogdandy*, Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung, KritV 2000, S. 284. S. auch *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 2011, 4. Auflage, Art. 10 EUV, Rn. 5 ff.

a) Komparative Entdramatisierung des Mangels der Wahlrechtsgleichheit

In seiner pointierten Kritik der Entscheidung stört sich *Christoph Schönberger* nicht zu Unrecht an einigen Passagen des Urteils, die die Explikation des verfassungsstaatlichen Demokratieprinzips tendenziell am Zentralstaat orientieren.²² Indessen hatte das BVerfG bei Erörterung der Wahlrechtsgleichheit bundesstaatliche Besonderheiten, wie erwähnt, durchaus angesprochen.²³ Hier kommt es darum darauf an, ob *Schönbergers* Argument durchgreift, dass die klassischen Bundesstaaten mit Rücksicht auf ihre föderale Struktur auch in einer ersten Kammer Abstriche am Prinzip von Wahlrechtsgleichheit und egalitärer Repräsentation vornehmen, in Vergleich mit denen die föderalen Verzerrungen im Europäischen Parlament nicht ins Gewicht fallen.²⁴

Die markantesten Beispiele föderaler Verzerrung liefern die USA und die Schweiz. In beiden Bundesstaaten erhält jeder Gliedstaat unabhängig von seiner Einwohnerzahl eine Mindestrepräsentation von einem Sitz in der parlamentarischen Vertretung des Bundesvolkes. Das führt dazu, dass Bürger aus den Gliedstaaten, deren Einwohnerzahl nicht einmal für einen einzelnen Sitz hinreichen würde, überrepräsentiert sind. Insofern finden sich auch in den USA und der Schweiz föderale Verzerrungen der demokratischen Zusammensetzung der parlamentarischen Vertretung. *Schönberger* schreibt allerdings selbst: „Selbstverständlich ist dieses föderative Element bei den Wahlen zum Repräsentantenhaus in den USA oder zum Nationalrat in der Schweiz schwächer ausgeprägt als im Wahlrecht zum Europäischen Parlament.“²⁵

Dieser Umstand scheint *Schönbergers* Kritik nicht zu relativieren, aber das ist eigentlich verwunderlich. Um welches Maß das föderative Element bei der Wahl der Volksvertretung selbst in den Paradefällen USA und Schweiz hinter dem der Europäischen Union zurückbleibt, wird deutlich, wenn man einen nüchternen Blick auf die Zahlen wirft. Der ergibt: Die Verzerrungen egalitärer Repräsentation im Schweizer Nationalrat reicht bis zum Faktor 1,14, diejenige im U.S.-amerikanischen Repräsentantenhaus bis zum Faktor 1,4.²⁶ Angesichts des Kontrasts zum Verzerrungsfaktor von bis zu 12 im Europäischen Parlament drängt sich die Frage auf, ob der vergleichende Blick nicht gerade zu einem Argument in gegenläufiger Stoßrichtung führt: Selbst in Bundesstaaten, die eine ausgeprägte föderale Struktur haben, weist die parlamentarische Vertretung des Bundesvolkes so gut wie keine fö-

22 Ch. Schönberger, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot, *Der Staat* 48 (2009), S. 535, 544 ff.

23 Siehe oben bei Fn. 19.

24 Dazu C. Schönberger (Fn. 22), S. 548.

25 C. Schönberger (Fn. 22), S. 550.

26 Errechnet auf der Basis der von *Selmayr* präsentierten Zahlen (*M. Selmayr*, Endstation Lissabon? – Zehn Thesen zum „Niemals“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, *ZEuS* 2009, S. 637, 653). Auch die Überrepräsentation von Wales im britischen Unterhaus, die von Classen ins Feld geführt wird (*C. D. Classen*, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, *JZ* 2009, S. 881, 883), führt nur zu einem Verzerrungsfaktor von 1,3.

derale Verzerrung auf.²⁷ Demgegenüber erscheint die degressiv-proportionale parlamentarische Vertretung der Unionsbürger im Europäischen Parlament tatsächlich nicht anders als – mit dem treffenden Wort des BVerfG – „überföderalisiert“.²⁸ Die begriffliche Scheide zwischen schwach föderal imprägnierter parlamentarischer Volksvertretung und überföderalizierter Vertretung der Unionsbürger im Europäischen Parlament lässt sich inhaltlich untermauern. Bei den föderalen Verzerrungen in den bundesstaatlichen Ordnungen der USA und der Schweiz handelt es sich nämlich um die Gewähr je eines „Grundmandats“. Das Grundmandat soll es ermöglichen, dass der Gliedstaat wenigstens einen Vertreter entsenden kann, der die typischen parlamentarischen Rechte geltend machen kann. Es ist in erster Linie eine Verfahrensposition, die durch das Grundmandat verliehen wird, und die der Abgeordnete allenfalls im Wege parlamentarischer Deliberation in Macht umsetzen kann. Die damit verbundene Verzerrung der egalitären Mehrheitsverhältnisse ist marginal. Im Kontrast dazu geht es im Europäischen Parlament nicht allein um Grundmandate, sondern um degressive Proportionalität als Grundprinzip. Degressive Proportionalität eröffnet nicht nur eine parlamentarische Verfahrensposition, die andernfalls nicht bestünde. Vielmehr ist die mit ihr verbundene Verzerrung echter Mehrheitsverhältnisse gravierend. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, föderale Grundmandate in der parlamentarischen Vertretung eines Bundesvolkes als (potenziell gerechtfertigte) Ausnahme von, degressive Proportionalität aber als Verzicht auf Wahlrechtsgleichheit zu begreifen.²⁹

b) Verfassungstheoretische Relativierung der Wahlungleichheit in der föderalen Ordnung

Brun-Otto Bryde hat die These ursprünglich etwa wie folgt formuliert:³⁰ Die die klassischen Bundesstaaten prägende Entscheidung für eine weitgehend egalitäre Repräsentation des Bundesvolkes einerseits und einer Repräsentation der Gliedstaaten in einer zweiten Kammer stelle einen Verfassungskompromiss dar, der der Verfassung der Vereinigten Staaten zugrunde lag und das eindrucksvolle Vorbild für die nachfolgend errichteten Bundesstaaten geliefert hat. Dieser Kompromiss mag bis heute der Sache nach gut begründet sein, aber seine Gestalt sei nicht zwingend. Auch eine gewichtete Repräsentation der Völker der Gliedstaaten auf Bundesebene sei in der Sache ein akzeptabler Kompromiss zwischen einer auf das Bundesvolk bezogenen Verwirklichung des demokratischen Prinzips und der föderalen Konstitution des Bundes.

27 So an sich auch schon BVerfG (Fn. 5), 375.

28 BVerfG (Fn. 5), Rn. 376 f.

29 Zur Möglichkeit einer Rechtfertigung eingehend unten *sub III.1.a)*.

30 *B.-O. Bryde*, Demokratisches Europa und Europäische Demokratie, in: C. Gaitanides/S. Kadelbach/G. Iglesias (Hrsg.), Festschrift für Manfred Zuleeg, 2005, S. 133 ff.; ähnlich *M. Selmayr* (Fn. 26). Siehe auch *F. Arndt*, Distribution of Seats at the European Parliament: Democratic Political Equality, Protection of Diversity and the Enlargement Process, in: A. Bodnar/M. Kowalski/K. Raible/F. Schorkopf (Hrsg.), The Emerging Constitutional Law of the European Union, 2003, S. 103 ff.

Diese These hat vielleicht eine gewisse suggestive Kraft. Doch ihre Begründung müsste zeigen, dass es keine gewichtigen Gründe gibt, der einen vor der anderen Kompromisslösung den Vorzug zu geben. Doch das dürfte misslingen.³¹ Um das zu sehen, muss man sich über den normativen Status von Demokratieprinzip einerseits und föderaler Struktur andererseits klar werden. Wenn man in einem rein verfassungspositivistischen Zugriff Demokratie und Föderation als Verfassungsprinzipien etwa nach Art. 20 Abs. 1 GG aufgreift, liegt eine neutrale Schlichtung durch die Herstellung praktischer Konkordanz sicherlich nahe, die nach Zuerkennung verfassungsgesetzgeberischen Ermessensspielraums dann so oder so ausfallen mag. Aber dies darf nicht darüber hinweg täuschen, dass Demokratie und Föderalismus normativ unterschiedlich fundiert sind.³² Das Demokratieprinzip und das damit verbundene Postulat egalitärer Partizipation ankern in der Idee gleicher menschlicher Freiheit.³³ Diese Idee ist keine Spekulation und kein subjektiver Glaubenssatz, sondern sie drückt das menschliche Wesen als individuelles und zugleich soziales aus.³⁴ Art. 1 GG greift diese Idee im positiven Verfassungsrecht auf,³⁵ aber ihre moralische Geltung hängt nicht von ihrer Positivierung ab.³⁶ Wer das Demokratieprinzip *als solches* kritisiert, widerspricht der Idee gleicher menschlicher Freiheit. Demgegenüber wird die föderale Struktur eines politischen Gemeinwesens regelmäßig ebenfalls im Verfassungsrecht positiviert sein. Aber als solches hat der Föderalismus keine vergleichbare moralische Fundierung. Wer sich gegen föderale Strukturen ausspricht, widerspricht keinem grundlegenden moralischen Prinzip. Diese Überlegung macht deutlich, dass Demokratieprinzip und Föderalismus gerade keine gleichwertigen Prinzipien sind, deren interne Spannung man auf die eine oder andere Weise auflösen könnte. Vielmehr ist aus dem normativen Gewicht des Demokratieprinzips abzuleiten, dass die föderale Struktur nur so weit Platz greifen darf, wie das demokratische Prinzip noch unversehrt bleibt. Eine föderal gewichtete Repräsentation in der parlamentarischen Vertretung überschreitet diese Grenze. Demgegenüber ist selbst eine strikt föderal konstituierte zweite Kammer mit gleichem Stimmengewicht für jeden Gliedstaat noch vertretbar. Die erste Kammer repräsentiert das Bundesvolk egalitär, gegen sie kann kein Gesetz verabschiedet werden. Kein Eingriff in persönliche Freiheit und keine für das Gemeinwesen grundlegende Regelung ist möglich, die nicht auf ein Gesetz zurückgeht, dem das egalitär repräsentierte Bundesvolk zugestimmt hat. Dem zentralen Postulat demokratischen Verfassungsdenkens, demnach jeder Rechtszwang auf den demokratischen Willen

31 Vgl. auch M. Seidel, Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht, EuR 1992, S. 125, 140 f., und bereits J. Kaiser, Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), S. 1, 23 ff.

32 So auch G. Dürig, Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde, AÖR 42 (1956), S. 117, 122.

33 I. Kant, Metaphysik der Sitten, 1977, S. 313 f.

34 Vgl. W. Böckenförde, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 2), § 24 Rn. 35 ff.

35 Entsprechend BVerfG (Fn. 5), 341 (in gewisser Spannung zur Auslegung von Art. 20 Abs. 2 GG als Garantie deutscher Volks-Souveränität); s.a. P. Häberle, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Fn. 2), § 22 Rn. 61 ff.

36 Den überpositiven Charakter von Art. 1 Abs. 1 GG akzentuiert BVerfG, BVerfGE 25, 269 (285); s. auch G. Dürig (Fn. 32), S. 118: „sittlicher, rechtlich nur recipierter Anspruch“.

der ihm Unterworfenen gegründet sein muss, ist nur in dieser Form Genüge getan.³⁷

3. Zwischenfazit

So erweist sich am Ende die Auffassung des BVerfG als völlig richtig: Die föderale Struktur eines Bundesstaats rechtfertigt ein Zweikammer-System der Gesetzgebung, aber keine föderale Verzerrung der parlamentarischen Repräsentation des Bundesvolks in Gestalt des Prinzips degressiver Proportionalität. Unter demokratischen Vorzeichen ist die Union darum keine besonders föderalisierte Variante eines Verfassungsstaats, sondern sie ist *kein* föderaler Verfassungsstaat.³⁸ An keiner Stelle findet sich eine egalitäre Repräsentation des Bundesvolks.³⁹ Genau die ist aber auch für den Bundesstaat konstitutiv. Natürlich kann man die Begriffe anders bilden und die Union neben den Bundesstaaten zu den föderalen Ordnungen zählen. Aus demokratischer Perspektive jedoch ist die Unterscheidung wesentlich, ob die fragliche Ordnung eine politische Einheit von Freien und Gleichen konstituiert.⁴⁰

III. Grundlage und Implikationen des Demokratiedefizits der Union

Wer der Argumentation bis hierher gefolgt ist, der wird vielleicht die Folgerung ziehen wollen, dass die Union ihr demokratisches Defizit überwinden könnte und sollte, indem sie auf unionaler Ebene eine egalitäre Repräsentation der Unionsbürger im Europäischen Parlament verwirklicht. Doch das Gegenteil ist richtig. Denn für das Fehlen egalitärer Repräsentation gibt es, wie gleich zu zeigen sein wird, gute politische Gründe und letztlich sozistrukturelle Ursachen (1.). Sie erklären das demokratische Defizit der Union, ohne ihr damit das im Vergleich mit dem demokratischen Verfassungsstaat Defizitäre zu nehmen. Diese Konstellation verlangt

- 37 Aus der Perspektive sozialer Demokratie ist Föderalismus allerdings gerade nicht unproblematisch (dazu etwa: *W. Böckenförde*, Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie, in: *ders.*, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 183 ff.). Das ist freilich ein Gedanke, der die normative Stellung föderaler Strukturen gegenüber dem demokratischen Prinzip weiter schwächt. Dies sehen im Ansatz auch *D. Halberstam/Ch. Möllers*, The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!", German Law Journal 10 (2009), S. 1241, 1248, die diese Einsicht aber zu Unrecht gegen das Bundesverfassungsgericht wenden.
- 38 Im Vokabular einer „prozeduralen Grundrechte demokratie“ ebenso: *S. Kadelbach*, Grundrechte demokratie als Vorbild?, in: *C. Franzius/F. Mayer/J. Neyer* (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, S. 259, 270 ff.
- 39 Es überrascht, dass *Habermas*, der *Kants* Gedanken, dass die Legitimation des positiven Rechtszwangs von der gleichberechtigten Partizipation der Unterworfenen an dessen Genese abhängt, so kraftvoll erneuert hat (*J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, S. 160 f.), diesem Umstand gerade auch in explizit demokratietheoretischen Reflexionen der Union keinerlei Bedeutung zusmisst; vgl. zuletzt *J. Habermas*, Wie demokratisch ist die EU?, Blätter für deutsche und internationale Politik 8/2011, S. 37 ff. Gleicher gilt für *Brunkhorst*, der das Problem demokratischer Gleichheit im Begriff eines „einheitlichen europäischen Legitimationskontinuum“ zum Verschwinden bringt (*H. Brunkhorst*, Europa zwischen Anfang und Ende der Demokratie, in: *C. Franzius/F. Mayer/J. Neyer* (Fn. 38), S. 181 ff.).
- 40 Souveränität als demokratische Volkssouveränität ist darum in der Europäischen Union weder in der Schwebe (so *Ch. Schönberger*, Die Europäische Union als Bund, AöR 2004, S. 81 ff.), noch geteilt (so *St. Oeter*, Föderalismus und Demokratie, in: *A. v. Bogdandy/J. Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 2. Aufl., S. 73, 95 f.). Anderes gilt für die Vereinigten Staaten, wo die verfassungsändernde Gewalt tatsächlich dem ega-litären Bundesvolk und den egalitären gliedstaatlichen Völker gemeinsam zusteht (dazu *A. Hatje*, Demokratische Kosten souveräner Staatlichkeit, EuR 2010, S. 123, 126).

nach einer Theorie der demokratischen Verfassung suprastaatlicher Föderation, deren Kern in der demokratieschonenden Artikulation des Verhältnisses von staatlicher und suprastaatlicher Ebene liegt (2.).

1. Zur Rechtfertigung der wahlrechtlichen Ungleichheit

Die Ursachen für die fehlende Wahlrechtsungleichheit lassen sich am besten herausarbeiten, wenn man nach einer normativen Rechtfertigung für die dafür konstitutionellen Regelungen, Grundmandate und die degressive Proportionalität samt Mandatsobergrenze, fragt (a). Die Überlegungen führen zur Einsicht in einen praktischen Vorrang der politischen Einheit der Staatsbürger vor der politischen Einheit der Unionsbürger (b).

a) „Zwingende Gründe“ für das ungleiche Wahlrecht?

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG sind Ausnahmen von der Wahlrechtsungleichheit durchaus zulässig, allerdings nur unter der engen Voraussetzung eines „zwingenden Grundes“.⁴¹ In der Lissabon-Entscheidung hat das Gericht die europäischen Verzerrungen der Wahlrechtsungleichheit keiner entsprechenden Prüfung unterzogen. Die hätte jedoch mit Blick auf die mitgliedstaatlichen Grundmandate mutmaßlich positiv ausfallen müssen. Schließlich kennt das deutsche Wahlrecht in § 6 Abs. 6 BWahlG eine verfassungsgerichtlich gebilligte Einschränkung der Wahlrechtsungleichheit, die mit föderalen Grundmandaten verwandt ist, nämlich die Grundmandatsklausel für profilierte Schwerpunktparteien. Der diese Vorschrift tragende Grund liegt nach der Rechtsprechung des BVerfG in dem Anliegen einer effektiven Integration des Staatsvolks.⁴² Unterstellt man einmal um des Arguments willen, dass die politische Einheit der Länder in der Bundesrepublik eine größere Rolle spielte als gegenwärtig, erschiene es gut nachvollziehbar, zur effektiven Integration des Staatsvolks auch Grundmandate zugunsten der Bundesländer passieren zu lassen. Es wäre auch nicht fernliegend, mehr als ein Grundmandat pro Bundesland zu akzeptieren, um eine pluralistische Repräsentation eines Bundeslands zu ermöglichen. In der Europäischen Union spielt nun die politische Einheit der Mitgliedstaaten eine sehr viel größere Rolle als die politische Einheit der Länder in der Bundesrepublik. Die Rechtfertigung einer Einschränkung der Wahlrechtsungleichheit auf europäischer Ebene, soweit sie auf die Grundmandate zurückgeht, wäre darum wohl zu bejahren.

Demgegenüber wird degressive Proportionalität samt Mandatsobergrenze im deutschen Wahlrecht soweit ersichtlich nicht erörtert. Auf den Bund bezogen würde eine solche Regelung bedeuten, dass die Zahl der von einem Bundestagsabgeordneten

41 BVerfGE 1, 208, 248 f.; E 95, 408, 418 ff. Freilich ist degressive Proportionalität eigentlich keine Ausnahme zum Prinzip der Wahlrechtsungleichheit, das im Übrigen weiterhin zum Zuge käme. Vielmehr markiert degressive Proportionalität eine Alternative zur Wahlrechtsungleichheit, die daneben nicht gilt. So kommt es auch in Art. 14 Abs. 3 EUV zum Ausdruck, wo der Grundsatz der gleichen Wahl nicht genannt ist.

42 BVerfGE 95, 408, 421 ff.

vertretenen Bundesbürger mit steigender Einwohnerzahl eines Bundeslands abnimmt und überdies kein Bundesland mehr als etwa 20 % der Abgeordneten stellen darf. Man wird sich schwer tun, zur Rechtfertigung einer solchen Regelung einen zwingenden Grund zu finden. Im europäischen Rahmen jedoch könnten die Dinge anders liegen. Man muss aber genau sein. Der Umstand, dass das Europäische Parlament eine funktionsfähige Größe haben muss, trägt sicher gewisse Einschränkungen, etwa eine überproportionale Repräsentation aufgrund von föderalen Grundmandaten. Die spezifische Einschränkung durch degressive Proportionalität samt Mandatsobergrenze trägt der Gedanke der Funktionsfähigkeit aber nicht.⁴³ Vielmehr muss man die degressive Proportionalität samt Mandatsobergrenze tatsächlich als Instrument zur Verhinderung egalitär-demokratischer, aber national dominierter Mehrheiten begreifen. Die degressive Proportionalität ist insofern funktionsähnlich der Ausnahmeregelung für nationale Minderheiten nach § 6 Abs. 6 S. 2 BWahlG.⁴⁴ Dort geschieht die repräsentationsbezogene Stärkung nationaler Minderheiten, um es zu erschweren, dass die egalitär-demokratische Mehrheit spezifische Interessen der Minderheit übergeht.⁴⁵ Gleichsinnig erfolgt im europäischen Rahmen die repräsentationsbezogene Schwächung national dominierter Mehrheiten, um zu verhindern, dass die egalitär-demokratische Mehrheit spezifisch nationale Interessen durchsetzt. Degressive Proportionalität samt Mandatsobergrenze zielt mithin darauf, dass sich nationale Interessen nicht im Gewand egalitär-demokratischer Mehrheiten durchsetzen können.⁴⁶ Sofern die soziologische Befürchtung begründet wäre, dass eben dies in der Union im Fall egalitärer Repräsentation regelmäßig geschehen würde, dann erschiene es gerechtfertigt, das Prinzip der Wahlrechtsgleichheit durch das Prinzip degressiver Proportionalität zu ersetzen.⁴⁷

b) Der sozistrukturelle Vorrang der Einheit der Staatsbürger vor der Einheit der Unionsbürger

Die Befürchtung, dass auf europäischer Ebene in einem egalitär-demokratischen Rahmen regelmäßig nationale Interessen der bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten

43 So aber *G. Nicolaysen*, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2010, S. 9, 27 f.

44 Treffend daher die Bemerkung im Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Gesetz über die deutschen EP-Abgeordneten: „[B]ei der Direktwahl zum EP sind die Völker der Mitgliedstaaten je für sich Minderheiten“ (BT-Drs. 8/361 v. 6.5.1977, S. 13).

45 Siehe BVerfGE 6, 84, 98 ff.: Eröffnung der Tribüne des Parlaments für nationale Minderheiten zur Vertretung ihrer „spezifischen Belange“; anschaulich auch in BVerfGE 1, 208, 259 f., wo das Gericht problematisiert, die deutschen Parteien könnten in Schleswig gemeinsame Kandidaten aufstellen, um den Erfolg eines Kandidaten der dänischen Minderheit zu verhindern. Siehe auch *W. Thieme*, Rechtsfragen der nationalen Minderheiten in der Bundesrepublik Deutschland, in: *W. Wegener* (Hrsg.), Festschrift für Hugelmann, 1959, S. 631, 666 f., und *M. Pallek*, Der Minderheitsenschutz im deutschen Verfassungsrecht, 2001, S. 339.

46 Siehe *W. v. Simson*, Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, EuR 1991, S. 1, 9 f.

47 Letztlich führt also die Suche nach einem normativ zwingenden Grund für die degressive Proportionalität zu einer abgeschwächten Version der Kein-Demos-Theorie: (Prägend: *J. H. H. Weiler*, Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Jör n.F. 44 (1996), S. 91, 96.): Es gibt zwar einen europäischen *demos*, aber der nationale *demos* hat größeres Gewicht. Darum kann der europäische *demos* keine Ordnung freier und gleicher Unionsbürger gründen, sondern er bleibt fragmentiert in einen Bund der mitgliedstaatlichen *demoi* und ihrer jeweiligen Ordnung als freier und gleicher Staatsbürger.

zur Geltung gebracht werden würden, ist tatsächlich triftig. Dies liegt daran, dass – knapp und mit einer hier versuchsweise zu prägenden Formel gesprochen – die politische Einheit der Staatsbürger praktischen Vorrang hat vor der politischen Einheit der Unionsbürger. Dabei handelt es sich nicht um die Behauptung einer begrifflichen Kopplung von demokratischer Selbstbestimmung und Nationalstaat, die man – mit oder ohne vorherige Degradierung von Demokratie zum Menschenrecht mit Optimierungsgebotscharakter – als „Konstruktion“ zurückweisen könnte. Vielmehr bringt die Formel eine reale Konstellation gesellschaftlicher Interessen zum Ausdruck. Diese Konstellation ist dafür verantwortlich, dass die politischen Interessen der europäischen Bürger (und die ihrer Repräsentanten) auch auf europäischer Ebene und im europäischen Zusammenhang in wesentlichen Bereichen national präformiert bleiben.⁴⁸

Die Präformation kann man nicht zuletzt am Fehlen politisch-demokratischer Infrastruktur auf europäischer Ebene ablesen, wie etwa dem Mangel europäisch integrierter politischer Parteien und gesellschaftlicher Verbände, oder der nationalen Fragmentierung der Medien und der allgemeinen Öffentlichkeit. Diese Leerstellen demokratischer Politik führen viele Beobachter zurück auf subjektive Unzulänglichkeiten der Akteure, das heißt der Parteiführer und der zivilgesellschaftlichen Akteure, der Journalisten oder schlicht aller Bürger, sich endlich richtig auf die europäische Sache einzulassen. Aber die mangelnde politische Einheit der Unionsbürger wurzelt nicht nur in subjektiven Haltungen und Selbstverständnissen. Sie hat eine objektive Seite.

Die liegt darin, dass es heute unverändert der Staat ist, der die Organisation gesellschaftlicher Reproduktion unter der Bedingung ausdifferenzierter Arbeitsteilung (anders gesprochen: die für das menschliche Leben in der modernen Welt erforderliche Organisation des Wirtschaftslebens) beansprucht und auch real übernimmt: Der Staat garantiert durch seine Institutionen, namentlich Gerichte, Verwaltung und auch Polizei, im täglichen Vollzug das unternehmerische Eigentum und die zu seiner Verwertung erforderlichen Rechtsbeziehungen in Produktion und Zirkulation. Der Staat organisiert die nach dem Stand der wirtschaftlichen Entwicklung erforderliche Qualifizierung der Arbeitskraft durch Bildung und Ausbildung. Der Staat bestimmt und sichert die für das jeweilige nationale Produktionssystem erforderlichen Energiequellen. Der Staat gewährt durch Steuererhebung und Umverteilung die Einkommen außerhalb von Arbeitsbeziehungen. Der Staat trägt nicht nur aufgrund von Zuschreibung sondern objektiv die primäre Verantwortung für das wirtschaftliche Wachstum durch Regulation und Subvention. Sicherlich lassen sich heute viele Bereiche angeben, in denen der Staat Kooperationen eingeht. Aber ungeachtet dieser

48 Die grundsätzliche Spannung hat Habermas präzise auf den Punkt gebracht: „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, von denselben Personen in ihrer Rolle als Unionsbürger erwarteten Interessenverallgemeinerung in Konflikt geraten kann.“ (J. Habermas (Fn. 39), S. 45). Er verkennt indessen, dass der Vorrang nationaler Interessenverallgemeinerung tief in die Ordnung der Union eingelassen ist und ein soziostrukturelles Fundament hat, das mit harschem Tadel der Bundesregierung nicht zu überwinden ist.

den Staat „zerfasernden“ inter- und supranationaler Kooperationen bleibt er in zentraler Position.⁴⁹

Das gilt auch für den Mitgliedstaat in der Europäischen Union. Zwar ist einzuräumen, dass im europäischen Fall die zwischenstaatliche Kooperation zur qualitativ neuen Form der supranationalen Integration transformiert wurde. Dementsprechend lässt sich eine Reihe von Bereichen identifizieren, in denen die EU inzwischen selbst Staatsfunktionen im eben erläuterten Sinn übernommen hat.⁵⁰ Das Gravitationszentrum des Staatlichen ist jedoch auch in dieser neuen Form einer Mehrebenen-Staatlichkeit der Mitgliedstaat geblieben. Deswegen bleiben auch die Präferenzen der Unionsbürger national präformiert. Genau dies reflektiert die degressive Proportionalität im Europäischen Parlament.

Diese Lage der Dinge ist freilich nicht in Stein gemeißelt. Eine tektonische Verschiebung der Gewichte vom Mitgliedstaat auf die Union im Bereich der Staatsfunktion, könnte eine Dynamik auslösen, an deren Ende die Einführung der Wahlrechtsgleichheit in der Union und damit die Beseitigung ihres demokratischen Defizits stehen dürfte. Jedoch ist als künftige Entwicklung der Union nichts weniger zu erwarten.⁵¹

2. Desiderat einer Demokratietheorie supranationaler Föderation

Nun könnte man auf die Idee kommen, mit der soziostrukturrellen Erklärung sei am Ende doch eine Rechtfertigung des zunächst behaupteten demokratischen Defizits geliefert worden. Aber das wäre ein Missverständnis. Das europäische Demokratiedefizit, wie es hier entwickelt wurde (oben II.), ist kein demokratisches Defizit der Europäischen Union an sich. Es ist ein Defizit am Maßstab des demokratischen Verfassungsstaats, und als solches bleibt es bestehen. Die soziostrukturrelle Auskunft zum praktischen Vorrang der Einheit der Staatsbürger vor dem der Unionsbürger schafft das Defizit nicht vermittels normativer Rechtfertigung aus dem Weg, sondern sie erhellt, wie es dazu kommt und warum sich daran bis auf Weiteres nichts ändern wird. Auf diese Weise wird das Demokratiedefizit der Union zwar einerseits unproblematisch, insofern für die europäische Ebene auf lange Sicht kein höheres Legitimationsniveau verfügbar ist. Es bleibt aber problematisch, insofern das europäische Recht ebenso wie innerstaatliches Recht unmittelbare Wirkung entfaltet und im Konflikt mit jenem sogar generellen Vorrang beansprucht, sich andererseits aber eben nicht als Ausdruck demokratischer Selbstgesetzgebung begreifen lässt. In verfassungstheoretischer Hinsicht verlangt diese Konstellation nach einer Demokratietheorie supranationaler Föderalisierung.⁵² Diese hat auch die demokratie-

49 Zu Theorem und empirischen Befunden einer Zerfaserung des Nationalstaats und der dadurch ungebrochenen staatlichen Letztverantwortung: A. Hurrelmann/St. Leibfried/K. Martens/P. Mayer, *Zerfasert der Nationalstaat?*, 2008.

50 Dazu allgemein P. Ziltener, Die Veränderung von Staatlichkeit in Europa, in: H.-J. Bieling/J. Steinhilber (Hrsg.), *Die Konfiguration Europas*, 2000, S. 73 ff.

51 Zu den polit.-ökonomischen Gründen siehe auch M. Höpner, in diesem Heft.

52 A. v. Bogdandy, Grundprinzipien, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Fn. 40), S. 2, 13 und 69.

sche Struktur der supranationalen Ebene einschließlich ihrer Institutionen und Verfahrensweisen zu behandeln. Doch braucht eine solche Theorie gar nicht erst anzutreten, wenn in ihrem Zentrum nicht gerade das Verhältnis der supranational-föderalen Ordnung zur staatlichen Verfassungsordnung steht. Das wird von den Protagonisten europäischer Demokratietheorie bisher kaum gesehen, der einzige entwickelte Ansatz eines Europarechts als demokratieschonendes Kollisionsrecht wird in der europäischen Verfassungstheorie kaum rezipiert.⁵³

Das BVerfG hat in der Lissabon-Entscheidung seinerseits einige Stücke einer solchen Theorie entwickelt. Doch die sind ungenügend. Das Gericht beschränkt sich auf die Frage, ob das Prinzip der begrenzten Ermächtigung eingehalten ist, der Katalog der EU-Kompetenzen nationalparlamentarischer Kontrolle unterliegt und ein hinreichender Rest autonomer mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten bleibt. Schon die substantielle Konturierung dieses Restbereichs ist eindrucksvoll gescheitert.⁵⁴ Die Konzentration auf begrenzte Ermächtigung sowie die nationalparlamentarische Kontrolle des Kompetenzkatalogs ist in der Sache zwar überzeugend, aber sie greift viel zu kurz. Sie bekommt die problematischen Intrusionen von Seiten der unionalen Rechtsebene nicht in den Blick, die sich etwa aus der Tiefenwirkung und Gehalt des Primärrechts, der Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts insgesamt und dem Zuschnitt der Kompetenzordnung ergeben. Dabei resultiert gerade hieraus ein wesentlicher Aspekt des sozialstaatlichen Defizits der europäischen Verfassung, über welches nun insgesamt zu sprechen ist.

IV. Das sozialstaatliche Defizit der europäischen Verfassung

Es gehört zu den konsentierten Theoremen bundesdeutscher Verfassungstheorie, dass zwischen demokratischer Ordnung und Sozialstaatlichkeit ein Zusammenhang besteht. Nach verbreiteter Auffassung hat das in Art. 20 Abs. 1 GG ankernde Sozialstaatsprinzip zwar nicht lediglich politisch-programmatischen Charakter, aber es generiert nur in einem Kernbereich unmittelbare Rechte für den Einzelnen. Jenseits dieses rechtlichen Kerns ist die Verwirklichung sozialer Staatlichkeit eine Aufgabe der politischen Institutionen, allen voran des parlamentarischen Gesetzgebers.⁵⁵ Insofern besteht die verfassungsrechtliche Rolle des Sozialstaatsprinzips präzise darin, den Handlungsspielraum des Gesetzgebers unter dem Rechtsstaat samt dessen grundrechtlicher Garantie von Eigentumsrecht, Gewerbefreiheit und wirtschaftli-

53 Ch. Joerges, Europarecht als Kollisionsrecht, in: C. Franzius/F. Mayer/J. Neyer (Fn. 38), S. 285 ff., und ders., Integration durch supranationales Kollisionsrecht, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. U. Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, S. 373 ff.

54 Hierzu pointiert: G. Britz, Vom kulturellen Vorbehalt zum Kulturvorbehalt in der bundesverfassungsgerichtlichen Demokratietheorie des Lissabon-Urturts?, EuR-BIheft 2010, S. 151, 157 ff.

55 R. Herzog/B. Grzesick, in: T. Maunz/G. Dürig (Fn. 2), Art. 20 Rn. 18 ff.; K.-P. Sommermann, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 2010, 6. Aufl., Art. 20 Abs. 1, Rn. 115 ff.; Zacher (Fn. 2), § 28 Rn. 101; W. Böckenförde (Fn. 34), § 24 Rn. 98; Th. Kingreen (Fn. 2), S. 147 ff.; s. auch schon BVerfGE 1, 97, 105: „Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun ...“.

cher Handlungsfreiheit zu vergrößern.⁵⁶ Das Sozialstaatsprinzip bildet das prinzipielle Gegengewicht zu diesen Garantien. Ob es in den rechtsstaatlichen Grenzen zu einer sozial ausgerichteten Politik kommt, entscheidet sich im demokratischen Prozess, der auf den Gesetzgeber ausgerichtet ist und in seiner Gesetzgebung kulminiert.

Es ist von Beginn an wesentlich, dass es sich um einen demokratischen Gesetzgeber handelt, der das souveräne Volk, um dessen Selbstordnung es geht, egalitär repräsentiert.⁵⁷ Das gilt zweifellos dann, wenn die nicht-egalitäre Repräsentation, wie etwa im Dreiklassenwahlrecht,⁵⁸ gerade so eingestellt ist, dass die sozialen Anliegen der Unterrepräsentierten nicht zur politischen Durchsetzung kommen sollen. Auf der Ebene der Union gilt indessen kein Dreiklassenwahlrecht, sondern mit Rücksicht auf den Vorrang der nationalen politischen Einheit eine massive föderale Verzerrung egalitärer Repräsentation. Unter dem föderalistisch verzerrten Wahlrecht sind nicht die sozial Unterprivilegierten, sondern die Angehörigen bevölkerungsreicherer Mitgliedstaaten unterrepräsentiert. Damit wird kein Ausschluss sozialer Anliegen intendiert, sondern es soll ein Übergewicht der nationalen Anliegen der bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten verhindert werden. Deren egalitäre Repräsentation könnte sich für die Teile der Unionsbürgerschaft aus anderen Mitgliedstaaten gerade unsozial auswirken. Die politische Schwächung der Unionsbürger aus bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten erscheint damit aus einer Perspektive transnationaler sozialer Gerechtigkeit gut begründet.

Doch daraus folgt nicht etwa, dass gerade die in der Union bestehende politische Ungleichheit eine sozialstaatliche Politik auf europäischer Ebene ermöglichte. Vielmehr führt der praktische Vorrang der politischen Einheit der Bürger als Staatsangehörige vor der politischen Einheit der Bürger als Unionsbürger zu rechtlichen und praktischen Begrenzungen des politischen Prozesses auf europäischer Ebene in Richtung auf jede sozial ausgerichtete Gesetzgebung. Dies hat im verfassungsstaatlichen Kontext keine Parallele. Das im Vergleich mit dem demokratischen Verfassungsstaat zu konstatierende sozialstaatliche Defizit der Union besteht darum in seiner ersten Ausprägung in der begrenzten sozialstaatlichen Gestaltungsmacht des europäischen Gesetzgebers (1.). Vor diesem Hintergrund werden die unionsrechtlichen Begrenzungen der Gestaltungsmacht des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers problematisch, die sich im Zuge der europäischen Rechtsentwicklung immer weiter vermehrt und verdichtet haben, und die hier als die zweite Ausprägung des sozialstaatlichen Defizits der Union anzusprechen sind (2.).

⁵⁶ W. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: ders., Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, 1954, S. 109, 119; H. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 719 ff.; Th. Kingreen (Fn. 2), S. 141 ff.; H. M. Heinig (Fn. 2), S. 545 f., allerdings mit der Einschränkung einer freiheitsfunktionalen Profilierung des Sozialstaatsbegriffs.

⁵⁷ W. Böckenförde, (Fn. 34), § 24 Rn. 98; H. Zacher (Fn. 56), S. 315 ff. und 741 f.; W. Maihofer, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, 2. Aufl., § 12 Rn. 21 ff.; H. Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, Band II/2, 1955, S. 139 f.

⁵⁸ Zum Dreiklassenwahlrecht: E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 1963, S. 85 ff.; M. Wild, Die Gleichheit der Wahl, 2003, S. 27 f.

1. Erste Ausprägung: Grenzen sozialstaatlicher Gestaltung auf europäischer Ebene

Auf der verfassungsrechtlichen Oberfläche ergibt sich die höchst begrenzte europäische Sozialgestaltungsmacht bereits aus dem Stand der europäischen Sozialkompetenzen, die hier zunächst zu skizzieren sind (a). Die Kompetenzgrenzen reflektieren aber eine strukturelle Konstellation, die sich im Licht vergleichender politischer Ökonomie erklären lassen (b).

a) Die kompetenzrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Gesetzgebung

Eine Darstellung der Kompetenzen, die ein soziales Defizit herausarbeiten will, muss zunächst einen Blick auf die wesentlichen Felder werfen, die der soziale Verfassungsstaat typischerweise bestellt.⁵⁹ Abgesehen von makroökonomischen Vollbeschäftigungspolitiken handelt es sich um drei Felder: die Regulierung des Arbeitsmarkts, das Recht der sozialen Sicherheit und das Recht der kollektiven Arbeitsbeziehungen.

Alle drei Bereiche werden in den EU-Verträgen auch angesprochen. Gesetzgebungscompetenzen bestehen im Bereich der Arbeitsmarktregulierung (Art. 153 Abs. 2 lit. b) AEUV). Dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren sind indessen nur der Arbeitsschutz, das Individualarbeitsrecht und die berufliche Wiedereingliederung unterstellt (Art. 153 Abs. 1 lit. a), b) und lit. i), h) AEUV). In diesen Bereichen sind die Mitgliedstaaten also bereit, sich qualifizierten Mehrheiten im Rat zu beugen. Allerdings ist zusätzlich herauszustellen, dass die Kompetenz generell nur Mindestharmonisierungen trägt. Besonderheiten gelten für die sozial und ökonomisch besonders sensiblen Bereiche von Kündigungsschutz und Mindestentgelt. Im Kündigungsschutz ist Einstimmigkeit im Rat erforderlich, das Mindestentgelt ist von jeder Harmonisierung ausgenommen.

Für das sozialstaatliche Regelungsfeld der sozialen Sicherheit, das heißt der Vorsorge für Krankheit, Alter und Arbeitslosigkeit, ist zunächst zu gewärtigen, dass der Bereich der Gesundheit jeder Harmonisierung entzogen ist (Art. 168 Abs. 5 AEUV). Im Übrigen besteht zwar eine europäische Kompetenz, aber ihre Ausübung ist an einstimmige Ratsentscheidungen geknüpft (Art. 153 Abs. 1 lit. c) mit Abs. 2 UAbs. 3 AEUV). Hier wollen die Mitgliedstaaten also eine Bindung an europarechtliche Mindestniveaus in jedem legislativen Einzelfall konsentieren. Zum Kern der kollektiven Arbeitsbeziehungen, das Koalitions-, Tarif- und Streikrecht, findet sich schließlich nur eine explizit negative Aussage in Art. 153 Abs. 5 AEUV. In diesem Bereich wollen die Mitgliedstaaten unter keinen Umständen, auch nicht in

59 C. Offe, The European Model of 'Social' Capitalism: Can it Survive European Integration?, Journal of Political Philosophy 11 (2003), S. 437, 451 ff.; A. Somek, in diesem Heft.

außergewöhnlichen politischen Konstellationen, durch europäisches Recht gebunden werden.⁶⁰

All dies offenbart zunächst, dass die sozialstaatliche Gesetzgebung von europäischer Seite schon von Rechts wegen nur höchst eingeschränkt erfolgen kann. In dieser Lage könnte man empfehlen wollen, die europäische Kompetenzlücke im Bereich des Sozialen durch ein Ausweichen auf breitere Vertragsgrundlagen (Art. 114, 115, 352 AEUV) zu umgehen. Eine solche Strategie knüpfte an eine durchaus erfolgreiche Strategie *Jacques Delors'* aus der Phase vor dem Vertrag von Maastricht an.⁶¹ Damit wäre jedoch eine weitere Expansion der funktionalistischen Kompetenztitel der Union verbunden,⁶² die gerade mit Blick auf ihr demokratisches Defizit generell problematisch erscheint. Überdies verkennt eine solche Strategie, dass die sorgfältig abgestufte Kompetenzlage in Art. 153 AEUV kein Produkt historischer Kontingenz ist. Wie sogleich zu zeigen ist, bildet sie politische Integrationshindernisse ab, die sich nicht durch kreative Umgehung aus der Welt schaffen, sondern allenfalls in Einzelfällen politisch überspielen lassen.

b) Die unterliegenden politischen Hindernisse

Nicht nur die sozialstaatliche Autonomiebehauptung der Mitgliedstaaten an sich, sondern auch ihre spezifische Abstufung lässt sich erklären. Zentral hierfür ist die Erkenntnis zweier Arten von sozio-ökonomischer Differenz zwischen den Mitgliedstaaten, die ihre integrationspolitische Bedeutung im Kontext der innereuropäischen nationalökonomischen Konkurrenz erhalten.⁶³ Die eine ist die Differenz im nationalen Wohlstandsniveau, die sich etwa in den Zahlen zum Bruttonsozialprodukt oder dem durchschnittlichen Pro-Kopf-Einkommen ausdrückt.⁶⁴ Die andere ist die Differenz der institutionellen Ausgestaltung des Sozialstaats.⁶⁵ Die beiden Arten der Differenz hindern im Kontext der nationalökonomischen Konkurrenz auf europäischer Ebene die politische Konsensbildung von Akteuren, die insbesondere im Rat als nationale Regierungsvertreter die politische Einheit des Mitgliedstaats und dessen Interessen vertreten. Angesichts der Differenz des Wohlstands-

- 60 Ausgenommen sind Mindestbedingungen für Unterrichtung, Anhörung und Interessenvertretung der Arbeitnehmer, die die Union gemäß Art. 153 Abs. 2 AEUV verabschieden darf. Zum regelmäßig überinterpretierten Regelungsgehalt des Art. 153 Abs. 5 AEUV mit Blick auf die Gegenstandsbereiche anderer Kompetenztitel siehe F. Rödl, Arbeitsverfassung, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Fn. 40), S. 855, 873 f.
- 61 Dazu M. Rhodes, Das Verwirrspiel der Regulierung. Industrielle Beziehungen und 'soziale Dimension', in: S. Leibfried/P. Pierson (Hrsg.), Standort Europa, 1998, S. 100 ff.
- 62 Hierzu D. Grimm, Vertrag oder Verfassung: Die Rechtsgrundlage der Europäischen Union im Reformprozess Maastricht II, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1995, S. 509, 526; A. Somek, Konstitution ohne Emanzipation. Bemerkungen zum europäischen Verfassungsproblem, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. U. Schmid (Fn. 53), S. 13, 24.
- 63 F. Sharpf, Negative und positive Integration, in: M. Höpner/A. Schäfer (Hrsg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008, S. 49, 75 ff.; M. Höpner, in diesem Heft; vgl. auch K. Busch, Das Korridormodell – ein Konzept zur Weiterentwicklung der EU-Sozialpolitik, in: J. Schmid/R. Niketta (Hrsg.), Wohlfahrtsstaat. Krise und Reform im Vergleich, 1998, S. 273 ff.
- 64 M. Höpner, in diesem Heft.
- 65 Dazu grundlegend: G. Esping-Andersen, The Three Worlds of Welfare Capitalism, 1990; B. Amable, The Diversity of Modern Capitalism, 2003.

niveaus sind etwa einheitliche Festlegungen von harten Mindestarbeitsbedingungen, allem voran eines Mindestlohnes, oder eines Mindestmaßes an sozialer Sicherung von keiner mitgliedstaatlichen Seite erwünscht. Eine einheitliche Festlegung fiele entweder zu tief oder zu hoch aus. Überdies würde sich ohnehin kein Mitgliedstaat den transnationalen Wettbewerbsfaktor der Arbeits- und Sozialkosten aus der Hand nehmen lassen wollen.⁶⁶ Angesichts der Differenz der institutionellen Ausgestaltung des Sozialstaats wäre eine Anpassung an ein zu bestimmendes europäisches Referenzmodell aufgrund der unterschiedlichen Ausgangspunkte mit unterschiedlichen Anpassungslasten verbunden. Selbst wenn die Widerstände im nationalen Raum überwunden werden könnten, blieben immer noch unterschiedliche Anpassungskosten bestehen, die sich im innereuropäischen Verhältnis als Wettbewerbsnachteile niederschlagen. Das verhindert politische Konsense in Bereichen mit komplex entwickelten institutionellen und administrativen Arrangements.

Diese Einsichten der vergleichenden politischen Ökonomie erhellen das unterschiedliche Maß mitgliedstaatlicher Autonomiebehauptung, das sich an der europäischen Kompetenzverteilung ablesen lässt: Kollektive Arbeitsbeziehungen und Mindestentgelte beeinflussen unmittelbar die innereuropäische Wettbewerbsposition. Es handelt sich um eine zentrale Stellschraube, und darum wollen sich die Mitgliedstaaten hier unter keinen Umständen europarechtlich gebunden sehen. Die Systeme sozialer Sicherheit sind in erster Linie institutionell-administrativ anspruchsvoll. Dies erklärt, dass eine europäische Bindung des Mitgliedstaats nicht vollständig ausgeschlossen, jedoch an die hohe Hürde der Einstimmigkeit geknüpft ist. Im Bereich der Arbeitsmarktregulierung schlagen sich demgegenüber Wohlstandsdifferenzen und institutionelle Differenzen nicht derart stark in den Wettbewerbspositionen nieder, dass sie nicht bisweilen auch durch vorrangige Harmonisierungsinteressen überspielt werden könnten. Dies ist bislang etwa geschehen im arbeits- und sozialrechtlichen Antidiskriminierungsrecht im weit verstandenen Sinne, im restrukturierungsrelevanten Arbeitsrecht und im Recht des Arbeitsschutzes. Dies erklärt sowohl den Bestand von EU-Kompetenzen zur Mindestharmonisierung ohne Einstimmigkeitserfordernis als auch die Fälle ihrer bisherigen Nutzung.⁶⁷ Gerade letztere bilden insofern keinen Vorboten einer gegenständlich umfangreicherem sozialstaatlichen Aktivität, sondern sie fügen sich nahtlos in die polit-ökonomischen Erläuterung des sozialstaatlichen Defizits der Union ein.

66 Schon darum hat auch die von einigen sozialdemokratischen Parteien verlangte europäische Vorgabe eines relativen Mindestlohnsatzes, etwa 60 % des Durchschnittseinkommens, wenig Aussicht auf Erfolg. Der Vorschlag verkennt zudem die je nach Mitgliedstaat sehr unterschiedliche Ausgangsposition in Gestalt unterschiedlicher Lohnspreizung, die wiederum zu unterschiedlichen Anpassungskosten führen würde.

67 Detaillierte Darstellung des europäischen Arbeitsrechts im Lichte der vorstehenden Analyse: F. Rödl (Fn. 60), S. 894 ff.

2. Zweite Ausprägung: Europäische Grenzen mitgliedstaatlicher Sozialstaatlichkeit

Die Botschaft der vergleichenden Politischen Ökonomie lautet also: Eine Europäische Union, die die sozialstaatlichen Politiken der Mitgliedstaaten funktional ersetzt, wird es nicht geben.⁶⁸ Umso wichtiger erscheint es, die Begrenzungen sozialstaatlicher Gestaltungsfreiheit auf mitgliedstaatlicher Ebene kritisch in den Blick zu nehmen, die gerade durch den Ausfall einer Kompensation auf europäischer Ebene besonderes Gewicht bekommen. Im Folgenden werden exemplarisch die integrationsdynamisch zentralen Binnenmarktfreiheiten behandelt, die im Zuge der europäischen Rechtsentwicklung den mitgliedstaatlichen Gestaltungsmöglichkeiten immer engere Grenzen ziehen. Bereits die unmittelbare Wirkung der Binnenmarktfreiheiten im mitgliedstaatlichen Recht geht bekanntlich auf eine Schöpfung des EuGH zurück. Über die Jahrzehnte hat er dann ihre Tiefenwirkung im mitgliedstaatlichen Recht stetig ausgebaut, seit Langem über eine Grenze hinaus, die mit Blick auf die sozialstaatliche Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten zu ver nachlässigen wäre. Dies geschieht dogmatisch mithilfe einer extensiven Lesart des Schutzbereichs der Binnenmarktfreiheit (a), mithilfe derer die Binnenmarktfreiheiten in eine zweite Schicht unternehmerischer Freiheitsrechte transformiert wurde (b), sowie einer restriktiven Lesart der Rechtfertigung von Beschränkungen (c).

a) Extensive Auslegung des Schutzbereichs der Binnenmarktfreiheit

Der ursprüngliche Vertragstext verbot Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (vgl. Art. 48, 53, 65 EWG-Vertrag). Es ist einleuchtend, dass dieses Verbot nicht durch Regelungen unterlaufen werden darf, die zwar fremde Staatsangehörige benachteiligen sollen, aber ein anderes Unterscheidungsmerkmal vorschreiben. Also musste das Verbot auch verschleierte Diskriminierungen erfassen, das sind Diskriminierungen, für die sich kein nachvollziehbarer sachlicher Grund angeben lässt. Eine erste Erweiterung des Feldes mitgliedstaatlicher Regelungen, die vor den Binnenmarktfreiheiten nicht mehr bestehen konnten, lag nun bereits in der Umstellung von verdeckten auf mittelbare Diskriminierungen.⁶⁹ Seitdem wird nicht mehr auf die etwaig protektionistischen Absichten des Gesetzgebers gesehen, sondern auf etwaig protektionistischen Auswirkungen, deren Feststellung naturge-

68 In der Europarechtswissenschaft wird sie wenigstens vereinzelt gehört, siehe C. D. Classen, in: T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht, 2009, 4. Aufl., § 30 Rn. 35. Sofern die sozialstaatliche Problematik Europas überhaupt thematisiert wird (erstaunlich unbeeindruckt: P. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 2008, 5. Aufl., 485 ff.; K.-D. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2010, 4. Aufl., S. 233 ff.), wird zwar eine soziale Schieflage angesprochen, deren Korrektur aber von europäischer Ebene erhofft wird: etwa C. Langenfeld/M. Benecke, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: März 2011, Art. 151 AEUV Rn. 11.

69 Zur Aufhebung von Zöllen und *Maßnahmen gleicher Wirkung* (Art. 16 EGV a.F.): EuGH, Rs. 7/68 (Kommision/Italienische Republik), Slg. 1968, 633, 643. Für eine Abschichtung der verdeckten Diskriminierung von der (dort so genannten) „tatsächlich ungleichen Behandlung“ auch M. Hoffmann, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, 1999, S. 107 ff. und 170 f.

mäß vagen Kriterien unterliegt. Den qualitativen Umschlag markierte dann die Umdeutung der Binnenmarktfreiheiten zu Beschränkungsverboten.⁷⁰ Die an sich nur auf innereuropäische Gleichbehandlung zielen den Marktzugangsrechte wurden dadurch zu einem unternehmerischen Freiheitsrecht zur Abwehr beschränkender Regulierung. Als Gleichbehandlungsrecht adressierten die Binnenmarktfreiheiten die besonderen Probleme transnationaler Marktintegration, die das mitgliedstaatliche als nationales Verfassungsrecht regelmäßig schlecht in den Griff bekommt.⁷¹ Darin gründete die Legitimität durchaus auch der unmittelbaren Wirkung der Binnenmarktfreiheiten. Als Freiheitsrechte hingegen, deren transnationaler Bezug nur akzidentiell ist⁷² und in Folge das kuriose Problem der Inländerdiskriminierung hervorruft, stehen sie auf gleicher Stufe wie die grundrechtlichen Garantien des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts.

Solange die Binnenmarktfreiheit als Gleichheitsrecht gedeutet wurde, sah sich ein demokratischer Gesetzgeber auf nationaler Ebene bei seiner sozialstaatlichen Gestaltung einerseits durch die internen rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Garantien begrenzt und andererseits durch Binnenmarktfreiheiten, die eine im Vergleich zu den internen Garantien andere Funktion erfüllten und entsprechend eine andere Schutzrichtung hatten. Im einen Fall ging es um die liberale Garantie (auch) unternehmerischer Freiheit, im anderen Fall um transnationale Gleichbehandlung. Zwar mag man auch in transnationaler Gleichbehandlung einen Freiheitsaspekt identifizieren. Aber es handelt sich nicht um eine Freiheit von demokratischer Regulierung, sondern um eine Freiheit von Protektionismus. Sie kommt nicht dem Unternehmer als solchem zugute, sondern spezifisch dem ausländischen Unternehmer. Demgegenüber erhalten die Binnenmarktfreiheiten mit ihrer Deutung als Freiheitsrechte einen Sinn, der kein *aliud* mehr zum Sinn der internen Garantien bildet. Vielmehr wird den internen Garantien unternehmerischer Rechte eine zweite Schicht von Garantien⁷³ zur Seite gestellt, die ebenfalls auf eine Freiheit von Regulierung zielt, die dem Unternehmer als solchem zugute kommen soll.

70 Grundlegend *Th. Kingreen*, Grundfreiheiten, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Fn. 40), S. 705 ff., und *M. Poiares Maduro*, We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution, 1998.

71 In diesem Sinne *J. Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2009, S. 228: Binnenmarktfreiheiten als „gleichheitsrechtlicher Annex der nationalen Freiheitsrechte“.

72 In sich folgerichtig spielt das Bestehen eines transnationalen Bezugs in der Prüfung der Binnenmarktfreiheit keine Rolle mehr (dazu *Th. Kingreen*, Grundfreiheiten und Grundrechte, in: C. Franzius/F. Mayer/J. Neyer (Fn. 38), S. 218, 222 f. mit Nachweisen zur EuGH-Rechtsprechung).

73 Das Primärrecht enthält zwar neben den vier unternehmerischen Garantien auch die Arbeitnehmerfreiheit. Doch der Mangel an sozialstaatlicher Gestaltungsfreiheit kann nicht durch ein weiteres individuelles Freiheitsrecht ausgeglichen werden (dazu auch *F. Sharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: M. Höpner/A. Schäfer (Fn. 63), S. 89 ff.). Sozialstaatliche Gesetzgebung kann allenfalls in Randfällen zum Gegenstand eines Individualrechts werden (oben *sub IV*), und erst recht nicht eines liberalen Freizügigkeitsrechts, dessen etwaige soziale Dimension sich vor allem in Gleichbehandlungsansprüchen entfaltet.

b) Die Binnenmarktfreiheiten als zweite Schicht unternehmerischer Freiheitsrechte

Eben hierin liegt der strukturelle Kern der sozialstaatlichen Problematik. Konkret anschaulich wird das Problem aus der Perspektive jedes Mitgliedstaats immer dann, wenn eine Regelung, die keine verdeckte Diskriminierung darstellt, zwar vor dem internen Verfassungsrecht besteht, vor den Binnenmarktfreiheiten aber doch zu Fall kommt.⁷⁴ Man kann die Differenz im Gehalt der unionsrechtlichen Garantien unternehmerischer Rechte aber auch abstrakt entfalten, sodass deutlich wird, dass sie nicht bloß akzidentiellen Charakters ist.⁷⁵ Zu gewärtigen ist vor allem, dass die Binnenmarktfreiheiten einen anderen, und namentlich einen weiter gefassten Schutzbereich aufweisen als üblicherweise die internen liberalen Garantien, wie sie die mitgliedstaatlichen Verfassungen und die EMRK normieren. Den Schutzbereich der Binnenmarktfreiheit betrifft nach dem Verständnis des EuGH jede Maßnahme, die geeignet ist, die Ausübung des betroffenen unternehmerischen Rechts *weniger attraktiv* zu machen.⁷⁶ Schon deswegen werden unter der Binnenmarktfreiheit weit aus mehr Akte mitgliedstaatlicher Gesetzgebung rechtfertigungsbedürftig als unter mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht. Weiterhin lässt sich die maßgebliche Senkung der Attraktivität vielfach bereits auf eine Differenz der gesetzlichen Regelungen des Ursprungs- und des Ziellands zurückführen, eine Konstellation, die es im internen Verfassungsrecht von vorne herein nicht geben kann. Gleichermaßen gilt von weiteren Expansionen des Schutzbereichs durch Figuren wie etwa die passive Dienstleistungsfreiheit:⁷⁷ Sie haben mit Blick auf interne Garantien keine Entsprechung. Schließlich ist noch auf die vom Gerichtshof zwischenzeitlich vollzogene Entgrenzung der horizontalen Wirkung der Binnenmarktfreiheiten hinzuweisen.⁷⁸ Diese gibt den unternehmerischen Rechten in Bezug auf die rechtlichen Strukturierungen des gesellschaftlichen Raums einen Vorrang, der sich so in keiner internen Verfassungsordnung findet.

c) Restriktive Konzeption der Rechtfertigungsmöglichkeiten von Beschränkungen

Verbreitet wird der hier entfalteten sozialstaatlichen Problematik mit dem Hinweis begegnet, dass das mitgliedstaatliche Recht ungeachtet des weiten Schutzbereichs der Binnenmarktfreiheit gleichwohl Bestand haben könne, nämlich wenn es sich

⁷⁴ Ein neuralgisches Beispiel aus jüngerer Zeit bildet die Beurteilung der vergaberechtlichen Verpflichtung zur Tariftreue, die das BVerfG in 2006 am Maßstab von Art. 12 und 14 GG gebilligt (BVerfGE 116, 202), der EuGH aber in 2008 am Maßstab von Art. 56 AEUV verworfen hat (EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert), Slg. 2008, I-1989).

⁷⁵ Ähnlich wie hier: F. Schärf, Legitimität im europäischen Mehrebenensystem, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. U. Schmid (Fn. 53), S. 320 ff.

⁷⁶ EuGH, Rs. 33/74 (Binsbergen), Slg. 1974, 1299, Rn. 10.

⁷⁷ EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195, Rn. 15.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rn. 64 f.

rechtfertigen lasse.⁷⁹ Und zu den anerkannten Rechtfertigungsgründen zähle doch der Schutz der Arbeitnehmer, die Stabilität der sozialen Sicherheitssysteme etc.⁸⁰ Diese Entgegnung greift jedoch schon im Ansatz zu kurz, jedenfalls wenn sie behaupten wollte, dass die Reichweite eines grundrechtlichen Schutzbereichs ange-sichts bestehender Rechtfertigungsmöglichkeiten ohne Auswirkungen auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wäre. Diese Auffassung wäre offensichtlich falsch, weil die Überbürdung der Rechtfertigungslast bereits für sich die Einschränkung des Gesetzgebers darstellt. Eine durch einen weiten Schutzbereich erzeugte Expansion der Rechtfertigungslast zieht darum logisch eine Einschränkung des politischen Handlungsspielraums nach sich. Hinzu kommt, dass die unionsrechtlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten spiegelbildlich zum weiten Schutzbereich vergleichsweise schmal ausgelegt und zudem mit erheblichen dogmatischen Unsicherheiten behaftet sind. So steht bis heute nicht einmal fest, ob sich ein Mitgliedstaat im Falle mittelbarer Diskriminierung auf nicht kodifizierte Allgemeininteressen berufen kann, oder ob er allein auf die im Vertrag vorgesehenen Gründe rekurrieren darf (in denen sozialstaatliche Zielsetzungen nicht vorkommen).⁸¹ Sofern die „zwingenden Allgemeininteressen“ im Sinne der *Cassis-Rechtsprechung* zum Zuge kommen, müssen sich die sozialstaatlichen Anliegen in die Kategorien einpassen, die der EuGH anbietet.⁸² Dies gilt selbst in dem besonderen Fall, dass die Anliegen zusätzlich grundrechtlich fundiert sind. Das führt zu Verzerrungen, die sich anschließend fast zwingend im Scheitern der Rechtfertigung niederschlagen. Bei der Prüfung von Eignung und Erforderlichkeit schließlich legt der Gerichtshof im Einzelfall strenge Maßstäbe an die Substanz der Darlegung an, was sich indessen nur schwer allgemein greifen lässt.⁸³ Hinzu kommt schließlich die Kohärenzanforderung an das mitgliedstaatliche Recht, die der EuGH in jüngerer Zeit vermehrt in Anschlag bringt:⁸⁴ Eine solche Anforderung vermag eine Rechtsordnung, die unter Bedingungen gesellschaftlicher Interessenkonflikte und pluralistischer Demokratie gestaltet wird, regelmäßig nicht einzulösen.⁸⁵

Die Binnenmarktfreiheiten in ihrer heutigen dogmatischen Gestalt repräsentieren mithin unternehmerische Freiheitsrechte, die den demokratisch-sozialstaatlichen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten über die üblichen internen liberalen Ver-

79 Statt vieler: *F. C. Mayer*, Der EuGH als Feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung, Integration 2009, S. 246 ff.

80 *Ph. Dann*, in diesem Band.

81 Vgl. EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11767, Rn. 116 f. Eingehende Kritik: *F. Rödl/F. Stumpf*, Einfallstore transnationaler Lohnkonkurrenz, HBS-Arbeitspapier 219, 2011.

82 Anschaulich wird diese Problematik anhand der Diskussion um die Frage, ob die deutsche Mitbestimmung unter dem Rechtfertigungsgrund des Arbeitnehmerschutzes laufen kann.

83 Vorgeführt am Beispiel des Gesundheitsschutzes: *D. S. Martinsen*, Conflict and Conflit-Management in the Cross-border Provision of Healthcare-Services, West European Politics 9 (2009), S. 792 ff.

84 EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert), Slg. 2008, I-1989, Rn. 40; Rs. C-316/07(Stoß) u.a., Slg. 2010, I-8069, Rn. 88 ff.

85 *Ch. Möllers*, Fragmentierung als Demokratieproblem?, in: Franzius/Mayer/Neyer (Fn. 38), S. 150 ff., 157. Zur Kritik vergleichbarer Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG, die allerdings weniger holistisch angelegt sind als beim EuGH: *Ph. Dann*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S. 630 ff.

fassungsgarantien hinaus begrenzen. Dies ist eine der wesentlichen Erscheinungen der unionsrechtlichen Grenzen mitgliedstaatlicher Sozialstaatlichkeit.

3. Zur misslungenen Reflexion des sozialstaatlichen Defizits in der Lissabon-Entscheidung

In der Lissabon-Entscheidung widerspricht das BVerfG beiden hier diagnostizierten Ausprägungen des sozialstaatlichen Defizits der Union. Die erste Gegenthese des Gerichts lautet, die EU betreibe nicht nur „reine Marktpolitik“ sondern wirke durchaus auch sozialpolitisch. Die zweite Entgegnung lautet, den Mitgliedstaaten verbleibe im sozialstaatlichen Bereich ein hinreichender politischer Gestaltungsspielraum. Die erste These stützt das Gericht auf eine Fortschrittsgeschichte der Union im Bereich des Sozialen (a). Gründe für die zweite These lassen sich nur rekonstruieren (b).

a) Die (unzutreffende) soziale Fortschrittsgeschichte der Union

Das Gericht berichtet zunächst, dass das „Sozialthema mit jeder Reform der Rechtsgrundlagen der europäischen Integration an Bedeutung zugenommen und eine entsprechende Verstärkung im Primärrecht erfahren“ habe. Diese Einschätzung, obgleich verbreitet, ist aber nur bei Verzicht auf analytische Differenzierung richtig. Wenn man nur denkbar allgemein nach der primärrechtlichen Stärkung eines „Sozialthemas“ fragt, kann man sicherlich all diejenigen Vorschriften aufreihen, wo irgend etwas „Soziales“ anklingt. Dann entsteht in der Tat schnell eine beeindruckende Reihe.

Wenn man aber etwas präziser fragt, wie sich die Kompetenzen im Bereich des Sozialen entwickelt haben, dann sehen die Dinge anders aus. Auf die Kompetenzen abgestellt würde eine verdichtete Auskunft lauten: In der Geschichte der Integration hat das Soziale nach Gründung der EWG nur einmalig eine qualifizierte Aufwertung erfahren, nämlich in Gestalt der neuen EU-Kompetenzen in einigen – wie vorhin erläutert: spezifisch zugeschnittenen – Bereichen des Arbeits- und Sozialrechts. Die Kompetenzerweiterung erfolgte im Zusammenhang mit der Einführung der Währungsunion durch den Vertrag von Maastricht im Jahr 1993, von der eine Verschiebung des gesellschaftlichen Kräfteverhältnisses zu Lasten der abhängig Beschäftigten erwartet wurde. Dies sollte durch das mit den Kompetenzen verbundene glaubwürdige Versprechen sozialpolitischer Aktivität der Union ausgeglichen werden. Seitdem hat sich am Kompetenzkatalog nichts mehr wesentlich geändert. Er ist maßgeblich für das weitgehende Fehlen sozialstaatlicher Gestaltungsmacht der Union. In den Verfassungstext gegossene Bekenntnisse zum sozialen Fortschritt (2. Erwägungsgrund) oder zu einer sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV), die

auch das BVerfG anführt, ändern hieran nichts.⁸⁶ Von der Europäischen Union gibt es schlicht keine soziale Fortschrittsgeschichte zu erzählen.

b) Der (vorgeblich hinreichende) verbliebene Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten

Ebenso wie das demokratische Defizit ist auch das sozialstaatliche Defizit vom BVerfG komparativ bestimmt: Im Vergleich mit dem nicht vergemeinschafteten Verfassungsstaat verbleibt dem Mitgliedstaat erheblich weniger sozialstaatliche Gestaltungsfreiheit. Die tendenziell gegenläufige These des BVerfG lautet, dass dem supranational eingebundenen EU-Mitgliedstaat ein hinreichender sozialstaatlicher Gestaltungsspielraum verblieben ist. Jedoch liefert das BVerfG keine explizite Begründung für diese These.⁸⁷ Dadurch kann das Gericht geschickt der mutmaßlich anspruchsvollen Frage ausweichen, wann die Grenze zum nicht mehr hinreichenden Spielraum überschritten wäre. Adressiert wird das Problem der sozialstaatlichen Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten letztlich nur in der Passage, in der berichtet wird, der EuGH habe wichtige soziale Anliegen als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls anerkannt, die Einschränkungen der Binnenmarktfreiheiten tragen können. Hier zeigt sich eine erstaunliche Differenz zwischen der objektiven Problematik und dem Problembewusstsein des BVerfG. Oben wurde skizziert, wie die Binnenmarktfreiheiten als zusätzliche Begrenzungen der sozialstaatlichen Gestaltungsfreiheit des Mitgliedstaats wirken.⁸⁸ In dieser Skizze wurde die Anerkennung sozialer Anliegen als zwingende Allgemeininteressen nicht verschwiegen. Aber es sollte deutlich geworden sein, dass die strukturelle Problematik der Begrenzung der sozialstaatlichen Gestaltungsfreiheit von der Anerkennung dieser Allgemeininteressen unberührt bleibt. Darüber hinaus hat die wortreiche Anerkennung sozialstaatlicher Allgemeininteressen dem EuGH jüngst als geradezu propagandistisch anmutender Zug gedient,⁸⁹ den das BVerfG in der Lissabon-Entscheidung – trotz ausgewiesener Kenntnis eben dieser Kritik⁹⁰ – nun letztlich wiederholt.

⁸⁶ Ebenso wenig wie die politischen Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Ende 2008, die das Bundesverfassungsgericht allen Ernstes ins Feld führt (BVerfG, I 23, 267, 429).

⁸⁷ Der Hinweis auf das Notbremseverfahren einer dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unterstellten Regelung der zu- und abwandernden Arbeitnehmer erscheint etwas erratisch (ähnlich M. Ruffert, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts, DVBl. 2009, S. 197, 204).

⁸⁸ S.o. sub IV.2.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rn. 43 f.

⁹⁰ BVerfG (Fn. 5), 429 f.

V. Verfassungsrechtliche Perspektiven

1. Verfassungsgerichtlicher Schutz mitgliedstaatlicher Sozialstaatlichkeit?

An dieser Stelle stellt sich die Frage, ob eine verfassungsgerichtliche Kontrolle zumindest gegen die zweite Ausprägung des sozialstaatlichen Defizits der Union, die Begrenzungen mitgliedstaatlicher Sozialstaatlichkeit, Abhilfe schaffen könnte. Zu denken ist dabei einerseits an eine Kontrolle der förmlichen Vertragsänderungen am Maßstab der verfassungsänderungsfesten Sozialstaatsgarantie (a), andererseits an eine Kontrolle der Rechtsprechung des EuGH durch eine ultra-vires-Kontrolle (b).

a) Kontrolle der EU Verträge am Maßstab der änderungsfest garantierten Sozialstaatlichkeit

Einige der Beschwerdeführer hatten die Position vertreten, dass das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon als ein Verstoß gegen das Grundgesetz mit Blick auf die nach Art. 79 Abs. 3 GG ewige Garantie der Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik nach Art. 20 Abs. 1 GG zu beurteilen sei.⁹¹ Doch aus hiesiger Sicht ist die Frage zu verneinen. Die geschilderten Beschränkungen der sozialstaatlichen Gestaltungsmacht⁹² haben sich von Beginn an nicht durch zustimmungspflichtige Vertragsänderungen vollzogen, sondern sind im Wesentlichen das Ergebnis der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf der Basis jeweils geltenden Primärechtes. Gegenüber dieser Rechtsprechung haben sich die Vertragsänderungen regelmäßig neutral verhalten, sodass sie sich nur schwer als Gegenstand des jeweiligen Zustimmungsgesetzes thematisieren lassen.⁹³ So verhielt es sich auch mit dem Vertrag von Lissabon. Er hat das bisher aufgelaufene sozialstaatliche Defizit der Union seinerseits nicht vertieft. Insofern konnte das Zustimmungsgesetz die grundgesetzliche Garantie des Sozialstaatsprinzips nicht berühren.

b) Ultra-Vires-Kontrolle der Rechtsprechung des EuGH

Alternativ wäre die hier entfaltete Problematik des sozialstaatlichen Defizits im Wege einer dezentralen Kontrolle der Rechtsprechung des EuGH durch das BVerfG anzugehen. Nach den vom BVerfG behaupteten Ansatzpunkten kommt allein die *ultra vires*-Kontrolle in Betracht, also die Kontrolle der Handlungen der EU-Organe

91 Vgl. BVerfG (Fn. 5), 311 f.

92 Oben sub 2.

93 Einen Ansatzpunkt hätte seinerzeit allenfalls der Vertrag von Amsterdam geboten, der einige Aspekte der Rechtsprechung des EuGH, wenn auch etwas implizit, unter dem Aspekt der „Vereinfachung“ reflektierte (siehe Artikel 6 des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte; ABl. EU C 340).

daraufhin, ob sie sich in den primärrechtlichen Kompetenzgrenzen halten. Wie bereits herausgestellt wurde, ist die treibende Kraft zur Begrenzung sozialstaatlicher Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten die Rechtsprechung zum Primärrecht. Es geht insofern nicht um Kompetenzen anderer Organe, deren Ausübung der EuGH vielleicht bestätigt hätte, sondern es geht um die originäre Kompetenz des Gerichtshofs der EU zur verbindlichen Auslegung des Primärrechts (Art. 19 Abs. 1 EUV). Auf dieser Basis artikuliert der Gerichtshof die Binnenmarktfreiheiten, er interpretiert das Wettbewerbsrecht und er legt die Kompetenzordnung aus. Im Zuge dessen vollzieht sich die Einschränkung der sozialstaatlichen Gestaltungsfreiheit der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber langsam und stetig von Fall zu Fall. Dem ließe sich zumindest partiell entgegenwirken, wenn man zumindest neuralgische Entscheidungen des EuGH aus diesem Bereich von Seiten des BVerfG als rechtsirrig zurückweisen würde.

Dabei hat das BVerfG zu Recht anerkannt, dass die Kompetenz des Gerichtshofs zur Vertragsauslegung die Befugnis zu methodisch gebundener Rechtsfortbildung einschließt. Insofern läge der Schlüssel in einer – sicherlich europafreundlich zu handhabenden – Kontrolle der Methodik des EuGH. So hat es auch das BVerfG in der *Honeywell*-Entscheidung gesagt.⁹⁴ Doch anschließend hat es diesen Kontrollmaßstab so justiert, dass er weite Teile der sozialstaatlich problematischen primärrechtlichen Rechtsprechung, namentlich im Bereich der Binnenmarktfreiheiten, von vorne herein nicht erfassen kann. Denn das BVerfG fragt selbst im Hinblick auf die Rechtssache *Mangold*,⁹⁵ in der der EuGH äußerst fragwürdige Ansichten,⁹⁶ vor allem über Inhalt und Reichweite eines Rechtsgrundsatzes des Unionsrechts ausgesprochen hatte, ob durch diese Entscheidung das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung in offensichtlicher und strukturwirksamer Weise verletzt wurde.⁹⁷ Wie die Entscheidung *Honeywell* selbst eindrucksvoll demonstriert, kann diese Bedingung aber, wenn es nicht um Fragen der Kompetenz anderer europäischer Organe geht, sondern der EuGH lediglich die materiellen Normen der Verträge auslegt, von vorne herein nicht eintreten. Mag das Ergebnis auch einmal haarsträubend sein, dessen Ausspruch durch den EuGH erfolgt doch völlig kompetenzgemäß.

2. Sozialstaatsprinzipielle Durchdringung der Dogmatik des Unionsrechts

So bleibt im Bereich des Rechtlichen vorläufig nichts Anderes als der Aufruf an die Wissenschaft vom staatlichen und europäischen Verfassungsrecht, das sozialstaatliche Defizit der Europäischen Union nicht weiter zu ignorieren oder gar vielleicht um der europäischen Sache willen zu bestreiten. Gefragt wäre eine Durchdringung

94 BVerfGE 126, 286, 305.

95 EuGH, Rs. C-144/04 (*Mangold*), Slg. 2005, S. I-9981.

96 Zur Kritik: *G. Thüsing*, Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?, ZIP 2005, S. 2149 ff.; *Th. Kingreen* (Fn. 72), S. 225; *D. Grimm*, Die große Karlsruher Verschiebung, FAZ vom 9.9.2010 (Nr. 209), S. 8.

97 BVerfG (Fn. 5), 312 f. Die Problematik entgeht all denjenigen, die sich unbelastet von verfassungstheoretischer Reflexion vor allem Harmonie zwischen EuGH und BVerfG wünschen.

unionsrechtlicher Dogmatik im Lichte des sozialstaatlichen Defizits der Union. Binnenmarktfreiheiten, Wettbewerbsrecht, Kompetenzordnung, Vorrang, EU-Grundrechte sind die Angelpunkte. Die Linderung des strukturbedingten sozialstaatlichen Defizits der Union, die Wahrung der sozialstaatlichen Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten müsste als europäisches Verfassungsprinzip begriffen werden, das auch die dogmatischen Grundfiguren des Unionsrechts durchdringt. Dieses Prinzip ist nicht aus der verfassungstheoretischen Luft gegriffen.⁹⁸ Es war tragende Idee und Erwartung bei Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, die sich auch heute noch anhand von Art. 151 AEUV rekonstruieren lässt, dass die europäische Integration die junge und in optimistischem Aufbau befindliche Sozialstaatlichkeit der Mitgliedstaaten unberührt lassen und durch die Generierung von Wohlstandsgewinnen unterstützen würde. Die Dinge haben sich rechtlich und tatsächlich anders entwickelt, wodurch Idee und Erwartung in ein normatives Prinzip gewendet werden müssen: Die europäische Rechtsordnung untersteht dem Prinzip der Schonung der sozialstaatlichen Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten. Die demokratisch orientierte Verfassungstheorie hat sich nach der Lissabon-Entscheidung des BVerfG einmal mehr auf dessen These von der ewigen Garantie deutscher Volks-Souveränität gestürzt. Doch die vorgebliche Unhintergehrbarkeit deutscher Volks-Souveränität ist nicht die Schicksalsfrage des geeinten Europas. Hierüber würde die Geschichte am Ende auch mithilfe des BVerfG in veränderter Besetzung hinweggehen. Die Schicksalsfrage ist die Bewahrung sozialer Staatlichkeit als effektives, das heißt durch demokratische Politik einlösbares Verfassungsprinzip.

98 Überlegungen hierzu schon bei F. Rödl (Fn. 60), S. 868 f.

Europäische Verfassung als „neuer Konstitutionalismus“. Oder: zur europäischen Begrenzung demokratischer Politik

*Von Hans-Jürgen Bieling, Tübingen**

I. Einleitung

Vor einigen Jahren hat der britische Soziologe *Colin Crouch* die These aufgestellt, dass sich die westlichen, also auch die europäischen Gesellschaften, entdemokratisieren.¹ Nach *Crouch* verlieren die tradierten Formen der politischen Partizipation und öffentlichen Kontrolle in dem Maße an Bedeutung, wie sie nicht mehr von der „Masse der normalen Bürger“ genutzt werden. Im Kontext eines weitreichenden Wandels der gesellschaftlichen Macht- und Verteilungsverhältnisse laufen die etablierten demokratischen Strukturen damit gewissermaßen leer. Stattdessen kristallisieren sich die Umrisse eines neuen politischen Herrschaftsmodells heraus, das von *Crouch* prononciert als „Postdemokratie“ bezeichnet wird. Die „Postdemokratie“ ist dabei durch einen Politikmodus gekennzeichnet, der aus einer spezifischen Mischung von medialen Inszenierungen, abgeschotteten Entscheidungsprozessen im Machtzentrum und einer passiven bis apathischen Rolle eines Großteils der Bevölkerung besteht.

In der sozialwissenschaftlichen und auch in der breiteren öffentlichen Diskussion hat diese These eine große, zumeist positive Resonanz erzeugt. Wie einige ähnlich gelagerte Theoriebeiträge verdeutlichen, trifft die „Postdemokratie“-These offenbar den Nerv der Zeit.² Doch nicht nur die Theorie-Debatte, auch die empirische Forschung vermag einige Tendenzen – so z.B. Mitgliederverluste von Parteien und Gewerkschaften oder eine deutlich zurückgehende Wahlbeteiligung – zu identifizieren, die den „Rückzug der Massen“ aus der Politik bestätigen.³ Letzteres macht deutlich, dass die These der Postdemokratie im Kern auf die Erosion der „sozialen Demokratie“, d.h. die substanzelle Schwächung einer auf sozialem Ausgleich sowie aktiver Teilnahme und Selbstbestimmung beruhenden politischen Organisati-

* Prof. Dr. Hans-Jürgen Bieling lehrt Politik und Wirtschaft (Political Economy) und Wirtschaftsdidaktik an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen. Für hilfreiche Kommentare und Anregungen zu einer ersten Fassung dieses Beitrags danke ich Jürgen Bast und Florian Rödl.

1 *C. Crouch*, Postdemokratie, 2008 [engl. Original 2004], S. 8 ff.

2 Vgl. u.a. *J. Rancière*, Das Unvernehmen. Politik und Philosophie, 2002; *D. Jörke*, Auf dem Weg zur Postdemokratie, Leviathan 33, 2000, S. 482 ff.; *C. Mouffe*, Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion, 2007; *C. Hay*, Why We Hate Politics, Cambridge 2007; *A. Brodbeck/M. Llanque/G. Schaal* (Hrsg.), Bedrohungen der Demokratie, 2008.

3 So z.B. *P. Mair/I. van Biezen*, Party Membership in Twenty European Democracies, 1980–2000, Party Politics 7 (2001), S. 5 ff.; *P. Mair*, Ruling the void? The Hollowing of Western Democracy, New Left Review 42 (2006), S. 25 ff.

ons- und Lebensform verweist.⁴ Jenseits dieser normativ-zeitdiagnostischen Zu- spitzung sind die Überlegungen von *Crouch* aber auch analytisch instruktiv. Zu- mindest hat die Erläuterung der Triebkräfte der Entdemokratisierung – nicht zuletzt die Erosion des Wohlfahrtsstaats und der öffentlichen Infrastruktur infolge ökono- mischer Liberalisierungs- und Privatisierungsprozesse – vielfältige Denkanstöße und Anregungen dafür gegeben, die unterschiedlichen Facetten und Ursachen des postdemokratischen Zeitalters zu reflektieren.⁵

Ungeachtet der inzwischen sehr weitgefächerten Diskussion sind bislang jedoch nur wenige Beiträge der Frage nachgegangen, ob und inwiefern auch der Prozess der europäischen Integration die Ausbreitung postdemokratischer Strukturen begüns- tigt.⁶ Genau dies soll nachfolgend geschehen. Dabei wird vor allem beleuchtet, wie sich diese Problemstellung aus einer politökonomisch und politisch-soziologisch informierten europäischen vertrags- und verfassungspolitischen Perspektive dar- stellt. Das in diesem Beitrag entfaltete Argument lautet entsprechend, dass die post- demokratischen Effekte von europäischer Integration und Europäisierung⁷ weitrei- chender sind, als in der Verfassungs- und Demokratiediskussion zumeist behauptet wird. Um dies zu verdeutlichen, werden zunächst einige Eckpunkte der staats- und rechtswissenschaftlichen Diskussion über die demokratischen Grundlagen und Le- gitimationsmechanismen der Europäischen Union skizziert (II.). Anschließend wird mit Bezug auf die Konzeption des „neuen Konstitutionalismus“ ein politökono- misch und politisch-soziologisch erweitertes Analyse- und Interpretationsraster eu- ropäischer Vergemeinschaftungsprozesse dargelegt (III.). Von besonderer Bedeu- tung sind dabei die Effekte, die der „neue Konstitutionalismus“ für die Verfasstheit der nationalen Gesellschaften und deren demokratische Organisationsmuster hat

4 Der Begriff der „sozialen Demokratie“ geht zurück auf die sozialdemokratische Verfassungsdiskussion der Wei- marer Republik. Er wurde insbesondere durch Hermann Heller geprägt. Dieser sah in einer durch antagonistische Klasseninteressen und soziale Spaltungen zerrissenen Gesellschaft eine Gefahr für die Stabilität der politischen Demokratie. Um dem entgegenzuwirken und ein lebendiges, durch die aktive Teilnahme aller Klassen geprägtes demokratisches Engagement zu fördern, sollten nach Heller die formalen Strukturen der repräsentativen Demokratie und des liberalen Rechtsstaats durch arbeitsrechtliche, wirtschaftsdemokratische und sozialstaatliche Insti- tutionen ergänzt werden. Im Unterschied zu dieser moderaten Variante der „sozialen Demokratie“ von Heller, die auf das Ausbalancieren des Klassenantagonismus setzte, vertrat Otto Kirchheimer eine radikalere Konzeption, die den Klassenantagonismus überwinden wollte. Zu den konkurrierenden konzeptionellen Grundlagen der „sozialen Demokratie“ J. Blau, Sozialdemokratische Staatslehre in der Weimarer Republik. Darstellung und Untersuchung der staatstheoretischen Konzeptionen von Hermann Heller, Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer, 1980.

5 Dies illustrieren u.a. die Themen schwerpunkte „Postdemokratie – ein neuer Diskurs“ des Forschungsjournals Neue Soziale Bewegungen 19 (4/2006) oder „Postdemokratie“ der Zeitschrift Aus Politik und Zeitgeschichte (1–2/2011).

6 So etwa H.-J. Urban, Auf dem Weg in den postdemokratischen Kapitalismus. Über Dimensionen des Demokratienotstandes, in: F. Deppe/H. Schmitthenneter/H.-J. Urban (Hrsg.), Notstand der Demokratie 2008, S. 95 ff.; H.-J. Bieling, Europäische Integration und die Krise der „sozialen Demokratie“, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. U. Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, 2009, S. 229 ff.

7 In der sozialwissenschaftlichen Integrationsforschung wird häufig explizit zwischen den Prozessen der europäi- schen Integration und Europäisierung als zwei komplementären Dimensionen der Vergemeinschaftung unter- schieden. Vereinfacht formuliert, wird unter „europäischer Integration“ vor allem die die Supranationalisierung von Kompetenzen verstanden, während die „Europäisierung“ in erster Linie die Rückwirkungen thematisiert, die supranational-europäische Entwicklungen für die national verfassten politischen Systeme haben. Zum Überblick K. Auel, Europäisierung nationaler Politik, in: H.-J. Bieling/M. Lerch (Hrsg.), Theorien der europäischen Inte- gration, 3. Auflage, 2012, S. 247 ff.

(IV.). Obwohl diese Effekte insofern negativ sind, als sie die Erosion der tradierten Elemente der „sozialen Demokratie“ begünstigen, sollte dieser Prozess keineswegs als eine eindimensionale Entwicklungslogik interpretiert werden. Schließlich ist die europäische Verfassung nicht nur durch konkurrierende Rechtsnormen gekennzeichnet, auch die gesellschaftlichen Konflikte über eine angemessene Organisation der wirtschaftlichen, sozialen und demokratischen Integration verweisen auf die fortwährende Emergenz alternativer Handlungsoptionen (V.).

II. Konkurrierende verfassungs- und demokratietheoretische Positionen

Die Annahme, dass im Begriff der Verfassung nicht allein das kodifizierte Grundlagen- und Primärrecht eines politischen Gemeinwesens gebündelt ist, sondern mit ihm zugleich auch die rechtliche, institutionelle, politische wie auch wirtschaftliche und soziale Verfasstheit gesellschaftlicher Reproduktionsmuster mitgedacht werden muss, ist für juristische Leser vielleicht etwas ungewöhnlich. Ebenso mag die hier eingenommene Perspektive, die das supranationale europäische Primärrecht – und mit Abstrichen auch das Sekundärrecht – als konstitutive verfassungspolitische Bestandteile einer europäischen Gesellschaftsverfassung interpretiert, rechtswissenschaftliches Unbehagen provozieren. Jenseits des Disputs über die inhaltlichen Überlegungen hat der Ausgangspunkt eines weiten Verfassungsbegriffs vorab jedoch zwei Vorteile: Zum einen sensibilisiert er dafür, das insgesamt doch sehr breite Spektrum konkurrierender verfassungs- und demokratietheoretischer Positionen einzufangen; und zum anderen ist er offen gegenüber den Diskussionen in den benachbarten sozialwissenschaftlichen Disziplinen und vermag deren Fragen und Interpretationsangebote in die eigene Betrachtung mit einzubeziehen. Beides impliziert zugleich, auch die politisch-normativen Orientierungen und gesellschaftlichen Kontextbedingungen der europäischen Verfassungsdiskussion expliziter zu reflektieren.

1. Die konservativ-republikanische Perspektive und die Konzeption einer liberalen Wirtschaftsverfassung

Die deutsche staatswissenschaftliche Diskussion wird – im Schnittfeld unterschiedlicher rechts-, politik- und wirtschaftswissenschaftlicher Beiträge – durch zwei Perspektiven geprägt, die in einem gewissen Spannungsverhältnis stehen, sich zum Teil aber auch ergänzen. Idealtypisch lässt sich auf der einen Seite, wie zunächst dargelegt wird, eine konservativ-republikanische Perspektive identifizieren. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass sie den Vorrang des Gemeinwohls vor dem Individuum behauptet und die Bedeutung gemeinschaftsstiftender öffentlicher Güter, Räume und Diskurse hervorhebt. Diese republikanischen Elemente werden – in kritischer Abgrenzung zum Primat liberaler Individual- und Freiheitsrechte in der EU – allerdings nur im nationalen Raum als realisierbar betrachtet und – im Kontrast zum sozialintegrativen Republikanismus – recht statisch, d.h. kulturkonservativ in-

terpretiert. Im Unterschied hierzu ist auf der anderen Seite, so die dann folgenden Ausführungen, die Konzeption der liberalen Wirtschaftsverfassung etwas integrationsfreundlicher ausgerichtet, plädiert sie doch dafür, die Grundfreiheiten und die Wettbewerbspolitik im europäischen Raum zu realisieren, um die nationalen Regierungen ökonomisch zu disziplinieren.

a) Die konservativ-republikanische Perspektive

Die konservativ-republikanische Perspektive sieht das Gemeinwohl vor allem deswegen an den Nationalstaat gekoppelt, weil sich ihres Erachtens nur im nationalen Raum belastbare kollektive Identitäten herausbilden können, die eine Institutionalisierung demokratischer Verfahren und Mehrheitsentscheidungen erlauben.⁸ Grundlegend für den Prozess der kollektiven Identitätsbildung seien dabei die Praktiken von Kommunikations-, Erinnerungs- und Erfahrungsgemeinschaften, die ihrerseits vornehmlich national definiert sind. Konstitutiv für die nationale Kommunikationsgemeinschaft ist in diesem Sinne eine gemeinsame Nationalsprache; die Erinnerungsgemeinschaft stützt sich auf die überlieferten Erzählungen der diversen Nationalgeschichten; und auch die Erfahrungsgemeinschaft ist in besonderem Maße durch die nationale Kultur und die tradierten nationalen Interpretationsraster geprägt. Obwohl zuweilen der historische, mithin artifizielle Charakter der nationalen Gemeinschafts- und Identitätsbildung erwähnt wird, neigt die konservative Begründungslinie des national-republikanischen Denkens dazu, die nationalen Identitäten substanzialistisch zu interpretieren.⁹ Zuweilen gewinnt man jedenfalls den Eindruck, dass „vorpolitische“ Elemente wie Sprache, (Leit-)Kultur oder Religion oder auch die Besonderheiten der nationalen Geschichte zu einer „zweiten Natur“ gerinnen. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, sind aufgrund einer zirkulären Argumentationsfigur politische Vergesellschaftungsprozesse jenseits des Nationalstaats nicht vorstellbar. So können sich eine europäische Zivilgesellschaft und Öffentlichkeit nicht entfalten, weil es keinen europäischen Demos mit einer belastbaren kollektiven Identität gibt; und zugleich kann sich kein europäischer Demos konstituieren, weil keine gemeinschaftlichen Kommunikationsräume vorhanden sind.

Die konservativ-republikanische Perspektive vertritt entsprechend ein unverrückbares oder nur schwer verrückbares Pramat der nationalen (Volks-)Souveränität. Dieses wird politisch und juristisch nachdrücklich verteidigt. Die Verteidigung stützt sich dabei auf prominente Institutionen und Akteure. So hat das BVerfG in seinem Urteil zum Lissabon-Vertrag argumentiert, dass die maßgebliche Legitima-

8 So z.B. P. G. Kielmansegg, Integration und Demokratie (mit Nachwort zur 2. Auflage), in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 2. Aufl., 2003, S. 49 ff.; M. Bach, Europa ohne Gesellschaft. Politische Soziologie der europäischen Integration, 2008, S. 12 ff.; J. Isensee, Europäische Nation? Die Grenzen der politischen Einheitsbildung Europas, in: F. Decker/M. Höreth (Hrsg.), Die Verfassung Europas. Perspektiven des Integrationsprojekts, 2009, S. 254 ff.

9 Zur Kritik J. Habermas, Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur Politischen Theorie, 1996, S. 185 ff.; T. Ehs/G. Valchars, Demos statt Ethnos. Plädoyer für ein EU-Volk jenseits des Homo Europaeus, Blätter für deutsche und internationale Politik 4/2009, S. 85 ff.

tionsquelle der europäischen Politik nach wie vor die nationalen Völker bilden. Zugleich wurde zwar ein europäisches Demokratiedefizit festgestellt, dieses aufgrund des fehlenden Staats- und Verfassungscharakters der EU jedoch als nicht so gravierend und durch eine bessere und effektivere Kontrolle und Beteiligung der nationalen Repräsentationsorgane als korrigierbar betrachtet. In Ergänzung zur Vertheidigungshaltung, die durch derartige Grundsatzurteile bekräftigt wird, äußern konservativ-republikanische Autoren mitunter aber auch heftige Kritik an europäischen Entwicklungen. Im Fokus stehen dabei zumeist Vergemeinschaftungsinitiativen – Grün- und Weißbücher, Aktionsprogramme, Rechtssetzungsvorschläge und Entscheidungen – der Kommission. Zuletzt wurde auch vermehrt die extensive, tendenziell übergriffige Praxis der Rechtsprechung und Rechtfertigung des EuGH kritisiert; vor allem dann, wenn auf diesem Wege soziale Rechtsansprüche der Unionsbürger gestärkt wurden.¹⁰

b) Die Konzeption einer liberalen Wirtschaftsverfassung

An diesem Punkt trifft sich die konservative national-republikanische Perspektive offenkundig mit den Überlegungen, die von Vertretern einer liberalen Wirtschaftsverfassung angestellt werden. Diese stehen zumeist in der Tradition des ordo-liberalen Denkens und verwandter institutionenökonomischer Ansätze.¹¹ Grundlegend ist die Überzeugung, dass der europäische Rechtsrahmen wirtschaftspolitisch nicht neutral ist, sondern im Kern eine marktwirtschaftliche Ordnung darstellt, die sich aus einer privatwirtschaftlichen Eigentumsordnung, einer stabilen Währungsordnung und einer liberalen Wettbewerbsordnung zusammensetzt.¹² Im Laufe der Zeit ist der europäische Rechts- und Handlungsrahmen – im Zuge der Vertragsrevisionen und durch die Verlagerung von Kompetenzen auf die supranationale Ebene – zwar wiederholt modifiziert und durch staatsinterventionistische Handlungsvollmachten erweitert worden, ohne dass hierdurch bislang jedoch die Nutzung privatrechtlicher Handlungsfreiheiten substanzell beschnitten wurde. Im Gegenteil, seit den 1980er Jahren sind im Zuge der Binnenmarktintegration die Waren-, vor allem aber die Kapital- und Dienstleistungsfreiheit deutlich gestärkt worden. Den privaten Wirtschaftsakteuren sind mithin – erweiterte – grenzüberschreitende Handlungsfreiheiten gegeben, mit der Folge, dass in all jenen Bereichen, in denen die Marktöffnung nicht von einer europäischen Harmonisierung begleitet worden ist – so vor allem in der Tarif-, Sozial- und Steuerpolitik – die nationalen rechtlichen und institutionellen Systeme politökonomisch in Konkurrenz zueinander treten. Normativ wird die europäische Wirtschaftsverfassung denn auch von manchen Autoren als eine – nach

10 R. Herzog/L. Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ vom 8.9.2008.

11 Zum Überblick z.B. C. Joerges, What is left of the European economic constitution? A melancholic eulogy, ELRev. 30 (2005), S. 461 ff.; oder auch M. Wohlgemuth, Europäische Ordnungspolitik, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungskonomik Nr. 5, 2008.

12 So etwa E.-J. Mestmäcker, Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa, 1987.

innen wie nach außen – marktliberale Privatrechtsordnung begriffen, die den Wettbewerb der nationalen Rechts- und Institutionensysteme prozessbezogen regelt.¹³ Ein Problem wird nun freilich darin gesehen, eine solche Ordnung dauerhaft funktionsfähig zu halten. Um dies zu gewährleisten, sprechen sich die Vertreter der marktliberalen Konzeption dafür aus, die Prozessregeln des Systemwettbewerbs – gleichsam als Meta-Regeln – dem unmittelbaren Zugriff der politischen Akteure zu entziehen und einer übergeordneten, mit Zwangsgewalt ausgestatteten Instanz zu überantworten, die ihre Geltung sicherstellt.¹⁴ Die Vorteile einer derart konstitutionisierten Wettbewerbsordnung, die den politischen Akteuren nur noch die „choice of rules within rules“ offen lässt, werden darin gesehen, dass die „exit“-Optionen und Freiheitsrechte der wirtschaftlichen Akteure gegenüber den nationalen Regierungen gestärkt werden und letztere gezwungen sind, ihre Entscheidungen in einem Wettbewerbsprozess zu treffen, der marktorientiert ausgerichtet ist und nicht durch gemeinsame Absprachen oder durch eine übergeordnete Ebene außer Kraft gesetzt wird. Die marktliberale Konzeption wendet sich daher grundsätzlich gegen alle Bestrebungen, durch supranationale Interventions- und Harmonisierungsinstrumente den gemeinsamen Markt gestalten, lenken und korrigieren zu wollen. Harmonisierungsinitiativen werden nur dann begrüßt, wenn sie für die Funktionsweise des gemeinsamen Marktes unumgänglich sind und darauf abzielen, die Rechtssicherheit der Wirtschaftssubjekte zu erhöhen. Ansonsten wird eine Zentralisierung und Herausbildung eines europäischen Einheitsstaats befürchtet, der die produktiven Wirkungen des Systemwettbewerbs aufhebt.

Genau dieser Systemwettbewerb ist in der marktliberalen Konzeption der europäischen Wirtschaftsverfassung von zentraler Bedeutung. Es wird davon ausgegangen, dass im gemeinsamen Markt nicht nur die Unternehmen, sondern auch die nationalen Regierungen und Regulierungssysteme im Kampf um Investitionen, Wirtschaftswachstum, Beschäftigung und Steuereinkünfte in Konkurrenz zueinander stehen. Diese Konkurrenz wird vor allem aus zwei Gründen befürwortet: Zum einen fungiert sie als ein Korrektiv zur Zwangsgewalt der nationalen Wohlfahrtsregime, indem sie deren expansive Dynamik durch die Investitionsentscheidungen privater Wirtschaftsakteure kontrolliert und begrenzt. Es wird mithin ein Kontrollverfahren etabliert, das die wettbewerbsunterbindenden wohlfahrtsstaatlichen Strukturen und Instrumente einer marktkorrigierenden Staatsintervention, nicht aber die Funktionsfähigkeit des (Rechts-)Staats in Frage stellt.¹⁵ Zum anderen stimuliert die Konkurrenz der nationalen Regulierungssysteme – über den Vergleich der nationalen institutionellen Arrangements – zugleich einen permanenten Innovationsprozess und eine wettbewerbsgemäße Steigerung der nationalen Problemlösungsqualität. Das von Friedrich August von Hayek entwickelte Konzept eines markt- und wis-

13 P. Behrens, Die Wirtschaftsverfassung der europäischen Gemeinschaft, in: G. Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, S. 73 ff.

14 W. Mussler, Systemwettbewerb als Integrationsstrategie der Europäischen Union; in: M. E. Streit/M. Wohlgemuth (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, 1999, S. 49 ff. (73).

15 M. E. Streit, Westeuropas Wirtschaftsverfassungen unter dem Druck des Systemwettbewerbs. Max-Planck-Institut zur Erforschung von Wirtschaftssystemen. Diskussionsbeitrag 1/1994, S. 10.

sensgetriebenen Innovationsprozesses¹⁶ wird damit von den Produktmärkten auf den institutionellen Wettbewerb politischer Gebietskörperschaften übertragen.¹⁷

2. Sozialintegrative Alternativkonzeptionen

Ungeachtet einiger Spannungen, die in Fragen der nationalen Souveränität und sozialpolitischen Gestaltung bestehen, ergänzen sich die beiden skizzierten Perspektiven recht gut. So tritt die Konzeption der marktliberalen Wirtschaftsverfassung für eine auf ökonomische Aspekte, d.h. im Kern auf Markt- und Wettbewerbsfragen begrenzte und entpolitiserte supranationale Institutionen- und Rechtsordnung ein, indessen die Vertreter einer konservativ-republikanischen Perspektive alle verbleibenden – politischen – Kompetenzbereiche auf der mitgliedstaatlichen Ebene belassen wollen. In der Konsequenz befürworten beide eine asymmetrische Regulierungsstruktur von supranationaler Markt- und Wettbewerbspolitik und nationaler Arbeits- und Sozialpolitik, der zufolge der Primat „negativer Integration“ und ein hierdurch stimulierter Deregulierungsdruck systematisch in das europäische Mehr ebenensystem eingeschrieben werden.¹⁸ Gesellschaftspolitisch korrespondiert mit diesen beiden Konzeptionen eine hegemoniale Allianz von europäisch-marktliberalen und konservativ-republikanischen Kräften, deren politische Deutungs- und Entscheidungsmacht von sozialintegrativen Kräften und Konzeptionen allerdings auch in Frage gestellt wird. Im Kontrast zur Symbiose der vorherrschenden Perspektiven, weisen, wie nachfolgend dargelegt wird, die sozialintegrativen Konzeptionen jedoch in unterschiedliche Richtungen.¹⁹

a) Die sozialintegrativ-nationalen Perspektive

Die eine Linie der Kritik lässt sich als sozialintegrativ-national bezeichnen. Diese Perspektive geht – ähnlich wie die konservativ-republikanische Perspektive – davon aus, dass auf der supranationalen Ebene die input-orientierte Legitimität aufgrund eines dreifachen Defizits, d.h. eines „Mangel(s) einer präexistierenden kollektiven Identität“, des „Fehlen(s) europaweiter politischer Diskurse“ und der „Abwesenheit einer europaweiten institutionellen Infrastruktur politischer Parteien und gemeinsamer Medien“,²⁰ nur schwerlich gestärkt werden kann. Die EU stellt demzufolge ein liberal verfasstes Ordnungsmodell dar, das in erster Linie individuelle Freiheitsrechte fördert, kaum aber kollektive republikanische Partizipationsformen ge-

16 F. A. v. Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders., Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze von Friedrich August von Hayek, 1969, S. 249 ff.

17 M. E. Streit/D. Kiwit, Zur Theorie des Systemwettbewerbs, in: M. E. Streit/M. Wohlgemuth (Hrsg.), Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, 1999, S. 13 ff. (34 ff.).

18 F. W. Scharpf, Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?, 1999, S. 47 ff.; O. Holman, Asymmetrical Regulation and multidimensional governance in the European Union, Review of International Political Economy 11 (2004), S. 714 ff.

19 O. Eberl, Soziale Demokratie in Europa zwischen Konstitutionalismus und Etatismus, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. U. Schmid (Fn. 6), S. 245 ff.

20 F. W. Scharpf (Fn. 18), S. 167.

währleistet.²¹ Auf der Suche nach Reformoptionen zur Stärkung der sozialen Integration und Beteiligung richtet sich der Blick somit vornehmlich auf die nationalstaatlichen Gestaltungsspielräume. In diesem Sinne gibt es durchaus einige Ähnlichkeiten und Berührungspunkte zwischen der konservativen und der sozialintegrativ-nationalen Perspektive. Gleichzeitig sollten einige gravierende Unterschiede aber nicht übergangen werden:

Ein erster Unterschied besteht darin, dass die Vertreter der sozialintegrativen Perspektive weniger dazu neigen, die kollektiven Voraussetzungen demokratisch verfasster Gemeinwesen essentialistisch zu interpretieren. Sie sind zwar sehr skeptisch, was die Möglichkeiten betrifft, die europäischen Beratungs-, Verhandlungs- und Entscheidungsprozesse zu demokratisieren, begründen dies jedoch nicht mit einem unverrückbaren, vorpolitisch definierten Pramat nationaler Identitäten, sondern in erster Linie mit soziokulturellen Kommunikationsprozessen, gesellschaftlichen Machtverhältnissen und institutionellen Verfahrensmodalitäten. Dies gilt zum einen für radikaldemokratische Überlegungen, die aus prozeduralistischen Erwägungen die grundlegende Idee der Volkssouveränität als nicht auf die Europäische Union übertragbar betrachten.²² Zum anderen sind auch für die Vertreter einer komplexen Demokratietheorie, die neben der Input-Legitimation weitere Quellen und Formen der Legitimation demokratischer Gemeinwesen – etwa die Output-, die Throughput- oder soziale Legitimation – identifizieren,²³ aus organisationspolitischen Gründen allenfalls bescheidene Schritte einer Demokratisierung der EU denkbar.

Doch nicht nur demokratietheoretisch, auch wirtschafts- und sozialpolitisch grenzt sich die sozialintegrativ-nationale von der konservativ-republikanischen Perspektive ab. So wird vor allem die Tendenz der liberalen Wirtschaftsverfassung, die materiellen Anspruchsrechte der abhängig Beschäftigten und Empfänger von Sozialtransfers zu beschneiden, nicht begrüßt, sondern problematisiert. Denn auch wenn die EU selbst nur als begrenzt demokratisierbar erscheint, so hat sich die Frage nach der Förderung des europäischen Gemeinwohls keineswegs erledigt. Im Gegenteil, die Vertreter der sozialintegrativ-nationalen Perspektive machen mitunter sehr nachdrücklich darauf aufmerksam, dass die Legitimität der Europäischen Union vornehmlich throughput- und output-basiert ist, sich also aus der Effektivität der Verfahren und der Akzeptanz der politischen Ergebnisse speist, die die supranationalen Arrangements und die Interaktionen der EU-Mitgliedstaaten zuwege bringen.²⁴ Die Problemlösungskapazität und Akzeptanz der EU bemisst sich demzufolge vornehmlich an der Frage, ob es ihr gelingt, innerhalb des Mehrebenensystems die Integrationsformen und politischen Entscheidungsparameter so neu zu justieren,

21 F. W. Scharpf, Legitimität im europäischen Mehrebenensystem, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. U. Schmid (Fn. 6), S. 297 ff.

22 So auch O. Eberl/F. Rödl, Kritische Politische Ökonomie und radikale Demokratietheorie. Eine Begegnung auf der Suche nach der postneoliberalen Weltrechtsordnung, *Kritische Justiz* 43 (2010), S. 419 ff. (421 ff.).

23 F. W. Scharpf (Fn. 18), S. 16 ff.; M. Höreth, Das Demokratiedefizit lässt sich nicht wegreformieren. Über Sinn und Unsinn der europäischen Verfassungsdebatte, *Internationale Politik und Gesellschaft* 2002, S. 11 ff.

24 F. W. Scharpf (Fn. 18), S. 167 ff.

dass die solidarischen und sozialintegrativen Potenziale der Mitgliedstaaten gestärkt werden.

Letzteres ist angesichts der asymmetrischen Regulierungsstruktur und der intensivierten Regime-Konkurrenz oft jedoch nicht der Fall. Hinzu kommen die haushaltspolitischen Disziplinierungszwänge der Wirtschafts- und Währungsunion oder auch jene Entscheidungen des EuGH, durch die die sozialen Grundrechte ausgehebelt werden. Die Gefahr, dass die europäische Integration die Erosion des Wohlfahrtsstaats vorantreibt, wird von den Vertretern der sozialintegrativ-nationalen Perspektive somit als durchaus real gesehen.²⁵ Im Bestreben, diese Gefahr abzuwehren, setzen sie – angesichts der Barrieren, auf der supranationalen Ebene demokratische Verfahren und Modi des sozialen Ausgleichs zu etablieren – zum einen darauf, auf der nationalen Ebene die Organisationsmuster der sozialen Demokratie und die Handlungsfähigkeit der diese prägenden politischen Akteure zu verteidigen. Zum anderen thematisieren sie mit Blick auf die europäische Verfassungspolitik das Problem, wie die ökonomischen und sozialen Komponenten der europäischen Integration so auszubalancieren sind, dass die nationalstaatlichen Reformprozesse – jenseits von direkter Intervention und „ruinösem Wettbewerb“ – nicht unterminiert, sondern abgestützt werden. *Fritz W. Scharpf* hat diese Anforderungen an eine wettbewerbsorientierte, gleichzeitig aber auch sozialverträgliche Gestaltung der europäischen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die nationalstaatliche Handlungsfähigkeit gewährt ist oder wieder hergestellt wird, programmatisch auf den Begriff der „autonomieschonenden Integration“ gebracht.²⁶

b) Die sozialintegrativ-supranationale Perspektive

Folgt die sozialintegrativ-nationale Konzeption noch weitgehend dem von *Heller* geprägten Ideal einer rechts- und wohlfahrtsstaatlich gestützten, inklusiven Demokratie, so gilt dies für die sozialintegrativ-supranationale Perspektive kaum mehr. Im Gegenteil, diese übernimmt zwar die Problemdiagnose einer asymmetrischen Entkopplung von wirtschaftlicher Integration und wohlfahrtsstaatlicher Regulierung,²⁷ weist die Option nationaler Lösungsvorschläge aber zurück. Diese Zurückweisung speist sich vor allem aus zwei Überzeugungen: Zum einen wird die nationalstaatliche Fähigkeit, die drängenden arbeits- und sozialpolitischen Probleme zu bewältigen, grundsätzlich sehr pessimistisch gesehen;²⁸ und zum anderen erscheint das nationalstaatlich fixierte Demokratiemodell, das sich in national verfassten Gemeinwesen mit einem – mehr oder minder homogenen – Demos reproduziert, als

25 M. Höpner/A. Schäfer, Grenzen der Integration – wie die Intensivierung der Wirtschaftsintegration zur Gefahr für die politische Integration wird, *Integration* 33 (2010), S. 3 ff.; siehe auch den Beitrag von *Höpner* in diesem Heft.

26 F. W. Scharpf, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), *Europäische Integration*, 2. Aufl., 2003, S. 219 ff. (240 ff.).

27 J. Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders.: *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 91 ff. (102 ff.).

28 D. Held, *Soziale Demokratie im globalen Zeitalter*, 2007, S. 47 ff.

orthodox, wenig kreativ und den Erfordernissen von europäischer Integration und europäischem Regieren nicht mehr angemessen.²⁹

Im Umkehrschluss spricht sich die sozialintegrativ-supranationale Perspektive dafür aus, die verfassungsrechtlichen und politisch-institutionellen Organisationsformen den globalisierten, zumindest den europäisch-transnationalisierten Wirtschafts- und Marktbeziehungen gleichsam „nachwachsen“ zu lassen. Das Programm eines in diesem Sinne formulierten „progressiven Konstitutionalismus“³⁰ setzt sich vornehmlich aus zwei Komponenten zusammen:³¹

Die eine Komponente besteht darin, die bereits laufenden, auch politischen Transnationalisierungsprozesse – nicht zuletzt die entnationalisierten globalen und regionalen Governance-Netzwerke – zu demokratisieren. Dies kann in dem Maße geschehen, wie sich neue kollektive Identitäten und öffentliche Kommunikationsräume jenseits der national verfassten Gesellschaften herausbilden. Für die Vertreter einer sozialintegrativ-supranationalen Perspektive tragen Formen einer deliberativen Demokratie – als gleichsam prozeduralisierte Volksouveränität – dazu bei, diesen Prozess voranzutreiben. Sie verweisen darauf, dass sich einige Grundelemente des Modells der deliberativen Demokratie – etwa das Prinzip der argumentativen Kommunikation, die Inklusivität und Öffentlichkeit der Beratungen oder die Abwesenheit von externen Zwängen und internen Repressionen – durchaus auch in europäischen oder globalen Governance-Systemen identifizieren lassen. Im Rahmen einer post-parlamentarischen Demokratisierungsstrategie sollen die bestehenden Deliberationsforen dazu beitragen, dass sich die nationalen Öffentlichkeiten wechselseitig füreinander öffnen und im politischen Prozess die Anliegen möglichst aller Bevölkerungsgruppen hinreichend berücksichtigt werden.³²

In Ergänzung zur Demokratisierung besteht die zweite Komponente des „progressiven Konstitutionalismus“ im Ausbau einer globalen und europäischen Sozialpolitik. Je nach Autor umfasst dieser Ausbau unterschiedliche Aspekte.³³ Grundlegend ist zumeist die bindende Wirkung von sozialen Grund- und Menschenrechten, die ihrerseits eine europäische Unionsbürgerschaft oder globale Staatsbürgerschaft begründen. Darüber hinaus werden auch gewisse Kollektivrechte eingefordert, um zivilgesellschaftlichen Organisationen, wie z.B. den Tarifparteien, eine größere Einflussnahme auf die Arbeits- und Sozialpolitik zu ermöglichen. Ein weiteres Element besteht in der Definition von verbindlichen arbeits- und sozialpolitischen Mindeststandards, die die Konkurrenz der wohlfahrtsstaatlichen Regime abschwächen. Mehr noch, zuweilen wird auch eingefordert, die nationalen Wirtschafts- und Steuerpolitiken zu harmonisieren, die sozialpolitischen Systeme anzulegen, eine europäische Wirtschaftsregierung mit zusätzlichen finanziellen Steuerungskapazitäten.

29 J. Neyer, Die Stärke deliberativer politischer Theorien und das Elend der orthodoxen Demokratietheorie. Eine Replik auf Marcus Höretz, Zeitschrift für Politikwissenschaft 19 (2009), S. 331 ff.

30 Vgl. O. Eberl/F. Rödl (Fn. 22), S. 426 ff.

31 M. Murphy, Between facts, norms and a post-national constellation: Habermas, law and European social policy, Journal of European Public Policy 12 (2005), S. 143 ff.

32 J. Habermas (Fn. 27), S. 154 f.

33 D. Held (Fn. 28), S. 250 ff.

täten zu etablieren, kurzum, eine umfassende supranationale Verstaatlichung voranzutreiben.³⁴

Ob diese Verknüpfung von erweiterten europäischen Steuerungskapazitäten und gestärkten deliberativen Prozessen dem Ziel einer revitalisierten sozialen Demokratie näher kommt, ist freilich sehr umstritten. So bestehen nicht nur Zweifel, dass die Konzeption der deliberativen Demokratie in der Lage ist, den technokratischen Charakter des europäischen Regierens zu überwinden. Die Vertreter der sozialintegrativ-supranationalen Perspektive scheinen auch die machtpolitischen Blockaden, die einer Umsetzung der proklamierten Zielsetzungen entgegenstehen, bislang nicht eingehend analysiert zu haben. Offenbar fehlt ihnen bislang ein analytisches Instrumentarium, mit dem sich die Ursachen der Nichtrealisierung und Aushöhlung der sozialen Demokratie präzise bestimmen lassen.³⁵

III. Die politökonomische Konzeption des „neuen Konstitutionalismus“

Grundsätzlich bestehen nun verschiedene Möglichkeiten, die angesprochenen Defizite der sozialintegrativ-supranationalen Perspektive – die machtanalytischen Leerstellen und die Neigung zu technokratischen politischen Optionen – zu überwinden. Hier wird nachfolgend die Konzeption des „neuen Konstitutionalismus“ herangezogen. Dies ist vor allem der Überlegung geschuldet, dass diese Konzeption ein politökonomisch und politisch-soziologisch erweitertes Analyse- und Interpretationsraster liefert, das unter Berücksichtigung trans- und supranationaler Reorganisationsprozesse machtanalytische und demokratietheoretische Aspekte zu verknüpfen vermag. Wie dies zu verstehen ist und auf welche Prozesse sich die Konzeption des „neuen Konstitutionalismus“ maßgeblich bezieht, wird anschließend zunächst auf einer allgemeinen Ebene skizziert. Danach wird dargelegt, inwiefern sich der „neue Konstitutionalismus“ im Kontext des Strukturwandels der europäischen Integration seit den 1980er Jahren in der EU spezifisch ausgeprägt hat.

1. Kontexte und Inhalte der Konstitutionalisierung

Angesichts der vielfältigen Facetten und Krisen der Globalisierung und Transnationalisierung lassen sich die inter- und transnationalen Hegemonialbeziehungen nur schwerlich auf einen übergeordneten Begriff bringen. Diejenigen Sozialwissenschaftler, die sich auf die Konzeption des „neuen Konstitutionalismus“ beziehen, gehen jedoch davon aus, dass die transnationalen Reorganisationsdynamiken durch einige bestimmende Tendenzen geprägt sind, die durch gegenläufige Tendenzen zum Teil aber auch modifiziert werden.³⁶ Etwas vereinfacht ist in diesem Sinne ein

34 In diese Richtung argumentiert J. Habermas, Europapolitik in der Sackgasse. Plädoyer für eine Politik der abgestuften Integration, in: ders., Ach, Europa, 2008, S. 138 ff.

35 H.-J. Bieling, European Governance: Zum Verhältnis von demokratischer und nicht-demokratischer Deliberation im europäischen Mehrebenensystem, Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft 40 (2011), S. 111 ff.

36 S. Gill, Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism, Millennium: Journal of International Studies 24 (1995), S. 339 ff.

„disziplinierender Neoliberalismus“ in der internationalen politischen Ökonomie erkennbar, der über die Ausweitung und Intensivierung des Wettbewerbs die Regierungen, Beschäftigten und Sozialleistungsempfänger unter Druck setzt, oft jedoch zugleich durch vielfältige staatliche Interventions- und Regulierungsaktivitäten oder gesellschaftliche Proteste abgeschwächt wird. In Ergänzung hierzu entfaltet sich in der (trans-) nationalen Zivilgesellschaft eine „Kultur des Marktes“, die sich auf einen weiteren Bedeutungszuwachs der Kulturindustrie, den Siegeszug des besitzindividualistischen Denkens und das Leitbild einer marktvermittelten Nutzenmaximierung stützt, zugleich aber durch die öffentliche Kritik des Konsumismus, die Suche nach sozialer Gerechtigkeit und neue Formen der Gemeinschaftsbildung unterlaufen wird.

Der „neue Konstitutionalismus“ markiert eine weitere Tendenz, die mit den genannten Entwicklungen korrespondiert, dabei zum Teil allerdings durch die Aktivitäten der globalisierungskritischen Bewegung sowie einer gewissen umwelt-, sozial- und partizipationspolitischen Flankierung von Transnationalisierungsprozessen modifiziert wird. Davon abgesehen bezieht sich der „neue Konstitutionalismus“ in erster Linie auf die verfassungs- bzw. vertragsrechtlichen sowie politisch-institutionellen Aspekte der jüngeren Globalisierungsdynamiken. Ein prominenter Vertreter dieses Ansatzes, *Stephen Gill*, erläutert in diesem Sinne:

„The new constitutionalism can be defined as the political project of attempting to make transnational liberalism, and if possible liberal democratic capitalism, the sole model for future development. New constitutionalist proposals [...] emphasize market efficiency, discipline and confidence; economic policy credibility and consistency; and limitation on democratic decision-making processes. Proposals imply or mandate the insulation of key aspects of the economy from the influence of politicians or the mass of citizens by imposing, internally and externally, ‘binding constraints’ on the conduct of fiscal, monetary and trade and investment policies. [...] In effect, new constitutionalism confers privileged rights of citizenship and representation to corporate capital, whilst constraining the democratization process that has involved struggles for representation for hundreds of years. Central, therefore, to new constitutionalism is the imposition of discipline on public institutions, partly to prevent national interference with the property rights and entry and exit options of holders of mobile capital with regard to particular political jurisdictions.“³⁷

Gemäß dieser Definition ist der neue Konstitutionalismus durch einige Merkmale gekennzeichnet, die in unterschiedlichen globalen und regionalen Kontexten zu finden sind. Dies gilt insbesondere für das Pramat und die Garantie privatkapitalistisch-globalisierter Eigentumsrechte, Wettbewerbsimperative und Vertragsfreiheiten; für die institutionelle und operative Verselbständigung politischer und rechtli-

37 S. Gill, Power and Resistance in the New World Order, 2003, S. 131 f.

cher Entscheidungsprozesse; sowie für die Beschneidung demokratischer Kontrollrechte und – insbesondere arbeits- und sozialpolitischer – Gestaltungsmöglichkeiten. Die aufgeführten Merkmale weisen darauf hin, dass der neue Konstitutionalismus – ganz im Sinne der Vertreter der Konzeption einer marktliberalen Wirtschaftsverfassung – im Kern für die Einführung, Verallgemeinerung und Durchsetzung eines marktliberalen inter- und transnationalen Wirtschafts- und Vertragsrechts steht. In dem Maße, wie dieser Prozess voranschreitet, trägt er zugleich dazu bei, den strukturellen Wandel transnationalisierter Machtbeziehungen und die politisch-institutionelle Autonomisierung politischer Machtgefüge voranzutreiben. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen lassen sich analytisch drei Dimensionen des neuen Konstitutionalismus unterscheiden:

Die erste Dimension thematisiert die im Kontext der Globalisierung und europäischen Integration *strukturell veränderten kapitalistischen Reproduktionsmuster*. Diese zeichnen sich durch eine Reihe übergreifender Phänomene aus: unter anderem durch die Absenkung und Beseitigung tarifärer und nicht-tarifärer Handelshemmisse; durch eine forcierte Liberalisierung und Integration der Finanzmärkte,³⁸ durch die (Teil-)Privatisierung von Sozialsystemen und öffentlichen (Infrastruktur-)Dienstleistungen,³⁹ oder auch durch eine schrittweise Deregulierung und Flexibilisierung der Arbeitsmärkte und Arbeitsbeziehungen. In diesen und anderen Prozessen reflektiert sich nicht zuletzt die wachsende ökonomische und auch politische Macht der Transnationalen Konzerne (TNKs)⁴⁰ und das erhöhte Gewicht des sog. FIRE-Sektors, bestehend aus Finance, Insurance und Real Estate.⁴¹ Einige Sozialwissenschaftler sprechen – mit Blick auf die voranschreitende Finanzialisierung, d.h. eine kapital- und kreditmarktgesteuerte Entwicklung von Ökonomie und Gesellschaft – auch von einem entstehenden „Finanzmarktkapitalismus“ bzw. von einem „finanz-getriebenen“ oder zumindest „finanzdominierten“ Akkumulationsregime.⁴²

In Ergänzung zur strukturellen ist die politisch-institutionelle Dimension des neuen Konstitutionalismus durch einen sehr *selektiven, tendenziell elitären Modus der trans- und supranationalen politischen Diskussion und Entscheidungsfindung* gekennzeichnet. Schließlich haben sich in dem Maße, wie im Zuge der Globalisierung politische Kompetenzen und Steuerungsressourcen auf die supranationale Ebene übertragen und neue Institutionen und Regulierungsausschüsse geschaffen wurden,

38 P. Gowan, The Global Gamble: Washington's Faustian Bid for World Dominance, 1999; R. Abdelal, Writing the Rules of Global Finance: France, Europe, and Capital Liberalization, *Review of International Political Economy* 13 (2006), S. 1 ff.

39 H.-J. Bieling/C. Deckwirth/S. Schmalz (Hrsg.), Liberalisierung und Privatisierung in Europa. Die Reorganisation der öffentlichen Infrastruktur in der Europäischen Union, 2008.

40 P. Dicken, The Global Shift. Mapping the Changing Contours of the World Economy, 6. Auflage, 2006, S. 31 ff.

41 E. Janszen, Die Bubble-Ökonomie. Wie man die Märkte für den großen Crash von morgen präpariert, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 53 (2008), S. 49–62 (52 ff.).

42 So z.B. R. Boyer, Is a Finance-Led Growth Regime a Viable Alternative to Fordism? A Preliminary Analysis, *Economy and Society* 29 (2000), S. 111 ff.; E. Stockhammer, Charakteristika eines finanzdominierten Akkumulationsregimes in Europa, *WSI Mitteilungen* 60 (2007), S. 643 ff.; P. Windolf (Hrsg.), Finanzmarkt-Kapitalismus. Analysen zum Wandel von Produktionsregimen, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 45, 2005.

auch neue Governance-Formen herausgebildet, die vielfach insofern eine staatliche Qualität haben, als durch sie kollektiv bindende Regeln und Entscheidungen gefällt werden. Über die Praxis des neuen Konstitutionalismus entsteht in der EU somit ein „komplex institutionalisiertes Gefüge autonomisierter Regierungstätigkeit“,⁴³ das formal von tendenziell verselbständigte Exekutivorganen – Kommission, Ministerrat, EU-Bürokratie, Europäische Zentralbank etc. – dominiert und inhaltlich vornehmlich durch die Interessen der transnationalisierten Unternehmen und Finanzmarktakteure geprägt wird. Der privilegierte Zugang zu den politischen Entscheidungszentren, über den vor allem Wirtschaftsverbände, Think Tanks und marktliberale Experten verfügen, begünstigt zugleich eine „Kumulation informeller Herrschaft“,⁴⁴ die unter Umständen die Output-Legitimation des neuen Konstitutionalismus zu stärken vermag, die Input-Legitimation der europäischen Politik aber weiter beeinträchtigt.

Die dritte Dimension, gleichsam das operative Medium des neuen Konstitutionalismus, besteht in einem *markoliberalen transnationalen Wirtschafts- und Vertragsrecht*. Dessen Genese und Fortentwicklung verweist zugleich darauf, dass die neu entstehenden Staatsformen⁴⁵ in erster Linie als Elemente einer – demokratisch oft nur sehr schwach und indirekt legitimierten – supranationalen Rechtsstaatlichkeit zu begreifen sind. Die supranationale Rechtsstaatlichkeit bleibt in mancher Hinsicht allerdings recht begrenzt. So konzentriert sich das transnationale Wirtschafts- und Vertragsrecht vornehmlich darauf, die Rechtssicherheit der ökonomischen Akteure zu stärken; z.B. durch die Garantie von Eigentumsrechten und Investitionsfreiheiten, durch die Gleichheit vor dem europäischen Gesetz oder durch die Gesetzesbindung und Ausschaltung staatlicher Willkür. Andere Aspekte wie die Prinzipien der Gewaltenteilung, also der „checks and balances“, sind hingegen weniger ausgeprägt.

Alle drei Dimensionen weisen darauf hin, dass es sich beim neuen Konstitutionalismus zwar um ein globales Phänomen handelt, dessen regionale Ausprägung jedoch ganz spezifische Qualitätsmerkmale auszeichnen. Diese bestehen unter anderem in einer fortgeschrittenen ökonomischen Verflechtung und Integration, in einem dichten und umfassenden Institutionalierungs- und Verrechtlichungsprozess sowie in einer vermehrten Politisierung der Konstitutionalisierung, d.h. der Entwicklung eines öffentlichen Diskurs- und Verhandlungsraumes, der – so die weiter unten entfaltete Argumentation – auch Akteuren mit alternativen Gestaltungsoptionen

43 T. O. Hueglin, Regieren in Europa als universalistisches Projekt, in: K. D. Wolf (Hrsg.), Projekt Europa im Übergang? Probleme, Modelle und Strategien des Regierens in der Europäischen Union, 1997, S. 91–107 (95).

44 H. Brunkhorst, Unbezähmbarer Öffentlichkeit – Europa zwischen transnationaler Klassenherrschaft und egalitärer Konstitutionalisierung, Leviathan 35 (2007), S. 21.

45 Vgl. S. Gill, Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations, International Studies Review 4 (2002), S. 52 ff.; W. I. Robinson, A Theory of Global Capitalism. Production, Class, and State in a Transnational World, 2004, S. 85 ff.; H.-J. Bieling, Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung – Staatstheoretische Reflexionen aus der Perspektive einer neo-gramscianischen Internationalen Politischen Ökonomie, in: S. Buckel/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis, 2007, S. 155; J. Wissel, Die Transnationalisierung von Herrschaftsverhältnissen. Zur Aktualität von Nicos Poulantzas' Staatstheorie, 2007, S. 143 ff.

grundsätzlich als Artikulationsforum dienen kann. Darüber hinaus verdeutlicht der europäische Konstitutionalismus recht anschaulich, worin sich die neuen von den alten Konstitutionalisierungsprozessen unterscheiden.

2. Vom „alten“ zum „neuen Konstitutionalismus“

Im Prinzip lassen sich zwei Versionen oder Lesarten eines alten Konstitutionalismus bestimmen, die für das Verständnis des neuen Konstitutionalismus, insbesondere für dessen Realisierung im Kontext des Integrationsschubs seit den 1980er Jahren, jeweils auf spezifische Art und Weise aufschlussreich sind. Eine erste Version reicht weit zurück zur Genese des modernen Verfassungsbegriffs, also zu den Anfängen einer institutionalisierten Verrechtlichung und Gewaltenteilung, durch die monarchisch-absolutistische Staatsformen begrenzt und bürgerliche Freiheiten gefördert wurden. Mit der Durchsetzung bürgerlicher Freiheitsrechte und der Etablierung rechtsstaatlicher Strukturen ging jedoch, so eine zentrale Aussage der ersten Lesart des alten Konstitutionalismus, keine Ausweitung der Volkssouveränität einher.⁴⁶ Im Gegenteil, diese wurde verfassungspolitisch restriktiert. Der alte Konstitutionalismus war mithin durch eine „Entmachtung des Volkes“ gekennzeichnet, etwa dergestalt, dass die Institutionalisierung der Gewaltenteilung schon früh dazu genutzt wurde, das Prinzip Volkssouveränität und damit die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu begrenzen. Allgemein wird in dieser ersten Lesart der Begriff des „Konstitutionalismus“ denn auch für die Errichtung einer rechtsstaatlichen Verfassung ohne Demokratie verwendet. Der neue Konstitutionalismus steht in diesem Sinne in der Kontinuität des alten Konstitutionalismus, unterscheidet sich von diesem aber dadurch, dass die rechtsstaatliche Beschneidung der Demokratie nun über die trans- und supranationale Vertrags- und Verfassungsentwicklung vorangetrieben wird.

In einer zweiten Lesart wird der Konstitutionalismus-Begriff offener gefasst. Der alte Konstitutionalismus umschließt dabei die schrittweise Aneignung und Institutionalisierung bürgerlicher Freiheits-, demokratischer Partizipations- und sozialer Teilhaberechte.⁴⁷ Hierbei handelt es sich freilich nicht um eine lineare Entwicklung, sondern um einen über eine Vielzahl gesellschaftlicher Kämpfe vermittelten Prozess. Außerdem geht die zweite Lesart des neuen Konstitutionalismus davon aus, dass inter- und supranationale Verträge und institutionelle Arrangements die nationalen Handlungsspielräume und demokratischen Kontrollmöglichkeiten nicht notwendig restriktieren, sondern – zumindest partiell – auch erweitern können. In diesem Sinne wird nicht so sehr ein substitutives, sondern ein komplementäres Verhältnis von nationalen und supranationalen Kompetenzen unterstellt. Die europäische Integration lässt sich auf einer allgemeinen Ebene demnach „als relative Lösung des Widerspruchs zwischen der Internationalisierung der Kapitalverwertung

46 O. Eberl/F. Rödl (Fn. 22), S. 420 f.

47 T. H. Marshall, Staatsbürgerrechte und soziale Klassen, in: ders., Bürgerrechte und soziale Klassen. Zur Soziologie des Wohlfahrtsstaats, 1992, S. 33 ff.

(Handel, Investitionen, Finanzbeziehungen) und der Enge nationaler Märkte und der Schranken des Nationalstaats begreifen“.⁴⁸ Durch die Errichtung des gemeinsamen Marktes und die partielle Vergemeinschaftung von Staatsfunktionen – unter anderem in der Handels-, Wettbewerbs-, Industrie- und Währungspolitik soll die unterschiedliche Reichweite des ökonomischen und des politischen Funktionsraumes überbrückt werden.

Im Laufe der Zeit haben sich die Formen und Inhalte der Überbrückung zum Teil beträchtlich gewandelt. Zunächst stellten die europäischen Arrangements eine wichtige Vermittlungsebene innerhalb der globalen Konstellation des „embedded liberalism“ dar.⁴⁹ Sie entsprachen damit weitgehend den Zielen des alten Konstitutionalismus, trugen also dazu bei, die – freilich national verankerten – demokratischen Partizipationsrechte und sozialen Teilhaberechte zu festigen und auszubauen. Dies lag vor allem daran, dass die Tiefe und Reichweite der ökonomischen Integration begrenzt und politisch abgefедert wurde. So war die sektorale Integration im Kontext der EGKS und der Gemeinsamen Agrarpolitik industrielpolitisch hochgradig reguliert, und die Zollunion konzentrierte sich primär auf den Warenhandel. Viele Bereiche und Teilaopekte wurden von der Liberalisierung nicht oder kaum erfasst: so etwa die nicht-tarifären Handelshemmnisse, weite Bereiche des Dienstleistungssektors und auch – um die nationalen geld- und währungspolitischen Interventionsmöglichkeiten nicht zu beeinträchtigen – die Kapital- und Kreditmärkte. Trotz dieser mehrfachen Begrenzung war der gemeinsame Markt sehr bedeutsam, um das Wirtschaftswachstum und die Produktivitätsentwicklung zu stimulieren. Kurzum, in den Nachkriegsjahrzehnten wurden durch die europäische Integration, d.h. die vorsichtige und politisch kontrollierte Öffnung der nationalen Wirtschaftsräume, die nationalen fordristischen Entwicklungspfade und Wohlfahrtsstaaten nicht geschwächt, sondern eher gestärkt und stabilisiert.⁵⁰

Im Übergang zum „neuen Konstitutionalismus“ seit den 1980er Jahren ist das Zusammenspiel zwischen den supranationalen Arrangements und nationalstaatlichen Regulationsformen dann grundlegend neu definiert worden. Hierauf verweist bereits die größere Reichweite und Tiefe der ökonomischen Integrationsprojekte.⁵¹ So erfasst die Liberalisierungs- und Reorganisationsdynamik im Kontext des EG-Binnenmarktpogramms, der WWU und einer seit Ende der 1990er Jahre – durch den Aktionsplan für Finanzdienstleistungen und beschleunigte Rechtssetzungsverfahren – forcierten Finanzmarktintegration inzwischen viele Bereiche, die zuvor politisch ausgeklammert oder nur in Ansätzen erfasst waren: etwa die Kapital- und Kreditmärkte, den (öffentlichen) Dienstleistungssektor und viele nicht-tarifäre Han-

48 A. Statz, Die Entwicklung der europäischen Integration – ein Problemaufriß, in: F. Deppe/J. Huffschmid/K.-P. Weinert (Hrsg.), 1992 – Projekt Europa. Politik und Ökonomie in der Europäischen Gemeinschaft, 1989, S. 13–38 (16); ähnlich K. van der Pijl, A Lockean Europe?, New Left Review 37 (2006), S. 9 ff.

49 J. G. Ruggie, International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism and the Postwar Economic Order, International Organization 36 (1982), S. 379 ff.

50 L. Tsoukalas, The New European Economy Revisited, 3. Aufl., 1997, S. 15 ff.; P. Ziltener, Strukturwandel der europäischen Integration. Die Europäische Union und die Veränderung von Staatlichkeit, 1999, S. 123 f.

51 H.-J. Bieling/F. Deppe, Die neue europäische Ökonomie und die Transformation von Staatlichkeit, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 2. Aufl., 2003, S. 513 ff.

delshemmnisse. Insbesondere die Vergemeinschaftung der Geld- und Währungspolitik hat weitreichende Implikationen für die nationale Haushaltspolitik und – aufgrund der Abschaffung des Wechselkursmechanismus – auch für die Organisation der Arbeits- und Sozialpolitik. Mit anderen Worten, über die Fortentwicklung der europäischen Verträge, die Stärkung supranationaler Institutionen und die damit einhergehende Ausweitung regulativer Kompetenzen ist der Modernisierungs- und Wettbewerbsdruck in der EU deutlich angestiegen.⁵² Letztlich trägt die europäische Handlungsarena kaum mehr dazu bei, die nationalen Entwicklungspfade zu stabilisieren, sondern treibt die marktliberale Reorganisation der Arbeitsmärkte, Sozialsysteme und auch der öffentlichen Infrastruktur aktiv voran.

IV. „Neuer Konstitutionalismus“ und die Erosion der „sozialen Demokratie“

Aus den bisherigen Überlegungen lässt sich schlussfolgern, dass durch den „neuen Konstitutionalismus“ die Funktionsbedingungen der „sozialen Demokratie“ substantiell beeinträchtigt werden. Die Effekte stellen sich für die einzelnen Mitgliedstaaten und die diversen politischen Gestaltungsbereiche sicherlich unterschiedlich dar. Ebenso sind die Europäisierungseffekte nicht immer ganz klar zu bestimmen. Relativ greifbar ist die regulative Europäisierung, die durch die vertragliche Neudefinition von Kompetenzen, Instrumenten und Ressourcen, sekundärrechtlich durch Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen von Rat und Kommission sowie durch die Rechtsprechung des EuGH bewirkt wird. Weniger eindeutig, mutmaßlich jedoch keineswegs weniger gravierend ist im Vergleich hierzu die strukturelle politökonomische Europäisierung, die in Gestalt verschärfter Wettbewerbsimperative und einer forcierten innereuropäischen Regime-Konkurrenz die nationalen Gestaltungsspielräume zum Teil erheblich einengt. Zwischen den unmittelbaren und strukturellen Europäisierungseffekten gibt es in vielen Bereichen zudem diverse Varianten der politischen Koordinierung, die eine eher weiche Form der ausgehandelten Europäisierung repräsentieren. Ungeachtet einer gewissen Vagheit und Ambivalenz der Europäisierungseffekte, sind für die hier diskutierte Frage nach dem Zusammenhang zwischen dem „neuen Konstitutionalismus“ und den Funktionsbedingungen der „sozialen Demokratie“ vor allem drei Wirkungsketten relevant:⁵³

52 F. W. Sharp (Fn. 18), S. 47 ff.; C. Joerges, Recht, Wirtschaft und Politik im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 2. Aufl., 2003, S. 183 ff. Wichtige Schritte und Prinzipien waren in diesem Zusammenhang: die Einführung und Ausweitung des Herkunftslandprinzips und des Prinzips der wechselseitigen Anerkennung nationaler Regulierungsstandards; die Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen, insbesondere im Bereich der Marktintegration; die Einrichtung von Regulierungsausschüssen und Expertengremien; oder auch die extensive Auslegung und Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Europäische Kommission und den EuGH.

53 Die nachfolgend skizzierten Wirkungsketten spielen nicht nur in der Konzeption des „neuen Konstitutionalismus“ eine wichtige Rolle, sondern werden auch von vielen Vertretern einer „sozialintegrativ-nationalen“ Perspektive identifiziert.

Eine erste Wirkungskette besteht in dem Zusammenspiel von Integration, Europäisierung und Entdemokratisierung. Den Ausgangspunkt bildet die Beobachtung, dass die EU – jenseits der strukturellen Einengung der politischen Gestaltungsspielräume – trotz aller Reformen organisationspolitisch bestenfalls ein System einer „defekten“ oder „rudimentären“ Demokratie darstellt.⁵⁴ In der Verknüpfung von exekutivlastigen Beratungen und Verhandlungen, sehr selektiven Expertennetzwerken und vielfältigen Konsens- oder zumindest Kompromisszwängen ist ein tendenziell verselbständigte technokratisches System entstanden. Zentrale Elemente demokratischer Politik sind nur ansatzweise vorhanden: Dies gilt etwa für die Gewaltenteilung, die von einer ausgeprägten – exekutiv dominierten – Gewaltenverschränkung überlagert wird; für das Prinzip der Volkssouveränität, das angesichts noch immer begrenzter Kompetenzen und einer fehlenden Konfliktorientierung des Europäischen Parlaments sich repräsentativ kaum entfalten kann;⁵⁵ für die Entwicklung einer kritisch-reflexiven Öffentlichkeit, die hierdurch gebremst, nicht aber stimuliert wird; oder auch für wirtschaftsdemokratische Partizipationsformen, die sich in bescheidenen Informations- und Anhörungsrechten der Beschäftigten in transnationalen Unternehmen erschöpfen. All dies ist für die demokratischen Prozesse in den nationalen Gesellschaften keineswegs folgenlos: So verschieben sich auch hier innerhalb der Gewaltenteilung durch den Verweis auf europäische Rechts- und Kooperationszwänge die Gewichte zugunsten der Exekutive und Judikative; dieser Prozess wird innerhalb der vertikalen Gewaltenteilung – zwischen der supranationalen und nationalen Ebene – aufgrund vielfältiger Probleme der Information und des Zeitmanagements noch verstärkt; und selbst die Europäisierung der nationalen Öffentlichkeiten birgt nicht selten die Gefahr, dass zivilgesellschaftliche Organisationen die Rückbindung an ihre soziale Basis nur noch unzureichend bewerkstelligen können.

In Ergänzung zu diesen politisch-institutionellen und -kommunikativen Aspekten problematisiert eine zweite Wirkungskette die schwindende Fähigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten, ein gewisses Maß an sozialer Kohäsion aufrechtzuerhalten, um allen sozialen Klassen und Bevölkerungsgruppen die Möglichkeit zu geben, sich aktiv an demokratischen Diskussions- und Entscheidungsprozessen zu beteiligen. Als ein wichtiger Indikator für diese Fähigkeit gelten gemeinhin funktionsfähige wohlfahrtsstaatliche Systeme. Zuweilen wird zwar argumentiert, dass mit Blick auf das allgemeine, konstant hohe Niveau wohlfahrtsstaatlicher Leistungen kein sozialpolitischer Absenkungswettlauf beobachtbar ist.⁵⁶ Genauer betrachtet lässt sich aber kaum bestreiten, dass die wettbewerbspolitischen Vorgaben der EU einen gewissen Anreiz darstellen, bei Berücksichtigung der produktiven Leistungsfähigkeit

54 H. J. Lietzmann, Die Europäische Union als „defekte Demokratie“? Rechtsstaat und Pfadabhängigkeit in Europa, Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft (ÖZP) 33, (2004), S. 19 ff.; H.-J. Bieling, (Ent-) Demokratisierungsprozesse im europäischen Mehrebenensystem, in: A. Brodocz/M. Llanque/G. Schaal (Hrsg.), Bedrohungen der Demokratie, 2008, S. 119 ff.

55 P. Mair, Political Opposition and the European Union, Government and Opposition 42 (2007), S. 1 ff.

56 T. H. Bolukbasi, On consensus, constraint and choice: economic and monetary integration and Europe's welfare states, Journal of European Public Policy 16 (2009), S. 527 ff.

der nationalen Ökonomien arbeits- und sozialpolitische Anpassungs- und Modernisierungsschritte einzuleiten.⁵⁷ Mehr noch, die EU scheint die Prozesse einer wettbewerbsorientierten Reorganisation systematisch zu begünstigen. Von der Definition gewisser sozialpolitischer Mindeststandards einmal abgesehen, trägt die europäische Integration strukturell und auch programmatisch dazu bei, dass atypische, oftmals prekäre Beschäftigungsformen ausgeweitet, verteilungsneutrale tarifpolitische Spielräume nicht ausgeschöpft und die individuellen sozialpolitischen Leistungsansprüche abgesenkt werden.⁵⁸ Sie fördert damit Tendenzen der Entsolidarisierung und schwächt in großen Teilen der Gesellschaft das Potenzial und die Bereitschaft, politische Partizipations- und Gestaltungsmöglichkeiten zu schaffen und mit Leben zu füllen.

Diese Probleme verweisen schließlich auf eine dritte – politisch-soziologische – Wirkungskette, die sich auf den Wandel der gesellschaftlichen Macht- und Kräfteverhältnisse bezieht. Dieser Wandel besteht unter anderem darin, dass sich einerseits relevante Teile der wirtschaftlichen, öffentlichen und politischen Eliten verselbstständigen⁵⁹ und sich andererseits ein wachsender Teil der Bevölkerung aus dem aktiven öffentlichen und politischen Leben zurückzieht.⁶⁰ Hierbei handelt es sich freilich um allgemeine Phänomene in der OECD-Welt, die nicht allein der EU zugeschrieben werden sollten. Andererseits trägt die EU aber durchaus dazu bei, diese Entwicklungen zu organisieren und zu verstetigen. Dies verdeutlicht unter anderem die Transformation der europäischen Eliten-Netzwerke: Waren diese in den Nachkriegsjahrzehnten noch vornehmlich intergouvernemental strukturiert und – getragen von einem eher paternalistischen und kompromissbereiten Führungsstil – darauf ausgerichtet, eine friedlich-kooperative gesellschaftliche und europäische Ordnungsstruktur zu etablieren, so sind die neuen europäischen Netzwerke stärker transnational und vornehmlich wirtschaftsliberal ausgerichtet.⁶¹ Fragen des sozialen Ausgleichs sind zumeist nur noch insofern relevant, als ihre Missachtung die Legitimation der EU oder das übergeordnete Ziel einer verbesserten Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt.⁶² Spiegelbildlich hierzu gelingt es den Organisationen, die die Interessen sozial schwächerer Gesellschaftsgruppen im EU-System artikulieren könnten – etwa Gewerkschaften oder sozial orientierten NGOs –, oft nur sehr spärlich, sich politisch wirksam zu Wort zu melden.

57 W. Eichhorst/A. Hemerijck, Welfare and Employment: A European Dilemma?, in: J. Alber/N. Gilbert (Hrsg.), *United in Diversity? Comparing Social Models in Europe and America*, 2010, S. 201 ff.

58 So z.B. A. Cafruny/M. Ryner, Europe at Bay. In the Shadow of US Hegemony, 2007, S. 43 ff.; H.-J. Bieling, European Integration and Social Policy Reform, in: I. Eren Vural (Hrsg.), *Converging Europe: Transformation of Social Policy in the Enlarged European Union and in Turkey*, 2011, S. 29 ff.

59 B. Balanyá et al., Europe Inc. Regional & Global Restructuring and the Rise of Corporate Power, 2000; L. Sklair, The Transnational Capitalist Class, 2001; B. van Apeldoorn, Transnational Capitalism and the Struggle over European Integration, 2002; O. Holman/K. van der Pijl, Structure and Process in Transnational European Business, in: A. Cafruny/M. Ryner (Hrsg.), A Ruined Fortress? Neoliberal Hegemony and Transformation in Europe, 2000, S. 71 ff.; Alter-EU, Bursting the Brussels Bubble. The Battle to Expose Corporate Lobbying at the Heart of the EU, 2010.

60 P. Mair (Fn. 3).

61 M. Haller, Die Europäische Integration als Elitenprozess. Das Ende eines Traums?, 2009, S. 100 ff.

62 Dies gilt im Übrigen auch für die vertraglichen Bestimmungen, O. Eberl (Fn. 19).

Nimmt man die drei Wirkungsketten ernst, so erweist sich der „neue Konstitutionalismus“ unter demokratiepolitischen Gesichtspunkten als höchst problematisch: Durch die Stärkung der Exekutive auf Kosten der Legislative unterminiert er nicht nur die „soziale Demokratie“, sondern selbst die normativ wenig anspruchsvollen Funktionsbedingungen der „liberalen Demokratie“; durch die wettbewerbsgetriebene Erosion der wohlfahrtsstaatlichen, d.h. vor allem arbeits- und sozialpolitischen Regulierungssysteme schwächt er zugleich die gesellschaftlichen Voraussetzungen für ein umfassendes und breit getragenes politisches Engagement; und auch die Verselbständigung transnationaler Kooperationsnetzwerke trägt dazu bei, die Operationsweise demokratisch organisierter Mitgliedsverbände – so etwa der Volksparteien, Gewerkschaften etc. – zu beeinträchtigen und den „Rückzug der Massen“ aus der Politik zu begünstigen.

V. Ausblick: Verfassungspolitische Konflikte und Demokratisierungsperspektiven

Ungeachtet der skizzierten Entwicklungen ist der Prozess der europäischen Integration seit Beginn der 1990er Jahre verstärkt politisiert worden.⁶³ Die Umfragen des Eurobarometers und diverse, zum Teil gescheiterte Referenden über den WWU-Beitritt oder Vertragsrevisionen verweisen auf die Erosion des „permissiven Konsensus“, d.h. der stillschweigenden Zustimmung eines großen Teils der europäischen Bevölkerung, der den Integrationsprozess lange getragen hatte. Die wachsende, oft aber auch recht diffuse und widersprüchliche Europakritik lässt sich in gewisser Weise als eine gesellschaftspolitische Reaktion auf die Schwächung der „sozialen Demokratie“ begreifen. Dies deutet zumindest darauf hin, dass die Entfaltung des „neuen Konstitutionalismus“ keiner eindimensionalen Logik folgt, sondern – unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse – offen, umkämpft und damit kontingent bleibt.

Die eingangs skizzierten Konzeptionen einer europäischen Verfassungspolitik sind nur sehr begrenzt in der Lage, die konfliktive Kontingenz der europäischen Integrationsdynamik angemessen zu erfassen. So sind die konservativ-republikanische und – mit Abstrichen – auch die sozialintegrativ-nationale Perspektive noch recht stark dem nationalen Modell von Staat und Demokratie verhaftet. Sie neigen entsprechend dazu, die Reichweite der Europäisierung zu unterschätzen, die nationalen Gestaltungsmöglichkeiten zu überschätzen und die transnationalen Dynamiken auszublenden. Gleichsam spiegelbildlich hierzu wird in der Konzeption der marktliberalen Wirtschaftsverfassung und in der sozialintegrativ-supranationalen Perspektive sehr stark die supranationale Ebene fokussiert; mal um eine marktflankierende soziale Regulierung und Intervention zu problematisieren, mal um sie als notwendig einzufordern. Letztlich bleiben jedoch auch diese Ansätze dem Dualismus von in-

63 M. Zürn, Zur Politisierung der Europäischen Union, Politische Vierteljahresschrift 47 (2006), S. 242 ff.; M. Beckmann/F. Deppe/M. Heinrich, In schlechter Verfassung? Ursachen und Konsequenzen der EU-Verfassungskrise, Prokla 36 (2006), S. 307 ff.

tergouvernementaler Politik und supranationalem Recht verhaftet. Sie präsentieren sich zumindest sehr zurückhaltend, wenn es darum geht, die transnationalen Dynamiken und Konflikte zu identifizieren, die zwischen der nationalen und europäischen Ebene sowie zwischen Politik und Recht vermitteln.

Im Unterschied hierzu erhebt die Konzeption des „neuen Konstitutionalismus“ – zumindest implizit – den Anspruch, die transnationalen Dynamiken und Konflikte und damit letztlich auch alternative Gestaltungsoptionen einer revitalisierten „sozialen Demokratie“ in Europa in den Blick zu nehmen. Was die transnationalen Dynamiken und Konflikte betrifft, so verweist der „neue Konstitutionalismus“ – in Verbindung mit dem „disziplinierenden Neoliberalismus“ in der Ökonomie und der „Kultur des Marktes“ in der Zivilgesellschaft – darauf, dass auch in der EU dem gesellschaftlichen Reproduktionsprozess einige strukturelle Widersprüche eingeschrieben sind.⁶⁴ Wie dargelegt, geht es dabei unter anderem um das Spannungsverhältnis zwischen den globalisierten Wirtschaftsbeziehungen und den begrenzten demokratischen Kontroll- und Gestaltungsmöglichkeiten. Darüber hinaus forciert der transnationale Wettbewerb, mitunter verstärkt durch neue Managementkonzepte, arbeitspolitische Disziplinierungsprozesse und eine Ausweitung atypischer, oftmals prekärer Beschäftigungsformen. Ein weiterer Widerspruch betrifft die Bedingungen der sozialen Reproduktion – Erziehung, Bildung, Gesundheit, Mobilität, Kultur, Sport, Freizeit etc. –, die infolge der Liberalisierung und Vermarktlichung der Angebotsstrukturen zum Teil ebenfalls unter Druck geraten sind; und schließlich verstärkt auch die Transnationalisierung der Kulturindustrie und der Konsumgewohnheiten die Gefahr, dass sich im integrierten Wirtschaftsraum manche lokale, regionale oder nationale Kulturgüter – etwa Filme, Lieder, Speisen – nicht mehr behaupten können.

Ob und wie sich die hier nur sehr knapp angesprochenen Widersprüche gesellschafts- und verfassungspolitisch artikulieren, lässt sich nicht *A priori* bestimmen. Dass sie zuweilen aber eine gewichtige Rolle spielen, ist schwer zu übersehen. Zumindest punktuell haben sie größere öffentliche Aktionen und Kampagnen und auch verfassungspolitische Gegenreaktionen angestoßen. Einige Beispiele mögen dies illustrieren: So lassen sich die negativen Referenden zum EU-Verfassungsvertrag in Frankreich und in den Niederlanden durchaus – wenigstens zu einem relevanten Teil – als Protest gegen ein „neoliberales Europa“ interpretieren,⁶⁵ das soziale, ökologische und lebensweltliche, vor allem auch demokratische Erwägungen nicht hinreichend berücksichtigt. Ähnliches gilt für die breite öffentliche Kritik, die der 2004, vom damaligen Binnenmarktkommissar Frits Bolkestein vorgelegte Entwurf für eine Dienstleistungsrichtlinie provozierte. Der Versuch, die innereuropäische Dienstleistungsfreiheit durch einen horizontalen, sektor-übergreifenden Liberalisierungsansatz zu fördern und dabei jeweils die geltenden regulativen Bestimmungen des Herkunftslandes als ausreichend zu betrachten, wurde von Gewerkschaften,

64 S. Gill (Fn. 37), S. 214 f.

65 J. Schild, Ein Sieg der Angst – das gescheiterte französische Verfassungsreferendum, *Integration* 28 (2005), S. 187 ff.; M. Beckmann et al. (Fn. 63).

Sozialverbänden und sozialen Bewegungsorganisationen als Angriff auf die bestehenden arbeits- und sozialrechtlichen Standards scharf kritisiert; mit der Folge, dass die deregulierende Wirkung der Richtlinie zumindest abgeschwächt wurde.⁶⁶ Schließlich haben in den Jahren 2007 und 2008 einige umstrittene Urteile des EuGH – „Viking“, „Laval“, „Rüffert“ und „Luxemburg“ –, mit denen der Vorrang der Grundfreiheiten des Marktes vor den – zum Teil in den nationalen Verfassungen verankerten – arbeits- und sozialpolitischen Konventionen, ja sogar den sozialen Grundrechten postuliert wurde, ebenfalls gewerkschaftliche Proteste erzeugt.⁶⁷ Für die wachsende Kritik an einer sehr stark durch den neuen Konstitutionalismus geprägten europäischen Verfassungsentwicklung ließen sich weitere Beispiele finden. Dies lässt sich so interpretieren, dass das gesellschaftliche Potenzial zur Revitalisierung der sozialen Demokratie in der EU durchaus gegeben ist. Gleichzeitig fällt jedoch auf, dass der Schritt vom öffentlichen Protest zur effektiven Politikformulierung äußerst schwierig ist. Dies ist zum Teil sicherlich der inneren Heterogenität der Protest- und Bewegungskräfte geschuldet. Darüber hinaus besteht das Problem, dass alternative politische Gestaltungsoptionen innerhalb des – konsens- und kompromissorientierten – EU-Systems nicht in dem Maße prozessieren können, dass diese öffentlich wahrnehmbar und politischen Organisationen zurechenbar wären. Wenn sich die Kritik an europapolitischen Entwicklungen, so auch an der wettbewerbsstrategischen Einpassung arbeits- und sozialpolitischer Arrangements dennoch artikuliert, nimmt diese demzufolge – oft zu Unrecht – gleich die Form einer Grundsatzkritik an der EU an. Um dieser schlichten und verzerrenden Fehlperzeption zu entkommen, bedarf es einer politischen Strategie, die die soziale und demokratische Frage im transnational-europäischen Kontext verfassungspolitisch neu verknüpft. Dies heißt, es sind Diskurse und Reforminitiativen zu lancieren, die vor allem zweierlei leisten: zum einen – etwa durch eine weitergehende Parlamentarisierung der EU oder durch europäische Referenden – den öffentlich sichtbaren politischen Disput fördern; und zum anderen sind zugleich – durch die europäische und nationale Fortentwicklung sozialer, d.h. arbeits-, sozial- und infrastrukturpolitisch gewährter Anrechte – die materiellen Voraussetzungen dafür schaffen, dass sich sozial schwache Bevölkerungsgruppen an eben diesen politischen Diskussionen aktiv beteiligen können. Unter Legitimationsgesichtspunkten bedingen sich beide Aspekte jedenfalls wechselseitig: Eine verbesserte Resonanz und Aufnahmefähigkeit der europäischen Mehrebenenpolitik fördert das sozial- und demokratiepolitisch gestärkte Artikulationsvermögen der Bevölkerung und andersherum.

⁶⁶ K. Nicolaïdis/S. K. Schmidt, Mutual recognition ‘on trial’: the long road to services liberalization, *Journal of European Public Policy* 14 (2007), S. 717 ff.; C. Deckwirth, Vom Binnenmarkt zum Weltmarkt. Die Liberalisierung und Globalisierung des europäischen Dienstleistungssektors, 2010, S. 128 ff.

⁶⁷ S. Buckel/L. Oberndorfer, Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. U. Schmid (Fn. 6), S. 277 ff.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Jürgen Bast

Professor of International and European Law, Radboud University Nijmegen

Prof. Dr. Hans-Jürgen Bieling

Inhaber der Professur für Politik und Wirtschaft (Political Economy) und Wirtschaftsdidaktik an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Stefan Collignon

Inhaber der Professur für Wirtschaftspolitik an der Sant'Anna School for Advanced Studies, Pisa

Prof. Dr. Philipp Dann , LL.M.

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Jus-tus-Liebig-Universität Gießen

PD Dr. Claudio Franzius

Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhlvertretung für Öf-fentliches Recht an der Universität Hamburg

Prof. Dr. Alexander Graser

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Politik an der Universität Re-gensburg, Senior Fellow der Hertie School of Governance, Berlin

Prof. Dr. Hans Michael Heinig

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchen-recht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Martin Höpner

Inhaber einer außerplanmäßigen Professur an der Fakultät für Wirtschafts- und So-zialwissenschaften an der Universität zu Köln, Forschungsgruppenleiter am Kölner Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung

Prof. Dr. Markus Krajewski

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Dr. Florian Rödl, M.A.

Nachwuchsgruppenleiter beim Exzellenz-Cluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität, Frankfurt am Main

Prof. Dr. Alexander Somek

Charles E. Floete Chair in Law, University of Iowa College of Law



Handlexikon der Europäischen Union

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jan Bergmann, LL.M. eur

4. neu bearbeitete und erweiterte
Auflage 2012, 1.107 S., geb., 98,- €
ISBN 978-3-8329-6323-1

4. Auflage des Werkes berücksichtigt die
aktuellen Ereignisse und politischen Entwicklungen und ist das ideale Handwerkszeug
Praxis, Studium und Forschung. Etwa 1.000
juristische und europapolitische Begriffe
sind präzise und verständlich erklärt.

»Mit dem „Handlexikon der Europäischen Union“ liegt in der 4. Auflage ein Werk vor, welches mehr als nur eine Sammlung von Begriffen ist. Es ist durchweg als „EU-Duden“ bezeichnen kann. Es wird seiner Intention zur schnellen, sicheren und zuverlässigen Orientierung mehr als gerecht.«

Dr. Andreas Middeke, DVBl 1

Kathrin Cagalj

**Restrukturierung von
Anleihen nach dem neuen
Schuldverschreibungsgesetz**



Nomos

Restrukturierung von Anleihen na dem neuen Schuldverschreibungsgesetz

Von RAin Dr. Kathrin Isabelle Cagalj, LL.M.

2013, ca. 397 S., brosch., ca. 98,- €

ISBN 978-3-8487-0040-0

(Nomos Universitätsschriften – Recht, Bd. 7)

Erscheint ca. März 2013

s neue Schuldverschreibungsgesetz hat die
Glichkeiten zur nachträglichen Änderung
n Anleihebedingungen erheblich erweitert.
Restrukturierung notleidender Anleihen
d dadurch erleichtert.

Die Arbeit erörtert den gesetzlichen Re
lungsrahmen solcher Restrukturierung
sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten ge
Restrukturierungsmaßnahmen.

Schriften des Frankfurter Instituts
für das Recht der Europäischen Union
Band 2



Matthias Pechstein (Hrsg.)

Integrationsverantwortung

 Nomos

Integrationsverantwortung

Herausgegeben von
Prof. Dr. Matthias Pechstein

2012, 174 S., brosch., 46,- €
ISBN 978-3-8329-7293-6

(*Schriften des Frankfurter Instituts für das
Recht der Europäischen Union, Bd. 2*)

Tagungsband widmet sich dem vom Bun-
desverfassungsgericht entwickelten Konzept
der Integrationsverantwortung. Dem Begriff
werden klare Konturen gegeben, seine Herlei-
tung aufgezeigt und seine Grenzen bestimmt.

Neben Abhandlungen deutscher Rechts-
senschafter zeigen Beiträge französischer und
polnischer Autoren die Vielschichtigkeit des
Begriffes.

Wirtschaftssteuerung



Europäisches Beihilfenrecht

Herausgegeben von RA Dr. Alexander Birnstiel, LL.M., Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. und RA Helge Heinrich

2013, ca. 1.200 S., geb., ca. 178,- €
ISBN 978-3-8329-5758-2

Erscheint ca. April 2013

Der neue Großkommentar zum Europäischen Beihilfenrecht gibt Antworten aus einer Hand. In mehr als 30 Bereichen – von Agrar bis Verkehr – werden minutiös alle wichtigen Detailfragen des Beihilfenrechts exakt vermessen. Über einen seit langer Zeit mit der Materie vertraute Autorinnen und Autoren aus Anwaltschaft,

europeischen und nationalen Behörden sowie der Wissenschaft leisten eine sorgfältige Analyse und kritische Diskussion der für das Beihilfenrecht maßgeblichen Entscheidungspräzedenz der Europäischen Kommission wie der Rechtsprechung der europäischen Gerichte.

Wettbewerbsregeln



Europäisches Wettbewerbsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. h.c. Helmuth Schröter, Dr. Thinam Jakob, RA Robert Klotz und Dr. Dr. Wolfgang Mederer

2. Auflage 2013, ca. 2.500 S., geb., 248,- €
ISBN 978-3-8329-4914-3

Erscheint ca. Juni 2013

Schröter|Jakob|Mederer|Klotz ist der Praktikerkommentar zum gesamten europäischen Wettbewerbsrecht. Die umfangreiche Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte wird ausführlich und ständigen dargestellt. Die Neuauflage berücksichtigt die Änderungen des Vertrags von Lissabon durch die Übernahme der Wettbewerbsregeln in den neuen Art. 101-109 AEUV

sowie alle grundlegenden Reformen des sekundären Gemeinschaftsrechts:

- im Kartellverfahrensrecht (VO Nr. 1/2009)
- im Fusionskontrollrecht (VO Nr. 139/2009)
- bei der Kontrolle staatlicher Beihilfen
- bei der GruppenfreistellungsVO für Technologietransfervereinbarungen (Kommissionsverordnung (EG) Nr. 772/2004)