

## Die Zukunft der europäischen Grundfreiheiten: Plädoyer für eine Erweiterung der EU- Reformdebatte

von Martin Höpner

*In diesem Beitrag wird vorgeschlagen, die EU-Reformdebatte nicht auf die Aufteilung politischer Kompetenzen zwischen der EU und ihren Mitgliedern zu begrenzen. Stattdessen sollten jene Formen europäischen Regierens in den Blick genommen werden, die die Handlungsspielräume der politischen Systeme beider Ebenen gleichermaßen einengen. Ein Beispiel hierfür ist die extensive Interpretation der europäischen Grundfreiheiten. Ihnen fehlen bisher immanente Schranken, die das Recht auf transnationale Binnenmarktnutzung effektiv von einem etwaigen Recht auf Deregulierung interner Sachverhalte mit allenfalls schwachem Binnenmarktbezug abgrenzen. Der Beitrag unterscheidet vier Reformoptionen, die in der Lage wären, die Deregulierungswirkung der Grundfreiheiten abzuschwächen und die Entscheidungen über die Arbeitsteilung zwischen Staat und Markt damit stärker der mitgliedstaatlichen und europäischen Politik zu überantworten. Der Status Quo, so zeigt sich, ist nicht alternativlos.*

*This article warns against restricting the EU reform debate to the distribution of political competencies between the EU and its members. Rather, the debate should also consider those forms of European governing that restrict the rooms for maneuver of the political systems of both levels alike. An example for this is the extensive interpretation of the European fundamental freedoms. So far, the fundamental freedoms lack immanent barriers which separate the right to transnationally enter the common market from a right to call for internal deregulations with only limited significance for external trade. The article discusses four available reform options. If implemented, they could limit the liberalization drive of the fundamental freedoms and therefore transfer more decisions on the division of labour between state and market to the European and the member states' policy making. The status quo, as the article shows, is not without alternatives.*

## I. Verengungen der EU-Reformdebatte überwinden<sup>1</sup>

Die EU-Reformdebatte hat an Fahrt aufgenommen. Sie folgt weitgehend dem Strukturierungsvorschlag der Europäischen Kommission, die in ihrem im März 2017 vorgelegten *Weißbuch zur Zukunft Europas*<sup>2</sup> fünf mögliche Entwicklungsszenarien der europäischen Integration skizzierte: Weiter wie bisher (Szenario 1), Konzentration auf den Binnenmarkt (Szenario 2), differenzierte Integration nach Ländergruppen (Szenario 3), Konzentration auf ausgewählte Politikfelder außerhalb des Binnenmarkts (Szenario 4) und mehr Integration quer durch die Politikbereiche (Szenario 5). Seither hat die Kommission ihre im Weißbuch vorgestellten Szenarien in fünf Reflexionspapieren politikfeldspezifisch konkretisiert, darunter einem zur sozialen Integration (vorgelegt im April 2017) und einem zur Währungsunion (veröffentlicht im Mai 2017). Weitere Reformimpulse waren der *State of the Union*-Rede des Kommissionspräsidenten *Juncker* sowie der vielbeachteten *Sorbonne*-Rede des französischen Staatspräsidenten *Macron* zu entnehmen. Kurz, die Zuständigkeiten und Verfahren der EU befinden sich in einem kritischen Reflexionsprozess mit offenem Ausgang.

Bemerkenswert ist an dem Strukturierungsvorschlag der Kommission, dass er „mehr Europa“, repräsentiert vor allem durch das Szenario 5 (mit räumlichen Abstrichen auch durch das Szenario 3), nicht als alternativlos darstellt, sondern ihm auf Augenhöhe zwei Szenarien gegenüberstellt, die sich mit „weniger Europa“ umschreiben lassen (die Szenarien 2 und 4). Auch die öffentliche Debatte über die Zukunft der EU spitzt sich häufig auf die die Entscheidung zwischen „mehr“ oder „weniger“ Europa zu. Diese Zuspitzung erleichtert den Zugang zur EU-Reformdebatte, hat aber einen Preis. Sie erweckt den Eindruck eines Nullsummenspiels und provoziert damit eine gewisse Lagermentalität: Bist du Freund oder Feind Europas, Kosmopolit oder Partikularist, guter Europäer oder Nationalist?

Verengt man die EU-Reformdebatte auf das Für und Wider korrigierender Eingriffe in den Katalog der europäischen Befugnisse zur gemeinsamen Gesetzgebung, dann ist der Eindruck eines Nullsummenspiels nicht ganz falsch: Jede

- 1 Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine grundlegend überarbeitete, auf die jüngere Reformdebatte zugeschnittene und aktualisierte Fassung einer längeren Studie zu Optionen einer Reform der Grundfreiheiten, die als Discussion Paper 2017/10 des Kölner Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung erschien. Für ihre wertvollen Hinweise möchte ich *Dieter Grimm, Johannes Heuschmid, Marina Hübner, Thorsten Kingreen, Florian Rödl, Fritz W. Scharpf, Susanne K. Schmidt, Alexander Spielau, Wolfgang Streeck* und den anonymen Gutachtern der Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften herzlich danken.
- 2 *Europäische Kommission: Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien*, Brüssel, 2017.

Verlagerung weiterer Gesetzgebungskompetenzen an die EU geht auf Kosten der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber und jede Rückverlagerung schmälert die Zuständigkeiten der EU. Der vorliegende Beitrag plädiert dafür, diese Verengung zu überwinden. Der Eindruck eines vermeintlichen Nullsummenspiels schwindet, wenn wir uns jenen Instrumenten zuwenden, mit denen die EU die Handlungsspielräume der Politik unter Umgehung der politischen Systeme beider Ebenen einengen kann. Wie am Beispiel der Grundfreiheiten gezeigt wird, lässt sich ein Optionsraum für Reformmodelle skizzieren, von denen die politischen Systeme der Mitgliedstaaten und der EU gleichermaßen profitieren würden. Eine autonomieschonendere Auslegung der Grundfreiheiten würde den politischen Systemen der Mitgliedstaaten mehr Handlungsspielräume belassen. Gleichzeitig könnte der europäische Gesetzgeber fortan mehr echte Willensbildungsprozesse zwischen den europäischen Parteien und Ländern in Gang setzen, statt lediglich – im Einflussbereich der Grundfreiheiten – EuGH-Rechtsprechung zu kodifizieren.

Die Erschließung entsprechender Reformoptionen hätte aber nicht nur den Reiz, Lagerdenken zwischen den Verfechtern von „mehr“ oder „weniger“ Europa überwinden zu können. Vielmehr würde sie zur Auflösung der oftmals beklagten Blockaden mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume wahrscheinlich ohnehin mehr beitragen als die Rückverlagerung politischer Kompetenzen. Diese Einschätzung beruht auf der Einsicht der Europawissenschaften, dass dem politischen System der EU außergewöhnlich hohe Konsenshürden aufliegen.<sup>3</sup> Das bedeutet konkret, dass Länder- oder Parteiengruppen, die angesichts europäischer Gesetzesvorhaben nicht zu rechtfertigende Einschränkungen mitgliedstaatlicher Gestaltungsfreiheit befürchten, gute Chancen haben, die Vorhaben ihrerseits zu blockieren. Die europäische Gesetzgebung verfügt, mit anderen Worten, gerade aufgrund ihrer Blockadeanfälligkeit bereits über umfängliche Mechanismen des Autonomieschutzes. Wo die EU hingegen nicht auf die Verabschiedung von Richtlinien und Verordnungen angewiesen ist, sondern unilateral entscheiden kann – so etwa im Wettbewerbsrecht oder eben bei den Grundfreiheiten – ist der Spielraum für extensive Interpretationen der eigenen Zuständigkeiten und damit für unerwünschte Einengungen der mitgliedstaatlichen Autonomie ungleich größer.

Die durch die Kommission eröffnete Debatte sollte aber noch aus einem weiteren Grund vor Verengungen auf die politischen Kompetenzen bewahrt werden. Die extensive Auslegung der europäischen Grundfreiheiten hat der Politik nicht nur

3 Grundlegend *Scharpf, F. W.*: The Joint-Decision Trap Revisited, in: *Journal of Common Market Studies* 44/4 (2006), 847-849.

Schranken auferlegt, sondern der europäischen Integration auch eine wirtschaftsliberale Richtung vorgegeben. Warum und inwiefern die vom EuGH vorgenommene Auslegung der Grundfreiheiten dem europäischen Primärrecht eine spezifische Liberalisierungsneigung einschreibt,<sup>4</sup> wird in Abschnitt II ausführlich dargelegt. Ähnlich verhält es sich im Wettbewerbsrecht, das zu einer Zurückdrängung des Staats aus den ehemals staatsnahen Sektoren geführt hat,<sup>5</sup> und mit den neuen makroökonomischen Überwachungsverfahren sowie den Eingriffen der Troika in die Politik der Programmländer, die primär auf die Maximierung der Wettbewerbsfähigkeit zielen.<sup>6</sup> Diese Formen der Liberalisierung bewirken Eingriffe in die Arbeitsteilung zwischen Markt und Staat, denen es nicht nur an Beteiligung der demokratisch legitimierten Organe mangelt, sondern die die EU zudem in Richtung der *liberal market economies* verschieben.<sup>7</sup>

Wer also Einengungen der Handlungsspielräume der Politik speziell dort in Grenzen halten will, wo sie an den politischen Organen beider Ebenen vorbei erfolgen – oder wer verhindern will, dass politische Kräfte, die der schleichenden Aushöhlung der sozialen Marktwirtschaften kritisch gegenüberstehen, in strukturelle Opposition zur europäischen Integration geraten –, sollte der Verengung der EU-Reformdebatte auf die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen entgegenwirken. Dieser Beitrag wendet sich den Grundfreiheiten zu und zeigt, dass steuernde Eingriffe in deren Gehalt und Anwendungsbereich möglich sind. Zu diesem Zweck werden in den Abschnitten III bis VI vier Reformoptionen aufgezeigt und hinsichtlich ihrer Vor- und Nachteile abgewogen. Vorher, im nachfolgenden Abschnitt II, ist allerdings ein eingehender Blick auf die Struktur des Problems notwendig: auf die vom EuGH entwickelte Interpretation der Grundfreiheiten und den Test zur Rechtfertigung von Binnenmarktbeschränkungen.

## II. Die Grundfreiheiten als Rechte auf Binnenliberalisierung?

Wie geht der EuGH vor, wenn er im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens oder des Vertragsverletzungsverfahrens entscheiden muss, ob eine nationale Regelung oder eine vom Europarecht erfasste Handlung Privater gegen die euro-

4 Diese treffende Formulierung stammt von einem der anonymen Gutachter.

5 *Blauberger, M.*: Of Good and Bad Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law, in: *West European Politics* 32/4 (2009); *Schmidt, S. K.*: Liberalisierung in Europa: Die Rolle der Kommission, Frankfurt a. M., 1998; *Seikel, D.*: Der Kampf um öffentlich-rechtliche Banken: Wie die Europäische Kommission Liberalisierung durchsetzt, Frankfurt a. M., 2013.

6 *Rödel, F./Callsen, R.*: Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion: Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtscharta?, Frankfurt a. M., 2015.

7 *Scharpf, F. W.*: Weshalb die EU nicht zur sozialen Marktwirtschaft werden kann, in: *ZSE* 7/3-4 (2009), 419-434.

päischen Grundfreiheiten verstößt?<sup>8</sup> Seit seiner *Dassonville*-Entscheidung<sup>9</sup> interpretiert das europäische Höchstgericht die Grundfreiheiten nicht mehr lediglich als Individualrechte auf wirtschaftliche Nichtdiskriminierung, sondern – darüber hinausgehend, also einen weiteren Schutzbereich eröffnend – als Beschränkungsverbote. Beschränkungen sind Maßnahmen, die die transnationale Ausübung der Grundfreiheiten weniger attraktiv machen, auch wenn sie gleichermaßen, also diskriminierungsfrei auf In- wie Ausländer angewandt werden. Diese Deutung der Grundfreiheiten entwickelte der EuGH zuerst für die Warenverkehrsfreiheit (das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen im heutigen Art. 34 AEUV) und wandte sie fortan auch auf die anderen Grundfreiheiten an, also auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (die Freizügigkeit für Selbständige, Art. 49 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV).

Ist der Schutzbereich einer Grundfreiheit aufgrund des Vorliegens eines transnationalen Bezugs eröffnet und wird der Tatbestand der Beschränkung bejaht, folgt ein Rechtfertigungstest. Er wurde vom EuGH in der Rechtssache *Cassis de Dijon*<sup>10</sup> entwickelt und wird seit der *Gebhard*-Entscheidung<sup>11</sup> einheitlich auf alle Grundfreiheiten angewandt. Gerechtfertigt sind Beschränkungen der Grundfreiheiten demnach, wenn sie (1) einem als zwingend anerkannten Ziel des Allgemeininteresses dienen, (2) diskriminierungsfrei angewandt werden, (3) tatsächlich zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und (4) nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Zu den anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören beispielsweise der Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Verbraucherschutz, der Umweltschutz und der Bestand der sozialen Sicherungssysteme. Eine abschließende Liste der als zwingend anerkannten Gründe des Allgemeininteresses existiert nicht.

Der Schutzbereich der Grundfreiheiten erstreckt sich also auch auf Maßnahmen, die die Attraktivität der Binnenmarktnutzung mindern, aber nicht auf offenen oder verdeckten Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit beruhen. Der Vorteil des Übergangs zum Beschränkungsverbot besteht in einem

8 Siehe grundlegend: *Kingreen, T.*: Grundfreiheiten, in: von Bogdandy, A./Bast, J. (Hg.): Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin, 2009, 705-748; *Frenz, W.*: Europarecht, Berlin, 2016; *Schmidt, S. K.*: The European Court of Justice and the Policy Process. The Shadow of Case Law, Oxford, 2018, Kapitel 3 (im Erscheinen). Vgl. zur Einordnung in die umfassendere Debatte über die institutionelle Architektur der EU auch *Hesse, J. J.*: Abschied von der *ever closer Union*: Wege zu einer besseren und realitätsnäheren Europäischen Union, in: ZSE 15/1 (2017), 173-199, hier 190.

9 EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74 (*Dassonville*).

10 EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*).

11 EuGH, Urt. v. 30.11.1995, C-55/94 (*Gebhard*).

effektuierten Schutz des transnationalen Austauschs und Wettbewerbs. Diesem Vorteil steht allerdings auch ein Nachteil gegenüber: Die Grenze zwischen der Liberalisierung des Außenhandels und der Deregulierung interner Sachverhalte, für die die Grundfreiheiten eigentlich nicht gedacht waren, verwischt. Wesentlich stärker als das Diskriminierungsverbot ist das Beschränkungsverbot daher darauf angewiesen, dass es mit immanenten Schranken versehen und behutsam angewendet wird.

Betrachten wir diesen Sachverhalt eingehender. Auch das Beschränkungsverbot greift nur, wenn ein transnationaler Bezug vorliegt. Dieser Bezug soll den Binnenmarktschutz von der Liberalisierung interner Sachverhalte abgrenzen. Allerdings hat der geforderte transnationale Bezug genau diese Abgrenzung nicht geleistet und es ist fraglich, ob er sie überhaupt leisten konnte. Denn man muss schon lange überlegen, um nationale Regelungen mit wirtschaftlichem Bezug zu finden, die sich nicht zumindest *auch* auf transnationale wirtschaftliche Betätigungen auswirken. Oft genügt der Umstand, dass sich Regelungen von Land zu Land unterscheiden, um eine transnationale wirtschaftliche Betätigung komplizierter und daher weniger attraktiv erscheinen zu lassen, auch wenn die betroffenen Regelungen in keiner Weise auf die Beeinträchtigung transnationaler wirtschaftlicher Betätigung zielen. „Eine supranationale Interpretation“ aber, so *Kingreen*, „die die Grundfreiheiten von ihrer spezifisch transnationalen Schutzfunktion ablöst, verallgemeinert sie zu umfassenden Deregulierungsansprüchen.“<sup>12</sup>

Die Hürde, die eine marktregulierende nationale Regelung nehmen muss, um sich als Binnenmarktbeschränkung zu qualifizieren, liegt also bemerkenswert niedrig. Ist die beschränkende Wirkung festgestellt, muss sich die Regelung im oben skizzierten Rechtfertigungstest bewähren. Es ist unmittelbar ersichtlich, dass die Hürden, den Test zu bestehen, nunmehr nicht niedrig, sondern ausgesprochen hoch liegen. Marktkorrigierende Regulierungen bestehen, weil sich bestimmte Regierungen mit bestimmten politischen Programmen in bestimmten historischen Kontexten für sie und gegen die verfügbaren Alternativen entschieden haben – und nicht etwa, weil sie „zwingend“ (die Stufe 1 des Rechtfertigungstests) wären. Es ist gerade das Wesen der Demokratie, dass ihre Ergebnisse in aller Regel nicht zwingend sind. Auch an den anderen Stufen des Rechtfertigungstests kann man beliebige Regulierungen mit marktkorrigierenden, etwa sozialen Zielen leicht scheitern lassen. Es kann im Ergebnis nicht verwundern, dass die Grundfreiheiten im Zuge der europäischen Integrationsgeschichte ein

12 *Kingreen, T.*: a.a.O., hier 722.

erhebliches Liberalisierungspotenzial entfalteten.<sup>13</sup>

Eine neue Qualität gewannen diese Probleme in den Augen vieler Beobachter mit den EuGH-Entscheidungen *Viking*<sup>14</sup>, *Laval*<sup>15</sup> und einigen nachfolgenden Urteilen.<sup>16</sup> In diesen Urteilen wurden Ausübungen des sozialen Grundrechts auf Kollektivvertragsfreiheit als Binnenmarktbeschränkungen qualifiziert und dem seit *Gebhard* für alle Grundfreiheiten einheitlich gehandhabten Rechtfertigungstest unterworfen (bei *Viking* ging es um die Niederlassungs-, bei *Laval* um die Dienstleistungsfreiheit). Insbesondere die Gewerkschaften, die die europäische Integration stets positiv begleiteten und für ein „soziales Europa“ geworben hatten, empfanden die Wirkungen, die die Grundfreiheiten hier auf die Tarifautonomie entfalteten, als Schock. Befinden sich, so wurde gefragt, Streikrecht und Tarifautonomie wirklich im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten? Müsste der Umstand, dass die Kollektivvertragsfreiheit auf nationaler wie europäischer Ebene ein Grundrecht ist, nicht als Signal für eine erwünschte Nichterfassung von den Marktfreiheiten gewertet werden? Und selbst wenn die Erfassung zu bejahen wäre: Wäre der Konflikt zwischen Grundfreiheit und Grundrecht dann nicht „auf Augenhöhe“ zu lösen, statt durch Einordnung der Ausübung des sozialen Grundrechts in dem von vornherein und bewusst asymmetrisch angelegten *Gebhard-Test*?<sup>17</sup>

Es zeigt sich also, dass den Grundfreiheiten immanente Schranken fehlen, die das ihnen innewohnende Deregulierungspotenzial wirkungsvoll eingrenzen. Dass die Uferlosigkeit dieses Potenzials nicht lediglich ein Theorieproblem ist, haben die Fälle *Viking* und *Laval* eindrucksvoll gezeigt, in denen das Nichtbestehen des für Binnenmarktstörungen entwickelten Rechtfertigungstests zum Anlass für eine Einschränkung der Kollektivvertragsfreiheit wurde. Viel spricht daher für

13 Siehe die Einzelheiten in Höpner, M.: Wie der Europäische Gerichtshof und die Kommission Liberalisierung durchsetzen. Befunde aus der MPIfG-Forschungsgruppe zur Politischen Ökonomie der europäischen Integration, MPIfG Discussion Paper 14/8 (2014), Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.

14 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, C-438/05 (*Viking*).

15 EuGH, Urt. v. 18.12.2007, C-341/05 (*Laval un Partneri*).

16 Joerges, C./Rödel, F.: Informal Politics, Formalised Law and the Social Deficit of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*, in: *European Law Journal* 15/1 (2009), 1-19; *Rebhahn, R.*: Grundfreiheiten vor Arbeitskampf – der Fall *Viking*, in: *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 7/3 (2010), 109-117; *Heuschmid, J.*: Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: Däubler, W. (Hg.): *Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis*, Baden-Baden, 2017 (im Erscheinen).

17 Im deutschen Verfassungsrecht würde man vom Ziel der Herstellung „praktischer Konkordanz“ sprechen. Demzufolge wäre beiden Normen hergestellt Grenzen zu ziehen, dass am Ende beide möglichst umfassend zur Geltung kommen (siehe: *Hesse, K.*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1988<sup>16</sup>, hier Rn. 72 und 318).

korrigierende Eingriffe. Wie aber könnten sie praktisch aussehen?

### III. Das Soziale Fortschrittsprotokoll

Das Soziale Fortschrittsprotokoll ist ein vom Europäischen Gewerkschaftsbund in Reaktion auf *Viking* und *Laval* entwickelter Vorschlag zur Ergänzung des europäischen Primärrechts.<sup>18</sup> Das Fortschrittsprotokoll soll insbesondere verhindern, dass die Kollektivvertragsfreiheit von den Grundfreiheiten erfasst und, sollte eine Beschränkung bejaht werden, zum Gegenstand des vierstufigen Rechtfertigungstests wird. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang Artikel 3, Satz 1 des vorgeschlagenen Protokolltextes: „Keine Vertragsbestimmung und insbesondere weder wirtschaftliche Freiheiten noch Wettbewerbsregeln haben Vorrang vor den sozialen Grundrechten... Im Fall eines Konflikts gehen die sozialen Grundrechte vor.“ Der Vorschlag zielt also darauf, den sozialen Grundrechten einen möglichst hohen Rang in der impliziten Normenhierarchie zuzuweisen, um etwaige Unterordnungen unter die Grundfreiheiten auszuschließen. Das geht zweifellos in die gesuchte Richtung. Allerdings ist der Vorschlag sowohl hinsichtlich der potenziellen Wirksamkeit als auch hinsichtlich der Umsetzbarkeit nicht ohne Fallstricke.<sup>19</sup>

Betrachtet man *Viking* und *Laval* von ihren Wirkungen her, dann entsteht in der Tat der Eindruck einer impliziten Hierarchie zwischen sozialen Grundrechten und Grundfreiheiten. Tatsächlich musste der EuGH in den genannten Urteilen aber keine solche Hierarchie behaupten. Der Eindruck der Unterordnung ergibt sich nicht aus einer vom EuGH proklamierten Hierarchie der in Rede stehenden Normen, sondern, wie wir im vorigen Abschnitt sahen, aus der asymmetrischen Anlage des Rechtfertigungstests für Binnenmarktstörungen. Nun will der Vorschlag gewissermaßen auf „Nummer sicher“ gehen und gibt vor, was allein das Ergebnis sein kann, wenn soziale Grundrechte und Grundfreiheiten kollidieren: Die sozialen Grundrechte sollen das wirtschaftliche Freiheitsrecht stets schlagen. Zwar dürfte es sich hierbei um ein eindeutiges Signal handeln, dass der Verfassungsgeber keine Einordnung der Ausübung sozialer Grundrechte in den vierstufigen *Gebhard*-Test wünscht. Allerdings ist die Machbarkeit des zu diesem Ziel führenden Wegs mit einem Fragezeichen zu versehen, wurde doch gerade dieser Aspekt des Fortschrittsprotokolls in der Fachdebatte kritisch bewertet: Das Ver-

18 Der Wortlaut des vorgeschlagenen Protokolltextes findet sich hier: [https://www.etuc.org/IMG/pdf/social\\_progress\\_protocol\\_DE.pdf](https://www.etuc.org/IMG/pdf/social_progress_protocol_DE.pdf).

19 Ausführlich: *Höpner, M.*: Das Soziale Fortschrittsprotokoll des Europäischen Gewerkschaftsbunds: Ein Vorschlag zur Weiterentwicklung, in: WSI-Mitteilungen 69/4 (2016), 245-253.

fassungsrecht kenne kein „Supergrundrecht“, das entgegenstehende Normen in jedem Konfliktfall schlage.<sup>20</sup>

Zu beachten ist bei der Evaluation des Vorschlags zudem, dass er in Reaktion auf *Viking* und *Laval* entwickelt wurde und in solchen Konstellationen auch, die oben formulierten Einwände einmal beiseitegelassen, im Prinzip Wirkung entfalten könnte. Nicht wirksam wäre er hingegen beispielsweise in der Konstellation des Falls *Erzberger* gewesen, in dem der EuGH die Frage zu entscheiden hatte, ob die Unternehmensmitbestimmung eine Binnenmarktbeschränkung konstituiert. Zwar folgte der EuGH der Rechtsauffassung des Klägers im Ausgangsverfahren und der Kommission nicht und verneinte also das Vorliegen einer Beschränkung.<sup>21</sup> Entscheidend ist in unserem Zusammenhang aber, dass das Fortschrittsprotokoll, wäre es in Kraft gewesen, in der Konstellation des Falls keinen Unterschied hätte machen können. Denn die in ihm gewählte Lösung setzt die Präsenz eines sozialen Grundrechts voraus, das gegen die etwaig beeinträchtigte Grundfreiheit in Stellung gebracht werden kann. Ein solches liegt mit der Tarifautonomie in den Fällen *Viking* und *Laval* vor. Ein Grundrecht auf einen mitbestimmten Aufsichtsrat kennt hingegen weder das deutsche noch das europäische Recht.<sup>22</sup>

#### IV. Das Binnenmarktrecht in das europäische Gesetzesrecht verweisen

Die zweite Option wurde vom Verfassungsrechtler und ehemaligen Bundesverfassungsrichter *Dieter Grimm* ins Spiel gebracht. In seinem Buch „Europa ja – aber welches?“<sup>23</sup> beschreibt er die Überkonstitutionalisierung als entscheidendes Merkmal der EU: Weil das europäische Primärrecht mit zahllosen Detailregelungen überfrachtet sei und diese von Kommission und EuGH zudem extensiv interpretiert würden, vollziehe sich ein Großteil europäischen Regierens nicht als politische Auswahl unter Entscheidungsalternativen, sondern als Verfassungsvollzug; und weil, so *Grimm* weiter, viele dieser Detailregeln die Binnenmarktordnung betreffen, etabliere die Überkonstitutionalisierung der EU eine in nationalen Verfassungen wie dem Grundgesetz nicht vorgesehene, dem Gesetzgeber

20 So *Kingreen, T.*: Soziales Fortschrittsprotokoll: Potenzial und Alternativen, Frankfurt a. M., 2014, hier 61 und *Thüsing, G.*: Stellungnahme zur Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestages am 6.10.2010, Ausschussdrucksache 17(21)0267 des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Berlin, 2010, hier 16.

21 EuGH, Urt. v. 18.07.2017, C-566/15 (*Erzberger*).

22 So auch *Heuschmid, J.*: a.a.O., hier Rn. 110.

23 *Grimm, D.*: Europa ja – aber welches?, München, 2016; vgl. auch jüngst in dieser Zeitschrift: *Grimm, D.*: Die Europäische Union im 60. Jahr, in: ZSE 15/1 (2017), 3-15.

zur Gestaltung entzogene Wirtschaftsverfassung. Um der hierdurch entstehenden Einengung demokratischer Prozesse Einhalt zu gebieten, sei es geboten, den Verfassungsvollzug auf die Sicherung der basalen Ziele, Organe, Kompetenzen und Verfahren der EU zu beschränken. Die entsprechenden Bestimmungen finden sich vor allem im EU-Vertrag (EUV). Die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) hingegen, so *Grimms* Vorschlag, sollten auf einfaches europäisches Gesetzesrecht hinabgestuft werden.

Denken wir die Implikationen dieses Vorschlags nachfolgend für unsere Diskussion über die Grundfreiheiten, die ja ebenfalls im AEUV angesiedelt sind, durch. Angenommen, die Vertragspartner griffen *Grimms* Vorschläge auf und überführten große Teile des AEUV in das europäische Sekundärrecht. Wie könnten sie mit den Grundfreiheiten, die ja gerade keine technischen Detailregeln, sondern Individualrechte sind, verfahren? Erstens, sie könnten die Grundfreiheiten von ihrer Reform ausnehmen und sie im Primärrecht belassen (gegebenenfalls durch Überführung in den EUV). Die Implikation ist schnell umschrieben: Hinsichtlich der in diesem Papier diskutierten Problemstellungen bliebe alles beim Alten.

Könnten unsere imaginären Reformer, zweitens, den Grundfreiheiten ihren Status als einklagbare Individualrechte belassen, sie aber gleichwohl in das Sekundärrecht „mitnehmen“? Es lohnt, die Effekte, die damit erzielt würden, genauer zu betrachten. Für die politischen Systeme der Mitgliedstaaten würde sich zunächst einmal wenig ändern, denn europäisches Sekundärrecht bricht nationales Recht genauso effektiv wie Primärrecht. Das politische System der EU aber gewönne Gestaltungskraft. Es würde der juristischen Sphäre nunmehr auf Augenhöhe gegenüberreten und könnte Gesetze über den Gehalt der Grundfreiheiten erlassen, vor allem aber: diese nachgelagert präzisieren oder korrigieren, wenn sie vom EuGH in einer Weise interpretiert werden, die den Intentionen des Gesetzgebers widerspricht.

Allerdings müsste die Kommission zunächst einen Gesetzgebungsprozess in Gang setzen. Dieser Umstand minimiert die Glaubwürdigkeit der Drohung mit nachgelagerten Korrekturen. Beruhen nämlich extensive Ausdeutungen der Grundfreiheiten auf Kommissionsklagen, dann dürfte die Kommission im Anschluss kaum Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel initiieren, den *Status quo ante* wiederherzustellen. Stellen wir in Rechnung, dass die Kommission grundsätzlich eine Präferenz für eher umfassende Auslegungen der Grundfreiheiten hat (auch wenn sie nicht selbst geklagt hat), wäre es bei Vorlagefragen, die den EuGH über das Vorabentscheidungsverfahren erreichen, nicht anders.

Diese die Effektivität des Vorschlags betreffenden Überlegungen sprechen gewiss noch nicht gegen ihn. Darüber hinaus wäre aber zu hinterfragen, welchen Charakter grundrechtsähnliche, aber gleichwohl im einfachen Gesetzesrecht positionierte Normen eigentlich genau hätten. Es entstünde nämlich folgende Konstellation: Die Grundfreiheiten wären weiterhin Individualrechte, die dem mitgliedstaatlichen Recht Grenzen setzen, und zwar auch *und gerade* in Bereichen, in denen dem europäischen Gesetzgeber die Kompetenzen zur eigenen Gesetzgebung *fehlen*. Aber nunmehr wären sie gleichwohl, wie andere europäische Gesetze auch, im europäischen Sekundärrecht positioniert und stünden – das wäre ja gerade der Sinn einer Umsetzung der Option – zur politisch-diskretionären Disposition des europäischen Gesetzgebers. Diese Konstruktion wäre wenn nicht in sich widersprüchlich, so doch zumindest so eigentümlich, dass mit erheblichen Vorbehalten in der europarechtlichen Fachdebatte zu rechnen wäre.<sup>24</sup>

Damit kommen wir zur dritten Möglichkeit eines Umgangs mit den Grundfreiheiten im Falle einer durchgreifenden De-Konstitutionalisierung des Binnenmarktrechts: Man könnte sie fortan dahingehend interpretieren, dass sie keine grundrechtsähnlichen Individualrechte mehr wären, sondern nur noch Aufträge an den europäischen Gesetzgeber, den Binnenmarkt durch Ausübung seiner Binnenmarktkompetenzen zu schützen. Jüngst hat *Scharpf* darauf aufmerksam gemacht, dass die amerikanische Wirtschaftsverfassung in den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts genau diesen Weg gegangen ist. Während der amerikanische Weg der De-Konstitutionalisierung durch einen Akt richterlicher Selbstkorrektur erfolgte (eine Möglichkeit, auf die im Fall des EuGH nichts hindeutet), könnte eine solche Korrektur in der EU über eine Vertragsänderung herbeigeführt werden.<sup>25</sup>

Das hätte weitreichende Effekte. Die Ordnung des Binnenmarkts wäre nun gänzlich in den Händen des Gesetzgebers. Sie hätte keinen dem übrigen europäischen Sekundärrecht übergeordneten Status mehr und die insbesondere durch das Vor-

24 Hier sei noch einmal darauf verwiesen, dass *Grimms* Vorschlag einer Entkonstitutionalisierung des Binnenmarktrechts nicht speziell auf die Grundfreiheiten abzielt, sondern allgemein auf die Fülle an – in aller Regel im AEUV positionierten – Detailregelungen zum Binnenmarkt.

25 *Scharpf, F.W.*: De-Constitutionalization and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe, MPIfG Discussion Paper 16/14 (2014), Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung. *Scharpf* weist in diesem Zusammenhang explizit darauf hin, dass das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (derzeit positioniert in Art. 18 AEUV) im Falle einer Umsetzung des Vorschlags weiterhin auf den Binnenmarkt anwendbar bleiben sollte. Die Wirkungen der Reform wären damit ähnlich jener, die nachfolgend in Abschnitt V diskutiert wird und die vorsieht, dass die Grundfreiheiten zwar im Primärrecht verankerte Individualrechte bleiben, aber von Beschränkungs- auf Diskriminierungsverbote zurückgestuft werden sollen.

abentscheidungsverfahren in Gang gesetzte Dynamik einer immer extensiveren Interpretation der Marktbestimmungen zu Ungunsten anderer Rechtsgebiete wäre effektiv gestoppt. Anders als es zunächst den Anschein hat, wäre kein unmittelbarer Schwall an Rechtsunsicherheit aufseiten der Marktteilnehmer zu befürchten, denn der richterrechtlich entstandene *Acquis* zu den Grundfreiheiten ist weitgehend durch europäisches und mitgliedstaatliches Gesetzesrecht kodifiziert und hätte also weiterhin bindende Wirkung. Aber die Gesetzgeber beider Ebenen könnten künftig, im Rahmen der ihnen jeweils zustehenden Kompetenzen, ändernd in den *Acquis* eingreifen, sofern sich auf den jeweiligen Ebenen demokratische Mehrheiten für die jeweiligen Reformen mobilisieren lassen.

Diese potenziellen Effekte erscheinen zur Lösung der in diesem Beitrag diskutierten Probleme zweifellos attraktiv. Zu beachten ist bei der Evaluation dieser Möglichkeit aber, dass es sich um eine ausgesprochen weitreichende, ja grundstürzende Veränderung der *Governance* über den europäischen Binnenmarkt handeln würde. An die Stelle der bestehenden, über das Vorabentscheidungsverfahren einklagbaren Individualrechte auf unbeschränkte Binnenmarktnutzung würde eine zur vollständigen Disposition der Gesetzgeber beider Ebenen stehende Binnenmarktordnung treten. Oben haben wir gesehen, dass sich die Notwendigkeit, politisch steuernd in die Bedeutungsgenese der Grundfreiheiten einzugreifen, aus dem Fehlen immanenter Schranken ergibt, die das „Recht auf Binnenmarkt“ effektiv von einem etwaigen „Recht auf Liberalisierung“ abgrenzen. Es stellt sich die Frage, ob man das Kind nicht mit dem Bade ausschüttete, würde man, um Letzteres abzuschaffen, Ersteres gleich mit abschaffen. Der Eingriff wäre, mit anderen Worten, gewiss effektiv, aber alles andere als minimalinvasiv.

## V. Zurück zum Diskriminierungsverbot

Die Option eines gänzlichen Verweises des Binnenmarktrechts in das europäische Gesetzesrecht erwies sich als potenziell wirksame, aber eben auch sehr weitreichende Möglichkeit mit entsprechend unklaren Verwirklichungschancen. Wie könnte ein schonenderer Eingriff aussehen, der ein subjektives „Recht auf Binnenmarkt“ intakt ließe, gleichwohl aber der Gefahr Vorschub leisten könnte, dass dieses politisch unkontrolliert in ein „Recht auf Deregulierung“ abdriftet?

Oben wurde herausgearbeitet, dass der mit *Dassonville* erfolgte Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot zur Verwischung der Grenze zwischen Binnenmarktschaffung und Liberalisierungsimperativ beigetragen hat. Im Unterschied zum Diskriminierungsverbot bedarf das Beschränkungsverbot einer effektiven Eingrenzung seiner Schutzwirkung auf Tatbestände, die wirklich den

transnationalen Marktzugang betreffen – so stellt beispielsweise auch *Frenz*<sup>26</sup> in seinem Standardwerk zum Europarecht heraus. Offenbar wurde die „Büchse der Pandora“ maßgeblich mit dem Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot geöffnet. Es sollte daher geprüft werden, ob sie nicht auf genau dem Weg wieder geschlossen werden könnte, auf dem sie geöffnet wurde. Das würde konkret bedeuten, in den europäischen Verträgen klarzustellen, dass die Grundfreiheiten Verbote offener und verdeckter Ungleichbehandlungen sein sollen, aber nicht mehr.

Einige Punkte, die bereits in Zusammenhang mit der in Abschnitt IV erwogenen Option diskutiert wurden, greifen auch hier: Die Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH wurde in aller Regel sekundärrechtlich kodifiziert und zudem in nationales Recht überführt. Da europäisches Sekundärrecht die mitgliedstaatliche Autonomie nicht weniger beschränkt als das Primärrecht, bliebe die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten zunächst einmal eingeschränkt, solange nicht neues Sekundärrecht verabschiedet wurde. Wurden aber EuGH-Urteile nicht in europäisches Sekundärrecht, sondern lediglich in nationales Recht überführt, wäre der Zuzugewinn an mitgliedstaatlichem Handlungsspielraum unmittelbar gegeben. Das betreffende nationale Gesetzesrecht wäre nunmehr der Umgestaltung zugänglich, soweit sich hierfür demokratische Mehrheiten organisieren lassen. Dass praktisch immer neues Gesetzesrecht erlassen werden müsste – manchmal sogar auf beiden Ebenen –, bevor die vorgeschlagene Reform Wirkung bei den Rechtsanwendern entfalten könnte, macht die Implikationen des Vorschlags überschaubarer, als es zunächst den Anschein haben mag: Die etwaige Befürchtung eines immensen Schubs an Rechtsunsicherheit der Marktteilnehmer wäre unbegründet.

Für die Evaluation der potenziellen Wirksamkeit der Option ist aber ein anderer Punkt entscheidend. Sie setzt eine klare Abgrenzbarkeit zwischen den Tatbeständen der Diskriminierung und der Beschränkung voraus. Einigkeit scheint in der Literatur darüber zu bestehen, dass beide Begriffe sowohl in den Verträgen und EuGH-Urteilen als auch in der Fachdebatte schwach konturiert sind.<sup>27</sup> Unterschiedliche Einschätzungen bestehen über die Frage, inwieweit eine solche Konturierung möglich wäre und ob sie in der Lage wäre, die erhoffte Abgrenzung zwischen Binnenmarktschutz und Liberalisierungsgebot zu leisten. Für eine eher

26 *Frenz, W.*: a.a.O. hier 80 und 82.

27 So zeigt *Valta, S.*: Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, Berlin, 2013, hier 103 beispielsweise, dass bereits unklar ist, ob es sich bei der Beschränkung um einen Oberbegriff handelt, der auch Diskriminierungen umfasst, oder ob beide Begriffe unterscheidbare Sachverhalte bezeichnen.

optimistische Lesart steht *Kingreen*<sup>28</sup>, der die potenzielle Uferlosigkeit der als Beschränkungsverbote gedeuteten Grundfreiheiten kritisiert und sich aus eben diesem Grund für ihre Deutung als Verbote offener oder verdeckter Ungleichbehandlungen ausspricht. Andere Akzente setzt *Valta*, die darauf hinweist, dass sich Beschränkungstatbestände häufig auch unter Rückgriff auf weite Ausdeutungen der mittelbaren Diskriminierung darstellen lassen. „Ein weiter Diskriminierungsbegriff“, so *Valta*<sup>29</sup>, „kann die mitgliedstaatliche Gestaltungsautonomie (...) genauso beeinträchtigen wie ein entsprechendes Beschränkungsverbot.“

Instruktiv ist in diesem Zusammenhang das *Laval*-Urteil des EuGH, also eines jener Urteile, die die verstärkte Beschäftigung mit dem Liberalisierungspotenzial der Grundfreiheiten überhaupt erst angestoßen hatten. In diesem Urteil bejahte der EuGH das Vorliegen einer nicht gerechtfertigten *Diskriminierung* durch die Blockade einer Baustelle durch schwedische Gewerkschaften, die einen ausländischen Dienstleister in einen schwedischen Tarifvertrag zwingen sollte (siehe dort die Rn. 114–119). Freilich war die Konstellation des *Laval*-Falls komplex. Bemerkenswert ist hier aber der Umstand, dass sich eine Arbeitskampfmaßnahme, die zweifellos auf die Durchsetzung *gleicher* Arbeitsbedingungen im Inland zielte, im Ergebnis als Diskriminierungstatbestand dargestellt werden konnte.

Eine gewisse Skepsis gegenüber der Durchschlagskraft der Option erscheint daher angebracht. Eine Kennzeichnung der Grundfreiheiten als Verbote offener und verdeckter Diskriminierung würde ein stimmiges Signal gegen die Uferlosigkeit der Grundfreiheiten-Rechtsprechung an den EuGH senden. Inwieweit das Signal dann aber tatsächlich Wirkung entfalten würde, hinge von der Kooperationsbereitschaft des europäischen Höchstgerichts ab.<sup>30</sup> Wäre diese gering, dann stünde ihm mit einem weit gefassten Diskriminierungskonzept wahrscheinlich genau das Instrument zur Verfügung, das es bräuchte, um zu Ergebnissen zu gelangen, die sich von den Ergebnissen vor dem Eingriff allenfalls marginal unterscheiden. Allerdings spricht diese Überlegung nicht grundsätzlich gegen die Umsetzung der Option, die sich gegebenenfalls um eine in einem Zusatzprotokoll niedergelegte Auslegungshilfe ergänzen ließe.

28 *Kingreen, T.*: Grundfreiheiten, a.a.O., hier 705-748.

29 *Valta, S.* a.a.O. hier 107f.

30 Vgl. zur Angewiesenheit der europäischen Politik auf einen responsiven EuGH auch *Blauberger, M./Schmidt, S. K.*: The European Court of Justice and its Political Impact, in: *West European Politics* (2017), im Erscheinen.

## VI. Bereichsausnahmen

Hinsichtlich der verfolgten Ziele ähnelt diese vierte und letzte Option dem Sozialen Fortschrittsprotokoll (Abschnitt III), wählt aber einen anderen Weg: Während das Fortschrittsprotokoll an der Positionierung sozialer Grundrechte in der impliziten Normenhierarchie ansetzte, um zu verhindern, dass diese von den wirtschaftlichen Grundfreiheiten „geschlagen“ werden können, zielt diese Option darauf, ausgewählte sensible Politikfelder oder Praktiken aus dem Schutzbereich der Grundfreiheiten zu entfernen.

Gibt es im Europarecht Bestimmungen, die einzelne Regelungsfelder oder Praktiken vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausnehmen? In der Tat finden sich solche Schutzbereichseingrenzungen, und zwar für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und für die Dienstleistungsfreiheit. Ein Beispiel hierfür ist Art. 45 Abs. 4 AEUV, der Beschäftigte der öffentlichen Verwaltung von den Regelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ausnimmt. Bei solchen Ausnahmen handelt es sich nicht um Rechtfertigungsgründe auf Ebene des *Cassis*-Tests; vielmehr werden die Gegenstände von Bereichsausnahmen gar nicht erst von der Schutzwirkung der Grundfreiheiten erfasst, sodass sich die Frage nach der Rechtfertigung von Beschränkungen nicht mehr stellt.

Neben den geschriebenen Schutzbereichsbegrenzungen existieren ungeschriebene, richterlich geschöpfte Bereichsausnahmen. In seinem *Keck*-Urteil<sup>31</sup> entschied der EuGH in Korrektur seiner früheren Rechtsprechung, dass Verkaufsmodalitäten, sofern sie für alle Marktteilnehmer unterschiedslos gelten und den Marktzugang nicht erschweren, vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgenommen sind. In seiner Urteilsbegründung stellte der EuGH explizit heraus, dass es gelte, einer uferlosen Anwendung der Warenverkehrsfreiheit auf alle nur denkbaren Sachverhalte Einhalt zu gebieten (Rn. 14). Wenn sich via Richterrecht Grenzen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einziehen lassen, muss das auch durch Vertragsänderungen möglich sein.

Könnten Gegenstände wie die bei *Viking* und *Laval* als Binnenmarktstörung behandelte Tarifautonomie die Zielpunkte solcher Bereichsausnahmen sein? In diese Richtung deutet die *Albany*-Entscheidung<sup>32</sup> des EuGH, in der es allerdings nicht um den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, sondern des europäischen Wettbewerbsrechts ging. Da das Tarifrecht notwendigermaßen und erwünschterweise den freien Wettbewerb beschränke, so das Gericht, müsse es

31 EuGH, Urte. v. 24.11.1993, C-267/91 und C-268/91 (*Keck* und *Mithouard*).

32 EuGH, Urte. v. 21.09.1999, C-67/96 (*Albany*).

außerhalb des Anwendungsbereichs des Wettbewerbsrechts stehen. Es wäre schwer einsehbar, warum nicht auch die Grundfreiheiten einer solchen Eingrenzung zugänglich sein sollten. All diese Gesichtspunkte sprechen dafür, dass es möglich sein muss, die Tarifautonomie mittels Vertragsänderung vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmen.

Am Beispiel der Regelung und Ausübung der Kollektivvertragsfreiheit haben *Bast, Rödl* und *Terhechte*<sup>33</sup> vorgeführt, wie eine solche Vertragsänderung ausgestaltet werden könnte. Sie schlagen vor, Bereichsausnahmen für die Tarifautonomie im Binnenmarkt-Kapitel des AEUV (dort in den Art. 36, 51, 53 und 65) zu positionieren. Zusätzlich schlagen sie eine in Art. 101 AEUV zu positionierende Kodifizierung der *Albany*-Rechtsprechung und zudem die Ausnahme der Tarifvertragssysteme von den Durchsetzungsmöglichkeiten im Rahmen der neuen makroökonomischen Überwachungs- und Korrekturverfahren vor (letzteres zu positionieren in Art. 121 AEUV). Auch *Heuschmid*<sup>34</sup> schlägt vor, Materien der Sozialpolitik sowie die Ausübung der Kollektivvertragsfreiheit vom Wirkungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmen, und regt an, die entsprechende Bestimmung in Art. 26 AEUV zu positionieren. Gemein ist den Vorschlägen von *Bast et al.* sowie *Heuschmid* zudem die Differenzierung zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot: Die Gegenstände der Bereichsausnahmen sollen vom Beschränkungsverbot ausgenommen, gleichwohl aber weiterhin gegen das Diskriminierungsverbot geprüft werden können.

Dass sich Bereichsausnahmen kohärent in das europäische Primärrecht einfügen würden, verdeutlicht auch ein Blick auf die politischen Kompetenzen der EU. Im AEUV finden sich immer wieder Bestimmungen, die ausgewählte Regelungsgebiete von den Kompetenzen der EU oder bestimmten Verfahrensarten ausnehmen, so etwa die Ausnahme des Arbeitsentgelts, des Koalitionsrechts und des Streik- und Aussperrungsrechts von den sozialpolitischen Kompetenzen der EU (Art. 153 Abs. 5 AEUV) und die Ausnahme des Steuerrechts und weiterer Regelungen von den Verfahren für die Rechtsangleichung im Binnenmarkt (Art. 114 Abs. 2 AEUV). Was war der Sinn der Ausnahme des Koalitionsrechts von den Kompetenzen der EU? War es die Herstellung eines Zustands, in dem der EuGH das mitgliedstaatliche Streikrecht schleifen darf, ohne dabei vom europäischen Gesetzgeber „gestört“ zu werden?

33 *Bast, J./Rödl, F./Terhechte, P. J.*: Funktionsfähige Tarifvertragssysteme als Grundpfeiler von Binnenmarkt und Währungsunion, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 48/8 (2015), 230-233.

34 *Heuschmid, J.*: a.a.O., hier Rn. 111.

Natürlich nicht; der Sinn bestand im Souveränitätsschutz in einem besonders sensiblen Regelungsfeld. Es wäre daher nur folgerichtig, die Bestimmungen des Art. 153 Abs. 5 AEUV dahingehend zu ergänzen, dass die in ihm genannten Materien mit engem Bezug zur Lohnfindung nicht nur von den politischen Kompetenzen der EU ausgenommen, sondern zudem auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten liegen sollen. In Ergänzung der oben referierten Vorschläge von *Bast et. al.* sowie *Heuschmid* für mögliche Positionierungen einer Bereichsausnahme zur Kollektivvertragsfreiheit erschiene es mir daher attraktiv, eine solche Bestimmung als neuen Satz 2 des Art. 153 Abs. 5 AEUV anzudenken. Diese Positionierung würde verdeutlichen, dass die geforderte Bereichsausnahme vor allem das Ziel verfolgt, dem Art. 153 Abs. 5 AEUV seinen ursprünglichen Sinn zurückzugeben.

Dass die *Keck*-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit trotz der spätestens seit *Gebhard* erreichten weitgehenden Konvergenz der Ausdeutung der Grundfreiheiten bisher nicht systematisch auf alle Grundfreiheiten übertragen wurde, dürfte an der begrenzten Analogiefähigkeit der Problemkonstellationen liegen: Es ist unklar, was denn etwa in der Kapitalverkehrsfreiheit oder der Niederlassungsfreiheit die logische Entsprechung zu den Verkaufsmodalitäten im freien Warenverkehr sein sollte. Allerdings ginge es bei der Wahrnehmung der skizzierten Option ja nicht darum, eine richterrechtliche Übertragung der *Keck*-Ausnahme auf die anderen Grundfreiheiten anzumahnen, sondern um einen Akt der politischen Steuerung der bisher ungesteuert erfolgenden Anwendung der Grundfreiheiten auf Sachverhalte mit oft nur undeutlichem Bezug zum Binnenmarktzugang. Ein formales Kriterium, mit dem sich ein Katalog an wünschenswerten Bereichsausnahmen erschließen ließe, existiert wohl nicht. Der Katalog kann nur das Ergebnis eines politischen Aushandlungsprozesses von vor der deregulierenden Wirkung der Grundfreiheiten zu schützenden Regeln und Praktiken sein. Noch wünschenswerter als ein Negativkatalog wäre freilich ein Positivkatalog, in dem aufzulisten wäre, was vom Schutzbereich der Grundfreiheiten erfasst werden soll.

## VII. Fazit

Würde die EU-Reformdebatte von ihrer weitgehenden Fokussierung auf die Gesetzgebungskompetenzen der EU gelöst und auf jene Instrumente ausgedehnt, die die Handlungsspielräume der Legislativen von sowohl Mitgliedstaaten als auch EU gleichermaßen einengen, ließe sich die Frontstellung zwischen Verfechtern von „mehr“ und „weniger“ Europa partiell auflösen. Dass Reformwege

erschließbar sind, von denen die politischen Systeme beider Ebenen gleichermaßen profitieren könnten, zeigten die vorangegangenen Abschnitte III bis VI. Dabei ging es mir nicht darum, eine der unterschiedenen Optionen zu Ungunsten ihrer Alternativen hervorzuheben, sondern vielmehr darum, die Bandbreite an verfügbaren Eingriffsmöglichkeiten aufzuzeigen. Auch sind die vier unterschiedenen Optionen als offene Liste zu verstehen, die sich um weitere Einträge ergänzen ließe. Beispielsweise wäre denkbar, mit einer weiteren Reformoption gezielt an der horizontalen Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Private (inklusive der Verbände) anzusetzen.<sup>35</sup>

Wie in der Einleitung erwähnt, hat die Europäische Kommission ihre im Weißbuch unterschiedenen Entwicklungsszenarien in fünf Reflexionspapieren politikfeldspezifisch durchbuchstabiert. Leider sparte sie das Thema Grundfreiheiten in den bisher vorliegenden Papieren aus.<sup>36</sup> Wünschenswert wäre daher ein Reflexionspapier „Binnenmarkt“, das neben der Marktgestaltung im engeren Sinne den erheblichen Umfang der „Querwirkungen“ des europäischen Binnenmarktrechts auf angrenzende Politikfelder in den Blick zu nehmen hätte. Zwar lassen sich die im Weißbuch unterschiedenen fünf Szenarien nicht 1:1 auf die Binnenmarktregeln übertragen. In das Zentrum des Diskussionsangebots ließen sich aber alternative Antwortmöglichkeiten auf Fragen wie die folgenden rücken: Wie wünschenswert wäre ein „Weiter so“, wie ausgeprägt ist die Zufriedenheit mit dem Ist-Zustand? Welchen Status könnte und sollte das europäische Binnenmarktrecht künftig gegenüber sonstigem mitgliedstaatlichen und europäischem Recht einnehmen? Und könnte es angesichts des heute erreichten „reifen“ Stands des Binnenmarkts stärker als bisher in die Verantwortung der Politik (statt, wie bisher: der Rechtsprechung) transferiert werden?<sup>37</sup> Ich hoffe, dass die hier vorlie-

35 In der Langfassung dieses Beitrags diskutiere ich zudem sekundärrechtliche Lösungen als weitere Reformoption. Höpner, M.: Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote? Reformoptionen im Kontext der EU-Reformdebatte, MPIFG Discussion Paper 17/10 (2017), Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, hier 17-18.

36 Am Rande sei erwähnt, dass es sowohl die Kommission als auch die Staats- und Regierungschefs unterließen, die Wirkungen der Grundfreiheiten auf die Ausübung sozialer Rechte in ihrem auf dem Göteborger Sozialgipfel vom 17.11.2017 feierlich proklamierten Dokument zur „Sozialen Säule“ der EU zu thematisieren. Aufgrund des unverbindlichen Charakters des Dokuments wäre die „Säule“ freilich kein geeigneter Ort zur Verankerung einer der im vorliegenden Beitrag kontrastierten Reformoptionen gewesen. Immerhin aber hätte die „Säule“ die Gelegenheit geboten, ein Auslegungssignal an den EuGH dahingehend zu senden, dass der europäische Gesetzgeber die Gewährung sozialer Rechte zumindest nicht unter einen Binnenmarktvorbehalt zu stellen wünscht.

37 In Analogie des Szenarios von mehr nach Ländern differenzierender Integration (im Weißbuch: Szenario 3) ließe sich im Prinzip auch fragen, ob es im Binnenmarktrecht mehr regionale Ausnahmeregelungen geben könnte. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an die im Jahr 2008 ergangene Zusage an Irland, die vom EuGH vorgenommene Einordnung des Abtreibungsrechts in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit werde zu keiner Deregulierung der besonders strikten

genden Überlegungen als konstruktiver Beitrag zu einer entsprechend erweiterten Reformdebatte gelesen werden.

Über die Grundfreiheiten hinaus lautet mein Plädoyer, in der EU-Reformdebatte verstärkt zu berücksichtigen, dass die EU keineswegs nur durch die Verabschiedung von Richtlinien und Verordnungen regiert. Vielmehr existieren neben der europäischen Gesetzgebung ein Binnenmarktrecht, ein Wettbewerbsrecht und zudem neue Überwachungs- und Korrekturverfahren, die für als illegitim empfundene Übergriffe in die mitgliedstaatliche Autonomie deutlich anfälliger sind als die europäische Gesetzgebung und die zudem auch die europäische Gesetzgebung selbst einengen. Auch für das Wettbewerbsrecht und die Euro-Regeln gilt: Unnötige Frontstellungen zwischen Verfechtern von „mehr“ oder „weniger“ Europa ließen sich vermeiden, würden vermehrt jene Reformoptionen erschlossen, die den berechtigten Autonomieinteressen der Mitgliedstaaten ebenso zugutekämen wie den Hoffnungen auf eine verstärkte Aktivierung des europäischen Gesetzgebers, um jene Problemlösungen einer gemeinsamen demokratischen Willensbildung zu unterwerfen, die die EU-Mitglieder durch den Transfer politischer Kompetenzen an die europäische Ebene delegiert haben. Die Staats- und Europawissenschaften können helfen, solche Entwicklungsszenarien offenzulegen und in die EU-Reformdebatte einzuspeisen.

irischen Gesetzgebung zu Schwangerschaftsabbrüchen führen. Ähnlich gelagert waren einige der Zugeständnisse, die die Europäische Kommission sowie die übrigen Mitgliedstaaten Großbritannien im Frühjahr 2016 für den Fall zusagten, dass sich das Land in dem Referendum vom 23. Juni 2016 für einen Verbleib in der EU aussprechen würde: Dort ging es unter anderem um Prozeduren einer Herausnahme der britischen Lohnzusatzleistungen aus der derzeit gültigen EuGH-Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Unionsbürgerschaft.