

Die Wirtschaftsverfassung

Matthias Goldmann*

I. Einleitung: Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung	299
II. Normschichten der Wirtschaftsverfassung	304
1. Kommandobrücke des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV i.V.m. Art. 9 und 26 AEUV	304
2. Zwischendeck des Primärrechts und der Gerichtsbarkeit	318
3. Maschinenraum der Sekundärrechts- und Durchführungskompetenzen	320
III. Theorie und Geschichte der Wirtschaftsverfassung	323
1. Grundlegende Konflikte	323
2. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus	329
3. Liberalisierender Konstitutionalismus	332
4. Integrativer Konstitutionalismus	338
IV. Dogmatik der Wirtschaftsverfassung	346
1. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus	346
2. Liberalisierender Konstitutionalismus	350
3. Integrativer Konstitutionalismus	365
V. Kritik im Licht von Art. 2 EUV	382
1. Solidarität, Freiheit und Postwachstum	382
2. Solidarität unional und international	383
3. Solidarität und Demokratie	384
VI. Schluss	386

I. Einleitung: Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung

Unter dem Begriff der Wirtschaftsverfassung versteht man seit der Zwi-schenkriegszeit die die Wirtschaftsordnung prägenden Grundentscheidun-gen der Rechtsordnung.¹ Die Wirtschaftsverfassung legt mit anderen Wor-ten die längerfristig stabile wirtschafts- und sozialpolitische Ausrichtung eines Gemeinwesens fest, die sich nur in Folge größerer Krisen oder grundlegender Reformen verschiebt. Der Begriff ist nicht auf formelles Ver-

* Ich danke Lennart Starke, Leonie Kramer und Patrick Wolf für Hilfe bei der Recher-ché, Jasper Siegert für die redaktionelle Überarbeitung sowie Paolo Mazzotti und den Mitautorinnen und -autoren dieses Bands für Diskussionen und Anmerkungen.

1 Vgl. Franz Neumann, Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirt-schaftsverfassung, Die Arbeit 8 (1931), 588–606; vgl. Art. 151 bis 165 der Weimarer Reichsverfassung von 1919. Zu älteren Bedeutungsschichten Philippe Steiner, Les Physiocrates, l'économie politique et l'Europe, in: Guillaume Grégoire/Xavier Miny (Hrsg.), The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview, Leiden, Boston: Brill Nijhoff 2022, 37–52.

fassungsrecht beschränkt,² da einerseits die allgemeinen Begriffe der Verfassungsordnung in vielen Fällen erst der Konkretisierung durch die Gesetzgebung bedürfen, andererseits völkerrechtliche Vorgaben³ sowie im Fall der EU aufgrund ihres Kompetenzgefüges auch die mitgliedstaatlichen Wirtschaftsverfassungen die Wirtschaftsverfassung der Union beeinflussen.⁴

Die Formulierung einer Wirtschaftsverfassung entspricht einem Grundbedürfnis liberaler Demokratien in ihrer heutigen Form. Die Entfaltung von Freiheit im Bereich der Wirtschaft, so sehr sie auf den Staat angewiesen sein mag, gerät regelmäßig in Konflikt mit öffentlichen Interessen im Allgemeinen und dem Bedürfnis moderner, kapitalistischer Gesellschaften nach Solidarität im Besonderen.⁵ Während vorindustrielle Gesellschaften Solidarität über persönliche Netzwerke in Familien und lokalen Gruppierungen herstellten, gelingt dies in modernen Gesellschaften nur noch über die Intervention des Staats. Der Verrechtlichung wirtschaftlicher Freiheit seit den bürgerlichen Revolutionen des 18. Jahrhunderts folgte denn auch im 20. Jahrhundert die Verrechtlichung der Solidarität durch die Entstehung moderner Sozialstaatlichkeit, die die ursprüngliche ethische Grundlage der Solidarität heute überlagert.⁶ Die Wirtschaftsverfassung hält den jeweiligen Kompromiss zwischen den divergierenden, sich gegenseitig bedingenden Bedürfnissen nach rechtlich gesicherter wirtschaftlicher Freiheit und gleichermaßen rechtlich abgesicherter gesellschaftlicher Solidarität fest, auf den sich eine Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt verständigt hat. Sie verkörpert gewissermaßen den Gesellschaftsvertrag im Bereich des Wirtschaftlichen und legt insofern die Grundzüge für das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft fest.

Dabei speist sich die Wirtschaftsverfassung aus der allgemeinen politischen (Kern-)Verfassung und wirkt zugleich auf jene zurück. Überhaupt

2 Zu formeller und materieller Wirtschaftsverfassung bereits *Ernst Rudolf Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen: Mohr 1953, 27 f.

3 S. III.1.b) sowie *Payandeh*, in diesem Band, II.2.

4 Vgl. Art. I21 Abs. 1 AEUV.

5 Zum Begriff der Solidarität im EU-Recht vgl. *Floris de Witte*, Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity, Oxford: Oxford University Press 2015, 51 ff.; *Andrea Sangiovanni*, Solidarity in the European Union, OJLS 33 (2013), 213–241; *Sacha Garben*, Competition, Cooperation, and Solidarity in EU Law. A Federal Perspective, in: *Paolo Chiocchetti/Frédéric Allemand* (Hrsg.), Competitiveness and Solidarity in the European Union, London: Routledge 2018, 73–98 (74).

6 *Jürgen Habermas*, Im Sog der Technokratie. Ein Plädoyer für europäische Solidarität, in: ders., Im Sog der Technokratie. Kleinere politische Schriften XII, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2013, 82–111 (106).

lässt sich eine Grenze zwischen der Wirtschaftsverfassung und der politischen (Kern-)Verfassung kaum mit Präzision ziehen. Historisch gesehen steht die Wirtschaftsverfassung sowohl für den Versuch, das Wirtschaftsleben politischer Kontrolle zu unterwerfen,⁷ als auch für das gegenläufige Ansinnen, die Wirtschaft vor politischen Interventionen zu schützen.⁸ Insofern ist die Frage des Vorrangs der allgemeinen politischen (Kern-)Verfassung und ihres Verhältnisses zur Wirtschaftsverfassung kontingent; man kann sie nicht unabhängig von der konkreten Ausrichtung der Wirtschaftsverfassung beantworten.

Die Elemente der Wirtschaftsverfassung sind wie dieselbe auch einem historischen Wandel unterworfen. Während der Schutz des Eigentums vor staatlicher Regulierung für das 19. Jahrhundert kennzeichnend war, standen im 20. Jahrhundert zunächst Fragen der Bodenreform, der Sozialisierung der Produktionsmittel sowie der betrieblichen Organisation im Mittelpunkt. Die Krisen des frühen 20. Jahrhunderts verlagerten das Augenmerk der Wirtschaftsverfassung in der Nachkriegszeit auf Marktorganisation und Wettbewerb sowie auf das makroökonomische Instrumentarium. Ende des 20. Jahrhunderts verschob sich das Schwergewicht der Wirtschaftsverfassung unter dem Eindruck der Globalisierung sowie eines gewandelten Verständnisses von Staatsaufgaben auf die Rahmenbedingungen öffentlicher Finanzen.⁹ Jede dieser Schichten findet sich in der Wirtschaftsverfassung der EU wieder; sie wandeln sich beständig im Einklang mit der Rekalibrierung des Verhältnisses zwischen Freiheit und Solidarität.

Überhaupt ist das bezeichnende Merkmal der Wirtschaftsverfassung ihr beständiger Wandel. Dieser Wandel vollzieht sich in Gestalt eines Paradigmenwechsels.¹⁰ Den Paradigmen liegen jeweils spezifische Verständnisse des Verhältnisses von Freiheit und Solidarität zugrunde, die sich häufig an bestimmten Leitbildern orientieren, z.B. einer bestimmten Vorstellung von Wettbewerb, von öffentlichen Aufgaben, öffentlichen Finanzen oder Wohlfahrtsstaatlichkeit. Dabei alternieren apertistische und kontrahierende

7 Art. 151 bis 165 der Weimarer Reichsverfassung; *Otto Kirchheimer*, Die Grenzen der Enteignung, in: Hubertus Buchstein (Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften* Bd. I, Baden-Baden: Nomos 2017 (1930), 264–322 (298).

8 *Franz Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechts-schöpferische Leistung, Stuttgart: W. Kohlhammer 1937.

9 Vgl. *Ioannidis*, in diesem Band, III.2.

10 Locus classicus des Paradigmenbegriffs: *Thomas S. Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press 1962.

Paradigmen in dialektischem Wechsel.¹¹ Diese Dialektik ist im Kern des demokratischen Kapitalismus angelegt. Perioden der Öffnung führen zu einer Entfaltung von Freiheit, die über kurz oder lang die sozioökonomischen, ökologischen oder kulturellen Grundlagen dieser Ordnung untergräbt. Perioden der Schließung entfalten eine staatliche Maschinerie zur Erzeugung von Solidarität, die sich zur Bedrohung für die jeweilige Ordnung entwickelt, sei es, dass sie an finanzielle Grenzen stößt oder in Autoritarismus umschlägt, oder beides. Im Grunde treibt diese Dialektik nichts anderes als der die gesamte Moderne durchziehende Gegensatz zwischen Individualismus und Holismus, dem sie ihre Dynamik wie auch ihre Krisen verdankt.¹²

Jeder Paradigmenwechsel wirft dabei von neuem die Frage nach den Grenzen der Freiheit und der Solidarität auf. Er berührt damit Kernfragen gesellschaftlicher Identität, die über Prozesse der Inklusion und Exklusion festlegen, welche Personen in welchem Ausmaß von den Prozessen gesellschaftlicher Solidarität umfasst sind. Auf diese Weise wirkt die Wirtschaftsverfassung mit an der Bestimmung des Begriffs der Gesellschaft (vgl. Art. 2 EUV).¹³ Mehr noch: Diese Konkretisierung der Grenzen der Gesellschaft über die Festlegung der Solidargemeinschaft bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Grundwerte jener Gesellschaft (vgl. auch Art. 2 EUV). Denn davon hängt zumindest mittelbar ab, wer auf welche Weise über das Gemeinwesen mitbestimmen kann, wer Träger von mehr als nur fundamentalen Rechten ist oder vom Gleichheitssatz umfasst ist. Textliche Festlegungen dieser Grundwerte schützen nur bedingt gegen solche

11 Andreas Reckwitz, *Das Ende der Illusionen. Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2019, 239 ff.

12 Zur Entfaltung dieses Widerspruchs seit der Sattelzeit vgl. Poul F. Kjær, *The Law of Political Economy. An Introduction*, in: ders. (Hrsg.), *The Law of Political Economy. Transformation in the Function of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 1–30; zur Frühmoderne vgl. nunmehr mit Fokus auf den diesen Gegensatz überbrückenden naturrechtlichen Begriff der Notwendigkeit Mónica García-Salmones Rovira, *The Necessity of Nature. God, Science and Money in 17th Century English Law of Nature*, Cambridge: Cambridge University Press 2023, 12, 274 u.a. – Zur Krisenhaftigkeit der Moderne vgl. Jürgen Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1985, 26 ff. Der Gegensatz zwischen Individualismus und Holismus charakterisiert genauso die internationalen Beziehungen. Dazu Armin von Bogdandy/Sergio Dellavalle, *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*, Institute for International Law and Justice Working Paper (2008); Sergio Dellavalle, *Paradigms of Social Order. From Holism to Pluralism and Beyond*, Cham: Palgrave Macmillan 2021, 13 ff.

13 Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin: Suhrkamp 2021, 16 ff.

gesellschaftlichen Dynamiken, da die Grundwerte interpretationsabhängig und umsetzungsbedürftig sind.¹⁴ Mithin üben Paradigmenwechsel in der Wirtschaftsverfassung auch Einfluss aus auf den Standort eines politischen Systems auf der Skala zwischen demokratischem Weltbürgerrecht und autoritärem Ethnonationalismus.

Diesem Beitrag liegt die These zugrunde, dass sich gegenwärtig ein Wandel von einem apertistischen zu einem kontrahierenden Paradigma vollzieht, von einer Phase der Liberalisierung hin zu einer Phase der Integration. Dieser Wandel lässt sich in den Kapillaren des Sekundärrechts und der Rechtsprechung zu verschiedenen Unionspolitiken verfolgen. Er hat erhebliche Auswirkungen auf das Verständnis von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV, der Kernbestimmung der europäischen Wirtschaftsverfassung. Insofern sieht sich die Rolle des Staats und der Union gegenüber dem Markt gestärkt. Ob das in ein höheres Maß an sozialer Gerechtigkeit mündet, bleibt abzuwarten. Dafür dürften die Auswirkungen dieses Wandels auf das Verständnis der Grundwerte der EU gem. Art. 2 EUV erheblich sein. Es stellt sich die Frage, ob daraus eine Stärkung der Demokratie folgt oder gar eine Schwächung zugunsten autoritärer Anwandlungen. Wenngleich sich die Institutionen der EU, allen voran die Rechtsprechung, gegen autoritäre Tendenzen auf der Ebene der Mitgliedstaaten zur Wehr setzen,¹⁵ muss man solche Tendenzen, die auch auf Ebene der EU bestehen,¹⁶ als – nicht notwendiges, jedoch wahrscheinliches – Korrelat einer stärker integrativen Wirtschaftsverfassung sehen.¹⁷

Die Entfaltung dieser These beginnt mit einer Betrachtung des Normenmaterials in seinen historischen und systematischen Bezügen. Der Kern der Wirtschaftsverfassung, den ich zum Verfassungskern zähle, erweist sich

14 Vgl. Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen: Mohr 1968.

15 Vgl. Luke Dimitrios Spieker, *Werteverteidigung im Binnenmarkt? Das ungarische Transparenzgesetz auf dem Prüfstand des EuGH*, EuZW 2020, 854–858; Kim Lane Scheppelle/Dimitry Vladimirovich Kochenov/Barbara Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, After All. Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, YBEL 39 (2021), 3–121.

16 Mark Dawson/Floris de Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, Mod. L. Rev. 76 (2013), 817–844; Agustín José Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, GLJ 14 (2013), 453–526.

17 Zu autoritären Tendenzen der liberalen Demokratie allgemein vgl. Michael A Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford: Oxford University Press 2021.

dabei als kontextabhängig und ausfüllungsbedürftig (II.). Das lenkt den Blick auf die Theorie und Geschichte der Wirtschaftsverfassung. Sie steht im Spannungsfeld von Konflikten, die sich auf drei Achsen darstellen lassen (Staat-Markt, Union-Mitgliedstaaten, Demokratie-Autoritarismus). Die Position der Wirtschaftsverfassung innerhalb dieses Koordinatensystems unterliegt einer historischen Dynamik, die von der Dialektik zwischen öffnen-den (apertistischen) und schließenden (kontrahierenden) Phasen getrieben ist. Gegenwärtig bewegt sich diese Dynamik hin zur Schließung, d.h. zu stärkerer staatlicher Kontrolle, von den Mitgliedstaaten zur Union sowie von demokratischen zu autoritären Strukturen (III.). Dies lässt sich auch in der Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jener Bereiche nachvollziehen, die für die Wirtschaftsverfassung entscheidend sind, nämlich die Grundfreiheiten, die Regulierung des Wettbewerbs und die Grundrechte. So dienen etwa die Grundrechte, deren Anwendung die Grundfreiheitsdogmatik dominiert und überlagert, in ihren dynamischen Bereichen insbesondere der Durchsetzung des Unionsinteresses gegenüber den Mitgliedstaaten und Drittstaaten, weniger der Sicherung gesellschaftlicher Pluralität. Versuche zur Abwehr autoritärer Tendenzen geraten oft eher halbherzig (IV.). Dieser Befund mündet in eine Kritik der gegenwärtigen Wirtschaftsverfassung, die die in Art. 2 EUV niedergelegten Werte der Union nur unvollkommen verwirklicht und erhebliche ökologische, geopolitische und demokratische Risiken für die zukünftige Entwicklung birgt (V.).

II. Normschichten der Wirtschaftsverfassung

1. Kommandobrücke des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV i.V.m. Art. 9 und 26 AEUV

a) Historische Entwicklung des Texts

Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV stellt die Grundnorm der europäischen Wirtschaftsverfassung dar. Diese Norm hat im Verlauf der europäischen Integration bedeutende Veränderungen erfahren, deren Verlauf die rein wirtschaftliche Ausrichtung der europäischen Integration zugunsten eines umfassenden Gemeinwohlziels in Art. 3 Abs. 1 EUV und eines breitgefächerten Zielkatalogs in Art. 3 Abs. 3 bis 5 EUV relativiert hat.¹⁸ Unklar bleibt dabei jedoch die konstitutionelle Bedeutung der Ziele sowie ihr Verhältnis zur Gesetzgebung und Rechtsprechung.

¹⁸ *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.2.b; *Weber*, in diesem Band, II.2.

Der EWG-Vertrag von 1957 verwendete in Art. 2 den Begriff der „Aufgabe“ noch im Singular; eine Formulierung, die bis zum Entwurf des Verfassungsvertrags erhalten blieb. Einzige Aufgabe der EWG war demnach die Errichtung des Gemeinsamen Markts, dessen Eigenschaften Art. 3 EWG-Vertrag über einen Katalog von Zielen genauer definierte. Neben den Grundfreiheiten und sektoralen Politiken erwähnte Art. 3 EUV in Buchstabe f) auch die Errichtung eines Systems zum Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen. Soziale Ziele fanden dagegen spärliche Erwähnung, etwa im Begriff der „Steigerung der Lebenshaltung“ oder dem Europäischen Sozialfonds zur Arbeitsförderung, der aber nach marktwirtschaftlichen Prinzipien arbeitete und auf Personen in Normalarbeitsverhältnissen begrenzt war.¹⁹

Der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986 ist der Begriff des Binnenmarkts zu verdanken;²⁰ er steht für die Revitalisierung der positiven Integration auf Grundlage des Art. 114 AEUV und der Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit.

Der Vertrag von Maastricht relativierte jedoch durch die Gründung der Europäischen Union als politischem Verband ein Stück weit die Bedeutung des Binnenmarkts. Zwar führte Art. B des EU-Vertrags von 1992 den Binnenmarkt an erster Stelle auf, stellte ihm aber als weitere Ziele die GASP, die Unionsbürgerschaft sowie die Zusammenarbeit auf den Bereichen Justiz und Inneres an die Seite. Darüber hinaus stärkte er die soziale Ausrichtung des Binnenmarkts, der nun nach Art. B EUV ausdrücklich dem wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt dienen solle. Art. 2 EGV verpflichtete die Union auf ein nicht nur harmonisches, sondern auch ausgewogenes Wirtschaftswachstum. Außerdem qualifizierte der Vertrag das Wachstumsziel durch eine Verpflichtung auf Umweltverträglichkeit, ein hohes Beschäftigungsniveau sowie die Konvergenz der Wirtschaftsleistungen. Aus dem Ziel einer „engeren Beziehung“ zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 2 EWG-Vertrag wurde folgerichtig die Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts sowie der Solidarität – jener Gegenbegriff zu den Marktfreiheiten, der damit erstmals die Bühne der Verträge betrat. Für die Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) statuierte der Vertrag von Maas-

19 Simone Paoli, A European Society? Social Policy and Migration, in: Brigitte Leucht/Katja Seidel/Laurent Warlouzet (Hrsg.), Reinventing Europe. The History of the European Union, 1945 to the Present, London: Bloomsbury Academic 2023, 221–239 (223 ff.).

20 ABl. 1987 L 169/1.

tricht demgegenüber das Ziel einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 119 Abs. 1 und 127 Abs. 1 AEUV).²¹

Der Vertrag von Amsterdam erweiterte nochmals die Palette der Vertragsziele um soziale und ökologische Komponenten. So verpflichtete er die Union auf ein hohes Maß an sozialem Schutz (Art. 2 EGV), die jedoch die zeittypische Betonung eines hohen Grads an Wettbewerbsfähigkeit wieder relativiert. Mit dem Vertrag von Amsterdam fanden ferner die Gleichstellung der Geschlechter und der Begriff der nachhaltigen Entwicklung Eingang in die Kernbestimmungen der europäischen Wirtschaftsverfassung.

Ein deutlicher Bruch erfolgte mit dem Vertrag von Lissabon. Drei Elemente sind dafür kennzeichnend, die die Diskussionen zur Wirtschaftsverfassung auf dem Verfassungskonvent dominierten und auch bereits in dem gescheiterten Verfassungsvertrag enthalten waren. Sie betreffen die Stellung der Wirtschaftsverfassung im Allgemeinen, den Bedeutungsgewinn des Nachhaltigkeitsbegriffs sowie die Rekalibrierung des Verhältnisses zwischen Markt und staatlicher Intervention durch den Begriff der sozialen Marktwirtschaft.

Was die Stellung der Wirtschaftsverfassung betrifft, so relativierte sie der Vertrag von Lissabon, indem er den Binnenmarkt von seiner privilegierten Position im ehemaligen Art. 2 EGV bzw. an der Spitze des früheren Art. 2 EUV zurückdrängte, zunächst auf Art. 3 Abs. 2 des Verfassungsentwurfs, schließlich auf Art. 3 Abs. 3 des Verfassungsvertrags bzw. des EUV in der Fassung von Lissabon. Der Binnenmarkt ist nun nur noch ein Ziel unter anderen zur Verwirklichung der Werte, des Wohlergehens und des Friedens – dem nunmehr umfassenden Gemeinwohlziel gemäß Art. 3 Abs. 1 EUV. Der Gemeinsame Markt bzw. Binnenmarkt ist zwar weiterhin ein Ziel der EU und insofern nicht vollendet,²² aber nicht mehr das einzige bzw. wesentliche.²³ Der Satz, die EU-Verfassung sei hauptsächlich eine Wirtschaftsverfassung, stimmt nicht mehr. Die Ziele der Wirtschaftsverfassung sind kein Selbstzweck, sondern dem Vertragszweck eines geeinten Europas (Art. 1 EUV) untergeordnet, welches sich den Werten des Art. 2 EUV verpflichtet fühlt. Andernfalls wäre eine Werteverfassung nicht plausibel.

21 Dazu *Cordula Stumpf*, § 23 Das Recht der sozialen Marktwirtschaft im Binnenmarkt, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Bd. 4: Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2021, 1471–1510 (Rn. 9).

22 S.o. II.1.

23 EuGH, Urteil v. 29.9.1987, Rs. 126/86, ECLI:EU:C:1987:395, Rn. 10 – *Giménes Zaera*.

Dieser Gewichtsverlust der Wirtschaftsverfassung entspricht dem Wandel der europäischen Union von einem wirtschaftlichen Zweckverband zu einer politischen Gesellschaft. Dementsprechend fanden Freiheit und Solidarität Eingang in den Wertekatalog des Art. 2 EUV in der Lissabonner Fassung, der die Gesellschaft ganzheitlich beschreibt, einschließlich ihrer wirtschaftlichen Aspekte. Bezeichnenderweise kommt es zu diesem – in seinen Ursprüngen weit zurückreichenden²⁴ – Bedeutungswandel in Art. 1 der EEA sowie dann in der Rechtsprechung 1991 in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Vertrag von Maastricht und den Konstitutionalisierungsprozessen im Bereich der Grundfreiheiten.²⁵ Auch aus dem Gutachten 2/13 sowie dem CETA-Gutachten geht hervor, dass diese Herabstufung des Binnenmarktziels das Ergebnis der Konstitutionalisierung des Unionsrechts ist.²⁶

Dem Wandel zur politischen Gesellschaft entspricht die Neupositionierung des Begriffs der Nachhaltigkeit an den Anfang des zweiten Satzes von Art. 3 Abs. 3 EUV, gleich hinter dem Binnenmarktziel. Während Art. 2 EGV in der Fassung des Vertrags von Amsterdam die nachhaltige Entwicklung noch als eines unter vielen Zielen des Gemeinsamen Markts begriff, kommt der nachhaltigen Entwicklung nunmehr eine Vorrangstellung zu. Die bisher gleichrangigen Ziele wie Wirtschaftswachstum und sozialer Fortschritt sowie Beschäftigung werden lediglich als Hintergrundannahmen beziehungsweise Konkretisierungen des Begriffs der nachhaltigen Entwicklung

24 Frank Schorkopf, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, JZ 75 (2020), 477–485.

25 EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490, Rn 16–18 – *EWR I*: „Was dagegen die Gemeinschaft betrifft, so hat sich die Freihandels- und Wettbewerbsregelung, die das Abkommen auf das gesamte Hoheitsgebiet der Vertragsparteien ausdehnen will, in der Rechtsordnung der Gemeinschaft entwickelt und fügt sich in diese Rechtsordnung ein, deren Ziele über das mit dem Abkommen verfolgte Ziel hinausgehen. Wie sich nämlich insbesondere aus den Artikeln 2, 8a und 102a EWG-Vertrag ergibt, strebt dieser eine wirtschaftliche Integration an, die in einen Binnenmarkt und in eine Wirtschafts- und Währungsunion mündet. Zudem verfolgen die Gemeinschaftsverträge in ihrer Gesamtheit nach Artikel 1 der Einheitlichen Europäischen Akte das Ziel, zu konkreten Fortschritten auf dem Wege zur Europäischen Union beizutragen. Aus dem Vorstehenden folgt, daß die Bestimmungen des EWG-Vertrags, die den freien Verkehr und den Wettbewerb regeln, keineswegs ein Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Verwirklichung dieser Ziele sind.“

26 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 165–172, insbesondere 170 – *EMRK II*; EuGH, Gutachten 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 110 mit Bezug auf Art. 2 EUV – *CETA*.

eingeführt, dem begrifflich eine kontrollierende Funktion zukommt. Als zeittypischer Konsensbegriff löste er wenige Kontroversen aus.

Letzteres lässt sich über den Begriff der sozialen Marktwirtschaft nicht sagen. Zwar handelte es sich dabei um keine der vier zentralen Problemfelder, die der Verfassungskonvent bearbeiten sollte. Jene bewegten sich vor dem Hintergrund des vorausgegangenen Streits um den Vertrag von Nizza rein im Institutionellen und Kompetenziellen.²⁷ Allerdings thematisierte bereits die Laeken-Erklärung auf maßgeblich französisches Betreiben hin die Weiterentwicklung der sozialen Dimension.²⁸ Die schlechte wirtschaftliche Lage mit hoher Arbeitslosigkeit zu Anfang des Jahrtausends machte dies unausweichlich.

Entscheidend für die Entwicklung des Texts hin zum Lissabonner Vertrag war eine Arbeitsgruppe des Konvents zum sozialen Europa um den griechischen PASOK-Delegierten *Giorgos Katiforis*. Ihr Bericht stellte „*social justice, solidarity, equality*“ als Grundwerte der EU heraus und empfahl sie zur Aufnahme in Art. 2 des Verfassungsvertrags.²⁹ Der Bericht war insgesamt deutlich ambitionierter als sämtliche späteren Textfassungen und schloss z.B. die Einbeziehung des sozialen Friedens und sozialer Dienste mit ein. Auch wenn vieles davon auf dem Weg zum Vertrag von Lissabon verloren ging, finden sich nahezu sämtliche sozialpolitisch fortschrittlichen Begrifflichkeiten bereits in diesem Bericht.

Der erste Entwurf des Verfassungsvertrags sprach noch von „sozialer Gerechtigkeit“, führte bereits den Begriff der Vollbeschäftigung ein und übernahm aus dem bisherigen Unionsvertrag den Begriff des sozialen Fortschritts sowie das Ziel des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts.³⁰ Die Preisstabilität fand dagegen zugunsten einer allgemeinen Bezugnahme auf die Wirtschafts- und Währungsunion keine Erwähnung.

27 Vgl. *Norbert K. Riedel*, Der Konvent zur Zukunft Europas. Die Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, ZRP 35 (2002), 241–247 (244 f.).

28 *Daniel Göler*, Der Gipfel von Laeken. Erste Etappe auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?, integration 25 (2002), 99–110 (103).

29 Final report of Working Group XI on Social Europe (Chairman: Giorgos Katiforis), CONV 516/1/03 Rev 1, 4. Februar 2003, <https://wayback.archive-it.org/org-1495/20200226195703/http://europeanconvention.europa.eu/pdf/reg/en/03/cv00/cv00516-re01.en03.pdf>.

30 Praesidium of the European Convention, Draft of Articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty, CONV 528/03, 6. Februar 2003, <https://wayback.archive-it.org/org-1495/20200228015423/http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/en/03/cv00/cv00528.en03.pdf>.

Im Laufe des Konventionsprozesses wichen jedoch „soziale Gerechtigkeit“ dem überparteilich konsensfähigen Begriff der „sozialen Marktwirtschaft“. Der Begriff suggeriert eine Anleihe beim Gedankengut der frühen Bundesrepublik,³¹ wanderte aber auf Umwegen in die europäische Verfassungsdebatte. Das Europäische Parlament favorisierte seit 1993 den Begriff der sozialen Marktwirtschaft, der das vorherige Konzept des europäischen Sozialmodells ablöste. Damit einher ging eine Akzentverschiebung von mitgliedstaatlicher zu europäischer Regulierung. Konkret verwendete das Europäische Parlament den Begriff zur Abwehr britischer Versuche, regulierende Eingriffe durch Sekundärrecht zurückzudrängen und die EU eher dem amerikanischen Modell des Finanzliberalismus anzunähern. Die Festlegung auf soziale Marktwirtschaft kam in diesem Zusammenhang einem Bekenntnis zu einer starken Union gleich. Im Umkehrschluss bedeutete dies, dass die wirtschaftsverfassungsrechtliche Richtung der Union mit diesem Begriff, eingeführt durch einen Christdemokraten, alles andere als festgelegt war.³²

„Soziale Marktwirtschaft“ war denn auch als begriffliches Angebot bereits im Katiforis-Bericht enthalten; es fand Unterstützung in einem parteiübergreifenden Vorschlag.³³ Weitergehende Vorschläge zur Bezugnahme auf das europäische Sozialmodell blieben ohne Erfolg,³⁴ was aufgrund der bisherigen Funktion dieses Begriffs in europäischen Debatten nicht weiter erstaunt. Konservative Vertreter um *Elmar Brok* konnten sich selbstverständlich mit dem Begriff der sozialen Marktwirtschaft identifizieren, wollten aber noch spezifische Ziele der WWU aufnehmen wie nichtinflationäres Wachstum und stabile öffentliche Finanzen; den Begriff der Vollbeschäftigung wollten sie dagegen zugunsten des bisherigen höheren Beschäftigungsniveaus wieder streichen.³⁵ Nur mit dem Begriff der Preisstabilität hatten sie Erfolg, der als letzter Bestandteil des „magischen Vierecks“ Auf-

³¹ So Peter Nedergaard/Holly Snaith, ‚As I Drifted on a River I Could Not Control‘: The Unintended Ordoliberal Consequences of the Eurozone Crisis, JCMS 53 (2015), 1094–1109; Stumpf (Fn. 21) Rn. 28 ff.

³² Hugo Canihac/Francesco Laruffa, From an Ordoliberal Idea to a Social-Democratic Ideal? The European Parliament and the Institutionalization of ‚Social Market Economy‘ in the European Union (1957–2007), JCMS 60 (2021), 867–884.

³³ Vorschlag der Delegierten Farnleitner (ÖVP), Duhamel (Parti socialiste), Fischer (Grüne), Paciotti (Democrazia di sinistra) u.a., Working Group XI „Social Europe“, Comments on the Preliminary Draft Report, WD 42 Rev 1, 24.1.2003, 30 ff.

³⁴ Ebd., Vorschlag der Delegierten Lichtenberger, Voggenhuber, Nagy.

³⁵ Ebd.

nahme in den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kern fand (Preisstabilität, Vollbeschäftigung, ausgewogenes Wachstum und die schließlich in Art. 3 Abs. 5 EUV thematisierte außenwirtschaftliche Stabilität).³⁶ Weitergehende Vorschläge der Delegierten *Teufel* und *Heathcoat-Amory*, von Marktwirtschaft statt „sozialer Marktwirtschaft“ zu sprechen, waren chancenlos.³⁷ Auch liberale Vorstellungen von Wettbewerbsfähigkeit mussten Federn lassen. Der seit Beginn bestehende Bezug auf den unverfälschten Wettbewerb, zuletzt in Art. 3 g) EGV (Amsterdam) geregelt, flog durch den Konvent aus dem Vertrag; es blieb nur die Qualifikation der sozialen Marktwirtschaft als eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige“.

Diese Änderungen wurden weitestgehend in Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV in der Fassung des Lissabonner Vertrags übernommen. Der abgeschwächte Wettbewerbsbegriff blieb bestehen wegen französischer Erfahrungen im Zuge des gescheiterten Referendums. Nur um wettbewerbsrechtliches Sekundärrecht zu erhalten, das sich auf Art. 352 AEUV stützte, einigten sich die Mitgliedstaaten auf Protokoll Nr. 27.³⁸

Mithin erweist sich die KonVENTsmethode als entscheidender Kippunkt hin zu einer ausgewogeneren Wirtschaftsverfassung. Sie betont den Gedanken der Nachhaltigkeit und trägt Freiheit und Solidarität gleichermaßen Rechnung: Der Text, seine Entstehungsgeschichte und sein Zusammenhang mit Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 EUV sprechen jeweils gegen einen klaren Primat des Markts oder des Staats – genauso wie Art. 2 EUV keine Hierarchie zwischen Freiheit und Solidarität etabliert.³⁹ Der Zentralbegriff der sozialen Marktwirtschaft trägt vielmehr beiden Polen Rechnung und öffnet sich als überparteiliche Kompromissformel verschiedenen Verständnissen. Dementsprechend erlaubt Art. 3 Abs. 3 EUV keine konzeptionelle Unterscheidung zwischen einem reinen, von staatlichen Interventionen freigedachten Markt einerseits und sozialpolitischen Gestaltungsaufträgen andererseits. Er geht vielmehr davon aus, dass Märkte erst durch das Recht

36 Vgl. *Jörg Philipp Terhechte*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, C.H. Beck: München 2024, Art. 3 EUV, Rn. 49. Zum magischen Viereck vgl. *Matthias Schmidt-Preuß*, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?, *Staat und Politik* 11 (1972), 341 f.

37 *Reactions to draft Articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty – Analysis*, CONV 574/1/03 REV 1, 26.2.2003, S. 27.

38 *Jean-Paul Jacqué*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 3 EUV, Rn. 5.

39 Vgl. *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, III.1, aufgrund der Entstehung und Rechtspraxis; a.A. allein aufgrund des Wortlauts *Stumpf* (Fn. 21), Rn. 40.

konstruiert werden.⁴⁰ Sie sind dabei vorne herein so zu gestalten, dass sie den verschiedenen Zielen des Art. 3 Abs. 3 EUV in jeweils demokratisch festzulegender Weise Rechnung tragen.⁴¹ Demnach ist die Existenz oder Eröffnung eines Markts nicht weniger rechtfertigungsbedürftig als staatliche Interventionen.

Dieser – von mancher Seite sogleich beklagte⁴² – Dammbruch ist nicht nur der KonVENTsmethode geschuldet, die schon allein aufgrund des erheblichen Zeitdrucks dem Katiforis-Bericht prägende Kraft zugestand. Er geht auch zurück auf eine spezifische historische Konstellation, in der sich in Deutschland in konservativen Kreisen die europapolitische Phantasie auf die – in anderen Mitgliedstaaten auf wenig Resonanz stoßende – Frage der Kompetenz-Kompetenz kaprizierte,⁴³ während die Sozialdemokratie und die Grünen im Zuge der Hartz-IV-Reformen mit der Demontage des Sozialstaats beschäftigt waren. An der Arbeitsgruppe zu „Social Europe“ waren deutsche Konservative weitgehend unbeteiligt.⁴⁴ Den bauernschlauen Vorstößen des Katiforis-Berichts, der mit dem Begriff der sozialen Marktwirtschaft nostalgische Gefühle unter den dominierenden Deutschen auslöste,⁴⁵ hatten konservative oder liberale Kräfte schlicht nichts entgegen-

- 40 Vgl. bereits *Karl Polanyi*, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston: Beacon Press 1944, 71ff.; *Justin Desautels-Stein*, *The Market as a Legal Concept. Classic Liberalism, Modern Liberalism, Pragmatic Liberalism*, in: Ugo Mattei/John D. Haskell (Hrsg.), *Research Handbook on Political Economy and Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, 29–43.
- 41 Anders *Peter-Christian Müller-Graff*, §1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht. Das System, in: ders. (Fn. 21), 53–128, Rn. 22, 43 ff.; allein aufgrund grammatischer Auslegung auch *Stumpf* (Fn. 21) Rn. 22.
- 42 *Jürgen Basedow*, Das Sozialmodell von Lissabon. Solidarität statt Wettbewerb?, EuZW 19 (2008), 225–226.
- 43 Legendär ist insoweit die Rede *Edmund Stoibers*: „Verfassung, das bedeutet letzten Endes ... Kompetenz-Kompetenz. Kompetenz-Kompetenz. Wer hat die Kompetenz Kompetenz?“ Quelle: <https://www.youtube.com/watch?v=du85qeZrAt4>.
- 44 Der CSU-Delegierte *Joachim Würmeling* (stellvertretendes Mitglied) konzentrierte sich in seiner Intervention auf den Kampf gegen die ohnehin wenig zukunftsträchtige Offene Methode der Koordinierung, vgl. Working Group XI „Social Europe“, Comments on paragraphs 4 to 7 of the Mandate by Mr Joachim Wuermeling, WD 23, 7.1.2003, <https://wayback.archive-it.org/org-1495/20200227201035/http://europeana-convention.europa.eu/docs/wd11/6620.pdf>. Mitglieder der Arbeitsgruppe waren von deutscher Seite daneben die Sozialdemokraten *Jürgen Meyer* und *Sylvia-Yvonne Kaufmann*. Das Sekretariat bestand weitgehend aus Franzosen; unter den Experten war kein Deutscher, dagegen der britische Sozialökonom *Tony Atkinson*.
- 45 Vgl. zur Begriffsgeschichte *Christian Joerges/Florian Rödl*, „Social Market Economy‘ as Europe’s Social Model?, EUI Working Paper LAW No. 8 (2004), 18.

zusetzen. Der Vorschlag von *Teufel* und *Heathcoat-Amory* wirkte wie aus der Zeit gefallen.

Der grundlegenden Änderung des Vertragstexts an sich kam jedoch unmittelbar geringe praktische Bedeutung zu. Überhaupt dürfte eine Änderung eines Verfassungsdokuments allein kaum einen Paradigmenwechsel auslösen, wenn nicht weitere politische, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Umstände hinzutreten. Im Fall des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV materialisieren sich die im Text angelegten Potenziale erst Stück für Stück in der derzeitigen Phase des integrativen Konstitutionalismus.⁴⁶

b) Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV als Teil der Kernverfassung

Dieses Werk erschließt das europäische Verfassungsrecht aus der Perspektive ihrer Kernverfassung. Dieser Begriff ist nicht den Verträgen entlehnt, sondern Ergebnis einer wissenschaftlichen Analyse.⁴⁷ Insofern stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV zur Kernverfassung.

Nach dem dieses Projekt leitenden Vorschlag beginnt die Kernverfassung bei Art. 1 und endet bei Art. 3 Abs. 1 EUV, da nur diese Vorschriften die EU und die Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffen, während Art. 3 Abs. 2 bis 6 EUV die Ziele der Union adressieren, den Blick also gewissermaßen vom Ganzen weg schwenken und auf die Union richten. Demnach gehört Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV nicht zur Kernverfassung.⁴⁸

Ich trete dieser Auffassung entgegen. Nach meinem Dafürhalten gehört der gesamte Artikel 3 EUV zur Kernverfassung. Dafür spricht zum einen die Struktur des Texts. Art. 3 EUV ist ein in sich geschlossener Artikel. Genauso eine Analyse, die erstmals den Zusammenhang der unterschiedlichen Absätze des Art. 1 EUV erschließt,⁴⁹ sollte über diese formalen Gestaltungsfragen nicht hinweggehen. Auch spricht Art. 1 Abs. 1 EUV in der insoweit differenzierteren englischen Fassung von „objectives they [= die Mitgliedstaaten, MG] have in common“; eine Sprachregelung, die Art. 3 Abs. 6 EUV wieder aufgreift. Die Ziele der Union („its objectives“) sind damit die Ziele der in ihr vereinigten Mitgliedstaaten und vom Gesamtprojekt nicht zu trennen.

46 S.u. III.4 sowie im Einzelnen Teil IV.

47 Vgl. von Bogdandy/Bast, in diesem Band, III.1.

48 Ebd.

49 Ebd.

Auch die Entstehungsgeschichte zeigt die enge Verwobenheit von Art. 3 Abs. 2 bis 6 EUV mit den unstreitigen kernverfassungsrechtlichen Vorschriften. Die entsprechenden Arbeitsgruppen diskutierten diese Vorschriften ganzheitlich.⁵⁰ Werte und Ziele bildeten einen engen Zusammenhang. Im Verlauf des Konvents wanderte der Begriff der Solidarität aus dem heutigen Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV in Art. 2 S. 2 EUV. Der soziale Friede wurde nicht eigens erwähnt; schließlich findet sich in Art. 3 Abs. 1 EUV der Begriff des Friedens.⁵¹

Dazu geht systematisch gesehen die Bedeutung von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV über das reine Primär- und Sekundärrecht der Union hinaus. Ein Ziel wie die Vollbeschäftigung oder der soziale Fortschritt bleibt sinnlos, wenn es nur durch das Handeln der Union bewirkt werden soll, der dazu offensichtlich in den meisten Fällen die Kompetenzen fehlen. Dieses Verständnis war auch in der Arbeitsgruppe zum sozialen Europa vorhanden, wo zur Erreichung der genannten Ziele mittels mitgliedstaatlicher Kompetenzen die Offene Methode der Koordinierung im Raum stand.

Schlussendlich stößt ein hierarchisches Verhältnis zwischen Art. 2 EUV und Art. 3 Abs. 1 EUV einerseits sowie Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV andererseits auch teleologisch auf Bedenken. Werte und übergeordnete Gemeinwohlziele bieten zwar eine wichtige Orientierungsfunktion, sind aber ihrerseits konkretisierungsbedürftig. Freiheit und Solidarität stehen in keinem naturgegebenen Verhältnis zueinander; ihre Grenze findet eine stetige Neubestimmung durch die Gesetzesanwendung und administrative sowie justizielle Praxis. Insofern erschließt sich mir nicht der Zweck einer Grenzziehung zwischen Art. 3 Abs. 1 EUV und den folgenden Absätzen. Sie könnte allenfalls dazu führen, dass die Entwicklungsoffenheit⁵² der Wirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon zugunsten einer latent depolitisierenden, stärker justiziellem Determination weicht,⁵³ welche die notwendige Grundlage politischer Integration einer freiheitlichen Gesellschaft in gelebter Solidarität aus den Augen geraten lassen könnte.

⁵⁰ Vgl. Final report of Working Group XI on Social Europe (Fn. 29).

⁵¹ Vgl. Weber (Fn. 18).

⁵² Vgl. Terhechte (Fn. 36), Rn. 23.

⁵³ In diesem Sinne lehnt Müller-Graff (Fn. 41), Rn. 3, gar den Begriff der Wirtschaftsverfassung ab.

c) Bedeutung der einzelnen Begriffe

Der mit dem Gemeinsamen Markt identische⁵⁴ Binnenmarkt (Satz 1) ist ein Ziel der Union, nicht nur ein Institut des Unionsrechts. Diese Einordnung verleiht ihm eine Teleologie. Der Binnenmarkt dient seit den Anfängen in der Nachkriegszeit der Stabilisierung Europas und damit letztlich dem Friedensschutz.⁵⁵ Er ist stetig weiter zu entwickeln bzw. nachzusteuern. Das betrifft auch die den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen im Bereich der Fiskal-, Wirtschafts- und Sozialpolitik. Die Erwartung fortschreitender Liberalisierung ist mit dem Binnenmarkt dagegen nicht mehr notwendigerweise verbunden, da die positive Integration seit der Einheitlichen Europäischen Akte eine bedeutende Rolle spielt und eine in diesem Zusammenhang erfolgende Harmonisierung der Rechtsvorschriften auch ein hohes Schutzniveau aufweisen kann.⁵⁶

Eine Erwartung kontinuierlicher Liberalisierung folgt auch nicht aus Art. 9 AEUV oder Art. 26 AEUV, die das Binnenmarktziel weiter konkretisieren. Die Verknüpfung des Binnenmarkts mit den Grundfreiheiten im Normtext des Art. 26 Abs. 2 AEUV räumt den Grundfreiheiten nicht etwa für den Regelfall Priorität gegenüber den Grundrechten (so aber Rs. *Schmidberger*)⁵⁷ oder dem mitgliedstaatlichen Recht (so aber Rs. *Keck*, *Viking*)⁵⁸ ein; die vieldiskutierte liberale Tendenz der Wirtschaftsverfassung resultiert erst aus der Auslegung der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof nach Maßgabe des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.⁵⁹ Doch auch diese liberale Seite der Grundfreiheiten kann durch Ordnungspolitik auf Gemeinschaftsebene eingefangen werden, welche nicht an die Grund-

54 Zur Identität der Begriffe des Gemeinsamen Markts und des Binnenmarkts *Jürgen Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 36), Art. 26 AEUV, Rn. 14; *Jörg Philipp Terhechte*, Der Vertrag von Lissabon. Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 43 (2008), 143–189 (177); zum unklaren Verhältnis zwischen den zwischenzeitlich parallel verwendeten Begriffen des Gemeinsamen Markts und Binnenmarkts *Stephen Weatherill*, The Internal Market as a Legal Concept, Oxford: Oxford University Press 2016, 18 f.

55 *Weatherill* (Fn. 54), 15.

56 Siehe i.E. unten IV.

57 EuGH, Urteil v. 12.6.2003, Rs. C-112/00, EUCLI:EU:C:2003:333 – *Schmidberger*.

58 EuGH, Urteil v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, EUCLI:EU:C:1993:905 – *Keck*; Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, EUCLI:EU:C:2007:772 – *Viking*.

59 S.u. IV.

freiheiten gebunden ist.⁶⁰ Der Binnenmarktbegriff ist mithin offen gegenüber einer großen Bandbreite an Varianten des Kapitalismus, was die Vorschrift des Art. 345 AEUV eindrucksvoll bestätigt. Nur eine vollständige Staatswirtschaft ist wohl ausgeschlossen; sie dürfte auch mit innerstaatlichen Grundrechtsgarantien wie den Art. 12 und 14 GG kaum vereinbar sein.

Im Unterschied zum Binnenmarktbegriff fehlt es den weiteren Zielen der Wirtschaftsverfassung, die in Satz 2 von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV erwähnt sind, jeweils für sich genommen an wirtschaftspolitischer Neutralität. Besonders die Begriffe der hohen Wettbewerbsfähigkeit sowie der Preisstabilität deuten auf eine privatwirtschaftlich organisierte Ordnung hin, die individuelle wirtschaftliche Betätigungs freiheit verbürgt und dem Staat Restriktionen auferlegt. Im Einklang hiermit steht der Begriff des Wachstums. Er evoziert das alte Versprechen der sozialen Marktwirtschaft,⁶¹ wonach sozialer Fortschritt besonders durch Wachstum zu erreichen sei. Die Arbeitskosten sollen sich also langfristig auf hohem Niveau angeleichen, nicht auf durchschnittlichem Niveau, wozu die Hochlohnländer einseitig Marktanteile an Niedriglohnländer abgeben müssten, damit die Nachfrage nach Arbeit sinkt.⁶²

Gegenläufig zu den erwähnten Begriffen verhält sich der verfassungsgeschichtlich deutlich jüngere Begriff der Nachhaltigkeit. Dieser Begriff hat seinen Siegeszug auch in der globalen Wirtschaftsverfassung dem Umstand zu verdanken, dass er den Primat des in BIP-Werten gemessenen Wachstums als *conditio sine qua non* des sozialen Fortschritts in Frage stellt.⁶³ Vielmehr kombiniert er gerade ökonomische mit den in Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV nochmals separat betonten ökologischen sowie mit sozialen

⁶⁰ Armin von Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, JZ 2001, 157–171 (165 f.), Streitstand s.u. IV.I.c.

⁶¹ S.u. III.2.

⁶² Florian Rödl, Arbeitsverfassung, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 855–904 (863 ff.).

⁶³ Joseph Stiglitz/Amartya Sen/Jean-Paul Fitoussi, The Measurement of Economic Performance and Social Progress Revisited, Observatoire Français des Conjonctures Économiques (OFCE), Documents de Travail (2009) No. 33; derselbe Gedanke liegt den Sustainable Development Goals zugrunde.

Aspekten.⁶⁴ Sämtliche Aspekte sind demnach gegeneinander abzuwägen.⁶⁵ Zweifel sind jedoch erlaubt, ob eine derart harmonistische, idealisierende Vorstellung noch mit einer von existentiellen Krisen und handfesten Verteilungskonflikten geprägten Wirklichkeit im Einklang steht.⁶⁶

Die Förderung von wissenschaftlichem und technischem Fortschritt in Art. 3 Abs. 3 UA 1 Satz 3 EUV ist wirtschaftspolitisch hingegen weitgehend neutral, aber inzwischen unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 EUV nicht ganz unbedeutend. Wissenschaft und technischer Fortschritt haben neben ihrer ökonomischen Bedeutung auch eine unbestrittene politische Dimension, da sie die Grundlage rationaler Deliberation in sämtlichen Politikfeldern bilden. Ihnen ist es auch zu verdanken, dass weite Teile der Bevölkerung politisch partizipieren können; sei es, weil sie dazu wirtschaftlich und intellektuell in der Lage sind, sei es, dass sie die technischen Möglichkeiten der Partizipation erhalten haben. Mithin unterstreicht die Erwähnung von Wissenschaft und Technik den engen Zusammenhang zwischen Wirtschaftsverfassung und politischer Verfassung.

Der Grundsatz des Zusammenhalts und der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten greift den Begriff der Solidarität aus Art. 2 EUV auf. Es handelt sich hierbei um jeweils spezifische Manifestationen des vom EuGH kürzlich festgestellten allgemeinen unionalen Solidaritätsgrundsatzes,⁶⁷ einmal auf Ebene der Werte, einmal auf Ebene der Ziele. Dies zeigt einmal

64 Einflussreiche Definition bei *Gro Harlem Brundtland*, Our Common Future. Call for Action, Environmental Conservation 14 (1987), 291–294 (292): „We have defined [sustainability] as meeting the needs and aspirations of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their needs. It is a form of progress for social and economic development that enhances the resource-base rather than degrades it. It requires a more equitable distribution of wealth than currently prevails within and among nations, and it aims at the eradication of global mass-poverty.“ Begriffshistorischer Überblick bei Andreas Glaser, Nachhaltige Entwicklung und Demokratie. Ein Verfassungsrechtsvergleich der politischen Systeme Deutschlands und der Schweiz, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, 45 ff.

65 Johanna Monien, § 5 Nachhaltige Entwicklung als Umweltrechtsprinzip, in: Ines Härtel (Hrsg.), Nachhaltigkeit, Energiewende, Klimawandel, Welternährung, Baden-Baden: Nomos 2014, 142–167 (147 ff.); Astrid Epiney, Nachhaltigkeitsprinzip und Integrationsprinzip, in: Wolfgang Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 103–116.

66 Dazu s.u. Teil V. Zur Kritik des Nachhaltigkeitsbegriffs vgl. etwa Julian Reid, Interrogating the Neoliberal Biopolitics of the Sustainable Development-Resilience Nexus, International Political Sociology 7 (2013), 353–367.

67 EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 38 f. – OPAL; weiter konkretisiert ist der Solidaritätsgrundsatz etwa in Art. 122 Abs. 1 oder Art. 194 AEUV.

mehr die enge Verwobenheit der beiden Vorschriften des Art. 2 und 3 EUV, die deshalb beide der Kernverfassung zuzurechnen sind.

d) Normative Offenheit

Angesichts der Offenheit der Wirtschaftsverfassung auf der Ebene der „Kommandobrücke“ bleibt ihre letztendliche Fahrtrichtung in erheblichem Maß dem Zusammenspiel der Institutionen auf europäischer und auch auf mitgliedstaatlicher Ebene überlassen. Die Wirtschaftsverfassung ist daher auf dieser Ebene politökonomisch gestaltungsbedürftig und schließt nur die Extreme einer Planwirtschaft bzw. eines radikalen Markoliberalismus aus.⁶⁸ Die Unionsorgane sind zu ihrer weiteren Konkretisierung berufen. Nach der demokratischen Ausrichtung der Union (Art. 2, 9–12 EUV) fällt diese Aufgabe primär den politischen Institutionen des Rats, des Parlaments und auch der Kommission zu, nicht jedoch der Rechtsprechung.⁶⁹

Die einzige Richtungsentscheidung, die sich dem Katalog der Ziele entnehmen lässt, ist die der Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Ziele. Das bringt bereits der Begriff der Nachhaltigkeit zum Ausdruck, der auf Abwägung widerstreitender Belange abzielt. Der nach historischem Verständnis „gemischte“ Charakter der sozialen Marktwirtschaft bestätigt diesen Be fund. Diese Gleichwertigkeit ist für die weiteren Normenschichten der Wirtschaftsverfassung maßgeblich. Das betrifft nicht nur die Grundfreiheiten und das Sekundärrecht, sondern auch die Wirtschafts- und Währungsunion. Konkret bedeutet dies z.B., dass die Priorisierung der Preisstabilität in Art. 127 AEUV die Ziele des Art. 3 Abs. 3 EUV wie den sozialen Fortschritt und die Nachhaltigkeit fördern muss und nicht gefährden darf.⁷⁰ Dies ist bei der Konkretisierung des Begriffs der Preisstabilität durch die EZB, mit

⁶⁸ Clemens Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, London: Bloomsbury 2016, 218 ff.

⁶⁹ Gegen Integration durch Recht, siehe Teil V.

⁷⁰ Ulrich Häde, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. I19 AEUV, Rn. 24; Kaupa (Fn. 68), 291 f. Zum Nachhaltigkeitsziel Chiara Zilioli/Michael Ioannidis, Klimawandel und das Mandat der EZB, EuZW 32 (2021), 1061–1071; kritisch Sara Dietz, Die Finanzmärkte in der Klimakrise. Zur Grünen Geldpolitik der EZB und den Maßnahmen für ein nachhaltiges Finanzsystem der Kommission, EuR 57 (2022), 443–459 (456 ff.) (Verteidigung des Prinzips der Marktneutralität).

dem sich nicht von vorne herein eine bestimmte Prozentzahl verbindet,⁷¹ zu berücksichtigen.

Die Offenheit der Wirtschaftsverfassung begrenzt ihre Justizierbarkeit. Bestimmte Ziele können nicht eingeklagt werden – es sei denn, die zuständigen Institutionen haben sie zuvor in verfassungsrechtlich relevanter Weise konkretisiert.⁷² Auch im Fall evidenter Zielverfehlung dürften die Begriffe des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV justizierbar werden,⁷³ was praktisch jedoch nie vorkommen wird. Ihre Bedeutung konzentriert sich daher auf die Interpretation des Primär- und Sekundärrechts, insbesondere kompetenzieller Vorschriften.

2. Zwischendeck des Primärrechts und der Gerichtsbarkeit

Zum primärrechtlichen Normenbestand der Wirtschaftsverfassung gehören zunächst die Art. 9 und 26 AEUV. Art. 9 AEUV ist als Querschnittsklausel eine Konkretisierung der für Union wie Mitgliedstaaten gleichermaßen geltenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zielbestimmungen,⁷⁴ die diese für die Unionspolitik fruchtbar macht. Insofern ist es folgerichtig, dass Art. 9 AEUV nur von der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus spricht, denn das Erreichen von Vollbeschäftigung ist schon rein kompetenziell jenseits des Erwartungshorizonts der Unionspolitik.⁷⁵ Ob dieses Niveau aber lediglich durch Marktmechanismen zu erreichen ist, wie es der Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Wachstum suggeriert, liegt seit der Einführung des Begriffs der sozialen Marktwirtschaft nicht mehr ohne weiteres auf der Hand. Denn zumindest in der bundesrepublikanischen Wirtschaftsgeschichte steht dieser Begriff für eine Mischung aus Wettbewerb und Intervention. Die Begriffe des sozialen Schutzes und der Bekämpfung sozialer Ausgrenzung konkretisieren ihrerseits den Begriff des sozialen Fortschritts aus Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV.

71 Häde (Fn. 70), Rn. 21.

72 Dies folgt der Logik der BVerfG-Entscheidung zum Klimaschutzgesetz, BVerfGE 157, 30 – *Klimabeschluss*.

73 So bereits Georg Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), 57–111 (110).

74 Vgl. oben zur Kernverfassung II.l.b.

75 Kritik an der engen Formulierung auch bei Sebastian Krebber, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 9 AEUV, Rn. 1f.

Art. 26 AEUV war historisch gesehen in seiner alten Fassung als Art. 8a EWGV die Zentralbestimmung für die Einführung des Binnenmarkts.⁷⁶ Er enthält in Abs. 2 eine Legaldefinition des Binnenmarkts, die vor allem auf die negative Integration durch die Grundfreiheiten abstellt („ohne Binnen-grenzen“). Abs. 1 betont die positive Integration durch Sekundärrecht. Er hatte besondere Bedeutung für die Phase der Errichtung des Binnenmarkts vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht. Seit dessen Errichtung hat die Vorschrift an Bedeutung verloren. Man kann ihr jedoch die Notwendigkeit entnehmen, den Binnenmarkt stetig weiterzuentwickeln. Die Union kommt dem durch Binnenmarktstrategien nach, die sich in der letzten Zeit besonders auf digitale Märkte bezogen.⁷⁷

Der Begriff des Binnenmarkts ist natürlich ungenau, da die Grenzziehung zwischen öffentlicher Gewalt und Markt, zwischen Union und Mitgliedstaaten sowie seine demokratische Ausgestaltung⁷⁸ stets Gegenstand wirtschaftspolitischer Auseinandersetzungen ist. Sie stellt die Kehrseite der mittlerweile errungenen Neutralität des Binnenmarktbegriffs dar. Man sollte deshalb nicht die Offenheit des Begriffs beklagen,⁷⁹ sondern das Augenmerk auf die Mechanismen seiner Konkretisierung legen.

Primärrechtliche Bestandteile des Binnenmarkts sind jedenfalls die Grundfreiheiten und die Vorschriften gegen Wettbewerbsverzerrungen der Art. 107 ff. AEUV als primärrechtliche Säulen der negativen Integration.⁸⁰ Erstere richten sich dabei primär an die Mitgliedstaaten, Letztere an Private.⁸¹ Ihre Interpretation wirkt sich auf den Begriff des Binnenmarkts und damit Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV aus. Wie auch die Grundrechte liegt die Ausgestaltung und Weiterentwicklung der primärrechtlichen Normen in den Händen des EuGH. Das ist der dogmatischen Figur der Autonomie des Unionsrechts geschuldet.⁸² Sie ist eine Entwicklungsressource des Europarechts. Nicht wenige grundstürzende Veränderungen verdanken sich

⁷⁶ Stefan Korte, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 26 AEUV, Rn. 4.

⁷⁷ Näher s.u. IV.l.c.

⁷⁸ Zu diesen Konflikten siehe III.I.

⁷⁹ So aber Weatherill (Fn. 54), 76.

⁸⁰ Zu den Begriffen negative und positive Integration vgl. Fritz Scharpf, Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: Martin Rhodes/Yves Mény (Hrsg.), The Future of European Welfare. A New Social Contract?, Basingstoke: Palgrave 1998, 157–177; Wolfram Cremer, Negative und positive Integration. Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion, EuR Beih. 1/2007, 75–94.

⁸¹ Terhechte (Fn. 36), Rn. 41.

⁸² EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, ECIL:EU:C:1964:66 – Costa/E.N.E.L.

der Gerichtsbarkeit und dem strategischen Handeln ihres Personals.⁸³ Das macht die Vehemenz verständlich, mit der der EuGH die Autonomie im Außenverhältnis verteidigt, insbesondere gegenüber unmittelbar konkurrierenden europäischen Gerichten.⁸⁴ Dennoch ändert es nichts an der prekären demokratischen Legitimität einer Rechtsentwicklung durch die Gerichtsbarkeit. Insofern kann die Kernverfassung als Korrektiv wirken.

Zum wirtschaftsverfassungsrechtlichen Primärrecht gehören ferner die verschiedenen Kompetenzen zum Erlass von Rechtsvorschriften für die Verwirklichung des Binnenmarkts, allen voran die Harmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV, im weiteren Sinne auch die Vorschriften über Notmaßnahmen gemäß Art. 122 und Art. 222 AEUV sowie die Vorschrift über die wirtschaftspolitische Koordinierung gemäß Art. 121 AEUV. Spätestens an dieser Stelle zeigt sich der bereits in Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV („Preisstabilität“) angelegte enge Zusammenhang zwischen Binnenmarkt und WWU; die Grenze ist hier fließend und historisch kontingent.⁸⁵

Die Querschnittsklauseln der Art. 8 bis 13 AEUV sowie die Vorschrift über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 14 AEUV stellen schließlich weitere Konkretisierungsschritte der Wirtschaftsverfassung dar, die bei ihrer Ausgestaltung durch Sekundärrecht, oder, im Fall des Art. 14 AEUV, auch durch mitgliedstaatliches Recht, zu berücksichtigen sind.

3. Maschinenraum der Sekundärrechts- und Durchführungskompetenzen

Es ist eine offene Frage, welche sekundärrechtlichen Normen zur Wirtschaftsverfassung zu zählen sind. Die Frage lässt sich beantworten, indem man die prägende Kraft sekundärrechtlicher Normen für die Fortschreibung des Verfassungsrechts anerkennt. Zwar widerspricht dies etablierten Normenhierarchien; historisch gesehen spricht jedoch vieles dafür, die verfassungsprägende Kraft des Sekundärrechts festzustellen, nicht zuletzt nahezu die Gesamtheit der Krisenbewältigungsmaßnahmen der EU seit 2008. Verfassungsprägende Sekundärnormen sind damit solche, welche die wesentlichen Charakteristika der Wirtschaftsverfassung und insbesondere

83 S.u. III.; ferner *Tommaso Pavone*, The Ghostwriters. Lawyers and the Politics behind the Judicial Construction of Europe, Cambridge: Cambridge University Press 2022.

84 EuGH, *EMRK II* (Fn. 26); Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – *Achmea*. S. dagegen *CETA* (Fn. 26), Rn. 110, mit Bezug auf Art. 2 EUV.

85 Dazu unten III.4.

ihren Standort auf den Achsen öffentliche Gewalt-Markt, Union-Mitgliedstaaten und Union-Bürger in erheblichem Ausmaß mitbestimmen.⁸⁶ Zumindest die Grundzüge der Ordnungs-, Lenkungs- und Verteilungspolitik sind demnach in der sekundärrechtlichen Penumbra der Wirtschaftsverfassung zu verankern. Systematisch lassen sich insofern die folgenden Modi sekundärrechtlicher Maßnahmen unterscheiden:

Ordnungspolitik durch Harmonisierung: In diesem für die Gestaltung des Binnenmarkts zentralen Modus der positiven Integration stehen die Angleichung der Rechtsvorschriften aufgrund von Art. 114 AEUV sowie weiterer Spezialnormen, insbesondere im Arbeits- und Wettbewerbsrecht, im Zentrum.⁸⁷ Der Interessenausgleich zwischen öffentlicher Gewalt und Bürgern, Bürgern untereinander, sowie zwischen Union und Mitgliedstaaten stellt die Kernherausforderung dieses Bereichs dar.⁸⁸ Die Unionskompetenz ist hier in der Vergangenheit begrenzt gewesen durch den Umstand, dass der Schwerpunkt nicht auf der Begrenzung eines Markts liegen darf (*Tabakwerbeverbot*).⁸⁹ Diese schon nach alter Rechtslage vom Ziel der Harmonisierung überlagerte Grenze⁹⁰ dürfte im Lichte des neuen Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV unhaltbar sein.

Ordnungspolitik durch Liberalisierung von Märkten: Neben der Harmonisierung bestehender Märkte bildet die Eröffnung und Gestaltung neuer Märkte einen Hauptanwendungsfall von verfassungsrelevantem Sekundärrecht. Da es hier meist um die Privatisierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Art. 106 Abs. 2 AEUV) oder Energie (Art. 194 AEUV) geht, wirken sich Liberalisierungen in signifikanter Weise auf das Verhältnis zwischen Markt und Staat an, was auf abstrakter Ebene für die Erwartungen an den Staat an sich und damit auch für weitere Dienstleistungen von Bedeutung sein kann. Liberalisierungen gehen in der Regel mit Maßnahmen der Harmonisierung bzw. Regulierung einher. Es soll jedoch nicht vergessen werden, dass die Union und ihre Vorläufer auch schon Märkte geschlossen und Produktionsverhältnisse verstaatlicht haben, vgl. die Montanunion. Diese Trends unterliegen erheblichen Schwankungen im Gleichklang mit wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmenwechseln.

⁸⁶ Zu diesen Achsen sogleich III.1.

⁸⁷ Müller-Graff (Fn. 41), Rn. 1 ff.

⁸⁸ Vgl. unten III.2.b.

⁸⁹ EuGH, Urteil v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, Rn 108 ff. – *Tabakwerbeverbot I.*

⁹⁰ EuGH, Urteil v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772 – *Tabakwerbeverbot II.*

Makroökonomische Ordnungspolitik: Jenseits der Regulierung von Märkten sieht die WWU die Koordinierung der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitik vor (Art. 121 AEUV). Dies sollte das Anwendungsfeld der im Bereich der WWU mittlerweile in den Hintergrund geratenen Offenen Methode der Koordinierung sein.⁹¹ Das hat damit zu tun, dass makroökonomische Fragen durch die Finanzkrise auf die erste Ebene der Tagespolitik gehoben wurden und sich hier gestützt auf Art. 114, 122 Abs. 1 und 2, 126 Abs. 14, 127 Abs. 1 und 6 und 136 Abs. 3 AEUV sowie Art. 311 Abs. 2 AEUV neue Handlungsmöglichkeiten für den Verbund von Union und Mitgliedstaaten ergeben haben. Hier stellt sich die Frage, ob die bisher punktuellen fiskalischen Kompetenzen, etwa in Bezug auf Regional- und Strukturfonds oder die Europäische Investitionsbank, zu einer umfassenderen Transferunion erstarckt sind.

Verteilungspolitik stellt dagegen bisher weitgehend eine Leerstelle auf Ebene der Union dar. Soziale Gleichheit soll nach der uneingeschränkten Wachstumsprämisse der Wirtschaftsverfassung bis zum Vertrag von Lissabon auf Unionsebene durch Wachstum erreicht werden.⁹² Korrigierende Maßnahmen der Umverteilung durch das Steuersystem und Fragen der sozialen Absicherung fallen dagegen weitgehend in die Kompetenz der Mitgliedstaaten und ihren sozialpolitischen Gestaltungsspielraum, mit der begrenzten Ausnahme des europäischen Sozialfonds. Wegen des engen Zusammenhangs zwischen Sozialpolitik und Demokratie war die Zurückhaltung der europäischen Ebene in der Gründungsphase durchaus sinnvoll, als von einer politischen Union noch keine Rede sein konnte. So begrenzte sich die EWG auf eine Koordination der nationalen Sozialversicherungssysteme und den Schutz vor Diskriminierung. Durch die Entwicklung hin zu einer politischen Union einschließlich der durch die Unionsbürgerschaft bewirkten Ausweitung der Freizügigkeit (*Rs. Ruiz Zambrano*) geriet diese begrenzte Verteilungspolitik jedoch unter Druck.⁹³ Die Rechtsprechung stellte den Gleichlauf von politischer und sozioökonomischer Integration

91 Instruktiv zum Zustand der Offenen Methode der Koordinierung: *Vivien Gain, Informativity as a Resource. A Systems-theoretical Take on the Open Method of Coordination in Education*, Eur. Educ. Res. J. OnlineFirst, 17.4.2023.

92 *Florian Rödl*, Zu Begriff und Perspektiven demokratischer und sozialer Union, EuR Beih. 1/2013, 180–206, passim.

93 EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – *Ruiz Zambrano*; einschränkende Auslegung der Unionsbürgerschaft wiederum Urteil v. 5.5.2011, Rs. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 – *McCarthy*.

in Frage, indem sie die Solidarität begrenzte (Rs. *Dano*).⁹⁴ Ähnlich verhält es sich mit der immer stärkeren Steuerung des sozialpolitischen Gestaltungsspielraums durch die EU im Zuge der Einführung des Europäischen Semesters.⁹⁵ Auch hier hinkt die ökonomische Solidarität der politischen Integration hinterher. Erst das Programm *NextGenerationEU* hat hier im Wege des Sekundärrechts das Instrumentarium der Union entscheidend erweitert. Dies hat prompt Zweifel an der Vereinbarkeit des Programms oder gar einer möglichen künftigen Verstetigung hervorgerufen.⁹⁶ Sofern man das Programm einer Kernverfassung ernst nimmt, könnte man in *NextGenerationEU* jedoch eine von Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV gedeckte, wenn nicht gar geforderte Korrektur der Ungleichgewichte zwischen Freiheit und Solidarität im weiteren Primärrecht sehen.⁹⁷

III. Theorie und Geschichte der Wirtschaftsverfassung

1. Grundlegende Konflikte

Der Begriff der Wirtschaftsverfassung ist umstritten. Eine Annäherung ist nicht möglich ohne Positionierung in einem Koordinatensystem verschiedener politökonomischer Konflikte. Das wurde bereits in der Geburtsstunde des Begriffs in der Zwischenkriegszeit sichtbar.⁹⁸ In Bezug auf die Europäische Union lassen sich die maßgeblichen Konflikte auf den folgenden drei Achsen darstellen. Sie bilden die wesentlichen Parameter zur Identifikation der in den nächsten Abschnitten in theoretischer wie dogmatischer Hinsicht erörterten Paradigmenwechsel der europäischen Wirtschaftsverfassung.

94 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – *Dano*.

95 Vgl. *Francesco Costamagna*, National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU. A Critical Legal Appraisal, ELJ 24 (2018), 163–190.

96 BVerfGE 154, 17; *Päivi Leino-Sandberg/Matthias Ruffert*, Next Generation EU and its Constitutional Ramifications. A Critical Assessment, CML Rev. 59 (2022), 433–472; *Martin Nettesheim*, § 2 Next Generation EU. The Transformation of the EU Financial Constitution, in: *Hanno Kube/Ekkehart Reimer* (Hrsg.), HFSt Bd. 16. Solid Financing of the EU, Berlin: Lehmanns 2021, 9–55.

97 *Matthias Goldmann*, Langfristige Bindungen. Zum Urteil des BVerfG vom 6.12.2022 – NextGenEU, NVwZ 42 (2023), 791–798; *Anusheh Farahat*, Transferunion. Solidarität in der Haushalts- und Währungspolitik (Manuskript, Vortrag bei der Jahrestagung 2022 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Gesprächskreis Europäisches Verfassungsrecht); siehe dazu unten Teil V.

98 Siehe Teil I.

a) Achse öffentliche Gewalt-Markt: Wieviel Solidarität?

Eine der prägenden Konfliktlinien der Wirtschaftsverfassung ist die Abgrenzung zwischen öffentlicher Gewalt und Markt bzw. Solidarität und Freiheit oder kollektiver und individueller Selbstbestimmung. Zwischen beiden Polen besteht nicht notwendigerweise ein Gegensatz; vielmehr ist es in einer auf Autoren wie *Rousseau* oder *Hegel* gestützten Tradition weithin anerkannt, dass Freiheit nur im Rahmen von Solidarität bestehen kann, dass nur die in Solidarität eingerahmte Freiheit wirkliche Freiheit ist.⁹⁹ Doch die erwünschte Verbindung von Freiheit und Solidarität entlastet nicht von der Schwierigkeit, die Grenze zu ziehen.

Diese Grenze hängt von der der öffentlichen Gewalt zugeschriebenen Rolle ab. In der politischen Theorie, mehr noch in der politischen Ökonomie, ist diese Frage seit jeher hochumstritten; simplifizierende Antworten verbieten sich. Schematisch lassen sich wettbewerbsorientierte von stärker interventionistischen Auffassungen unterscheiden; doch die jüngere Volkswirtschaft ist eher von Synthesen zwischen *Keynes* und Neoklassik geprägt als zwischen strikten Gegensätzen.¹⁰⁰ Hilfreich für die Analyse der EU ist die Typologie von *Warlouzet*, der soziale (Ausgleich der Marktfolgen durch Umverteilung) von neo-merkantilistischen (Stärkung von Wachstum und Beschäftigung durch Protektionismus) und neoliberalen (Wachstum durch Liberalisierung und Wettbewerb) Ansätzen unterscheidet¹⁰¹. Die politische Wirkmächtigkeit von eher wettbewerbsorientierten bzw. eher interventionistischen Auffassungen variiert mit den Paradigmen der Wirtschaftsverfassung gemäß den Zyklen der kapitalistischen Moderne;¹⁰² die Annäherung von Konjunkturzyklen innerhalb der Union homogenisiert diese Prozesse.¹⁰³

99 Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 222 f., betrachtet daher die „soziale Freiheit“ als die wirkliche Freiheit.

100 Bo Sandelin/Hans-Michael Trautwein, *A Short History of Economic Thought*, 3. Aufl., London: Routledge 2014, 102 ff.

101 Laurent Warlouzet, *Governing Europe in a Globalizing World. Neoliberalism and its Alternatives Following the 1973 Oil Crisis*, London: Routledge 2017, 25 ff.

102 Zum Wechsel zwischen apertistischen und kontrahierenden Perioden Reckwitz (Fn. 11) 249; siehe oben Teil I.

103 Stavros Degiannakis/David Duffy/George Filis, *Business Cycle Synchronization in EU. A Time-Varying Approach*, Scott. J. Polit. Econ. 61 (2014), 348–370; die Finanzkrise hat dies jedoch beeinträchtigt.

Dennoch bestehen gewichtige Unterschiede in der wirtschaftlichen Struktur der Mitgliedstaaten, die sich in unterschiedlichen Präferenzen im Hinblick auf die Achse öffentliche Gewalt-Markt niederschlagen. Das resultiert aus Unterschieden im Gewicht der Sektoren,¹⁰⁴ in der Energiegewinnung,¹⁰⁵ im Verhältnis von Binnennachfrage zu Exportwirtschaft und, trotz gewisser Tendenzen zur Angleichung, in der Struktur der Intermediäre (Sozialpartner, Sozialversicherungen, Finanzsektor).¹⁰⁶ Diese Unterschiede bestimmen in vielfältiger Weise die Notwendigkeit und den Nutzen von staatlichen Interventionen im Markt.¹⁰⁷

Die Wirtschaftsordnung steht im 21. Jahrhundert vor bahnbrechenden Umwälzungen, die das Verhältnis von öffentlicher Gewalt zum Markt auf eine harte Probe stellen. Spätestens die Klimakrise stellt die seit dem 19. Jahrhundert prävalente Strategie in Frage, den Ausgleich zwischen Freiheit und Solidarität durch Wirtschaftswachstum zu bewerkstelligen.¹⁰⁸ Die CO2-Bilanz der EU beziffert die Grenzen des möglichen Wachstums; das Versprechen nachhaltigen Wachstums harrt in der Realität einstweilen seiner Einlösung.¹⁰⁹ Als ob das nicht genug wäre, setzt die Digitalisierung das Solidaritätsversprechen zusätzlich unter Druck, indem sie ökonomische

¹⁰⁴ Vgl. Eurostat, Industrial Production Statistics, Juli 2023, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Industrial_production_statistics - Overview.

¹⁰⁵ Europäische Kommission, Study on energy subsidies and other government interventions in the European Union – Final report – 2022 edition, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2833/304199>.

¹⁰⁶ Vgl. Peter Jansen/Otmar Seul (Hrsg.), *Das erweiterte Europa. Arbeitnehmerbeteiligung an der Entscheidungsfindung im Unternehmen*, Bern: Peter Lang 2009; *Kathleen Thelen*, Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity, Cambridge: Cambridge University Press 2014; *Susanne Pernicka/Julia Hofmann*, Ein soziales Europa? Möglichkeiten und Grenzen transnationaler Solidarität von Gewerkschaften, in: Marianne Kneuer/Carlo Masala (Hrsg.), *Solidarität. Politikwissenschaftliche Zugänge zu einem vielschichtigen Begriff*, Baden-Baden: Nomos 2015, 134–163; *Chiara Benassi/Virginia Doellgast/Katja Sarmiento-Mirwaldt*, Institutions and Inequality in Liberalizing Markets. Explaining Different Trajectories of Institutional Change in Social Europe, PAS 44 (2016), 117–142.

¹⁰⁷ Im Hinblick auf die geldpolitischen Präferenzen, wenngleich eher holzschnittartig: *Markus K. Brunnermeier/Harold James/Jean-Pierre Landau*, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton; Oxford: Princeton University Press 2016.

¹⁰⁸ Im Grunde ist die Erkenntnis nicht neu. Vgl. Polanyi (Fn. 40), 71 ff.

¹⁰⁹ So bereits der Club of Rome 1970; vgl. Jason Hickel/Giorgos Kallis, Is Green Growth Possible?, *New Polit. Econ.* 25 (2020), 469–486.

Hierarchien verschärft.¹¹⁰ Gleichzeitig zwingen geopolitische Umwälzungen infolge des Bedeutungsverlusts der nordatlantischen Hemisphäre zu einer Revision der Prinzipien, nach denen sich die EU gegenüber anderen Jurisdiktionen öffnet.¹¹¹ Schließlich führen alle diese Faktoren – Klima, Digitalisierung und Geopolitik – zu einer Wiederkehr von Industriepolitik,¹¹² der auch die EU sich mittlerweile nicht mehr entziehen kann.¹¹³

Viele dieser Konfliktlinien bleiben der Rechtsprechung überlassen. Sie versucht, sie mit dem dogmatischen Instrumentarium der Grundfreiheiten und Grundrechte, Kompetenzen sowie Rechtsstaatlichkeit (Autonomie des Unionsrechts) zu bewältigen. Anders als in der Phase der Liberalisierung zwischen Mitte der 1970er und der globalen Finanzkrise¹¹⁴ eignet sich die überwiegend negative, cassatorische Kompetenz von Gerichten augenscheinlich weniger für Herausforderungen, die politisches und finanzielles Engagement der Träger öffentlicher Gewalt erfordern. Doch die Sicherung von Grundrechten in Zukunft kann bereits heute ein Recht auf vorausschauende Gegenmaßnahmen seitens der Träger öffentlicher Gewalt gewähren.¹¹⁵

Die Verschiebungen auf dieser Achse erfolgen inkrementell und erschließen sich durch eine induktive Analyse, die Teil IV. leistet.

b) Achse Union-Mitgliedstaaten: Wer leistet die Solidarität im Verbund?

Eine Besonderheit der europäischen Wirtschaftsverfassung stellt das Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen des Verbunds von Union und Mitgliedstaaten dar, die sich die Aufgabe teilen, Freiheit und Solidarität zu sichern. Die Herausforderung durch den Verbund ist nichts weniger

110 Eindrücklich dazu *Oliver Nachtwey*, Die Abstiegsgesellschaft. Über das Aufbegehren in der regressiven Moderne, Berlin: Suhrkamp 2016; *Andreas Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, Berlin: Suhrkamp 2018, 111 ff.

111 S.u. IV.1.c.

112 *Robert H. Wade*, Return of Industrial Policy?, *Int'l Rev. Appl. Econ.* 26 (2012), 223–239; *Ian Bremmer*, The Return of State Capitalism, *Survival* 50 (2008), 55–64.

113 Europäische Kommission, Eine neue Industriestrategie für Europa, COM(2020) 102 final.

114 Dazu sogleich Teil III.

115 Hoge Raad der Niederlanden, Urteil v. 20.12.2019, Zaaknummer 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 – *Urgenda*; BVerfGE 157, 30 – *Klimabeschluss*; dagegen jedoch EuGH, Urteil v. 25.3.2021, Rs. C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252 – *People's Climate Case*.

als die Frage, wieviel Solidarität die Union zwischen den Mitgliedstaaten und Unionsbürgern stiften soll bzw. die Mitgliedstaaten im Wege gegenseitigen Beistands einander leisten sollen.¹¹⁶ Durch den Verbund gewinnt diese Frage an Komplexität. Jede Änderung auf der Achse öffentliche Gewalt-Markt wirft Fragen für die Achse Union-Mitgliedstaaten auf und muss entsprechend austariert werden; genauso können Änderungen auf der Achse Union-Mitgliedstaaten aber auch zu einer Verschiebung der Kräfte zwischen öffentlicher Gewalt und Markt führen. So stehen im Hintergrund der hochumstrittenen Frage nach dem Vorrang des Unionsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht stets auch Fragen nach der Abgrenzung zwischen öffentlicher Gewalt und Markt.¹¹⁷ So wäre es verkürzt, die *Solange*- und *Maastricht*-Rechtsprechung nur als rote Linien zu verstehen, die ein mitgliedstaatliches Gericht der Union im Namen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie aufbürdete; sie setzten auch stets der über die Union vermittelten Solidarität Grenzen.¹¹⁸ Konflikte in den Bereichen Migration und Rechtsstaatlichkeit kann man umgekehrt kaum ohne Blick auf die Grenzen der wirtschaftlichen Solidarität unter den Mitgliedstaaten verstehen.¹¹⁹

Die Verbundfrage gewinnt an Schärfe, seitdem sich das parteipolitische Spektrum und damit die Bandbreite der auf mitgliedstaatlicher Ebene vertretenen Auffassungen durch nationalistische Kräfte erweitert hat, die sich die Entsolidarisierung auf Unionsebene auf die Fahne geschrieben haben. Im Fall südlicher und östlicher Mitgliedstaaten mag die Enttäuschung über die von reichen Mitgliedstaaten eingezogenen Solidaritätsgrenzen hierbei eine Rolle gespielt haben.¹²⁰ Diese Rahmenbedingungen machen Änderungen der europäischen Wirtschaftsverfassung extrem schwierig und ohne massiven äußeren Druck (Finanz- und Eurokrise) kaum denkbar, es sei denn durch die Rechtsprechung des EuGH.

¹¹⁶ Zur Unterscheidung dieser Dimensionen: *Sangiovanni* (Fn. 5).

¹¹⁷ Zu den Vorrangfragen vgl. *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, III.3.

¹¹⁸ *Anuscheh Farahat*, Transnationale Solidaritätskonflikte. Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Eurokrise, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 25 ff.

¹¹⁹ Instruktiv *Jürgen Bast*, Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, in: Michèle Knodt/Anne Tews (Hrsg.), Solidarität in der EU, Baden-Baden: Nomos 2014, 143–161 (156 ff.).

¹²⁰ *Tomasz Tadeusz Koncewicz*, The Polish 1989 Weimar Moment as a Moment, Process, and Space in Between, in: Agustín José Menéndez/Matthias Goldmann (Hrsg.), Weimar Moments, im Erscheinen.

Die Achse Union-Mitgliedstaaten findet ihre Verlängerung in der Frage der internationalen Öffnung des Gemeinsamen Markts.¹²¹ Offene Grenzen, ob für Waren oder Personen, stellen eine Herausforderung für Sozialstaatlichkeit dar, der durch internationale Absicherung begegnet werden kann.¹²² Die europäische Wirtschaftsverfassung in ihrer ursprünglichen Gestalt war dem Ziel der Friedenssicherung verpflichtet. Daraus ergaben sich Grenzen der wirtschaftlichen Integration, insbesondere während der Etablierung des Gemeinsamen Markts bis 1970. Insofern unterschied sich die EWG nur graduell von der internationalen Wirtschaftsverfassung dieser Zeit und war mit ihm durch das auch innergemeinschaftlich wirkende System von Bretton Woods eng verwoben. Lediglich Elemente wie die Vergemeinschaftung bestimmter Schlüsselindustrien sowie die Einrichtung einer Wettbewerbsordnung gingen darüber hinaus.¹²³ Erst die folgende Rechtsentwicklung im Zuge der Liberalisierung der 1970er-Jahre akzentuierte den Unterschied zwischen europäischer und internationaler Wirtschaftsverfassung.¹²⁴ Diese Differenz verschärft sich weiterhin, wenngleich dafür mittlerweile geopolitische Gründe verantwortlich sind.

Die dogmatischen Institute, die die Abgrenzung zwischen den Sphären von Union und Mitgliedstaaten, aber auch dem Völkerrecht treffen und damit direkt oder indirekt auch das Verhältnis zwischen öffentlicher Gewalt und Markt ziehen, sind Gegenstand von Teil IV.

c) Achse Union-Bürger: Wie wird die Solidarität demokratisch legitimiert?

Änderungen auf den vorgenannten Achsen stellen in aller Regel eine Herausforderung für die demokratische Legitimität der Wirtschaftsverfassung dar und berühren damit Kernfragen der politischen Verfassung. Einfache arithmetische Sichtweisen verbieten sich; sowohl ein Gewinn an wirtschaftlicher Freiheit (für einige) als auch eine Rückkehr zur Staatlichkeit kann sich unter bestimmten Umständen als Verlust an Demokratie bzw.

121 S.u. II.4.a) und IV.3.

122 Agustín J. Menéndez/Matthias Goldmann, Weimar Moments. Transformations of the Democratic, Social, and Open State of Law, MPIL Research Paper No. 2022-12.

123 Vgl. Robert Schütze, From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law, Oxford: Oxford University Press 2017, 97 ff.

124 S.u. IV.2.

autoritäre Tendenz entpuppen.¹²⁵ Die vorgenannten Konfliktlinien sind dafür verantwortlich, dass die Wirtschaftsverfassung von Minimalkompromissen lebt, bei denen wirtschaftliche Integration häufig nicht mit größerer Demokratisierung einhergeht.¹²⁶ Die Verbindung von signifikanten Integrationsfortschritten mit spürbarer Demokratisierung könnte letztmals mit der Einheitlichen Europäischen Akte gelungen sein. Umgekehrt kann sozioökonomische Integration aber auch die Verfahren der politischen Legitimation stärken, deren Funktionieren von einer integrierten Bevölkerung abhängt. Insofern ist bedauerlich, dass der Vertrag von Lissabon trotz aller rhetorischer oder tatsächlicher Fortschritte in der Demokratisierung der Union die Wirtschafts- und Währungsunion mit ihrem Potenzial zur gesellschaftlichen Spaltung nicht antastete.

Teil V. wird die demokratischen Herausforderungen der Wirtschaftsverfassung im Lichte von Art. 2 EUV bewerten.

Aus der spezifischen Position der Wirtschaftsverfassung auf diesen drei Achsen zu einem bestimmten Zeitpunkt speisen sich die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmen. Die wichtigsten Paradigmen der europäischen Wirtschaftsverfassung skizziert der folgende Abriss im Hinblick auf ihre politökonomischen Grundlagen in chronologischer Reihenfolge. Maßgebend für ihren Wechsel sind die aus der Dynamik kapitalistischer Produktionsweise folgenden Zyklen der Öffnung und Schließung.¹²⁷ Seit der „ersten großen Konvergenz“, der von einer Transport- und Kommunikationsrevolution getriebenen Globalisierung ab ca. 1820, verlaufen diese Zyklen in den Industrieländern in hohem Maße parallel.¹²⁸

2. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus

Nach den Katastrophen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts galt der den Nationalismus begünstigende staatszentrierte Liberalismus des 19. Jahrhunderts in weiten Kreisen als Grundursache, die es für die Nachkriegskonstel-

¹²⁵ Vgl. Alexander Somek, The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement, *ELJ* 16 (2010), 315–344.

¹²⁶ Beispielhaft dafür ist die Euro-Krise, vgl. Habermas (Fn. 6); Dawson/de Witte (Fn. 16); allgemein Erik Jones/R. Daniel Kelemen/Sophie Meunier, Failing Forward? Crises and Patterns of European Integration, *Journal of European Public Policy* 28 (2021) 1519–1536.

¹²⁷ Reckwitz (Fn. 11) 249.

¹²⁸ Richard Baldwin, The Great Convergence. Information Technology and the New Globalization, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018.

lation auszuschalten galt. Das bedeutete für die Achse öffentliche Gewalt-Markt eine Verschiebung in Richtung staatlicher Strukturen.¹²⁹ Auch die internationalen Wirtschaftsbeziehungen waren entsprechend einzuhegen, dass sich daraus keine schädliche Dynamik entfalte wie die protektionistischen Wettkämpfe und Abwertungsorgien der vergangenen Jahrzehnte.¹³⁰ Der Staat und internationale Organisationen nutzten ihre gestärkte Stellung für eine technokratische Planung und Steuerung der Wirtschaft über die neu entdeckten makroökonomischen Instrumente,¹³¹ die z.B. in den in die Philips-Kurve gesetzten Hoffnungen sinnbildlichen Ausdruck fanden.

Die europäische Wirtschaftsverfassung setzte in diesem Kontext durchaus wie dargestellt liberale Akzente, vor allem durch Einführung des Gemeinsamen Markts und Etablierung einer Wettbewerbspolitik. Dies entsprang nicht zuletzt dem Bedürfnis, den mit dem Schrumpfen europäischer Imperien einhergehenden Verlust von Rohstoff- und Absatzmärkten durch eine föderal organisierte innereuropäische Marktliberalisierung zu kompensieren.¹³² Der Kontext des eingegangenen Nachkriegsliberalismus ließ jedoch die Entstehung eines ordoliberalen Musterprojekts nicht zu.¹³³ Deutsche Ordoliberalen wie *Hans von der Groeben*, der maßgebliche Redakteur des *Spaak-Berichts*,¹³⁴ oder *Alfred Müller-Armack* mussten sich in der Gründungsperiode einerseits mit interventionistischen und planungsaffinen Vorstellungen aus Frankreich arrangieren,¹³⁵ andererseits mit der

129 John Maynard Keynes, *The End of Laissez-Faire*, London: L. & Virginia Woolf 1927; John Gerard Ruggie, International Regimes, Transactions, and Change. Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order, IO 36 (1982), 379–415.

130 David Mitrany, *A Working Peace System*, London: Royal Institute of International Affairs 1943.

131 Vgl. Eugene Victor Rostow, *Planning for Freedom. The Public Law of American Capitalism*, New Haven: Yale University Press 1959; Jens Steffek, Max Weber, Modernity and the Project of International Organization, CRIA 29 (2016), 1502–1519.

132 Signe Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2021, 8, 66 ff.; Héctor López Bofill, Nostalgic Empires. The Crisis of the European Union Related to Its Original Sins, Lanham: Lexington Books 2023, 16 ff.; s.o. II.1.a.

133 Klaus Tuori, *The European Central Bank and the European Macroeconomic Constitution. From Ensuring Stability to Fighting Crises*, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 26; Nachweise bei Claire Mongouachon, Discussion: Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne, in: Grégoire/Miny (Fn. 1), 344–379.

134 Mongouachon (Fn. 133).

135 Laurent Warlouzet, *The EEC/EU as an Evolving Compromise between French Dirigism and German Ordoliberalism (1957–1995)*, JCMS 57 (2019), 77–93.

auf politische Stabilität ausgerichteten Politik von *Adenauer*.¹³⁶ Schon der Begriff der sozialen Marktwirtschaft trug ja Kompromisscharakter.¹³⁷ Auch darf man sich den Ordoliberalismus nicht als homogenes Projekt vorstellen.¹³⁸ Die Liberalisierung internationaler Märkte war jedenfalls in der Nachkriegszeit kein Herzensprojekt ordoliberaler Vorschläge, deren Fokus seit jeher dem Staat galt,¹³⁹ auch wenn sich das in den folgenden Jahrzehnten ändern sollte.¹⁴⁰

All diese Einflüsse spiegeln sich in der Wirtschaftsverfassung der Anfangsphase. Zwar etablierte die EWG einen gemeinsamen Markt; nicht alle Grundfreiheiten sahen sich jedoch von Anfang an in gleichem Umfang verwirklicht. Das gilt insbesondere für die unter Funktionalitätsvorbehalt stehende und daher weitgehend Theorie bleibende Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁴¹ Planerische Ansätze überwogen im Bereich der wichtigen Agrarpolitik sowie in der Montanunion, die auch vor nachkriegstypischen Preiskontrollen nicht zurückschreckte.¹⁴² Ohnehin beruhte die europäische Integration auf nationalen Systemen der sozialen Sicherung, die von den Wachstumsimpulsen des Gemeinsamen Markts profitieren sollten.¹⁴³

136 *Mongouachon* (Fn. 133); *Laurent Warlouzet*, Competitiveness and Solidarity in the History of the European Union, 1957–2017, in: Paolo Chiochetti/Frédéric Allemann (Hrsg.), Competitiveness and Solidarity in the European Union, London: Routledge 2018, 54–72 (56); *Franz-Ulrich Willeke*, Die europäische Integration aus ordoliberaler Sicht, Heidelberger Jahrbücher 38 (1994), 227–240; dementsprechend geriet *Adenauer* auch in Konflikt mit der Bank deutscher Länder/Bundesbank, siehe dazu *Simon Mee*, Central Bank Independence and the Legacy of the German Past, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

137 Zum mindest ab dem Godesberger Programm der SPD von 1957 vereint der Begriff divergierende Positionen wie die von *Wolfgang Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Wolfgang Abendroth, Gesammelte Schriften Bd. 2 (1949–1955), 2008 (1954), 338–357, und *Alfred Müller-Armack*, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, München: Kastell 1990 (1946). Das grundlegende Urteil BVerfGE 4, 7 zur Investitionshilfe erging schon 1954; deshalb fand der Begriff dort keine Zustimmung.

138 Dazu z.B. *Mongouachon* (Fn. 133).

139 *Kjær* (Fn. 12); *Brigitte Young*, German Ordoliberalism as Agenda Setter for the Euro Crisis. Myth Trumps Reality, JCES 22 (2014), 276–287.

140 Dazu *Quinn Slobodian*, Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018, 182 ff.

141 Vgl. *Julia Lübke*, § 5 Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, in: Peter-Christian Müller-Graff (Fn. 21), 307–406, Rn. 2 ff.

142 *Richard L. Gordon*, Coal Price Regulation in the European Community, 1946–1961, J. Ind. Econ. 11 (1962), 188–203.

143 *Rödl* (Fn. 92).

Damit bestand bereits in der Gründungsphase dem Modell des eingebetteten Liberalismus entsprechend durchaus ein erhebliches Maß an Solidarität innerhalb der europäischen Institutionen; sie waren weit von einer marktradikalen Position entfernt. Eine politische Union jedoch lag in weiter Ferne. Die politische Integration übernahm in dieser Phase in gewisser Weise der Begriff der Rechtsgemeinschaft.¹⁴⁴ Er stellte eine direkte Übernahme des *ius publicum europaeum* dar bzw. des europäischen Völkerrechts samt seines kolonialen Gepäcks. Rechtsgemeinschaft als Verfassungsresiduum ist keineswegs wertneutral;¹⁴⁵ vielmehr bildete der Begriff die Grundlage europäischer Solidarität. Damit verband sich jedoch ein technokratischer Ansatz, in dem die Mitgliedstaaten als Träger dieser Solidarität das Heft in der Hand behielten. Gleichzeitig ermächtigte er jedoch auch die Justiz, die bald eine Schlüsselrolle bei der Überwindung des eingebetteten Liberalismus spielen sollte.¹⁴⁶

3. Liberalisierender Konstitutionalismus

Die tiefen Krisen der Industriestaaten während der 1970er und 1980er zeichneten für den Übergang vom eingebetteten Liberalismus zu der als Neoliberalismus bekannten apertistischen Periode verantwortlich.¹⁴⁷ Grundursächlich war nicht etwa der Vietnamkrieg oder die Ölkrise; die Krise betraf vielmehr die Grundlagen der Produktionsverhältnisse. Durch das Wirtschaftswachstum der Nachkriegsjahre war eine Saturierung mit Industriegütern zur Befriedigung der Grundbedürfnisse eingetreten; außerdem wirkte sich die Konkurrenz durch Ostasien dämpfend auf das europäische Wachstum aus.¹⁴⁸ Da die dekolonisierten Staaten keine signifikante Erweiterung der Märkte erhoffen ließen, war weiteres Wachstum nur durch raffiniertere Produkte mit höherem Dienstleistungsanteil möglich.¹⁴⁹ Waren und Dienst-

144 Walter Hallstein, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft (1962), in: Thomas Oppermann (Hrsg.), Walter Hallstein. Europäische Reden, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 1979, 341–348; dazu von Bogdandy (Fn. 13), 52 ff.; Frank Schorkopf, Die unentschiedene Macht. Verfassungsgeschichte der Europäischen Union, 1948–2007, Vandenhoeck & Ruprecht 2023, 191 ff.

145 Zu den Ursprüngen der Wertverfassung Schorkopf (Fn. 24).

146 Vgl. sogleich und Teil IV.

147 Weatherill (Fn. 54), 16.

148 Warlouzet, Governing Europe (Fn. 101), 1 f.; Kiran Klaus Patel, Europäische Integration. Geschichte und Gegenwart, München: C.H. Beck 2022, 40.

149 Daniel Bell, The Coming of Post-Industrial Society, New York: Basic Books 1973.

leistungen werden dadurch zu Trägern von Werten. Diese Entwicklung beschleunigte sich ab den 1980ern nochmals durch die als Globalisierung bekannt gewordene Transport- und Kommunikationsrevolution.¹⁵⁰

Soziologisch gesehen war damit das Ende der Industriegesellschaft eingeläutet. Eine auf standardisierte Abläufe und ebensolche Lebensläufe ausgerichtete Produktionsweise verlor ihre wirtschaftliche Bedeutung; die Schöpfung des Mehrwerts verlagerte sich auf die Ebene der kreativen Prozesse in den Dienstleistungsberufen.¹⁵¹ Daraus entstand eine massive Herausforderung für gesellschaftliche Solidarität. Die Veränderung der Produktionsweise begünstigte durch die Betonung individueller Interessen die Ökonomisierung vieler Lebensbereiche.¹⁵² Solidarität, die in der korporatistischen Industriegesellschaft durch Massenvereinigungen organisiert wurde,¹⁵³ ist seitdem schwerer zu bekommen.¹⁵⁴

Diese Rekalibrierung der Produktionsweise konnte nicht ohne Auswirkung auf die europäische Wirtschaftsverfassung bleiben. Sie erlebte seit den 1970ern einen veritablen Liberalisierungsschub, der keineswegs unausweichlich, sondern politisch gewollt war.¹⁵⁵ Man erwartete sich davon signifikante Wachstumsgewinne.¹⁵⁶ Das fing damit an, dass die Gemeinschaft ein neues, eigenmittelgestütztes Finanzierungssystem erhielt und der Europäische Rat sich nunmehr regelmäßig traf, was die Bedeutung und Autonomie der Union verbesserte.¹⁵⁷ Auf dieser Grundlage entfaltete der Gerichtshof durch ein neues Verständnis der Grundfreiheiten und des Kartellverbots eine präzedenzlose Dynamik im Bereich der negativen

¹⁵⁰ Baldwin (Fn. 128), 79 ff.

¹⁵¹ Reckwitz (Fn. 110), 181 ff.

¹⁵² Grundlegend: Gary Becker, Crime and Punishment. An Economic Approach, in: Gary Becker/William M. Landes (Hrsg.), Essays in the Economics of Crime and Punishment, New York: Columbia University Press 1974, 1–54; Gary Becker, The Economic Way of Looking at Behavior. The Nobel Lecture, Stanford, CA: Hoover Institution on War, Revolution, and Peace 1996. Überschätzt dagegen wird oft der Einfluss von Hayeks, dessen epistemischer Skeptizismus dem Utilitarismus von Law and Economics diametral widerspricht, vgl. Friedrich August von Hayek, Law, Legislation and Liberty. Rules and Order. Vol. 1, London: Routledge 1973, 8 ff.

¹⁵³ Poul F. Kjær, From the Crisis of Corporatism to the Crisis of Governance, in: Poul F. Kjær/Niklas Olsen (Hrsg.), Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro, London, New York: Rowman & Littlefield International 2016, 125–139.

¹⁵⁴ Reckwitz (Fn. 110), 376 ff.

¹⁵⁵ Warlouzet, Governing Europe (Fn. 101), 2.

¹⁵⁶ Kaupa (Fn. 68), 97.

¹⁵⁷ Patel (Fn. 148), 38 ff.

Integration.¹⁵⁸ Gleichzeitig setzte die positive Integration schrittweise zu einem Höhenflug an, zunächst durch die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, sodann durch die Einheitliche Europäische Akte und schließlich durch den Vertrag von Maastricht. Letzterer setzte für die Staatsfinanzen einen radikalen Marktansatz durch,¹⁵⁹ der für private Akteure mit dem „*more economic approach*“ im Wettbewerbsrecht seine Spiegelung fand.¹⁶⁰ Diese Dominanz des Marktprinzips war nur möglich, weil das Marktprinzip dabei diffus blieb und sowohl für die Zurückdrängung mitgliedstaatlicher Regulierung und Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen als auch für die Rechtfertigung unionaler Regulierung bei der Einrichtung von Märkten herhalten konnte.¹⁶¹ Nur der Aufbau eines sozialen Europas blieb trotz ambitionierter Vorschläge der *Brandt*-Regierung aus.¹⁶² Zwar sah die Einheitliche Europäische Akte in Art. 100a EGV ein hohes Schutzniveau vor und führte Mehrheitsentscheidungen in den Bereichen Arbeitsschutz, sozialer Dialog sowie wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt ein. Die Beschäftigungspolitik der Union blieb jedoch bis zum Vertrag von Amsterdam auf die Methode der offenen Koordinierung der mitgliedstaatlichen Politiken beschränkt – die in den 1990ern meist markt-basierte Ansätze verfolgten.¹⁶³ Heute erlauben die Art. 145 ff. und 151 AEUV Unterstützungs-, Ergänzungs- und Koordinierungsmaßnahmen.

Insgesamt ist die Veränderung auf der Achse öffentliche Gewalt-Markt damit nicht einheitlich. Was die Grundfreiheiten im Wege negativer Integration dank der Rechtsprechung des Gerichtshofs den Mitgliedstaaten an Spielraum gewährten,¹⁶⁴ holte sich die Gemeinschaft häufig durch positive

158 IV.1.b.

159 *Kaarla Tuori*, European Constitutionalism, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 127 ff.

160 S.u. IV.2.b.

161 *Nicolas Jakko*, Playing the Market. A Political Strategy for Uniting Europe, 1985–2005, Ithaca: Cornell University Press 2017.

162 *Warlouzet*, Competitiveness and Solidarity (Fn. 136), 60.

163 *Brigitte Unger*, Beschäftigungspolitik der Europäischen Union, in: Forum Politische Bildung (Hrsg.), EU wird Europa? Erweiterung – Vertiefung – Verfestigung, Innsbruck: Studien-Verlag 1998, 19–29. Zur Entwicklung der Vorschriften *Rose Langer*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 151 AEUV, Rn. 14 ff.

164 *Joseph H.H. Weiler*, The Transformation of Europe, Yale L. J. 100 (1991), 2403–2483, s.u. IV.1.b.

Integration wieder zurück.¹⁶⁵ Kennzeichen dieses Paradigmas ist daher neben der Liberalisierung eine deutliche Verschiebung der Gewichte auf der Achse Union-Mitgliedstaaten hin zur Union.

Dieser Kompetenzgewinn der Union sollte erwartungsgemäß Verschiebungen auf der Achse der demokratischen Legitimation hervorrufen. In der Tat geht auf die frühen 1990er die Klage über die mangelnde demokratische Legitimation der nunmehrigen EU zurück.¹⁶⁶ Sie blieb nicht ungehört und führte mit einer gewissen Verzögerung zur Stärkung des Europäischen Parlaments.¹⁶⁷ Diese Stärkung demokratischer Legitimation mündete in das Projekt einer umfassenden Konstitutionalisierung des Unionsrechts,¹⁶⁸ die auch die Herausbildung von Unionsgrundrechten als dem linksliberalen Pendant zur ökonomischen Liberalisierung erlebte,¹⁶⁹ gekrönt durch die Proklamation der Grundrechtecharta im Jahr 2000.

Diese emanzipatorische Seite der Konstitutionalisierung ist jedoch nur die eine Seite der Medaille. Die andere Seite bildete die Konstitutionalisierung der Wirtschaftsverfassung. Angespornt von den Erfolgen der Grundrechtsjudikatur beginnt sie als ein in enger Verbindung mit den Institutionen konzipiertes wissenschaftliches Vorhaben,¹⁷⁰ das den Gedanken der Rechtsgemeinschaft aufgriff. Das Projekt der Integration durch Recht verlieh der Rechtsgemeinschaft einen dynamischen Charakter, der eine Vertiefung der Integration durch den Rechtsbetrieb, einschließlich der durch das

¹⁶⁵ *Warlouzet*, Governing Europe (Fn. 101), 180 ff.; *Kiran Klaus Patel/Hans Christian Röhl*, Transformation durch Recht. Geschichte und Jurisprudenz Europäischer Integration 1985–1992, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 24, 40 ff.

¹⁶⁶ *Weiler* (Fn. 164), 2466 ff.; *von Bogdandy* (Fn. 13), 104 ff.

¹⁶⁷ *Simon Hix*, Constitutional Agenda-Setting Through Discretion in Rule Interpretation. Why the European Parliament Won at Amsterdam, *BJPoS* 32 (2002), 259–280.

¹⁶⁸ Grundstürzend, jedoch auf der Basis eines lediglich materiellen Verfassungsbegriffs: *Eric Stein*, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, *AJIL* 75 (1981), 1–27. Eine Werteverfassung beginnt erst in den 1990ern zum expliziten Projekt zu werden, *Ingolf Pernice*, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 31 (1996), 27–43. Einordnung in einen größeren Zusammenhang bei *von Bogdandy* (Fn. 13), 107 ff.; *Schorkopf* (Fn. 24); *Matthias Goldmann*, Hopes of Progress. European Integration in the History of International Law, *MPIL Research Paper No.* 2018–26.

¹⁶⁹ Zu den Fällen s.u. Teil IV.

¹⁷⁰ *Rebekka Byberg*, The History of the Integration through Law Project. Creating the Academic Expression of a Constitutional Legal Vision for Europe, *GLJ* 18 (2017), 1531–1556.

Europarecht angeblich gestärkten nationalen (Unter-)gerichte,¹⁷¹ unter Umgehung der vermeintlich blockierten politischen Institutionen versprach.¹⁷² Es überlappte mit ordoliberalen Überlegungen zu einer vor politischem Zugriff sicheren Wirtschaftsverfassung.¹⁷³

Wichtige Anstöße folgten aus den Wirtschaftswissenschaften, in denen sich im Zuge der geldpolitischen Neuorientierung der 1970er und 1980er in einer eigenen wissenschaftlichen Subkultur zu *rules vs. discretion* der Gedanke durchsetzte, dass regelbasierte, politisch unabhängige Institutionen, die ihre Maßnahmen ohne politische Rücksichtnahmen und daraus folgende Zeitinkonsistenzen ergreifen könnten, vorzugswürdige Ergebnisse produzierten.¹⁷⁴ Basierend auf den Gleichgewichtstheorien des 18. Jahrhunderts nahmen sie die bereits von Hegel¹⁷⁵ diagnostizierte Krisenhaftigkeit der Moderne nicht zur Kenntnis.¹⁷⁶

Eine weitere einflussreiche Strömung war *Law and Economics*, die mit der vorgenannten Forschungsrichtung die Methode des *rational choice* sowie ein häufig radikaliertes Verständnis des *homo oeconomicus* teilte.¹⁷⁷ Vertreter einer seiner Varianten, der *constitutional economics*, erhoben die Forderung nach einer Verfassung, die politische Entscheidungsspielräume nach Maßgabe ökonomischer Rationalität begrenze.¹⁷⁸ Dazu gehörten ne-

171 Weiler (Fn. 164), 2426; Karen J. Alter, Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe, Oxford: Oxford University Press 2001. Kritisch dazu mit gewichtigen empirischen Argumenten nunmehr Pavone (Fn. 83), 40 ff.

172 Mauro Cappelletti/Monica Seccombe/Joseph H.H. Weiler, Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience, Vol. 1, Berlin: De Gruyter 1986.

173 Ernst-Joachim Mestmäcker, Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union, in: Rolf H. Hasse (Hrsg.), Ordnung in Freiheit. Festgabe für Hans Willgerodt zum 70. Geburtstag, Stuttgart, Jena, New York: Gustav Fischer Verlag 1994, 263–292.

174 Bahnbrechend jeweils Finn E. Kydland/Edward C. Prescott, Rules Rather than Discretion. The Inconsistency of Optimal Plans, *J. Polit. Econ.* 85 (1977), 473–492; Kenneth Rogoff, The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target, *Q. J. Econ.* 100 (1985), 1169–1189.

175 Habermas (Fn. 12), 13, 26; vgl. ferner Hyman P. Minsky, The Financial Instability Hypothesis, Levy Economics Institute Working Paper No. 74 (1992).

176 Vgl. Kjær (Fn. 12).

177 Nicholas Mercuro/Steven G. Medema, Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond, Princeton, Oxford: Princeton University Press 2006, 161 ff. Zum Unterschied zwischen *Law and Economics* und ordoliberalen Rechtsdenken vgl. Josef Hien/Christian Joerges, Dead Man Walking? Current European Interest in the Ordoliberal Tradition, *ELJ* 24 (2018), 142–162.

178 James M. Buchanan, The Domain of Constitutional Economics, *Const. Polit. Econ.* 1 (1990), 1–18.

ben unabhängigen, auf Preisstabilität geeichten Zentralbanken vor allem verfassungsrechtlich verankerte Schuldenbremsen.¹⁷⁹ Diese mit dem Vertrag von Maastricht und später dem Stabilitätspakt europaweit verankerten Maßnahmen lassen es schwer erscheinen, die Zusammenhänge zwischen *Law and Economics* und dem neoliberalen Paradigma zu verneinen.¹⁸⁰

Diese verschiedenen Strömungen einer elitär-technokratischen Konstitutionalisierung mündeten schlussendlich in die Konstitutionalisierung weiter Teile der makroökonomischen Kompetenzen der EU mit dem Vertrag von Maastricht.¹⁸¹ Nicht nur die Kompetenzverteilung im Rahmen der WWU, auch die Konstitutionalisierung als europarechtliches Lieblingsprojekt um die Jahrtausendwende wiesen damit eine höchst asymmetrische Gestalt auf. Emanzipatorische Grundrechtsexpansion, nicht selten um wirtschaftliche Freiheiten herum gebaut,¹⁸² und parlamentarische Beteiligung auf europäischer Ebene ging (und geht) problemlos einher mit einer reichlich wenig demokratischen wirtschaftspolitischen Konstitutionalisierung zur Disziplinierung der Mitgliedstaaten. Wenngleich man die Grundrechtsexpansion nicht für den Neoliberalismus verantwortlich machen darf,¹⁸³ folgen diese scheinbar konträren Tendenzen zwangslös aus der gesellschaftlichen Dynamik des neoliberalen Paradigmas mit seiner Tendenz zur Singularisierung, die individuelle Autonomie begünstigte, während sie die nationalstaatlich verankerten korporatistischen Strukturen schwächte, in manchen Fällen bis zur Unkenntlichkeit. Ohne damit eine falsche Verteilung der Verantwortung zu bewirken, könnte man behaupten, das eine

179 Thomas Biebricher, Neoliberalism and Law. The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment, *GLJ* 17 (2016), 835–856.

180 Eine Analyse mit Schwerpunkt auf dem Privatrecht mag zu einem nuancierten Befund bezüglich des Verhältnisses zwischen *Law and Economics* und liberalisierenden Tendenzen im Europarecht kommen: Moritz Renner, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, *JZ* 78 (2023), 313–320.

181 Stephen Gill, European Governance and New Constitutionalism. Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe, *New Polit. Econ.* 3 (1998), 5–26.

182 Matthias Goldmann, The Great Recurrence. Karl Polanyi and the Crises of the European Union, *ELJ* 23 (2017), 272–289.

183 A.A. Susan Marks, Four Human Rights Myths, in: David Kinley/Wojciech Sadurski/Kevin Walton (Hrsg.), *Human Rights. Old Problems, New Possibilities*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 217–235; vgl. dagegen Samuel Moyn, A Powerless Companion. Human Rights in the Age of Neoliberalism, *L. & Contemp. Probs.* 77 (2014), 147–169.

wäre ohne das andere nicht zu haben gewesen.¹⁸⁴ Bezeichnenderweise war diese Asymmetrie nie Gegenstand der Klagen über die mangelnde demokratische Legitimität der Union; die Klagen haben sie vielmehr schon lange vor der Krise eher noch verstärkt.¹⁸⁵

4. Integrativer Konstitutionalismus

Das neoliberalen Paradigma befindet sich in Auflösung, im Grunde genommen bereits seit dem Inkrafttreten des Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV, der natürlich erst seine Wirkung auf die Rechtspraxis entfalten musste. Die gegenwärtige Polykrise der letzten eineinhalb Jahrzehnte hat zu einer grundlegenden Restrukturierung des europäischen Regierens geführt, die auch die Wirtschaftsverfassung entscheidend geprägt hat. Sichtbares Zeichen davon ist der enorme Bedeutungsgewinn der Bestimmungen über die WWU und die Finanzverfassung.¹⁸⁶ Das hat Auswirkungen auf die drei Achsen der Wirtschaftsverfassung.

a) Vom Markt zur Intervention

Offensichtlich ist die Tendenz weg vom Markt hin zu den Trägern öffentlicher Gewalt. Bereits der Vertrag von Lissabon schuf hierfür die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen.¹⁸⁷ Deren Umsetzung in der Realität folgte in der Finanzkrise. Dort wurde die Rolle von Union und Mitgliedsstaaten als Garanten der Wirtschaftsordnung mehr als deutlich; sie setzte sich sukzessive ohne entsprechenden Masterplan von Land zu Land und Bereich zu Bereich durch¹⁸⁸ und überlagerte die vielbeschworene Marktdisziplin.

Eine Stärkung öffentlicher Gewalt gegenüber dem Markt bedeutet allerdings keinen unmittelbaren Gewinn an sozialer Integration. Im Gegenteil wirkten die Krisenmaßnahmen zunächst eher desintegrerend. Das lag da-

¹⁸⁴ Parallelentwicklung im Völkerrecht bei *Ernst-Ulrich Petersmann*, The WTO Constitution and Human Rights, *J Int'l Econ. L.* 3 (2000), 19–25.

¹⁸⁵ Vgl. *Matthias Goldmann*, The European Economic Constitution after the PSPP Judgment. Towards Integrative Liberalism?, *GLJ* 21 (2020), 1058–1077.

¹⁸⁶ Dazu *Ioannidis*, in diesem Band, III.2.

¹⁸⁷ Oben II.1.a.

¹⁸⁸ *Luuk van Middelaar*, Alarums & Excursions. Improvising Politics on the European Stage, Newcastle: Agenda Publishing 2019, 21 ff.

ran, dass der Vertrag von Lissabon das Kompetenzgefüge nicht geändert hatte und es der Union an wirtschaftspolitischen sowie fiskalischen Kompetenzen fehlte. Das soziale Ungleichgewicht bestand daher erst einmal fort.¹⁸⁹ Es verschärfte sich sogar durch die auf Wiederherstellung von Marktdisziplin abzielenden Konditionalitäten, die die EU in Zusammenhang mit den fiskalischen Überbrückungsmaßnahmen auflegte.¹⁹⁰ Man könnte hier analog zur negativen Integration von einer negativen Krisenbewältigung sprechen: Solidarität erfolgte nur unter strengen Bedingungen zum Krisenausgleich. Eine tiefergehende Form der Solidarität, etwa in Gestalt finanzieller Transfers zum Ausgleich makroökonomischer Ungleichgewichte, waren so gut wie nicht vorgesehen; vielmehr sollten die Mitgliedstaaten bei Fortbestand der makroökonomischen Ungleichgewichte zur Marktdisziplin zurückkehren.¹⁹¹

Ein Paradigmenwechsel deutet sich in den ersten Jahren nach der Finanzkrise damit nur zaghaft an.¹⁹² Die Verschärfung von Aufsichtsbefugnissen fällt darunter, sofern man annimmt, dass damit eine implizite Haftung verbunden ist. Hauptmotor eines Paradigmenwechsels war insofern die Geldpolitik. Seit Juli 2012 („*whatever it takes*“) testete das Eurosystem die Grenzen seines Mandats, um unter der Flagge der Geldpolitik zur Finanzstabilität sowie der Stabilisierung der Union insgesamt beizutragen.¹⁹³

Der Durchbruch zu positiver Krisenbewältigung und damit zu einem neuen, integrativen Paradigma lässt sich letztlich auf drei Faktoren zurückführen. Einen ersten Faktor bildete die Covid-Pandemie. Zwar blieb die Geldpolitik weiterhin ein entscheidender Motor der wirtschaftspolitischen

189 *Dawson/de Witte* (Fn. 16); *Martin Höpner*, Soziale Demokratie? Die politökonomische Heterogenität Europas als Determinante des demokratischen und sozialen Potenzials der EU, EuR Beih. 1/2013, 70–92 (75). S.a. *Meinrad Dreher*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsrecht, JZ 69 (2014), 185–190.

190 *Francesco Costamagna*, Saving Europe „Under Strict Conditionality“: A Threat for EU Social Dimension?, Centro Einaudi Working Paper No. 7/2012.

191 Zu den Formen der Solidarität vgl. *Armin Hatje*, Die EU auf dem Weg zur Solidarunion. Wandel durch Krise, in: Armin Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union. Ein deutsch-griechischer Rechtsdialog, Baden-Baden: Nomos 2015, 73–84 (79 ff.); Kritik an den makroökonomischen Ungleichgewichten bei *Gerhard Illing/Sebastian Jauch/Michael Zabel*, Die Diskussion um den Euro. Endogene Risiken und multiple Gleichgewichte, Leviathan 40 (2012), 156–172.

192 *Hauke Brunkhorst*, Auswege aus der technokratischen Falle? Die unbeachtete Wirtschaftsverfassung Europas, Leviathan 42 (2014), 508–523.

193 Dazu EuGH, Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – *Gauweiler*; Urteil v. 11.12.2018, Rs. C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – *Weiss*.

Krisenbewältigung. Sie wurde nun aber von signifikanten fiskalpolitischen Maßnahmen flankiert, die auch unternehmerische Risiken abfedern. Auf EU-Ebene ging es vor allem darum, hierfür die notwendigen fiskalischen Spielräume zu schaffen. Allen voran ist insofern *NextGenerationEU* zu nennen.¹⁹⁴ Bei aller Kritik erweist sich dieses Programm als entscheidende Neuerung, da es von Krediten zu Beihilfen wechselte und somit von einem Prinzip der Eigenverantwortung zu einem Risiko-Pooling überging. Da es auf die Notfallkompetenz des Art. 122 AEUV gestützt wurde und seine Verfestigung so ungewiss wie hochumstritten ist,¹⁹⁵ lässt sich eine Erwartung substantieller Solidarität daran nicht knüpfen; wohl aber die Erwartung, die EU werde die hochfrequent gewordenen Krisen abfedern – gerne unter Inanspruchnahme ebenjener Notfallkompetenz.¹⁹⁶

Eng damit zusammen hängt der zweite Faktor, der Klimawandel, der zu einem weiteren wichtigen Treiber eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmenwechsels wurde. Die Offenheit des Art. 3 Abs. 3 EUV erlaubt eine Akzentverschiebung hin zu mehr Nachhaltigkeit, v.a. in Gestalt des *Green Deals*. Dies schließt auch Maßnahmen der Geld- und Fiskalpolitik mit ein.¹⁹⁷ Der Klimawandel senkt damit ein weiteres Mal die Schwelle für staatliche Interventionen. Dieses Mal sind die Interventionen jedoch nicht lediglich auf das Abfedern von Risiken begrenzt, sondern zielen auf einen nachhaltigen Strukturwandel ab. Denn eine reine Stabilisierung der Lage, eine Rückkehr zum *status quo*, ergibt von dieser Warte aus von vorne herein keinen Sinn. Das ist auch bei Programmen zu berücksichtigen, die primär der Krisenbewältigung dienen. Versuche, die Ausgabenprogramme im Rahmen von *NextGenerationEU* auf enge Pandemiefolgen zu begrenzen, übersehen den Verfassungswandel hin zur Nachhaltigkeit, den die Institutionen durch diese Programme selbst hergestellt haben.¹⁹⁸

Einen dritten Faktor des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Paradigmenwechsels bilden die geänderten geopolitischen Voraussetzungen. Sie begünstigen eine neue Form der Industriepolitik, die aus Handelsbarrieren

¹⁹⁴ Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates vom 14.12.2020 zur Schaffung eines Aufbau-instruments der Europäischen Union, ABl. 2020 L 433/23.

¹⁹⁵ BVerfGE 157, 332; vgl. die Nachweise oben in Fn. 96 und 97.

¹⁹⁶ Vgl. zuletzt Ruth Weber, Die Neuordnung der EU-Wirtschaftsverfassung durch Art. 122 AEUV? Eine Analyse am Beispiel des Solidaritätsbeitrags als Notfallmaßnahme, AÖR 149 (2024), 82–122.

¹⁹⁷ Übersicht auf <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/green-deal/>. Vgl. ferner oben Fn. 70.

¹⁹⁸ A.A. BVerfGE 157, 332, Rn. 172, 178. Dazu Goldmann (Fn. 97).

wie Exportkontrollen, Subventionen und vielfältigen Maßnahmen zur Sicherung von Ressourcen besteht. Auch hier steht bislang das *De-Risking* im Vordergrund, jedoch gegenüber nicht-europäischen Staaten. Dies setzt ein stärker solidarisches, in diesem Fall neo-merkantilistisches Vorgehen im Innern voraus.¹⁹⁹ Die europäische Zurückhaltung angesichts massivster, historisch beispielloser Finanzierungspakete der US-Regierung und staatskapitalistischer chinesischer Konkurrenz lässt jedoch an der Geeignetheit der punktuellen EU-Programme zur wirtschaftlichen Selbstbehauptung der EU zweifeln. Der Notwendigkeit einer Mobilisierung europäischer Ressourcen entspricht die Zwecklosigkeit einer radikalen Rückkehr zu reinen Marktstrukturen.

b) Von den Mitgliedstaaten zur Union

Die erste Phase nach der Finanzkrise im Zeichen der negativen Krisenbewältigung wurde als eine Störung des europäischen institutionellen Gleichgewichts und seiner Legitimität aufgefasst.²⁰⁰ Eine schier endlose Serie an Kompetenzstreitigkeiten zeugt von der Sorge um mitgliedstaatlichen Bedeutungsverlust. Sie gründete nicht nur auf der quantitativen Zunahme der unionalen Maßnahmen, sondern auch auf ihrer speziellen Qualität. Numerische Ansätze im Rahmen von Strukturangepassungsprogrammen²⁰¹ gekoppelt mit weiten Ermessensspielräumen auf Seiten des Rats bei der Gewährung finanzieller Beihilfen oder im Rahmen des Defizitverfahrens verliehen der neuen unionalen Machtfülle zugleich etwas Bedrohliches.²⁰²

199 *Daniela Gabor*, The (European) Derisking State, SocArXiv Paper (2023).

200 *Dawson/de Witte* (Fn. 16); *Agustín J. Menéndez*, The Crisis of Law and the European Crises. From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance, *J. L. & Soc.* 44 (2017), 56–78; *Damian Chalmers*, The European Redistributive State and a European Law of Struggle, *ELJ* 18 (2012), 667–693; *Christian Joerges*, Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation, *GLJ* 15 (2014), 985–1027.

201 *Vivien A. Schmidt*, Europe's Crisis of Legitimacy. Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone, Oxford: Oxford University Press 2020, 87 ff.

202 *Kenneth Dyson*, Sworn to grim necessity? Imperfections of European Economic Governance, Normative Political Theory, and Supreme Emergency, in: Michele Chang/Georg Menz/Mitchell P. Smith (Hrsg.), Redefining European Economic Governance, London: Routledge 2016, 13–28; *Matthias Goldmann*, in: Helmut Siekmann (Hrsg.), The European Monetary Union. A Commentary, London: Hart 2022, Art. 126 TFEU, Rn. 143 ff.

Dies mag weniger für den Ausbau administrativer Kompetenzen durch Agenturen gelten, die Stakeholders der Mitgliedstaaten einbeziehen.²⁰³ Je doch blieben auch hier Kompetenzstreitigkeiten nicht aus.²⁰⁴

Die Transformationsfaktoren Covid-Pandemie, Klimawandel und geopolitische Verschiebungen gehen auf der Achse Union-Mitgliedstaaten mit einer Konsolidierung der Unionskompetenzen einher. Da der Union als solcher innerhalb der EU zumindest in der Theorie die höchste Bonität zusteht, erscheint ein Kompetenzzuwachs der Union geradezu unausweichlich unter einem integrativen Paradigma, für das die Finanzierungskapazität des Staats einen entscheidenden Erfolgsfaktor darstellt.²⁰⁵ Deshalb hat sich an dem Trend zur Union durch den Schwenk von negativer auf positive Krisenbewältigung auch nichts geändert. Vielmehr setzt sich der Gebrauch von Konditionalitäten fort, die die administrativen Einflussmöglichkeiten der Union erweitern.²⁰⁶ *NextGenerationEU* verlangt insofern nationale Aufbau- und Resilienzpläne,²⁰⁷ deren Begutachtung in das Europäische Semester integriert wurde. Wie bereits Anfang des Jahrtausends fokussiert sich die konservative Reaktion auf die Einforderung von Kompetenzgrenzen, statt Vorstellungen für die demokratische Ausgestaltung der Unionsgewalt zu generieren.

Seit etwa 2017 schottet sich die EU im Zuge der genannten Entwicklungen zunehmend nach außen ab, was durch den Niedergang des Welthandelsrechts begünstigt wird. So hat die EU im Rahmen ihrer Handelspolitik etliche Maßnahmen zur Investitions- und Fusionskontrolle sowie dem Vergabewesen erlassen.²⁰⁸ Auch richtet sie mittlerweile ihre Rechtsetzung und Wettbewerbspolitik danach aus.

203 R. Daniel Kelemen, The Politics of 'Eurocratic' Structure and the New European Agencies, WEP 25 (2002), 93–118.

204 Vgl. EuGH, Urteil v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 – ESMA.

205 Vgl. Joscha Wullweber, Embedded Finance. The Shadow Banking System, Sovereign Power, and a New State–Market Hybridity, JCE 13 (2020), 592–609.

206 Roland Broemel, § 7 Das primäre Recht der wirtschaftspolitischen Koordinierung, in: Ulrich Hufeld/Christoph Ohler (Hrsg.), EnzEuR Bd. 9: Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, Baden-Baden: Nomos, 349–386 (Rn. 58 ff.).

207 Art. 17 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2021/241/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.2.2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, ABl. 2021 L 57/17.

208 Überblick bei Frank Hoffmeister, Strategic Autonomy in the European Union's External Relations Law, CML Rev. (2023), 667–700.

c) Von demokratischer zu autoritärer Staatlichkeit?

Bereits unter dem neoliberalen Paradigma attestierten viele Beobachter der Union ein Legitimitätsdefizit.²⁰⁹ Die Legitimitätseinbußen durch die Maßnahmen der negativen Krisenbewältigung wurden gründlich analysiert.²¹⁰ Dabei wurde nicht nur auf den Kompetenzzuwachs der (vermeintlich) weniger demokratisch legitimen Union hingewiesen, sondern vor allem auf die Beschädigung der staatlichen Demokratie, am sichtbarsten wohl im Fall des griechischen OXI-Referendums. Die einschneidenden sozialen Auswirkungen negativer Krisenpolitik,²¹¹ das hilflose Gegensteuern staatlicher Gerichte²¹² sowie das späte²¹³ und halbherzige²¹⁴ Einlenken des EuGH haben die Legitimation der EU angekratzt.

Erstaunlich ist, dass sich daran auch unter der Ägide des integrativen Paradigmas kaum etwas geändert hat. Nach wie vor dominiert technokratisch geprägte Exekutivgewalt auf europäischer Ebene. Das erscheint zunächst erklärendesbedürftig. Positive Krisenbewältigung geht zumindest in der Theorie mit deutlich weniger Druck auf die Mitgliedstaaten einher. Auch wenn die EU die Zügel im Rahmen des Europäischen Semesters gespannt hält und viele Mitgliedstaaten auf die Gelder aus *NextGenerationEU* dringend angewiesen sind: Die gemeinsame Beschlussfassung über die Verwendung dieser Mittel könnte eine demokratische Dynamik entfalten. Es kommt nicht mehr darauf an, einen Staat zu disziplinieren, sondern gemeinsam Ausgabenprogramme zu entwickeln. Dennoch bleibt die Rolle des Parlaments im Rahmen von *NextGenerationEU* marginal; das Eurosysteem so unabhängig wie ehedem und der Rat mächtiger denn je.

209 Vgl. BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*.

210 Vgl. Fn. 16 und 200.

211 Margot E. Salomon, Of Austerity, Human Rights and International Institutions, ELJ 21 (2015), 521–545; Andreas Fischer-Lescano, Austeritätspolitik und Menschenrechte-Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, Rechtsgutachten im Auftrag der Kammer für Arbeiter/innen und Angestellte für Wien (2013).

212 Claire Kilpatrick, Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe. A Challenging New Area of Constitutional Inquiry, in: Bruno de Witte/Claire Kilpatrick/Thomas Beukers (Hrsg.), Constitutional Change through Euro-Crisis Law, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 279–326.

213 EuGH, Urteil v. 20.9.2016, verb. Rs. C-8/15 bis C-10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701 – *Ledra*.

214 EuGH, Urteil v. 16.12.2020, verb. Rs. C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P und C-604/18 P, ECLI:EU:C:2020:1028 – *Chrysostomides*.

Die weitere Entwicklung scheint offen. Denkt man an die Grunddynamik der Wirtschaftsverfassung,²¹⁵ so ist klar, dass höhere finanzielle Solidarität mit Mechanismen zur Sicherung des gesellschaftlichen Zusammenhalts einhergehen muss. Demokratische Legitimation ist allerdings nur eine mögliche Strategie. Sie steht in Konkurrenz zu autoritären Ansätzen, die Integration durch kulturelle Abgrenzung und das Schüren von Ängsten vor Fremden im eigenen Land oder der geopolitischen Situation herstellen wollen. Das ist für viele attraktiver als die Kärrnerarbeit der Demokratie und passt in das Bild einer durch Jahrzehnte des Neoliberalismus antrainierten rücksichtslosen Variante des individuellen Freiheitsverständnisses.²¹⁶ Dazu kommt, dass die EU durch die weitgehend unangetastet bleibenden Mittelflüsse Regierungen mit autokratischer Tendenz stabilisiert, während sie deren Gegner den Wegzug erleichtert.²¹⁷

Die autoritäre Variante ist auch verlockender für ökonomische Akteure, da sie einflussreiche Verbindungen zwischen ökonomischer und politischer Macht begünstigt, die von den Interventionen unter dem integrativen Paradigma profitieren und sich ihrerseits durch die Förderung autoritärer Tendenzen in der Politik revanchieren, sei es über die Medien oder politisch hilfreiche Investitionen.²¹⁸ Diese Verbindungen, von *Hermann Heller* als autoritärer Liberalismus bezeichnet,²¹⁹ stellen letztlich die demokratisch begründete Einhegung von Märkten mit dem Mittel des Rechts in Frage. Idealtypisch verwirklicht ist diese Regierungsform heute im Regime von *Viktor Orbán*,²²⁰ wenngleich in vielen anderen Mitgliedstaaten Ansätze für das Schwinden der Differenz zwischen Politik und Wirtschaft erkennbar sind.

215 Vgl. Teil I.

216 *Caroline Amlinger/Oliver Nachtwey*, Gekränte Freiheit. Aspekte des libertären Autoritarismus, Berlin: Suhrkamp 2022, 87 ff.

217 *R. Daniel Kelemen*, The European Union's Authoritarian Equilibrium, in: Edoardo Bressanelli/Christel Koop/Christine Reh (Hrsg.), Strategic Responses to Domestic Contestation, London: Routledge 2021, 153–171.

218 Vgl. *Massimo La Torre*, A Demented World. Politics without Politics, State without State, ELJ 24 (2018), 247–256 (250).

219 *Hermann Heller*, Autoritärer Liberalismus?, in: Hermann Heller, Gesammelte Schriften Bd. 2, Leiden: Sijhoff 1971 (1932), 643–653.

220 *Adam Fabry*, Neoliberalism, Crisis and Authoritarian–Ethnicist Reaction. The Ascendancy of the Orbán Regime, Comp. & Change 23 (2019), 165–191; *András Jakab/Eszter Bodnár*, Agonie eines jungen Verfassungsstaates. Die ungarische Verfassung 1989 bis 2019, in: Ellen Bos/Astrid Lorenz (Hrsg.), Das politische System Ungarns. Nationale Demokratieentwicklung, Orbán und die EU, Wiesbaden: Springer 2021, 57–73; vgl. *Patel* (Fn. 148), 108.

Die Rechtsprechung hat nicht immer klug agiert und bisweilen eher Öl ins Feuer des Autoritarismus und Illiberalismus gegossen. Besonders Musliminnen und Muslime, die in Gesamteuropa zur Zielscheibe der von autoritären Strömungen betriebenen kulturellen Abgrenzung geworden sind, finden selten die Unterstützung des EuGH.²²¹ Dasselbe gilt für Geflüchtete. Klagen in diesem Zusammenhang dienen eher der Disziplinierung von zentraleuropäischen Mitgliedstaaten.²²² Ferner mag die partielle Entsolidarisierung gegenüber gesellschaftlich randständigen Gruppen von Unionsbürgern den Austeritätsbestrebungen und populistischen Impulsen in reichen Mitgliedstaaten zwar entgegenkommen.²²³ Sie stärkt aber nicht die Stellung des EuGH im Kampf gegen demokratische Auflösungserscheinungen. Überhaupt haftet dem Vorgehen des EuGH gegen autoritäre Tendenzen, besonders in der Rechtsprechung oder auch einem Instrument wie der Rechtsstaatskonditionalitätsverantwortung, ein gewisser Makel an, solange Umfang und Legitimität wirtschaftlicher Solidarität unter dem neuen integrativen Paradigma nicht frei von Zweifeln sind. Integrativer Konstitutionalismus tendiert eher zur Risikominderung für die EU und ihr Wirtschaftsmodell als zu Umverteilung nach Bedürftigkeit.

Dieses Problem wird sich vertiefen, solange keine guten Angebote zur Weiterentwicklung demokratischen Regierens vorhanden sind. Daraus könnte unter dem integrativen Paradigma ein gemeinwohlorientierter Konstitutionalismus erwachsen, der ohne permanente Ausschließungsprozesse und damit verbundene Menschenrechtsprobleme im Innern und Äußern auskommt. Bisherige Vorschläge deuten allerdings eher in eine autoritäre Richtung.²²⁴ Gegenvorschläge, die der gewachsenen Rolle des Staats bzw. der unionalen Exekutive Rechnung tragen, ohne vor den Schwierigkeiten des Parlamentarismus die Augen zu verschließen, sind rar;²²⁵ die (ohnehin fragwürdige) Abwehr autoritärer Tendenzen in den Mitgliedstaaten dürf-

²²¹ EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 – *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* („Schächten“); Urteil v. 15.7.2021, verb. Rs. C-804/18 und C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594 – *WABE*.

²²² Vgl. EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029; Urteil v. 22.9.2022, Rs. C-159/21, ECLI:EU:C:2022:708; Urteil v. 22.6.2023, Rs. C-823/21, ECLI:EU:C:2023:504 – *Kommission/Ungarn* (*Déclaration d'intention préalable à une demande d'asile*).

²²³ EuGH, *Dano* (Fn. 94).

²²⁴ Adrian Vermeule, Common Good Constitutionalism, New Jersey: John Wiley & Sons 2022.

²²⁵ Pierre Rosanvallon, Good Government, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018.

te im Zuge des Ukraine-Kriegs nochmal schwieriger geworden sein. Der Wirtschaftsverfassung eine blendende Zukunft zu bescheinigen, wäre daher gewagt.

IV. Dogmatik der Wirtschaftsverfassung

Der folgende Teil zeichnet nach, wie sich die Dogmatik des Europarechts an der Wirtschaftsverfassung orientiert und diese für die jeweiligen Paradigmen konkretisiert hat.²²⁶ Die Dogmatik liegt dabei in den Händen von Rechtsprechung, Gesetzgebung, Verwaltung und Wissenschaft, deren Handeln hier im Mittelpunkt steht. Das Ziel ist mithin eine fokussierte, keine enzyklopädische Darstellung, die die verfassungsrechtlich relevanten Linien hervorhebt.²²⁷ Die verfassungsrechtliche Relevanz bemisst sich dabei am Einfluss eines Vorgangs auf die im vorhergehenden Teil dargelegten grundlegenden Konflikte.²²⁸ Die Leitfunktion der Wirtschaftsverfassung reicht zwar über den Binnenmarkt hinaus; sie betrifft die Wirtschafts- und Währungsunion genauso wie die Sozialpolitik oder andere sektorale Politiken.²²⁹ Das Folgende beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf den Binnenmarkt, um Überschneidungen mit anderen Kapiteln zu vermeiden und den Stoff zu komprimieren.

1. Gründungsphase: Eingebetteter Liberalismus

Das Paradigma des Eingebetteten Liberalismus war gekennzeichnet von dem vor allem mitgliedstaatlich und technokratisch kontrollierten Aufbau des Gemeinsamen Markts.

a) Grundfreiheiten und Harmonisierung

Ein wichtiger, das Paradigma kennzeichnender Aspekt ist dabei die Unteilbarkeit der Grundfreiheiten. Die EWG sollte nicht eine bessere Freihandelszone werden, sondern verschrieb sich einer umfassenden Faktormobilität.

²²⁶ Zur Leitfunktion der Wirtschaftsverfassung *Stumpf* (Fn. 21), Rn. 95.

²²⁷ Vgl. zur Konkretisierungsbedürftigkeit oben II.I.d.

²²⁸ III.I.

²²⁹ S.o. II.3.

tät, die den Gemeinsamen Markt für alle wirtschaftlichen Gruppen attraktiv machte. Diese Unteilbarkeit folgte keiner zwingenden Notwendigkeit, sondern war das politisch gewollte Ergebnis der Verhandlungen über den EWG-Vertrag. Während der Beratung über den EGKS-Vertrag war es noch umstritten, ob die Arbeitnehmerfreiheit einen inhärenten Teil der Warenverkehrsfreiheit darstelle. Die Regelung in getrennten Vorschriften spricht eher dagegen; auch fehlte es im EGKS-Vertrag an der Niederlassungsfreiheit.²³⁰ Die Ausgangspositionen der Mitgliedstaaten für den EWG-Vertrag waren in der Frage der Grundfreiheiten gespalten. Die Niederlande wollten nur den freien Warenverkehr; Italien hingegen insistierte besonders auf der Arbeitnehmerfreiheit, aber auch Deutschland, das sich davon Vorteile versprach.²³¹ Im Laufe der Verhandlungen kristallisierte sich ein Stufenmodell der Arbeitnehmerfreiheit heraus; die Vorschriften über die jeweiligen Grundfreiheiten wurden jeweils im Hinblick auf einander formuliert; die Dienstleistungsfreiheit entwickelte sich dabei zu einer Auffangfreiheit. Damit stand fest, dass die Faktormobilität umfassend gewährleistet sein sollte; die Grundfreiheiten bilden eine historische Einheit.²³² Vorschriften wie das Diskriminierungsverbot des Art. 119 EWG-Vertrags (Art. 157 AEUV) sollten eine Anpassung sozialer Standards nach oben sichern.

Diese Einheit der Grundfreiheiten bildete wiederum die Grundlage, auf der der EuGH dem Europarecht unmittelbare Wirkung zusprach, ausgehend von der Entscheidung *van Gend & Loos* betreffend das Verbot der Binnenzölle.²³³ Diese Entscheidung sollte daher nicht als einseitig liberalisierender Schritt verstanden werden. Vielmehr war die damit verbundene Liberalisierung alles andere als schrankenlos. Das zeigt sich schon daran, dass das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßiger Beschränkungen bis zum Ablauf der Übergangsperiode zum 1.1.1970 nicht unmittelbar anwendbar war.²³⁴ Insofern konnten allenfalls

²³⁰ *Hanna Dorothea Faig*, Genealogie der Grundfreiheiten. Tradition, Redaktion, Interaktion und Integration der Binnenmarktfreiheiten der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 94 f., 99.

²³¹ Ebd., 103 ff.

²³² Ebd., 159, 171 ff.

²³³ EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Rn. 24 – *van Gend & Loos*.

²³⁴ EuGH, Urteil v. 4.2.1965, Rs. 20/64, ECLI:EU:C:1965:8 – *Albatros v Sopéco*. Mengenmäßige Beschränkungen fielen dagegen schon zum 1.7.1968, vgl. *Laurent Warlouzet*, The Construction of a Single Market. Liberalization and its Regulation, in: Leucht/Seidel/Warlouzet (Fn. 19), 147–165 (150).

die Wettbewerbsvorschriften greifen, sofern marktbeschränkende mitgliedstaatliche Vorschriften der Umsetzung durch privatrechtliche Vereinbarungen bedurften, was insbesondere das geistige Eigentum betraf.²³⁵ Auch die Zuerkennung des Anwendungsvorrang des Europarechts in *Costa/ENEL* erging in einem Rechtsstreit, in dem der EuGH die in Frage stehenden Vorschriften des Primärrechts schlussendlich eng konzipierte und für nicht anwendbar hielt.²³⁶

Dem Paradigma des Eingebetteten Liberalismus entsprechend war der Sekundärgesetzgebung eine entscheidende Rolle bei der Verwirklichung des Gemeinsamen Markts zugeschrieben. Die Harmonisierung gestaltete sich aber in der Anfangsphase als sehr schwerfällig, da sie die Einstimmigkeit der Mitgliedstaaten erforderte.²³⁷ Auch eine nennenswerte Industriepolitik scheiterte an nationalen Gegensätzen; sie ließ sich nur punktuell und intergouvernemental angehen.²³⁸ Überhaupt sicherte die Wirtschaftsverfassung den Mitgliedstaaten und den Institutionen die Kontrolle über die Ausgestaltung des Markts, nicht zuletzt über die *Meroni*-Doktrin, die die Auslagerung von Entscheidungen verhinderte.²³⁹

b) Wettbewerbsrecht

Das Wettbewerbsrecht beginnt bekanntermaßen schon 1951 mit dem EG-KS-Vertrag. Der gemeinsame Markt für Kohle und Stahl sollte nicht durch private Hemmnisse erschwert werden, was gerade bei der damaligen Konzentration der Industrie nicht unwahrscheinlich erschien. Die Erfahrung mit Kartellen im Nationalsozialismus war noch frisch.²⁴⁰ Die Umsetzung der EGKS-Wettbewerbsregeln verlief jedoch schleppend. Verantwortlich dafür waren Differenzen zwischen Deutschland und Frankreich. So bewirkte das Wettbewerbsrecht eher eine informelle, politische Kontrolle, über die Verschmelzungen ggf. von den Unternehmen selbst abgeblasen wurden. Dazu trug eine rigide Formulierung der Kompetenzen der Hohen

235 EuGH, Urteil v. 13.7.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64, ECLI:EU:C:1966:41 – *Consten & Grundig/Kommission*; dazu Robert Schütze, ‚Re-reading‘ *Dassonville*. Meaning and Understanding in the History of European Law, ELJ 24 (2018), 376–407 (388 f.).

236 EuGH, *Costa/E.N.E.L.* (Fn. 82).

237 Schorkopf (Fn. 144), 97 ff.

238 Warlouzet, Construction (Fn. 234), 162.

239 EuGH, Urteil v. 13.6.1958, Rs. 9/56, ECLI:EU:C:1958:7 – *Meroni/Hohe Behörde*.

240 Warlouzet, Construction (Fn. 234), 156.

Behörde bei. Eine stärker rechtsförmige Umsetzung hätte allerdings mit dem Problem zu kämpfen gehabt, dass Preiskontrollen es schwierig gemacht hätten, den Einfluss von Verschmelzungen auf den Preiswettbewerb festzustellen.²⁴¹

Der *Spaak*-Bericht betonte jedoch die Bedeutung des Wettbewerbsrechts für die Entwicklung des Gemeinsamen Markts. Deutschland hatte ein erhebliches Interesse an einer starken Wettbewerbsordnung, da es mit dem Kartellamt vorangeschritten war und diese Prägung der Wirtschaftsverfassung seiner Exportorientierung entsprach. Die Kommission profitierte von den Erfahrungen der EGKS durch Übertragung entsprechend weitreichender Befugnisse. Der Einfluss überzeugter Wettbewerbsbefürworter wie *Hans von der Groeben* tat das Übrige.²⁴²

Unter dem eingebetteten Liberalismus verlief jedoch die Umsetzung der Wettbewerbsregeln nicht bruchlos. Ein Problem stellte die durch die Verordnung Nr. 17 aufgestellte Notifikationspflicht dar. Die hohe Zahl der Notifikationen stellte die Kommission vor gewaltige administrative Herausforderungen.²⁴³ Für ein weiteres Problem sorgten die Anforderungen an Kommissionsentscheidungen. In dem wohl bedeutendsten Fall *Consten und Grundig* folgte der Gerichtshof zwar nicht dem Generalanwalt, der für ein enges Verständnis der Vertragsbestimmungen eintrat und fundierte Beweise für die wirtschaftlichen Auswirkungen der streitgegenständlichen Vereinbarung forderte. Allerdings beschränkte der Gerichtshof seine Entscheidung auf das Verbot von Parallelimporten.²⁴⁴ Die Unvereinbarkeit einzelner Klauseln hatte keine Auswirkungen auf die sonstige Vereinbarung.²⁴⁵

c) Grundrechte

Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Signifikanz der Grund- und Menschenrechte blieb in der Nachkriegszeit eher gering. Grundrechte sollten

²⁴¹ Laurent Warlouzet/Tobias Witschke, The Difficult Path to an Economic Rule of Law. European Competition Policy, 1950–1991, Contemp. Eur. Hist. 21 (2012), 437–455 (439 ff.).

²⁴² Ebd., 438.

²⁴³ Ebd., 447; Warlouzet, Evolving Compromise (Fn. 135).

²⁴⁴ EuGH, *Consten & Grundig/Kommission* (Fn. 235).

²⁴⁵ EuGH, Urteil v. 30.6.1966, Rs. 56/65, ECLI:EU:C:1966:38 – Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.).

vor allem demokratische Rechte sichern.²⁴⁶ Wirtschaftliche Integration sollte in den Händen des Staats liegen und durch parlamentarische Prozesse entschieden werden. Insofern erscheint es konsequent, dass die gescheiterte Europäische Politische Gemeinschaft Grundrechtsgarantien erhalten sollte, nicht jedoch die EWG.²⁴⁷ Die Entwicklung von Gemeinschaftsgrundrechten ließ sich nach *van Gend* und *Costa/ENEL* allerdings nicht mehr verhindern.²⁴⁸ Der EuGH legte sie in seinen ersten Entscheidungen jedoch noch recht restriktiv aus und verstand sie im Jahrzehnt vor *Cassis* nicht als Instrumente der Liberalisierung.²⁴⁹

d) Zusammenfassung

Die Dogmatik des Binnenmarktrechts fügt sich in die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben ein. Trotz mancher Abstriche kann man hier von einer Gesamtentscheidung sprechen, die zwar Märkten und Wettbewerb eine wichtige Rolle zuwies, jedoch bei der Umsetzung auf die Mitgliedstaaten weitreichende Möglichkeiten zur Gestaltung und Berücksichtigung ihrer öffentlichen Interessen ließ. Insgesamt zeichnet sich diese Periode daher durch eine gewichtige, oft interventionistische Rolle der Mitgliedstaaten aus, die für die notwendige demokratische Legitimität sorgten.

2. Liberalisierender Konstitutionalismus

Die Emergenz des Wirtschaftsliberalismus in Europa seit den 1970ern ist ein gut untersuchter Gegenstand. Für den vorliegenden Beitrag lohnt sich ein genauer Blick auf die verfassungsrechtlichen Zusammenhänge. Aufgrund der neueren Forschung ist die Entwicklung von den 1970ern bis zu den 1990ern als Stärkung des Marktprinzips zulasten der Solidarität zu verstehen, die mit einer massiven Ausweitung der Unionskompetenzen

246 Samuel Moyn, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2018, 41 ff.

247 Vgl. Pierre Pescatore, *Les droits de l'homme et l'intégration Européenne*, CDE 4 (1972), 629–673.

248 Instruktiv Schorkopf (Fn. 144), 174 ff., der jedoch von einer ursprünglichen Grundrechtslücke ausgeht.

249 Vgl. EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 – *Internationale Handelsgesellschaft*; Urteil v. 14.5.1974, Rs. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 – *Nold*; dazu auch Goldmann (Fn. 182).

gegenüber den Mitgliedstaaten und einigen Fortschritten bei ihrer Demokratisierung einherging, auch wenn Letztere dem gewachsenen Einfluss der Union kaum angemessen waren. Kennzeichnend dafür war ein iteratives Zusammenwirken von Mechanismen negativer und positiver Integration, begleitet und beeinflusst von Mitarbeitenden der Kommission, die die Gerichtsentscheidungen entsprechend orchestrierten und umsetzten.²⁵⁰.

a) Grundfreiheiten: *Cassis*-Rechtsprechung

In diesem Sinne beginnt der liberalisierende Konstitutionalismus nicht erst mit der *Dassonville*-Entscheidung, sondern spätestens mit der Veränderung der Rolle von Richtlinien seit den 1970ern. Statt der schwerfälligen Harmonisierung des bestehenden mitgliedstaatlichen Rechts, die regelmäßig zu Konflikten unter den Mitgliedstaaten führte, bemühte sich die Gemeinschaft nun vermehrt um Richtlinien zur Regelung neuer Lebensbereiche, die ohne Vorprägung durch nationales Recht waren. Das betraf zunächst vor allem den Warenverkehr. Diese Richtlinien gewannen an Effektivität durch die Zuerkennung unmittelbarer Wirkung nach Ablauf der Übergangsfrist.²⁵¹

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur negativen Integration ist fraglos einer der am besten untersuchten Gegenstände des Europarechts. Ihr verdankt der Europäische Gerichtshof seine Reputation als Motor der Integration.²⁵² Im Kern geht es um die Frage, ob das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen in (heute) Art. 34 AEUV eng oder weit zu verstehen ist. Ein enges Verständnis stellt auf den Charakter der Maßnahme ab und erfasst nur Grenzformalitäten und vergleichbare offen diskriminierende Praktiken; ein weites Verständnis stellt auf die Wirkung ab und schließt jede Art von mitgliedstaatlicher Maßnahme ein, die die potenziellen Handelsvolumina reduziert. Die Frage war Ende der 1960er hoch umstritten.²⁵³ Nach der prägenden Lesart von Joseph Weiler hat der EuGH nach dem Ende der Übergangszeit gem.

²⁵⁰ Brigitte Leucht, The Policy Origins of the European Economic Constitution, ELJ 24 (2018), 191–205.

²⁵¹ EuGH, Urteil v. 4.12.1974, Rs. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 – *van Duyn*; vgl. Schorkopf (Fn. 144), 195 ff.

²⁵² Thorsten Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 62), 705–748 (711).

²⁵³ Kaupa (Fn. 68), 165 ff., 180.

Art. 8 EWG-Vertrag mit der Rs. *Dassonville* den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit durch das Verständnis als Begrenzungsverbot erst erheblich erweitert, dies in der Folge durch die Einführung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe in der Entscheidung *Cassis* und die Etablierung einer Bereichsausnahme in *Keck* wieder teilweise zurückgenommen, so dass die Liberalisierung durch die Grundfreiheiten derjenigen durch die WTO ähnle.²⁵⁴

Dieses Narrativ ist kürzlich von *Robert Schütze* hinterfragt worden.²⁵⁵ *Dassonville* betreffe vor allem die Behandlung von Gütern aus Drittstaaten und Maßnahmen zur Verhinderung von Parallelimporten. Die fraglichen Zollformalitäten für indirekte Importe wirkten sich als Hindernis gegenüber direkten Importen aus. Damit spiegle *Dassonville* im Prinzip ein enges, auf Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beim Grenzübergang begrenztes Verständnis der Maßnahmen gleicher Wirkung, sei jedoch keineswegs auf das Niederreißen jeglicher Beschränkungen gerichtet. Dass Zollzertifikate damals mangels eines einheitlichen Zollverfahrens notwendig waren, habe der Gerichtshof nicht in Zweifel ziehen wollen. Der Fall sei nur deshalb an das Plenum des Gerichtshofs übertragen worden – ein Umstand, auf den die Zuschreibung einer grundstürzenden Bedeutung nach der *Weiler*-These oft abstellt – um eine für das Wettbewerbsrecht wie die Warenverkehrsfreiheit einheitliche Formel für den Umgang mit öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich begründeten Parallelimportverböten zu finden. Dies zeige schon der Umstand, dass die *Dassonville*-Formel aus der Entscheidung *Consten v Gründig* übernommen wurde.²⁵⁶ Damit habe *Dassonville* keine umfassende Liberalisierung der Märkte bewirkt. Diese sei denn auch in der Zeit nach *Dassonville* erst einmal ausgeblieben, wie einige Urteile aus der Zeit danach zeigten.²⁵⁷ Die Einordnung von *Dassonville* als Liberalisierungsmoment beruhe daher auf einer nachträglichen Fehlzu-

254 Joseph H.H. Weiler, The Constitution of the Common Market Place. Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 1999, 370–385; Joseph H.H. Weiler, Epilogue: Towards a Common Law of International Trade, in: ders. (Hrsg.), *The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford: Oxford University Press 2000, 201–232.

255 Schütze (Fn. 235), insbesondere 398 f.

256 S.o. Fn. 235.

257 Ebd.; vgl. auch Robert Schütze, From *Dassonville* to *Cassis*. The Revolution that did Not Take Place, in: Albertina Albors-Llorens/Catherine Barnard/Brigitte Leucht (Hrsg.), *Cassis de Dijon: 40 Years On*, Oxford: Hart 2021, 23–42.

schreibung aus dem Umfeld der *Integration through law*-Forschung. Der Wunsch müsse hier Vater des Gedankens gewesen sein.

Eine umfassende Liberalisierung ist somit erst fünf Jahre später mit der Entscheidung *Cassis de Dijon* eingetreten, die der *Dassonville*-Formel ihre bis heute bekannte liberale Färbung verlieh.²⁵⁸ *Cassis* folgt klar einem Marktparadigma, da explizit auch unterschiedslose Maßnahmen dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit unterfallen sollen. Aufgrund der Blockade bei der Sekundärgesetzgebung habe die Möglichkeit eines Übergangs zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu dem Zeitpunkt bereits in der Luft gelegen.²⁵⁹ Die liberalisierende Wirkung von *Cassis* beförderte auch die Nomenklatur der Rechtfertigungsgründe. Der Erhalt von Lebensqualität oder traditioneller, sozialer Mikro-Strukturen bildete gerade keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund.²⁶⁰ Die europäische Funktionselite war erfreut; die Kommission strengte in der Folge gezielt Verfahren an, um das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu entfalten.²⁶¹ Wenig später übertrug der Gerichtshof die *Dassonville*-Formel auch auf Ausfuhrbeschränkungen, sofern diese spezifisch sind.²⁶²

Jedoch war mit *Cassis* nicht unbedingt die Erwartung grenzenloser Liberalisierung verbunden. *Cassis* erging nur vier Monate nach der ersten Direktwahl des Europäischen Parlaments, mithin in einer Periode, in der die Gemeinschaft ihre demokratische Autorität in Regulierungsfragen gestärkt sah.²⁶³ Man sollte *Cassis* daher nicht nur als marktliberale Entscheidung lesen, selbst wenn sie zweifellos Züge davon trägt, sondern auch als Moment der Verlagerung von politischem Gewicht von den Mitgliedstaaten zu

258 Dazu Robert Schütze, ‘Re-constituting’ the Internal Market. Towards a Common Law of International Trade?, YBEL 39 (2020), 250–292.

259 Catherine Barnard, The Missing Ingredient in *Cassis de Dijon*. An Exercise in Legal Archaeology, in: Albors-Llorens/Barnard/Leucht (Fn. 251), 43–68; klassisch zur Rolle des Gerichtshofs Karen J. Alter/Sophie Meunier-Aitshalia, Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking *Cassis de Dijon* Decision, Comp. Polit. Stud. 26 (1994), 535–561.

260 Gareth Davies, Free Movement, the Quality of Life and the Myth that the Court Balances Interests, in: Panos Kourakos/Niamh Nic Shuibhne/Phil Syrpis (Hrsg.), Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality, Oxford: Hart 2016, 218–239.

261 Schorkopf (Fn. 144), 202 f.

262 EuGH, Urteil v. 8.11.1979, Rs. 15/79, ECLI:EU:C:1979:253 – Groenveld.

263 Schorkopf (Fn. 144), 200.

den Unionsorganen, sei es durch Einführung einer europäischen Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁶⁴ oder Harmonisierung.

Der Gesetzgeber reagierte denn auch auf *Cassis* schon vor der Einheitlichen Europäischen Akte durch beispiellose Fortschritte in der Harmonisierung.²⁶⁵ Die Reichweite des neu eingeführten Art. 114 AEUV entsprach dann genau dem Umfang der Warenverkehrsfreiheit.²⁶⁶ Druck aus der Wirtschaft und dem Europäischen Parlament beseitigte mitgliedstaatliche Differenzen.²⁶⁷ Dabei half auch die Strategie, Detailharmonisierung aufzugeben zugunsten der Harmonisierung von Mindestanforderungen.²⁶⁸ Parallel zu dieser Entwicklung verlief die Einstellung protektionistischer Handelspraktiken gegenüber internationalen Konkurrenten der EWG.²⁶⁹

Anders als nach der Theorie von Weiler fiel die Einschränkung der *Dassonville-Cassis*-Rechtsprechung durch die Entscheidung *Keck* von 1993 eher moderat aus; eine Bremse des unionalen Liberalisierungsdrangs ist hierin nicht zu sehen. Nach Weiler spielten hierfür Legitimitätsgrenzen der Gemeinschaft eine Rolle. Dies überzeugt nur bedingt, war doch mittlerweile die Sekundärgesetzgebung durch die Einheitliche Europäische Akte und den Vertrag von Maastricht gewaltig in Gang gekommen.²⁷⁰ Nach Robert Schütze liegt die Bedeutung von *Keck* daher weniger in der teilweisen Rücknahme der *Dassonville*-Formel, sondern in einer justiziellem Selbstermächtigung: Der EuGH behielt durch Einführung des Begriffs der Verkaufsmodalitäten die Kontrolle über die Reichweite der Grundfreiheiten.²⁷¹ Das zeigt sich schon daran, dass der Gerichtshof nicht so weit ging, ein spezifisches Einfuhrhindernis für die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit zu fordern, wie es kurz vor dem Urteil der Generalanwalt Tesauro in der Rs. *Hünermund* vorgeschlagen hatte.²⁷² Wieder bildet die Verlagerung der

264 Schütze (Fn. 258), 266.

265 Vgl. oben III.3.; zum bekannten Weißbuch vgl. Patel/Röhl (Fn. 165), 46; Warlouzet, Governing Europe (Fn. 101), 197.

266 Schütze (Fn. 258), 264, 289; Gareth Davies, Can Selling Arrangements be Harmonised?, E.L.Rev. 30 (2005), 370–385.

267 Warlouzet, Construction (Fn. 234), 152 f.

268 Patel/Röhl (Fn. 165), 57 ff.

269 Warlouzet, Construction (Fn. 234), 160.

270 S.o. II.l.a.

271 Schütze (Fn. 123), 158 ff.; vgl. auch die Inkohärenz beklagend Kingreen (Fn. 252), 734.

272 Generalanwalt Tesauro, Schlussanträge v. 27.10.1993, Rs. C-292/92, ECLI:EU:C:1993:863, Rn. 32 – *Hünermund*.

Entscheidungsmacht auf die Union einen bedeutenden Gesichtspunkt des liberalisierenden Konstitutionalismus.

Diese Interpretation von Keck als Selbstermächtigung des Gerichtshofs statt als Liberalisierungsteilrücknahme findet eine Bestätigung in der weiteren Entwicklung der Warenverkehrsfreiheit. Bereits in der Entscheidung *Familiapress* engte der Gerichtshof den Begriff der Verkaufsmodalitäten ein;²⁷³ in der Rs. *Alfa Vita* folgte eine weitere Einschränkung für Herstellungsbedingungen, sofern diese auch die Verkaufsstellen betrafen.²⁷⁴ In diesen Entscheidungen deutete sich schon der Marktzugangstest an, den der EuGH in der Entscheidung *Italian Trailers* einführt und indirekt das italienische Verbot von Anhängern für Kradfahrzeuge kassierte.²⁷⁵ Er fand Bestätigung durch die Prüfung von Gebrauchseinschränkungen am Maßstab von Art. 34 AEUV in der Rs. *Mickelsson & Roos* oder Zulassungsverboten.²⁷⁶ Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur als Rückkehr zu *Dassonville* verstanden,²⁷⁷ da diese Entscheidungen ein liberalisierendes Marktverständnis durchdringt, das über den reinen Schutz vor Protektionismus hinausgeht.²⁷⁸ Eigentlich hatte der EuGH sich niemals von *Dassonville* abgewendet.

273 EuGH, Urteil v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 – *Familiapress*; vgl. Schütze (Fn. 123), 160.

274 EuGH, Urteil v. 14.9.2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, ECLI:EU:C:2006:562 – *Alfa Vita Vassilopoulos*.

275 EuGH, Urteil v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66 – *Kommission/Italien (Italian Trailers)*; Urteil v. 11.12.2003, Rs. C-322/01, ECLI:EU:C:2003:664 – *DocMorris*; diese Rechtsprechung intensivierend Urteil v. 2.12.2010, Rs. C-108/09, ECLI:EU:C:2010:725 – *Ker-Optica*; Urteil v. 26.4.2012, Rs. C-456/10, ECLI:EU:C:2012:241 – *ANETT*; dazu unten IV.3.a. Zum Marktzugang vgl. *Niamh Nic Shuibhne*, The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice, Oxford: Oxford University Press 2013, 210 ff.

276 EuGH, Urteil v. 4.6.2009, Rs. C-142/05, ECLI:EU:C:2009:336 – *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos*; zur Prüfung von Zulassungsverboten ferner Urteil v. 20.3.2014, Rs. C-639/11, ECLI:EU:C:2014:173 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 20.3.2014, Rs. C-61/12, ECLI:EU:C:2014:172 – *Kommission/Litauen*; vgl. Schütze (Fn. 123), 165 ff.

277 *Ioannis Lianos*, In Memoriam Keck. The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods, E.L.Rev. 40 (2015), 225–248 (235 ff.).

278 Schütze (Fn. 258), 266; ders. (Fn. 123), 165 ff.; Zustimmung zur Rechtsprechung bei Stefan Enchelmaier, Moped Trailers, Mickelsson & Roos, Gysbrechts. The ECJ's Case Law on Goods Keeps on Moving, YBEL 29 (2010), 190–223. Kritisch auf der impliziten Grundlage eines antiprotektionistischen Marktverständnisses: Gareth Davies, Understanding Market Access. Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, GLJ 11 (2010), 671–703; zur unausge-

Weitere Rechtsprechungslinien fügen sich in das Bild. So setzte sich eine *de minimis*-Hürde zur Eingrenzung der *Dassonville*-Formel nicht durch.²⁷⁹ Die Rechtsprechung erweiterte eher noch den Anwendungsbereich, indem sie z.B. den Warenbegriff auch auf Abfall oder öffentliche Dienstleistungen erstreckte.²⁸⁰ Auch die Zuerkennung einer mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten trug zur Liberalisierung bei.²⁸¹ Gleichzeitig blieb es den Mitgliedstaaten jedoch erlaubt, Präferenzabkommen untereinander zu schließen, etwa über die Doppelbesteuerung, mit der Folge horizontaler Diskriminierung und zumindest potentiellen Auswirkungen auf den Standortwettbewerb.²⁸²

Das Bild rundete die vorübergehende Einschränkung von Harmonisierungsmaßnahmen durch die enge Auslegung des Art. II4 AEUV in der *Rs. Tabakwerbeverbot I* ab.²⁸³ Das wurde jedoch in der Folge wieder kaschiert.²⁸⁴ Die zweckgerichtete Lesart des Art. II4 AEUV lud meist zu einer expansiven Auslegung ein, sodass der Gleichlauf von Liberalisierung und Stärkung der Union wiederhergestellt wurde.²⁸⁵

sprochenen Liberalisierungstendenz *Jukka Snell*, The Notion of Market Access. A Concept or a Slogan?, *CML Rev.* 47 (2010), 437–472.

279 *Shuibhne* (Fn. 275), 158 ff.; *Kirsa Steinke*, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, Berlin: Peter Lang 2009, 45 ff.

280 EuGH, Urteil v. 9.7.1992, Rs. C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310 – *Kommission/Belgien*; Urteil v. 25.10.2001, Rs. C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 – *Ambulanz Glöckner*; vgl. *Weatherill* (Fn. 54) 33–39.

281 EuGH, Urteil v. 9.12.1997, Rs. C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595 – *Kommission/Frankreich; Schmidberger* (Fn. 57).

282 Vgl. EuGH, Urteil v. 5.7.2005, Rs. C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424 – *D*, und Urteil v. 12.12.2006, Rs. C-374/04, ECLI:EU:C:2006:773 – *Test Claimants*. Ausführlich und kritisch gegenüber der Rspr. *Sarah Ponti*, Das horizontale Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten, Baden-Baden: Nomos 2023.

283 EuGH, Urteil v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544 – *Deutschland/Parlament und Rat*.

284 EuGH, *Tabakwerbeverbot II* (Fn. 90).

285 *Gareth Davies*, Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence, *ELJ* 21 (2015), 2–22.

b) Kohärenz der Grundfreiheiten

Ab 1990 bildete zudem die Vereinheitlichung der Grundfreiheiten-Dogmatik einen Kristallisierungspunkt weiterer Liberalisierungsschübe.²⁸⁶ Drohende Rechtsunsicherheit, scheinbar ein unpolitisches Argument, musste als Argument für die Angleichung der weiteren Grundfreiheiten an das liberale Niveau der Warenverkehrsfreiheit herhalten.²⁸⁷ Vordergründig ging es darum, nur eine Grundfreiheit zu prüfen, wenn mehrere betroffen sind.²⁸⁸ Der aus dem eingebetteten Liberalismus bekannte Zusammenhang der Grundfreiheiten sollte fortgeführt werden. Dies war jedoch kein logisch zwingender Schluss, da die Anfangsphase gerade keine Liberalisierung von der Reichweite der *Cassis-Entscheidung* vorsah.

Vor allem die Niederlassungsfreiheit erwies sich in diesem Kontext als Zugpferd der Liberalisierung. Ihr wurde bald die Wirkung eines Beschränkungsverbots zugesprochen,²⁸⁹ wodurch gewichtige Aspekte des mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechts einer Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten zu unterziehen waren, insbesondere um die Identität von Gesellschaften zu schützen.²⁹⁰ Während die betriebliche Mitbestimmung als solche unangetastet blieb, stieß die Möglichkeit ihrer Umgehung durch Auslandsgesellschaften auf erhebliche Bedenken.²⁹¹

Im Bereich der Arbeitnehmerfreiheit setzte die Liberalisierung vergleichsweise spät ein, schlug dann aber mit voller Wucht zu, da sich hier die Effekte von unmittelbarer Drittirkung und der Ausweitung zu einem Beschränkungsverbot gegenseitig verstärkten.

Entgegen anderslautenden Behauptungen beginnt die Liberalisierung nicht bereits mit der Entscheidung *Walrave und Koch*. Zwar erkannte der EuGH in dieser Entscheidung, dass privatrechtliche Verbandsregeln

286 Kritisch *Benjamin Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten, Tübingen: Mohr Siebeck 2012; weitergehend *Stefanie Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 133 ff.: die Einheitlichkeit umfasse auch das allg. Freizügigkeitsrecht.

287 Vgl. *Shuibhne* (Fn. 275) 41 ff.

288 So EuGH, Urteil v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 27 – *Omega* („*Laserdrome*“).

289 EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 37 – *Gebhard*.

290 EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 133 – *Inspire Art*; vgl. *Ulrich Forsthoff*, Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften. Europarechtliche Grenzen für die Erstreckung deutschen (Mitbestimmungs-)Rechts, Baden-Baden: Nomos 2006, 68 ff.

291 Ebd., 180 ff.

das Äquivalent von staatlicher Regulierung sein konnten und deshalb an den Grundfreiheiten zu messen waren. Insofern ähnelt die Entscheidung jedoch dem *Dassonville*-Urteil, in dem auch ein privatrechtlich begründetes Parallelimportverbot in Frage stand. Wie auch im *Dassonville*-Fall ging es – nach der hier vertretenen Ansicht – bei *Walrave und Koch* zuvörderst um ein Diskriminierungsverbot, das effektiv durchgesetzt werden sollte, indem man privatrechtliche Umgehungen verhinderte. Die Entscheidung ist von einem Beschränkungsverbot noch weit entfernt.²⁹²

Auch das Urteil *Seco* zur Arbeitnehmerentsendung brachte noch nicht den Durchbruch. Es folgte anders als *Cassis* nicht der Logik der gegenseitigen Anerkennung; vielmehr erlaubte es den Mitgliedstaaten, ihre sozialen Standards auch auf entsendete Arbeitnehmer auszudehnen, sofern diese für allgemeinverbindlich erklärt worden waren.²⁹³ Dies präzisierte die Entsende-Richtlinie 96/71/EG, die einen Kern an allgemeinverbindlichen Arbeitnehmerrechten sicherte, einschließlich Mindestlohnvorschriften. Entsprechend wendete der EuGH die Grundfreiheiten auf die Systeme der sozialen Sicherung nur als Diskriminierungsverbote an.²⁹⁴

Der entscheidende Liberalisierungsschub kam erst mit dem Urteil *Bosman*, das die Arbeitnehmerfreizügigkeit als diskriminierungsunabhängiges Beschränkungsverbot verstand.²⁹⁵ Die Entscheidung *Angonese* wird oft als Ausweitung der *Bosman*-Rechtsprechung auf einzelvertragliche Vereinbarungen gesehen. Jedoch handelt es sich hierbei eigentlich um einen Fall der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.²⁹⁶ Anders als für die Arbeitnehmerfreizügigkeit lehnt der Gerichtshof die unmittelbare DrittWir-

292 EuGH, Urteil v. 12.12.1974, Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 20 ff. – *Walrave und Koch*.

293 EuGH, Urteil v. 3.2.1982, verb. Rs. 62/81 und 63/81, ECLI:EU:C:1982:34 – *Seco*. Weitere Nachweise bei Achim Seifert, Free Movement of Services and National Labour Law in Conflict. The Case of the Posting of Workers, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), European Economy and People's Mobility, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 85–98 (87 ff.).

294 EuGH, Urteil v. 7.2.1984, Rs. 238/82, EUCLI:EU:C:1984:45, Rn. 16, 21 – *Duphar u.a.*

295 Vgl. EuGH, Urteil v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 – *Bosman*; vgl. auch Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 – *ITF*.

296 EuGH, Urteil v. 6.6.2000, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – *Angonese*. Vgl. Katja Langenbucher/Philipp Donath, Europarechtliche Methodenlehre, in: Katja Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 25–78; Peter Löwisch, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten. Zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Baden-Baden: Nomos 2009, 91 ff.

kung für die Warenverkehrsfreiheit zwar ab; doch dort unterliegen privatrechtliche Vereinbarungen dem Wettbewerbsrecht.²⁹⁷ Das ist bei Arbeitsverträgen nicht sinnvoll anwendbar, denn die (diskriminierenden) Bedingungen eines Einzelarbeitsvertrags stellen kein Kartell dar. Eine Ausweitung des Beschränkungsverbots stellte aber die Entscheidung *Watts* dar, die die sozialen Sicherungssysteme betraf.²⁹⁸

Höhepunkt und Kulmination der Liberalisierung durch Beschränkungsverbot und unmittelbare Drittirkung waren die Urteile *Viking* und *Laval*.²⁹⁹ Beide Fälle betrafen Sozialdumping; einmal sollte ein Schiff mit finnischen Tarifverträgen nach Estland ausgeflaggt werden; ein anderes Mal ging es um lettische Arbeiter, die zu lettischen Arbeitsbedingungen auf schwedischen Baustellen wirkten. Beide Male wehrten sich Gewerkschaften durch Arbeitskampf gegen die Maßnahmen. Das Potenzial einer Kollision der Grundfreiheiten mit kollektivem Arbeitsrecht hatte schon lange Grund zur Sorge gegeben. Deshalb waren auf gewerkschaftlichen Druck hin Klauseln in sekundärrechtliche Normen aufgenommen worden, die die Arbeitnehmerrechte sichern sollten, einschließlich des Arbeitskampfs.³⁰⁰ Der EuGH erkannte auf die unmittelbare Drittirkung der betroffenen Grundfreiheiten. Das Streikrecht, obwohl ein Grundrecht, sei rechtfertigungsbedürftig. Die Rechte der Arbeitnehmer, das war der springende Punkt, stellten dabei für sich genommen keine zwingenden Gründe des Allgemeinwohls dar; vielmehr bedürfe es einer Abwägung. Hier wurde

297 Vgl. EuGH, Urteil v. 12.7.2012, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453 – *Fra.bo; Löwisch* (Fn. 296), 56. *Markus Ludwigs/Sabine Weidermann*, Drittirkung der Europäischen Grundfreiheiten. Von der Divergenz zur Konvergenz?, Jura 36 (2014), 152–165.

298 EuGH, Urteil v. 16.5.2006, Rs. C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325, Rn. 92 – *Watts*; vgl. ferner u.a. Urteil v. 21.7.2011, Rs. C-503/09, ECLI:EU:C:2011:500, Rn. 75 ff. – *Stewart*.

299 Dazu *Martin Höpner/Susanne K. Schmidt*, Can We Make the European Fundamental Freedoms Less Constraining? A Literature Review, CYELS 22 (2020), 182–204 (187 f.).

300 Verordnung 2679/98/EG v. 7.12.1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 2); Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG v. 12.12.2006, Erwägungsgrund 14; vgl. *Thomas Blanke*, Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen *Viking*, *Laval* und *Rueffert*. Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen, in: Jens M. Schubert (Hrsg.), Sozialer Dialog in der Krise – Social dialogue in crisis? Liber Amicorum Ulrike Wendeling-Schröder, Baden-Baden: Nomos 2009, 129–147; vgl. jedoch *Sabine Mair*, Kahn in Luxembourg. A Prolegomena to the Cultural Study of EU Law, GLJ 24 (2023) 735–751, deren soziokulturelle Analyse wirtschaftliche Machtgefälle vernachlässigt, die das Instrument des Flächentarifvertrags ausgleichen soll.

die Asymmetrie der Wirtschaftsverfassung greifbar.³⁰¹ Sie entsprach in gewisser Weise auch dem verfassungsrechtlichen Zustand, denn Versuche zur Stärkung der solidarischen Komponente der europäischen Integration blieben durchweg halbherzig.³⁰² Die Liberalisierung machte insofern eine weitere Achse auf, indem sie Arbeitnehmer aus verschiedenen Mitgliedstaaten einem Unterbietungswettbewerb aussetzte – das Gegenteil der in Seco intendierten Anpassung nach oben.³⁰³ Der Fall *Laval* war insofern weniger gravierend, als der EuGH den Ball zurück an den Mitgliedstaat spielte. Die schwedische Praxis, Tarifbedingungen nicht per Allgemeinverfügung, sondern traditionell über Arbeitskampfmaßnahmen flächendeckend durchzusetzen, entspreche nicht der Entsenderichtlinie. Hier gewann also „nur“ das Unionsrecht die Oberhand; doch bürdete dies zugleich der Arbeitnehmerseite die Last der Anpassung an das Unionsrecht auf, denn die Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten über Parlament und Regierung unterliegt anderen Voraussetzungen als der Arbeitskampf.

Die Liberalisierung der Dienstleistungsfreiheit begann zaghaft mit der Erfassung mittelbarer Diskriminierungen seit 1973 unter Hinweis auf den *effet utile*.³⁰⁴ Ein Beschränkungsverbot wurde allerdings erst in der Rs. *Säger* erkannt;³⁰⁵ die Entscheidung *van Binsbergen* wird hierfür zwar oft zitiert, betraf aber wie auch die *Dassonville*-Entscheidung eigentlich eine Diskriminierung, so dass die Frage eines Beschränkungsverbots sich nicht stellte.³⁰⁶ Die *Keck*-Rechtsprechung wurde jedoch bewusst nicht auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen. Während der EuGH diese Möglichkeit in der Rs. *Alpine Investments* noch offen ließ,³⁰⁷ sprach sich Generalanwältin *Stix-Hackl* in der Rs. *Laserdrome* gegen eine Übernahme von *Keck*

301 Christian Joerges/Florian Rödl, Das soziale Defizit des europäischen Integrationsprojekts, KJ 41 (2008), 149–165.

302 EuGH, Urteil v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Rüffert*; vgl. Franz C. Mayer, Der EuGH und das soziale Europa, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Internationale Politikanalyse, Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung 2009, 7–25.

303 Norbert Reich, Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the *Laval* and *Viking* cases before the ECJ, GLJ 9 (2008), 125–161.

304 EuGH, Urteil v. 12.2.1974, Rs. 152/73, ECLI:EU:C:1974:13 – *Sotgiu*.

305 EuGH, Urteil v. 25.7.1991, Rs. C-76/90, ELCI:EU:C:1991:331 – *Säger/Dennemeyer*; vgl. Ann-Christin Wiegemann, Die Liberalisierung des Dienstleistungshandels im Recht der Europäischen Union und der Welthandelsorganisation, Baden-Baden: Nomos 2009, 223 ff.

306 Ebd.; EuGH, Urteil v. 3.12.1974, Rs. 33/74, ECLI:EU:C:1974:131 – *van Binsbergen*.

307 EuGH, Urteil v. 10.5.1995, Rs. C-384/93, ELCI:EU:C:1995:126, Rn. 36 – *Alpine Investments*.

aus.³⁰⁸ Der EuGH schloss sich dem an, indem er *Keck* unerwähnt ließ. Wie in *Alpine Investments* ersichtlich, geht es dem EuGH vorrangig um ein Marktzugangskriterium.³⁰⁹

Gegenwind zur Liberalisierung kam jedoch im Rahmen der *Bolkestein*-Richtlinie zu Dienstleistungen. Die Kommission schlug vor, das Herkunftslandprinzip einzuführen, mithin genau diejenige Unterminierung sozialer Standards durch zum Angstbild gewordene „polnische Klempner“ zu ermöglichen, vor der den Hochlohnländern graute.³¹⁰ Enormer politischer Widerstand wendete das Herkunftslandprinzip schließlich ab.³¹¹ Ein weiteres Ergebnis dieses Gegendrucks war die Anerkennung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Lissabonner Vertrag (Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 AEUV), der die Phase der Integration einläutete.

c) Rechtfertigungsgründe

Die Rechtfertigungsgründe sind nicht viel kohärenter als die Frage des Anwendungsbereichs geblieben.³¹² Die mit der *Cassis*-Entscheidung beginnende Kreation von Rechtfertigungsgründen, die „zwingenden Erfordernissen“ entsprechen, resultierte aus der Notwendigkeit, die Tatbestandserweiterung der Grundfreiheiten durch das Verständnis als Beschränkungsverbote wieder einzufangen, um keine völlig ungezügelte Liberalisierung zu ernten. Im Ergebnis stärkte diese Dynamik von Beschränkungsverbot und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen vor allem wieder einmal die Unionsebene gegenüber den Mitgliedstaaten.³¹³ Dem Liberalisierungsparadigma entsprach die enge Auslegung der Rechtfertigungegründe durch den EuGH³¹⁴ sowie die durch Schwerpunktsetzung bei der Erforderlichkeit etwas forma-

³⁰⁸ Generalanwältin *Stix-Hackl*, Schlussanträge v. 18.3.2004, Rs. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:162, Rn. 37 – *Omega* („*Laserdrome*“).

³⁰⁹ *Steinke* (Fn. 279), 190.

³¹⁰ *Warlouzet*, Construction (Fn. 234), 155.

³¹¹ *Michele Chang/Dominik Hanf/Jacques Pelkmans*, The Services Directive. Trojan Horse or White Knight?, J. Eur. Integr. 32 (2010), 97–114; kritisch *Jürgen Basedow*, European Economy and People's Mobility. The Fate of the Internal Market, in: *Ruffert* (Fn. 293), 3–18 (14).

³¹² *Kingreen* (Fn. 252), 735.

³¹³ Ebd., 739.

³¹⁴ Z.B. EuGH, Urteil v. 6.11.1984, Rs. 177/83, ECLI:EU:C:1984:334, Rn. 19 – *Kohl*.

listische Vorgehensweise bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung.³¹⁵ Ausnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (z.B. Art. 36 AEUV) lassen bis zur Entscheidung *Omega* eine Präferenz für unionsweite Standards erkennen,³¹⁶ so z.B. die bekannte Entscheidung zum Reinheitsgebot.³¹⁷ Je weiter die Ausnahme von wirtschaftlichen Gesichtspunkten entfernt war, desto mehr Spielraum blieb aber den Mitgliedstaaten.³¹⁸

d) Wettbewerbsrecht

Das Wettbewerbsrecht stellte einen maßgeblichen Schauplatz des liberalisierenden Konstitutionalismus dar, wenngleich die Liberalisierung hier gegenüber den Grundfreiheiten zeitverzögert einsetzte. Wie bei den Grundfreiheiten wirkten hier Kommission, Gesetzgeber und Gerichtshof zusammen. Der Gerichtshof nahm einen ersten Schritt in diese Richtung mit der Entscheidung *Continental Can*, die Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfolgung anderer öffentlicher Interessen der Gemeinschaft in den Erfordernissen des Art. 2 und 3 EWG eine Grenze setzte und damit im Endeffekt einen Vorrang des Wettbewerbs postulierte.³¹⁹

In der Breite stellte diese Entscheidung jedoch noch keinen Durchbruch dar. Dieser folgte erst in den 1980ern. Grund dafür waren zum einen institutionelle Entwicklungen, die wirtschaftsliberale Reformer zur Kommission brachten; zum andern das Binnenmarktprogramm.³²⁰ Der *more economic approach*,³²¹ eine rechtsökonomische Variante der Konstitutionalisierung, sollte durch Bußgelder sowie private Rechtsdurchsetzung das in der Gründungsphase etablierte administrative Ermessen einschränken, gerade sofern es um mitgliedstaatliche Entscheidungen ging. Denn auch der

315 Stefan Leible/Thomas Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 36), Art. 34 AEUV, Rn. 125.

316 EuGH, *Omega* („Laserdrome“) (Fn. 288).

317 EuGH, Urteil v. 12.3.1987, Rs. 178/84, ECLI:EU:C:1987:126 – *Reinheitsgebot*.

318 Daniel Thym, The Constitutional Dimension of Public Policy Justifications, in: Koutrakos/Shuibhne/Syrrpis (Fn. 254), 170–189 (180 ff.).

319 EuGH, Urteil v. 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 24 – *Continental Can*.

320 Tim Büthe/Gabriel T. Swank, The Politics of Antitrust and Merger Review in the European Union. Institutional Change and Decisions from Messina to 2004, CES Working Paper No. 142 (2007); Warlouzet, Construction (Fn. 234), 157; ders./Witschke (Fn. 241), 450.

321 Josef Drexel, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 62), 905–958 (930 f.).

more economic approach führte letztlich zu einer Stärkung der Union, in deren Händen die Definitionsmacht lag.³²² Mithin wäre es irreführend, den *more economic approach* als marktradikale Methode zu sehen; vielmehr handelte es sich zumindest bis zur Jahrtausendwende um einen Ansatz, der in der ordoliberalen Tradition konsequent staatliche Mittel einsetzte, um Privatautonomie zur Entfaltung zu bringen.³²³ Dazu gehörte auch die Rechtsprechung zur Durchsetzung von Kommissionsentscheidungen gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, über die der Gerichtshof konsequent den Vorrang des Gemeinschaftsrechts absicherte.³²⁴ Eine gewisse apolitische Herangehensweise ist für diese Rechtsprechung jedoch typisch. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Entscheidung zum *Verband der deutschen Sachversicherer*, die die hochpolitische Frage, ob Kartelle zu sozialstaatlichen Zwecken zulässig sein sollen, aufgrund einer formalistischen Argumentation verneint.³²⁵ Um die Jahrtausendwende setzte sich in der Anwendung der Verträge zunehmend eine neoliberale, ganz auf Perfektionierung des Markts ausgerichtete Haltung durch.³²⁶

Die durch *Continental Can* notwendig gewordene Fusionskontrollverordnung kam erst 1989 zustande; eine Einigung scheiterte lange an der Weigerung der britischen Regierung, die Kommission mit der Durchführung zu betrauen. Erst als der Gerichtshof in der Rs. *Philipp Morris* das Kartellverbot potenziell auf Fusionsverträge erstreckte, bewegte sich die Politik.³²⁷

322 Sebastian Billows/Sebastian Kohl/Fabien Tarissan, Bureaucrats or Ideologues? EU Merger Control as Market-centred Integration, *JCMS* 59 (2021), 762–781 (die Studie berücksichtigt Daten von 1990 bis 2016); Warlouzet/Witschke (Fn. 241), 453; Laurent Warlouzet, The Centralization of EU Competition Policy. Historical Institutionalism Dynamics From Cartel Monitoring to Merger Control (1956–1991), *JCMS* 54 (2016), 725–741.

323 Stefan Grundmann, Von der Europäischen Wettbewerbsunion zur EU-Finanzunion, in: Ruffert (Fn. 293), 127–142 (130).

324 Vgl. EuGH, Urteil v. 11.11.1981, Rs. 60/81, ECLI:EU:C:1981, 264 – IBM; Urteil v. 20.3.1997, Rs. C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163 – Alcan.

325 EuGH, Urteil v. 27.1.1987, Rs. 45/85, ECLI:EU:C:1987:34 – *Verband der Sachversicherer*; Michelle Everson/Julia Eisner, The Making of a European Constitution. Judges and Law Beyond Constitutive Power, Abingdon: Routledge 2007, 56.

326 Anselm Küsters, The Making and Unmaking of Ordoliberal Language. A Digital Conceptual History of European Competition Law, Frankfurt a.M.: Klostermann 2023.

327 EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. 142/84 und 156/84, ECLI:EU:C:1987:490 – *British American Tobacco*; Warlouzet/Witschke (Fn. 241), 451.

Weitere gesetzgeberische Aktivität bezog sich auf die Liberalisierung von Infrastruktur, besonders im Bereich der Telekommunikation.³²⁸

e) Grundrechte

Die Forderung zum Schutz von Grundrechten richtete sich v.a. gegen administrative Entscheidungen der EU, besonders im Rahmen der Agrarpolitik.³²⁹ In diesem Bereich bestand verhältnismäßig wenig Bedarf für den EuGH, als Motor der Integration voranzuschreiten. Dagegen dürfte der Gerichtshof wenig Interesse daran gehabt haben, sich dem Druck des Bundesverfassungsgerichts zu beugen und über Grundrechtsschutz die Kompetenzen der anderen Gemeinschaftsorgane zu Gunsten der Mitgliedstaaten zu begrenzen.³³⁰ Erst im Zuge der Konstitutionalisierung der Grundfreiheiten gewannen die Grundrechte mehr Bedeutung, sobald sie als Schranken-Schranken der Grundfreiheiten Bedeutung für die Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen gewannen.³³¹ Unter diesen Vorzeichen verschob sich die relative Bedeutung von Grundrechten und Grundfreiheiten bis zur Gleichordnung.³³²

f) Zusammenfassung

Der liberalisierende Konstitutionalismus etablierte sich in vielen kleineren und größeren Schritten ab Mitte der 1970er bis zum Beginn des neuen Jahrtausends. *Cassis* bildete einen ersten Höhepunkt der Entwicklung, die sich weitgehend ungebremst von *Keck* in den 1990ern deutlich beschleunigte, bis sie mit der *Bolkestein*-Richtlinie sowie den Entscheidungen *Viking* und *Laval* auf erheblichen Widerstand im gewerkschaftlichen Lager stieß. In diesen Auseinandersetzungen schlug sich die als Konsequenz der Liberalisierung schärfere gewordene Konkurrenz zwischen Hochlohnländern und der europäischen Peripherie im Süden und Osten nieder und bremste

328 *Warlouzet*, Competitiveness and Solidarity (Fn. 136) 65; *ders.*, Construction (Fn. 234), 157 f.

329 EuGH, Urteil v. 13.12.1979, Rs. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290 – *Hauer*; Urteil v. 13.7.1989, Rs. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 – *Wachauf*.

330 Vgl. *Schorkopf* (Fn. 144), 184.

331 EuGH, *Familiapress* (Fn. 273); vgl. *Ludwigs/Weidemann* (Fn. 297), 163.

332 EuGH, *Schmidberger* (Fn. 57).

weitere Liberalisierungsbestrebungen aus. Der liberalisierte Binnenmarkt des späten 20. Jahrhunderts war jedoch eine unional kontrollierte Einrichtung. In diesem Sinne sind auch die augenscheinlichen Exzesse der Liberalisierung wie in *Viking* zu lesen: Den Sozialpartnern wurde die Kontrolle entzogen; legislative Intervention auf unionaler Ebene, so sie denn politisch zu erreichen war, stieß dagegen kaum auf rechtliche Schranken, da die Grundfreiheiten nach allgemeiner Ansicht in ihrer negativen Dimension nicht den Unionsgesetzgeber binden.³³³ Diese immer dominantere Rolle der Union erregte den Unmut konservativer Kreise. Die gewerkschaftlichen und konservativen Bedenken trafen sich in jeweils unterschiedlich akzentuierten Zweifeln an der demokratischen Legitimität der EU. Die Änderungen durch die Vertragsreformen entsprachen diesen Zweifeln nur unzureichend; eine vollständige Parlamentarisierung der Union blieb aus; der Erfolg des Subsidiaritätsprinzips blieb begrenzt.³³⁴ Zudem fehlte es an den konstitutionellen Voraussetzungen für verteilende Sozialpolitik, um die Härten der Liberalisierung abzufedern.

3. Integrativer Konstitutionalismus

Unter dem integrativen Konstitutionalismus revidieren bzw. relativieren Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verwaltung das Marktprinzip in verschiedener Hinsicht. Das zeigt sich in der Konsolidierung einer „starken Union“, die ihre Mitgliedstaaten gegen globale Risiken schützt. Spielräume für mitgliedstaatliche Differenzierungen stehen dazu nicht im Widerspruch. Die Art und Weise der dadurch geleisteten Solidarität ist jedoch begrenzt. Sie umfasst Rücksicht und gegenseitigen Beistand, jedoch keine Umverteilung. Damit hat die Union den autoritären Tendenzen ihrer Mitglieder auch nur wenig entgegenzusetzen.

a) Konsolidierung des Binnenmarkts durch Risikomanagement

Nach dem Weißbuch von 2017, verfasst unter dem Eindruck von Brexit und der Wahl von Trump, bestand innerhalb der europäischen Führungsriege keine Einigkeit darüber, ob die Zukunft in einer Vertiefung der Integration

333 Eingehend *Julien Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, Baden-Baden: Nomos 2011, 70 ff.

334 Dazu *Schorkopf* (Fn. 144), 240 ff.

liegen würde. Die Krisen der folgenden Jahre, besonders die Covid-Pandemie, der russische Angriff auf die Ukraine, die sich verschärfende Klimakrise und anhaltende geopolitische Spannungen haben die Integration in völlig ungeahnter Breite und Tiefe fortschreiten lassen, die zugleich den Prinzipien der Nachhaltigkeit und Solidarität hohe Bedeutung zubilligt, wenngleich sie vor allem als Wege zur Risikominderung verstanden werden.

Der Brexit hat den politischen Kompromiss der Gründungsphase bekräftigt und die historisch gewollte Unverbrüchlichkeit der Grundfreiheiten auch für die Zukunft aufrecht erhalten.³³⁵ Der uneingeschränkte Zugang zum Binnenmarkt ist nicht ohne Arbeitnehmerfreizügigkeit zu haben, um Rosinenpicken und Nachahmer zu vermeiden.³³⁶ Während man diese Unverbrüchlichkeit zunächst als eine politische Entscheidung sehen muss, findet sie eine verfassungsrechtliche Abstützung nicht nur in Art. 26 Abs. 2 AEUV, sondern auch in Art. 3 Abs. 3 EUV. Er verpflichtet zu einem gehörigen Maß an Solidarität, insbesondere durch die Ziele der Vollbeschäftigung und des sozialen Fortschritts sowie der sozialen Gerechtigkeit und des sozialen Schutzes. Ohne die mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbundenen Garantien würden diese Ziele unbotmäßig beeinträchtigt; es entstünde eine Hierarchie innerhalb der verschiedenen Ziele des Art. 3 Abs. 3 EUV, die in Normhistorie, Normtext und Kontext, insbesondere in Art. 2 EUV, keine Grundlage findet.

Vor diesem Hintergrund und getrieben durch verschiedene Krisen konnte eine Vertiefung der europäischen Integration einsetzen. Sichtbares Zeichen davon ist der Bedeutungsverlust der *Keck-Rechtsprechung* und die damit verbundene Intensivierung des Marktzugangstests.³³⁷ Diese Umschichtung tritt in der Entscheidung *Ker-Optica* besonders deutlich hervor. Danach umfasse die Warenverkehrsfreiheit das Gebot der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, sowie die Verpflichtung, „Erzeugnissen aus der Union freien Zugang zu den nationalen Märkten zu gewährleisten“³³⁸ Eine Ausnahme von Letzterem bildeten unterschiedslose Verkaufs-

335 Dazu oben IV.1.a.

336 Jim Brunsden, Barnier: EU will not accept any Brexit deal that undermines ‘four freedoms’, Financial Times, 13.12.2017, <https://www.ft.com/content/bc320e49-6e49-32ea-afl8-e28a8b538afe>. Kritisch Stephen Weatherill, The Several Internal Markets, YBEL 36 (2017), 125–178.

337 Dazu bereits oben IV.2.a) (bei Fn. 275).

338 EuGH, Urteil v. 2.12.2010, Rs. C-108/09, ECLI:EU:C:2010:725, Rn. 48 – *Ker-Optica*.

modalitäten.³³⁹ Die *Keck*-Rechtsprechung wird in dieser Entscheidung von einer Bereichsausnahme zu einer Ausnahme von grundsätzlich rechtserfüllungsbedürftigen Marktzugangshindernissen herabgestuft. Die ANETT-Entscheidung bestätigte im Grundsatz diese Rechtsprechungslinie.³⁴⁰ Dass sie die *Keck*-Rechtsprechung unerwähnt ließ, ist nicht als Abkehr davon zu deuten, da es in dem Fall von vorne herein nicht um Verkaufsmodalitäten ging.³⁴¹

Eine Vertiefung findet ferner statt durch die aktive Gestaltung von Märkten einschließlich des Versuchs, sie auf öffentliche Interessen auszurichten. Der Union gerät hierbei zum Vorteil, dass die Grundfreiheiten nach jüngst bestätigter Rechtsprechung zwar den Unionsgesetzgeber binden, allerdings weniger intensiv als die Mitgliedstaaten.³⁴² Die dadurch eröffneten Kontrollmöglichkeiten dürften kaum über Art. 5 Abs. 4 EUV hinausgehen. Das erlaubt Marktgestaltungen und Interventionen auf Unionsebene, die auf mitgliedstaatlicher Ebene wesentlich mehr Rechtfertigungsaufwand verursachen würden. Konkret sichert die Union ihre Mitgliedstaaten und Bürgerinnen und Bürger insbesondere gegen die aus der Digitalisierung, dem Klimawandel und dem Energiesektor resultierenden Risiken ab.

Die Risiken der Digitalisierung bestehen vor allem in der Machtfülle digitaler Plattformen, die zumeist nicht in der EU ihren Hauptsitz haben. Die EU schützt hier einerseits durch das Datenschutzrecht Privatpersonen vor der Verbreitung ihrer personenbezogenen Daten. Hier hat die EU seit langem erfolgreich ihre Macht als Markt eingesetzt, um globale Standards

³³⁹ Ebd., Rn. 51.

³⁴⁰ EuGH, Urteil v. 26.4.2012, Rs. C-456/10, EU:C:2012:241 – ANETT.

³⁴¹ Vgl. *Shuibhne* (Fn. 275); *Moritz Jesse*, What about Sunday Trading...? The Rise of Market Access as an Independent Criterion under Article 34 TFEU, European Journal of Risk Regulation 3 (2012), 437–444; *Sara Dietz/Thomas Streinz*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 50 (2015), 50–72. Zu Parallelentwicklungen im Bereich der Kapitalverkehrs freiheit vgl. *Ilektra Antonaki*, Keck in Capital. Redefining Restrictions in the Golden Shares Case Law, Erasmus Law Review 9 (2016), 177–188.

³⁴² So Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge vom 28.5.2020, Rs. C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392 – *Ungarn/Parlament*, und Schlussanträge vom 28.5.2020, Rs. C-626/18, ECLI:EU:C:2020:394 – *Polen/Parlament*; implizit auch der EuGH, Urteil v. 8.12.2020, Rs. C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, insbesondere Rn. 57 – *Ungarn/Parlament*. In der Tendenz bereits *Tabakwerbeverbot II* (Fn. 90). Zum Streitstand *Martin Höpner/Christine Haas*, Ist der Unionsgesetzgeber an die Grundfreiheiten gebunden?, EuR 57 (2022), 165–190 (166 ff.).

zu setzen.³⁴³ Daneben gewinnt in den letzten Jahren auch die Sicherung von Marktzugang für Anbieter auf großen Plattformen an Bedeutung. Der *Digital Services Act* und *Digital Markets Act* beschreiten insofern neue Wege. Statt negativer Integration (*ex post*) durch das Wettbewerbsrecht hat sich die EU hier für die positive Gestaltung von Märkten (*ex ante*) entschieden. Sie verwirklicht dies durch die Regulierung von *Gatekeepers*, die zur Fairness verpflichtet werden.³⁴⁴

Diese Regulierung ist auch insofern interessant, als sie die Autonomie der Grundrechtsberechtigten und Marktteilnehmenden in das Zentrum stellt. Dies führt bei der Gestaltung digitaler Märkte noch nicht signifikant über einen marktzentrierten Ansatz hinaus, der die Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen in den Mittelpunkt stellt.³⁴⁵ Dieser Ansatz ist nur bedingt erfolgsversprechend, sofern Märkte bereits von mächtigen Plattformen dominiert sind.³⁴⁶ Ihnen im Rahmen des Gebots der Fairness dann auch noch den Schutz der Grundrechte zu übertragen, bekräftigt eher ihre Machtposition bzw. privatisiert den Grundrechtsschutz. Auch stärken die Rechtsakte der EU die regulatorischen und fiskalischen Kompetenzen der Sitzstaaten, in der EU meist Irland und Luxemburg, nicht der Staaten, in denen Umsatz erzeugt wird.³⁴⁷ Ein stärkeres Gewicht auf Marktinterventionen legt dagegen das geplante Gesetz über künstliche Intelligenz. Das Europäische Parlament strebt eine „menschenzentrierte“ Regulierung an. Darunter sind einschneidende Eingriffe zu verstehen, die bestimmte manipulative Praktiken verbieten und hochriskante Systeme unter einen Prüfungsvorbehalt stellen.³⁴⁸

343 EuGH, Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 – *Schrems I*; Urteil v. 16.7.2020, Rs. C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – *Schrems II*; Urteil v. 13.5.2014, Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 – *Google Spain*.

344 *Juliane Mendelsohn/Oliver Budzinski*, § 2: Hintergrund, Ziele und wettbewerbspolitische Einordnung des DMA, in: Jens-Peter Schmidt/Fabian Hübener (Hrsg.), *Das neue Recht der digitalen Märkte. Digital Markets Act (DMA)*, Baden-Baden: Nomos 2023, Rn. 20, 25 ff., 41 ff.

345 Vgl. *Heike Schweitzer*, The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair. A Disussion of the Digital Markets Act Proposal, ZEuP 29 (2021), 503–544.

346 *Miikka Hiltunen*, Social Media Platforms within Internal Market Construction. Patterns of Reproduction in EU Platform Law, GLJ 23 (2022), 1226–1245.

347 Vgl. *Andreas Kulick*, Meta’s Oversight Board and Beyond-Corporations as Interpreters and Adjudicators of International Human Rights, LPICT 22 (2022), 161–193.

348 Zuletzt: Änderungen des Europäischen Parlaments vom 14. Juni 2023 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über

Der Klimawandel hat dazu geführt, dass Nachhaltigkeit zu einem bedeutenden Gegenstand der wirtschaftlichen Regulierung wurde. Ausweislich der Rechtsgrundlagen handelt es sich hierbei zwar nach wie vor um sektorale Politik, gestützt vor allem auf die umweltpolitischen Kompetenzen in Art. 192 Abs. 1 und Art. 194 Abs. 1 AEUV,³⁴⁹ gelegentlich auch auf die Kompetenz zur wirtschaftspolitischen Koordination nach Art. 175 AEUV. Allerdings betreffen Maßnahmen wie der seit 2005 bestehende Emissionshandel³⁵⁰ oder das Klimagesetz mit verbindlichen Emissionszielen für die EU³⁵¹ und jüngst auch der CO₂-Grenzausgleichsmechanismus³⁵² nahezu die gesamte Wirtschaft. Die Konsolidierung des Binnenmarkts führt damit zu einer engen Verzahnung von sektoraler Politik und Binnenmarkt, sowie unionaler und mitgliedstaatlicher Ebene. Dies erscheint als logische Konsequenz der vielfältigen Ziele in Art. 3 Abs. 3 EUV; ihnen trägt diese Verzahnung Rechnung. Mithin kann man in der Klimapolitik den Ausdruck des Nachhaltigkeitsauftrags der Wirtschaftsverfassung sehen. Da die Klimapolitik auch die Mitgliedstaaten gegeneinander sowie ihre gemeinsame Politik gegen das Unterlaufen durch Nichtmitgliedstaaten sichert, ist sie zugleich Ausdruck unionaler Solidarität.

Solidarität ist auch zu einem wichtigen Begriff im Energiesektor geworden, was freilich mit der Nennung des Begriffs in Art. 194 Abs. 1 AEUV zusammenhängt, aber darüber hinaus von Bedeutung für die Wirtschaftsverfassung ist. Diese Bedeutung manifestierte sich v.a. in der OPAL-Entscheidung. Danach hat Deutschland bei der Regelung des Netzzugangs im Erdgas-Binnenmarkt auch die polnische Versorgungssicherheit mit in die Abwägung einzustellen.³⁵³ Wenngleich es sich hierbei vordergründig um eine rein prozedurale, auf Information, Abstimmung und Koordinierung

künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2023)0236; *Rostam J. Neuwirth, The EU Artificial Intelligence Act. Regulating Subliminal AI systems*, London: Routledge 2023, 14 ff., 94.

349 Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz.

350 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft (gestützt auf Art. 175 Abs. 1 AEUV).

351 Verordnung (EU) 2021/l119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.6.2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität.

352 Verordnung (EU) 2023/956 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Schaffung eines CO₂-Grenzausgleichssystems.

353 EuGH, OPAL (Fn. 67), Rn. 53.

gerichtete Pflicht handelt, dürfte sie nicht ohne materielle Auswirkungen bleiben. Insbesondere gewichtet der Gerichtshof die Pflicht zur Abwägung höher als das Interesse an Rechtssicherheit³⁵⁴ – ein deutliches Zeichen für die Verschiebung der Marktgestaltung von privaten zu öffentlichen Interessen. In einer Entscheidung zum rumänischen Strommarkt ging Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona* sogar noch weiter, indem er den Wettbewerbsbegriff im Lichte der Solidarität reinterpretierte. Die staatliche Pflicht zur Nutzung einer Handelsplattform aus Gründen der Versorgungssicherheit sei gerechtfertigt, da Wettbewerb nicht niedrigere Verbraucherpreise bedeute.³⁵⁵

Die Sorge um die Folgen von Digitalisierung, Klimawandel und die Umwälzungen im Energiesektor gehören damit zu den Triebfedern für eine Vertiefung des Binnenmarkts durch Regulierung. Sie verlagern zugleich die Gewichte zur Union. Nachhaltigkeit und Solidarität gewinnen gegenüber einem wettbewerblichen Markt an Bedeutung; doch hält sich die Intensität der geleisteten Solidarität in Grenzen. Es dominieren hierbei die Beseitigung von Koordinationsproblemen und *De-Risking*. Finanzielle Solidarität im großen Stil bleibt krisenbezogen. Die wirtschaftliche Solidarität ist damit so begrenzt wie die Solidarität bei den Migrationslasten. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass dazwischen ein Zusammenhang besteht.

b) Grundrechte und Grundfreiheiten

Unter dem integrativen Konstitutionalismus reduziert die umfangreiche Sekundärrechtsetzung die Bedeutung der Grundfreiheiten und verschiebt den Schwerpunkt der binnenmarktbezogenen Rechtsprechung auf die Überprüfung des Sekundärrechts anhand der Grundrechte. Auf diese Weise durchdringt die Kernverfassung zusehends die Wirtschaftsverfassung. Zwar blieb dieses Potenzial im Zuge der Finanzkrise zunächst unrealisiert.³⁵⁶ Erst mit großer Verzögerung konstatierte der Gerichtshof eine Pflicht zur Beachtung der Grundrechte im Rahmen der Fiskalverfassung.³⁵⁷ Für den Bin-

354 Vgl. *Nicolas Sölter*, Abwägung ohne Maßstab. Zum Grundsatz der Energiesolidarität, EuR 57 (2022), 130–140 (139).

355 Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona*, Schlussanträge v. 2.4.2020, Rs. C-648/18, ECLI:EU:C:2020:256, Rn. 74 – ANRE/Hidroelectrica.

356 *Salomon* (Fn. 211); *Christopher Harding*, Economic Freedom and Economic Rights. Direction, Significance and Ideology, ELJ 24 (2018), 21–35; *Goldmann* (Fn. 182).

357 EuGH, *Ledra* (Fn. 213).

nenmarkt gilt dies jedoch nicht. Durch Überprüfung des Sekundärrechts anhand der Grundrechte mausert sich der Gerichtshof zum Grundrechte-Gericht.³⁵⁸ Besonders der Schutz persönlicher Daten entwickelte sich zu einem Motor des Grundrechtsschutzes am Schnittpunkt von Wirtschaftsverfassung und Kernverfassung.³⁵⁹ Dabei gelingt es dem Gerichtshof, bei der Abwehr von Digitalunternehmen aus Drittstaaten ökonomische Interessen der EU mit emanzipatorischen Anliegen zu verbinden.³⁶⁰

Diese Rolle des Gerichtshofs als Grundrechte-Gericht wirkt sich auch auf die Grundfreiheiten aus. Deren Prüfung konzentriert sich zunehmend auf grundrechtliche Fragen. Ein herausragendes Beispiel dafür ist die Entscheidung *AGET Iraklis*, in der es um die Genehmigung für eine Massenentlassung in einem griechischen Bauunternehmen ging, welche die Behörde unter Hinweis auf die Unionsgrundrechte verweigert hatte.³⁶¹ Zwar beginnt der Gerichtshof klassisch mit der Prüfung der einschlägigen Grundfreiheit sowie dem Vorliegen eines zwingenden Allgemeininteresses.³⁶² Dann jedoch hebt der Gerichtshof unter Verweis auf Art. 3 Abs. 3 EUV die soziale Zielsetzung der Union hervor und ordnet sie gegenüber dem Ziel des Wettbewerbs als gleichberechtigt ein.³⁶³ In der Folge verschmilzt teilweise die Prüfung von Grundfreiheit und Grundrecht. Auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit nennt der Gerichtshof initial zwar die Grundrechte als Schranken der Verhältnismäßigkeit.³⁶⁴ Im nächsten Schritt jedoch stellt der Gerichtshof eine explizite Parallel zwischen der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV und der Garantie der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC her und prüft beide Vorschriften gemeinsam.

Insofern zeigt sich, dass die Grundrechte nicht einseitig der Beschränkung wirtschaftlicher Betätigung dienen. Vielmehr hat sich das Spannungsverhältnis zwischen Rechten zum Schutz wirtschaftlicher Interessen und entsprechenden Gegenrechten zum Schutz nichtwirtschaftlicher Interessen zu einem Teil in den Grundrechtsdiskurs verlagert. Grundrechte fungieren zugleich als Schranken und als Schranken-Schranken der Grundfreiheit.

358 Vgl. EuGH, Urteil v. 31.1.2013, Rs. C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43 – *McDonagh*.

359 EuGH, Urteil v. 20.9.2022, Rs. C-793/19 und C-794/19, ECLI:EU:C:2022:702 – *Vorratsdatenspeicherung; Schrems I und Schrems II* (Fn. 343).

360 EuGH, *Google Spain* (Fn. 343).

361 EuGH, Urteil v. 21.12.2016, Rs. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 – *AGET Iraklis*.

362 Ebd., Rn. 61 ff.

363 Ebd., Rn. 76.

364 Ebd., Rn. 82.

ten.³⁶⁵ So dienen Grundrechte auch der Abwehr nichtwirtschaftlich motivierter Beschränkungen wie dem Verbot religiös motivierter Kleidungsstücke oder des Schächtens³⁶⁶ oder eines russischen Propagandasenders.³⁶⁷

Zudem gewinnen die Grundrechte im Zuge der Rechtsstaatskrise weiter an eigenständiger Bedeutung. Bemerkenswert ist insoweit die Entscheidung zur *Central European University*.³⁶⁸ Der EuGH nimmt dabei eine gesonderte Grundrechtsprüfung vor, statt im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die Grundrechtskonformität der Vorschriften des ungarischen Hochschulrechts zu prüfen. Vordergründig ist dies darauf zurückzuführen, dass der EuGH bereits einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses vermisst und damit vor Eintritt einer Grundrechtsprüfung zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 49 AEUV gelangt.³⁶⁹ Zudem stellt er – ebenfalls unabhängig von einer Verletzung von Grundrechten – einen Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123 fest.³⁷⁰ Eine Grundrechtsprüfung hätte damit dahinstehen können, oder aber in die Prüfung von Art. 49 AEUV bzw. der Richtlinie integriert werden können. Dass der EuGH die akademische Freiheit, die Lehrfreiheit und unternehmerische Freiheit nach den Art. 13, 14 und 16 GRC stattdessen im Anschluss separat prüft, kann man als Betonung eines autonomen Regelungsgehalts der Grundrechte verstehen.³⁷¹ Die Grundfreiheiten bzw. das Sekundärrecht dienen hier nur noch zum Einstieg (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRC) in eine genuin selbständige Grundrechtsprüfung.

Umgekehrt können auch die Grundfreiheiten grundrechtsschützende Wirkung entfalten. So entschied der Gerichtshof, dass das ungarische NGO-Gesetz gegen EU-Recht verstößt. Die Registrierungs- und Offenlegungspflicht für Nichtregierungsorganisationen, die aus dem Ausland

365 Christian Calliess, Funktionswandel von Grundfreiheiten und Grundrechten im Recht der Europäischen Union als Legitimationsproblem, ZEuS 25 (2022), 709–732 (718 ff.); Vilija Velyvyte, Judicial Authority in EU Internal Market Law, Oxford: Hart 2022, 231 ff.

366 EuGH, *Centraal Israelitisch Consistorie van Belgie* („Schächten“) (Fn. 221).

367 EuG, Urteil v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483 – *RT France/Rat*; dazu Jörg Gundel, Europäischer Grundrechtsschutz für (dritt-) staatliche Propagandasender?, EuR 58 (2023), 110–118.

368 EuGH, Urteil v. 6.10.2020, Rs. C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 – *Kommission/Ungarn (Central European University)*.

369 Ebd., Rn. 178–90.

370 Ebd., Rn. 191–207.

371 Ebd., Rn. 208 ff.

Spenden erhalten, habe eine diskriminierende Wirkung, die mit der Kapitalverkehrsfreiheit sowie den EU-Grundrechten unvereinbar sei.³⁷²

c) Rationalitätskontrolle

Die bedeutende Rolle der Sekundärrechtsetzung sowie der Unionsgrundrechte führt zu einer Konzentration des Rechtsschutzes im Binnenmarkt beim Gerichtshof, die Züge einer engmaschigen Rationalitätskontrolle mitgliedstaatlicher Entscheidungen trägt. Dazu passt, dass auch unter dem integrativen Konstitutionalismus die *Keck-Formel* keine größere Bedeutung erhält; vielmehr scheint der Gerichtshof sie immer weiter zugunsten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung an den Rand zu drängen.³⁷³ Das zeigte sich auch an der Prüfung von Mindest- und Höchstpreisen für Architekten-dienstleistungen, in denen der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, 2 lit. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG erblickte. Mindestpreise seien nicht gerechtfertigt, da es sich nicht um einen regulierten Beruf handle; Höchstpreise seien unverhältnismäßig, da Transparenz auch durch Preisempfehlungen hergestellt werden könne.³⁷⁴ Einer ähnlichen Detailprüfung unterzog der Gerichtshof schottische Mindestpreise für Whiskey und italienische Schwellenwerte zur Sicherstellung des Medienpluralismus, die er zur Erreichung ihres Zwecks für nicht erforderlich bzw. ungeeignet hielt.³⁷⁵

Dieser Trend zur Rationalitätskontrolle gilt für alle Grundfreiheiten; er geht mit einer Tendenz zur Konvergenz einher.³⁷⁶ Das zeigte besonders die Entscheidung *Fra.bo*, in der der Gerichtshof nun auch für die Warenverkehrsfreiheit eine horizontale Dritt-wirkung erkannte, sofern es um Maß-

³⁷² EuGH, Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476 – *Kommission/Ungarn (Transparenz von Vereinigungen)*; dazu *Spieker* (Fn. 15).

³⁷³ EuGH, Urteil v. 23.12.2015, Rs. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – *Scotch Whisky Association u.a.*

³⁷⁴ EuGH, Urteil v. 4.7.2019, Rs. C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562 – *Kommission/Deutschland*.

³⁷⁵ EuGH, Urteil v. 23.12.2015, Rs. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – *Scotch Whisky Association u.a.*; EuGH, Urteil v. 3.9.2020, Rs. C-719/18, ECLI:EU:C:2020:627 – *Vivendi SA/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*.

³⁷⁶ Vgl. *Stefanie Schmahl/Florian Jung*, Horizontale Dritt-wirkung der Warenverkehrsfreiheit?, NVWZ 2013, 607–612 (607); a.a. *Johannes Holst*, Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium?, EuR 52 (2017), 633–638 mwN.

nahmen privater, unverbindlicher Normen ging.³⁷⁷ Insofern ist es konsequent, dass der Gerichtshof seine *Dassonville*-Rechtsprechung mittlerweile auf Maßnahmen gleicher Wirkung wie Ausfuhrbeschränkungen ausdehnte, indem er die Anforderung „spezifischer“ Beschränkungen des *Groenveld*-Urteils aufgab.³⁷⁸ Das bereitete den Boden für die Rationalitätskontrolle des rumänischen Monopols für Stromhandelsplattformen.

Die Rationalitätskontrolle der Rechtsprechung wird durch das Sekundärrecht amplifiziert. Die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie harmonisiert unter Verweis auf die Grundfreiheiten den Grundrechtsschutz im Bereich der Berufsfreiheit (Art. 15 GRC) und der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) im Hinblick auf regulierte Berufe. Sie hält die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber an, vorab eigenständig die Voraussetzungen der Rechtsprechung des EuGH an entsprechende Beschränkungen zu prüfen.³⁷⁹

d) Nationale Gestaltungsspielräume

Gleichzeitig gewährt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen eigenständige Entscheidungsspielräume. Sie stehen zu der grundrechtlich fundierten Rationalitätskontrolle nicht im Widerspruch, sondern ermöglichen sie, indem sie für die Union weniger bedeutsame Abweichungen gestatten. Das betrifft insbesondere ethisch umstrittene Fragen, für die es der Union an Kompetenzen oder einem gemeinsamen Fundament zur Regulierung fehlt.³⁸⁰ Diese Rechtsprechung hebt die libe-

377 EuGH, *Fra.bo* (Fn. 297), ähnlich für die Kapitalverkehrsfreiheit: *Lübke* (Fn. 141), 65 f.

378 EuGH, Urteil v. 21.6.2016, Rs. C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464 – *New Valmar*; ferner auch Urteil v. 17.9.2020, Rs. C-648/18, ECLI:EU:C:2020:723 – *ANRE/Hidroelectrica*; vgl. *Matthias Ruffert*, Europarecht: Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen, JuS 2021, 90–92 (91).

379 Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen; ausführlich *Jochen Rauber*, Binnenmarktintegration via Rechtsetzungstheorie. Die Regelungsstrategie der EU-Verhältnismäßigkeitsrichtlinie im Lichte von Unionsrecht und Verhaltenswissenschaften, JöR N.F. 71 (2023), 309–350.

380 So bereits EuGH, Urteil v. 4.10.1991, Rs. C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378 – *Society for the Protection of Unborn Children Ltd v Stephen Grogan and others*; vgl. *Barend van Leeuwen*, Euthanasia and the Ethics of Free Movement Law. The Principle of Recognition in the Internal Market, GLJ 19 (2018), 1417–1436; *Urska Šadl/Silje Hermansen*, The European Court of Justice, an Able and Unwilling Lawmaker. Evidence from 920 Free Movement and Persons Judgements, SocArXiv Paper

ralisierende Tendenz der Zentralisierung der Binnenmarktrechtsprechung, welche die argumentativen Lasten auf Seiten des öffentlichen Interesses verortet,³⁸¹ ein Stück weit auf.

Der Gerichtshof nimmt damit ein gewisses Maß an Fragmentierung durch divergierende mitgliedstaatliche Regeln in Kauf.³⁸² Ob insgesamt eine quantitative Zunahme justizieller Zurückhaltung durch den Gerichtshof zu verzeichnen ist, ist umstritten, aus verfassungsrechtlicher Sicht jedoch relativ bedeutungslos.³⁸³ Wichtiger scheint aus dieser Perspektive die normative Rechtfertigung. Die Einzelheiten sind hier sehr strittig.³⁸⁴ Für die Wirtschaftsverfassung ist die Möglichkeit der Fragmentierung von großer Bedeutung, seitdem sie nicht mehr in erster Linie eine liberalisierende Verfassung ist, sondern auf konkretisierungsbedürftige Weise eine große Palette öffentlicher Belange umfasst.³⁸⁵ Entsprechend müssen diese Belange je situativ abgewogen werden. Je mehr Belange auszutarieren sind, desto schwieriger ist es, dies auf abstrakter Ebene für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen zu tun. Je komplexer die Abwägung, desto eher besteht ein Bedürfnis für Abweichung.³⁸⁶

Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, das richtige Maß an Fragmentierung zu finden. Zum Teil lässt die Rechtsprechung Abweichungen aus Gründen der nationalen Identität zu.³⁸⁷ Hier strahlt die politische Verfassung über Art. 2 und 4 Abs. 2 EUV auf die Wirtschaftsverfassung ab. Dies

(2023). *Velyvye* (Fn. 365), 183 f., 217 ff., weist zu Recht darauf hin, dass Arbeits- und Gesundheitsfragen ethisch so umstritten sind wie Fragen nationaler Identität und schlägt zur Rationalisierung eine *margin of appreciation*-Doktrin vor.

381 Agustín José Menéndez, The Guardianship of European Constitutionality. A Structural Critique of European Constitutional Review, in: Mads Andenas/Tarjei Bekkedal/Luca Pantaleo (Hrsg.), *The Reach of Free Movement*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2017, 173–203 (185 ff.).

382 Mads Andenas, The Reach of Free Movement and the Gradualist Approach of the CJEU. An Introduction, in: Andenas/Bekkedal/Pantaleo (Fn. 370), 1–14 (6).

383 Jan Zglinski, Europe's Passive Virtues. Deference to National Authorities in EU Free Movement Law, Oxford: Oxford University Press 2020; lezenswerte Kritik bei Dimitry Kochenov, Counting Swines at a Satan's Ball. Book Review of Jan Zglinski's Europe's Passive Virtues, EU Law Live (18.4.2022).

384 Vgl. Shuibhne (Fn. 275).

385 Vgl. oben, II.I.d.

386 Vgl. Tarjei Bekkedal, The Reach of Free Movement. A Defence of Court Discretion, in: Andenas/Bekkedal/Pantaleo (Fn. 370), 17–55.

387 Zuletzt EuGH, Urteil v. 7.9.2022, Rs. C-391/20, ECLI:EU:C:2022:638, Rn. 68 – *Boris Cilevičs u.a.*

betrifft leider auch Fälle, in denen es um Identitätspolitik auf Kosten von Minderheiten geht.³⁸⁸

Es sind aber auch genuin wirtschaftsverfassungsrechtliche Fragmentierungen denkbar. So bedingen z.B. Fortschritte bei der Harmonisierung im Ganzen die Möglichkeit von Abweichungen im Detail.³⁸⁹ Auch die zahlreichen sozialen Belange in Art. 3 Abs. 3 EUV mögen Abweichungen rechtfertigen, um den Eigenheiten mitgliedstaatlicher Arbeitsmärkte und Sozialsysteme Rechnung zu tragen. In dem Zusammenhang ist es bezeichnend, dass die Streitigkeiten um die Arbeitnehmerentsendung abgewendet werden konnten, indem das Sekundärrecht Abweichungen gestattete.³⁹⁰ Die Entscheidung *Erzberger* folgt einer ähnlichen Logik. Danach stellt das deutsche Mitbestimmungsrecht, das sich nicht auf ausländische Tochterfirmen erstreckt, keine verbotene mittelbare Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmenden dar. Die Grundfreiheiten schützen nicht vor Unterschieden in den Sozialsystemen, die mangels Harmonisierungs- oder Koordinierungskompetenzen unvermeidlich seien.³⁹¹ Die Mitgliedstaaten dürfen ihre nationalen Sozialsysteme entsprechend ihrer öffentlichen Interessen gestalten, einschließlich des Mindestlohns³⁹² oder der Wohnraumbewirtschaftung,³⁹³ ohne jedoch dabei grenzüberschreitende Wirkungen zu verursachen. Für ihre Maßnahmen reicht in der Regel eine sachliche Rechtfertigung.³⁹⁴ Ebenso ist der Verkehrssektor weitgehend ausgenommen

388 Vgl. oben bei Fn. 221.

389 *Thym* (Fn. 318), 183.

390 Vgl. die Umsetzungsrichtlinie zur Arbeitnehmerentsendungsrichtlinie 2014/67/EU sowie die Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957. Dazu *Seifert* (Fn. 293), 92; *Julia Kirschner*, Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume. Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH, München: Herbert Utz 2013, 148; *Höpner/Haas* (Fn. 342), 176 ff.

391 EuGH, Urteil v. 18.7.2017, Rs. C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562, Rn. 34 – *Erzberger*.

392 EuGH, Urteil v. 18.9.2014, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 – *Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund*; zum Verbot einzelvertraglicher Abweichungen im Arbeitsrecht: Urteil v. 15.7.2021, verb. Rs. C-152/20 und C-218/20, ECLI:EU:C:2021:600 – *DG und EH/SC Gruber Logistics SRL und Sindicatul Lucrătorilor din Transporturi, TD/SC Samidani Trans SRL*.

393 EuGH, Urteil v. 22.9.2020, verb. Rs. C-724/18 und C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743 – *Cali Apartments SCI*.

394 Vgl. EuGH, Urteil v. 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12, C-106/12 und C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677 – *Staat der Niederlanden/Essent NV u.a.* („Privatisierungsverbot für Energieversorgung“).

von den Grundfreiheiten.³⁹⁵ Nur die Grundrechte und insbesondere deren Wesensgehalt setzen hier dem Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten Grenzen.³⁹⁶ Diese Grenzen sind nach der Entscheidung *Dano* allerdings nicht überschritten beim zeitweiligen Ausschluss nicht ökonomisch aktiver Unionsbürger von Sozialleistungen im Wohnsitzstaat.³⁹⁷

Die gegenwärtige Fragmentierung im Unionsrecht ist damit erstens das Gegenstück zur immer stärkeren Verlagerung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf Unionsebene vor dem Hintergrund einer stets situativ konkretisierungsbedürftigen Wirtschaftsverfassung. Sie stößt dort auf weniger Bedenken, wo die Union keine Rechtsetzungskompetenz für den betroffenen Belang besitzt.³⁹⁸ Zweitens verdeutlichen diese Abweichungen, denen häufig erhebliche Unterschiede in den Sozialsystemen zugrunde liegen, dass die Solidarität auch im integrativen Konstitutionalismus eher reziproker Natur ist und Umverteilung weiterhin die Ausnahme bildet.

e) Wettbewerb

Der Vorrang des „unverfälschten Wettbewerbs“ ist seit dem Vertrag von Lissabon Geschichte.³⁹⁹ Dem entspricht unter dem integrativen Konstitutionalismus eine graduelle Abkehr vom „*more economic approach*“. Der Marktbegehr des Wettbewerbsrechts wandelt sich von einem abstrakten Modell effizienter Märkte zu einem konkreten Modell, das in seinem Kontext zu verstehen ist und bei dessen Gestaltung die Belange des Art. 3 Abs. 3 EUV hineinspielen.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Vgl. Art. 58 AEUV; EuGH, Urteil v. 20.12.2017, Rs. C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 – *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*.

³⁹⁶ EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 35 – *Alemo-Herron*; Urteil v. 6.9.2012, Rs. C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 54 ff. – *Deutsches Weintor*; dazu *Stephen Weatherill*, Use and Abuse of the EU’s Charter of Fundamental Rights. On the Improper Veneration of ‘Freedom of Contract’, ERCL 10 (2014), 167–182.

³⁹⁷ EuGH, *Dano* (Fn. 94); vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte. Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109–120.

³⁹⁸ *Valta* (Fn. 286), 440 ff.

³⁹⁹ Vgl. oben II.I.a.

⁴⁰⁰ *Anna Gerbrandy*, Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution, JCMS 57 (2019), 127–142; *Ingo Brinker*, Das Kartellrecht vor der Seitenwende?, NZKart 2022, 301–302.

Das äußert sich zum einen in einer neuen Semantik, die nunmehr den Begriff des „fairen Wettbewerbs“ in den Mittelpunkt stellt. Wie eine Durchsicht der EUR-Lex-Datenbank zeigt, tritt dieser Begriff bis zum In-Kraft-Treten des Vertrags von Lissabon fast nur in Zusammenhang mit Antidumping-Verordnungen auf; gelegentlich ist er auch in Beihilfeentscheidungen zu finden. Mittlerweile hat dieser Begriff zentrale Bedeutung für die Marktorganisation erlangt. Ein eindrückliches Beispiel ist die Entsenderichtlinie für Kraftfahrer von 2020. Der Begriff signalisiert hier eine Abkehr an die Unterminierung von Sozialstandards durch die Grundfreiheiten.⁴⁰¹

Zweitens herrscht nunmehr eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf soziale Mikrostrukturen, z.B. auf kollektive Vereinbarungen von Selbstständigen.⁴⁰² Umgekehrt reichen rein ökonomische Methoden wie z.B. Preiselastizität auch nicht mehr aus zur Bestimmung von Marktmacht und Marktgrenzen in neuen, dynamischen Märkten der Digitalwirtschaft.⁴⁰³ Bei diesen besteht das Geschäftsmodell gerade in der Integration vielfältiger Dienste, was aber definitionsgemäß den Wettbewerb begrenzt.⁴⁰⁴ Es bedarf daher größeren politischen Ermessens, um die Wettbewerbsregeln sinnvoll anzuwenden.

Drittens verwendet die Union mittlerweile das Beihilfenrecht (wie auch die Harmonisierung) als Instrument zur Krisenlösung und -prävention. Dies umfasst geopolitische, mit der Digitalisierung verknüpfte Risiken. Der Fall *Apple* zeigte hier eine völlig neue Denkrichtung in den europäischen Institutionen auf. Selbst wenn die Strategie der Kommission hier in erster Instanz gescheitert ist,⁴⁰⁵ ist allein diese Denkrichtung bahnbrechend.⁴⁰⁶

Sofern keine internationalen Digitalkonzerne involviert sind, erlaubte die Kommission aber den Mitgliedstaaten über Ausnahmen vom Beihilfenrecht die Gewährung großzügiger Unterstützungen zur Bewältigung aller mögli-

401 Richtlinie (EU) 2020/1057 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2020, erster Erwägungsgrund.

402 EuGH, Urteil v. 4.12.2014, Rs. C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

403 EuG, Urteil v. 14.9.2022, Rs. T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541 – *Google und Alphabet/Kommission*; dazu *Ranjana Andrea Achleitner*, Marktgrenzen und Marktmacht in digitalen Ökosystemen, EuR 58 (2023), 100–109.

404 *Michael G. Jacobides/Ioannis Lianos*, Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice, ICC 30 (2021), 1199–1229.

405 Vgl. jetzt aber Rs. C-465/20 P, insbesondere Generalanwalt *Pitruzzella*, Schlussanträge v. 9.11.2023, ECLI:EU:C:2023:840 – *Kommission/Irland u.a.*

406 Kritisch *Emily Forrester*, Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?, EC Tax Rev. 27 (2018), 19–35.

chen Krisen.⁴⁰⁷ Dass diese Unterstützung durchaus Konfliktpotenzial birgt, bewies der „Doppelwumms“ der Bundesregierung im Zuge des russischen Angriffs auf die Ukraine. Während die Bundesregierung darin eine notwendige Stütze für ihre Wirtschaft sah, artikulierten andere Mitgliedstaaten Bedenken wegen der wettbewerbsverzerrenden Wirkung.⁴⁰⁸ Wiederum erweist sich hier die Schwäche der Solidaritätskonzeption der gegenwärtigen Wirtschaftsverfassung.

Besonders brisant ist insoweit die Position öffentlicher Unternehmen. Für den integrativen Konstitutionalismus sind öffentliche Unternehmen keine Anomalie. Das erschwert die Grenzziehung zwischen hoheitlicher und unternehmerischer Tätigkeit. Hierbei richtet sich das Beihilfenrecht nach anderen Kriterien als die Frage der Grundrechtsbindung von Unternehmen. Für letztere reicht nach deutschem Recht ein beherrschender Einfluss des Staats.⁴⁰⁹ Die horizontale Wirkung der Grundrechtecharta geht darüber hinaus; die Frage des hoheitlichen Charakters des Unternehmens ist dafür mittlerweile irrelevant.⁴¹⁰ Für das Beihilfenrecht rückte der Gerichtshof in der Rs. SNCM von einem reinen Marktbegriß ab. Die Unterstützung öffentlicher Unternehmen ist zwar weiterhin an Rentabilitätserwartungen zu knüpfen; diese Erwartungen können aber auch in der Verfolgung spezifischer öffentlicher Zwecke bestehen. Der Begriff der Rentabilität wird damit ein Stück weit demonetarisiert, wenngleich nicht schon jedes

407 Europäische Kommission, Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak (2020/C 91 I/01); Temporary crisis framework for State aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine (2022/C 131 I/01); Temporary crisis and transition framework for State aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia (2023/C 101/03); Überblick bei *Delia Ferri*, The Role of EU State Aid Law as a „Risk Management Tool“ in the COVID-19 Crisis, EJRR 12 (2021), 176–195.

408 Der „Doppelwumms“ erfolgte über Reaktivierung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) mittels Änderung des Stabilisierungsfondsgesetzes (StFG).

409 BVerfGE 128, 226 – *Fraport*.

410 Vgl. EuGH, Urteil v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74 ff. – *Mangold*; Urteil v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 70 ff. – *Egenberger*; dies entspricht der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten, vgl. Urteil v. 8.4.1976, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56, Rn. 39 – *Defrenne*. Überblick bei *Aurelia Colombi Ciacchi*, The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights, EuConst 15 (2019), 294–305. Der quasi-hoheitliche Charakter schien jedoch noch eine Rolle zu spielen bei der Entscheidung *Walrave und Koch* (Fn. 292).

öffentliche Interesse des Staats als Unternehmenseigner die grenzenlose öffentliche Unterstützung des Unternehmens rechtfertigt.⁴¹¹

Das Wettbewerbsrecht fügt sich damit in die Entwicklung der Grundfreiheiten und der Sekundärgesetzgebung ein. Anders als diese stellt seine dezentrale Struktur jedoch ein Risiko dar. Es ist deswegen in besonderem Maße auf die rechtsstaatliche Ausführung durch die Mitgliedstaaten sowie generell auf die Trennung politischer von wirtschaftlicher Macht angewiesen.⁴¹² Angesichts autoritärer Tendenzen kann man hiervon nicht mehr ohne weiteres ausgehen.

f) Absicherung der Union nach außen

Über Art. 21 EUV strahlt die Kernvorschrift der Wirtschaftsverfassung in Art. 3 Abs. 3 EUV auch auf die Außenbeziehungen ab. Der Text von Art. 21 EUV ist ein Kind des liberalisierenden Konstitutionalismus und suggeriert einen Gleichlauf von Innen und Außen. Mittlerweile kann davon jedoch keine Rede mehr sein; die Außenwirtschaftspolitik der Union ist unter dem integrierenden Konstitutionalismus mindestens so sehr auf die Absicherung gegen äußere Risiken fokussiert wie auf die Öffnung von Märkten. Dies ist jedoch eher ein Problem für Art. 21 EUV als für Art. 3 Abs. 3 EUV. Dessen vielfältige Belange setzen der internationalen Öffnung gewisse inhärente Grenzen, sofern sie nicht über kurz oder lang unterlaufen werden sollen.

Insofern ist es mit Art. 21 EUV nicht unvereinbar, dass die Handelspolitik der EU inzwischen von Liberalisierung auf Abwehr umgeschaltet hat, gerade gegenüber China.⁴¹³ Die Verteidigung der Werte des Art. 2 EUV hängt auch von der handelspolitischen Stellung der Union ab, wie der Begriff der „Geoökonomie“ unterstreicht.⁴¹⁴ Allerdings zeigen die handelspolitischen

411 EuGH, Urteil v. 4.9.2014, verb. Rs. C-533/12 P und C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142, Rn. 29 ff. – *SNMC/Corsica Ferries France*. Dazu Heike Schweitzer/Ernst-Joachim Mestmäcker, Art. 107 Abs. 1 AEUV, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Rn. 64.

412 Maciej Bernatt, The Double Helix of Rule of Law and EU Competition Law. An Appraisal, ELJ 27 (2021), 148–166.

413 Zuletzt Europäische Kommission, Überprüfung der Handelspolitik – Eine offene, nachhaltige und entschlossene Handelspolitik, COM(2021) 66 final.

414 Robert D. Blackwill/Jennifer M. Harris, War by Other Means. Geoeconomics and Statecraft, Cambridge, MA: Harvard University Press 2016, 20: „Geoeconomics: The use of economic instruments to promote and defend national interests, and to

Abwehrinstrumente derzeit noch keine einheitliche Linie. Die Rechtsakte zur Investitionskontrolle, Vergabe öffentlicher Aufträge und Subventionskontrolle sind meist recht allgemein gehalten und überlassen die weitere Konkretisierung der Tatbestände der Umsetzung auf Unions- und mitgliedstaatlicher Ebene.⁴¹⁵ Dieser lockere Umgang mit rechtsstaatlichen Prinzipien setzt sich in der Rechtsprechung fort.⁴¹⁶ Zum Teil scheint dies auch unterschiedlichen Präferenzen über die strategische Ausrichtung der Union geschuldet. Die Sanktionspraxis der UN zeigt ein vergleichbares, rechtsstaatlich bedenkliches Maß an Unbestimmtheit,⁴¹⁷ die ihre Einordnung als Maßnahme zur Werteverteidigung erschwert.⁴¹⁸

Keine reine Abwehrmaßnahme, sondern zugleich eine wichtige Verschiebung auf der Achse öffentliche Gewalt-Markt stellt die Wiederentdeckung der Industriepolitik dar. Zwar hat die EU seit 2017 unter dem Banner der offenen strategischen Autonomie eine Industriepolitik entworfen, die auf Reduktion von geopolitischen Risiken abzielt, gerade auch bei Lieferketten.⁴¹⁹ 2023 fügte die EU ihrem *Green Deal* eine Industriestrategie hinzu.⁴²⁰ Sie umfasst u.a. einen strategischen Aktionsplan für Batterien, den *EU Chips Act* vom Juli 2023, der durch Initialinvestitionen von 3,3 Milliarden Euro insgesamt 43 Milliarden Euro an Investorenengeldern anlocken soll, sowie einen geplanten *Raw Materials Act*.⁴²¹

produce beneficial geopolitical results; and the effects of other nations' economic actions on a country's geopolitical goals.“

⁴¹⁵ Vgl. die Verordnung über die Investitionskontrolle (EU) 2019/452; die Anti-Subventionsgrundverordnung, Verordnung (EU) 2016/1037; die Drittstaatssubventionen-Verordnung (EU) 2022/2560, sowie das International Procurement Instrument, Verordnung (EU) 2022/1031.

⁴¹⁶ Vgl. EuG, Urteil v. 1.3.2023, Rs. T-540/20, ECLI:EU:T:2023:91 – *Jushi*, in dem das EuG auf Fragen der Völkerrechtskonformität nicht eingeht.

⁴¹⁷ Christina Eckes, The Law and Practice of EU Sanctions, Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-03, 26 ff.

⁴¹⁸ Vgl. aber zur geopolitischen Bedeutung Deborah Cowen/Neil Smith, After Geopolitics? From the Geopolitical Social to Geoconomics, Antipode 41 (2009), 22–48.

⁴¹⁹ Europäische Kommission, Investitionen in eine intelligente, innovative und nachhaltige Industrie. Eine neue Strategie für die Industriepolitik der EU, COM(2017) 479 final; erneuert durch Europäische Kommission, Eine neue Industriestrategie für Europa, COM(2020) 102 final.

⁴²⁰ Europäische Kommission, Ein Industrieplan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, COM(2023) 62 final.

⁴²¹ Verordnung (EU) 2023/1542 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2023 über Batterien und Altbatterien; Verordnung (EU) 2023/1781 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Halbleiter-Ökosys-

Die Absicherung der Union nach außen steht somit vor allem im Zeichen des *De-Risking*. Dies scheint der kleinste gemeinsame Nenner zu sein; die oft vagen Rechtsakte oder schleppende internationale Verhandlungen wie z.B. mit den AKP-Staaten über die Nachfolge des Cotonou-Abkommens unterstreichen die Uneinigkeit in außenwirtschaftsrechtlichen Fragen. Die Konkretisierung der Belange des Art. 3 Abs. 3 EUV birgt an sich genau dieses Risiko.

g) Zusammenfassung

Das Paradigma des integrativen Konstitutionalismus verschiebt die Gewichte hin zu öffentlicher Gewalt, wenngleich der Umfang der Solidarität begrenzt bleibt und vor allem auf *De-Risking* fokussiert ist. Der Bedeutungsgewinn öffentlicher Gewalt schlägt sich vor allem in einem Machtzuwinn der Union nieder. Dies äußert sich in Fortschritten bei der Harmonisierung in vielen Bereichen und einer feingliedrigen (Grundrechts-)Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen durch den Gerichtshof. Dennoch bleiben den Mitgliedstaaten anders als unter dem Paradigma des liberalisierenden Konstitutionalismus erhebliche Spielräume; Unionisierung und Fragmentierung sind nicht zwangsläufig Gegensätze. Wie demokratisch diese Verschiebungen sind, ist eine offene Frage. Der unausgewogene Rechtsschutz, der mittlerweile zwar soziale Belange der Mitgliedstaaten zu respektieren lernt, aber Minderheiten wenig Schutz gewährt, lässt befürchten, dass wirtschaftliche Integration auf Kosten gesellschaftlicher Pluralität gehen könnte.

V. Kritik im Licht von Art. 2 EUV

1. Solidarität, Freiheit und Postwachstum

Sozialer Fortschritt beruht seit Mitte des 19. Jahrhunderts auf Wirtschaftswachstum. Das gilt ganz besonders für die Union mit ihrem Versprechen der Anpassung der Lebensverhältnisse nach oben. Durch diese Zauberfor-

tems; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens zur Gewährleistung einer sicheren und nachhaltigen Versorgung mit kritischen Rohstoffen, COM(2023) 160 final.

mel lässt sich Solidarität mit Freiheit vereinbaren; dann schließen sich die Belange des Art. 3 Abs. 3 EUV nicht gegenseitig aus. Sofern Wachstum nicht mehr möglich ist aus ökologischen Gründen, besteht die Gefahr, dass entweder der soziale Fortschritt oder die Freiheit den Kürzeren zieht. Transfers über das Steuersystem bilden hier einen probaten Ausweg, den viele Mitgliedstaaten seit Jahrzehnten auch ohne Wachstumskrise beschreiten. Die Union geht diesen Weg bisher nicht. Solidarität ist auf Krisenbeistand und *De-Risking* begrenzt. Sofern sich dies nicht ändert, dürften neben der Solidarität auch die anderen Werte des Art. 2 EUV ins Taumeln geraten. Denn aus Sicht der Wirtschaftsverfassung besteht ein innerer Zusammenhang zwischen Solidarität und den Grundfesten liberaler Demokratie, der Trias aus Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten. Sie sind sich jeweils gegenseitig Zweck und Ziel zugleich.

Eine nachhaltige Wirtschaftsverfassung muss deshalb Transfers ermöglichen. Hier kommt ein breites Spektrum an Maßnahmen in Betracht, von gemeinsamer, finanzkräftiger Industriepolitik bis zu gemeinsamen oder gegenseitig abgesicherten Sozialsystemen.⁴²² Auch eine Lastenteilung in der Migrationspolitik dürfte bei Intensivierung der unionalen Solidarität wieder in den Horizont der Möglichkeiten zurückkehren. Die Art. 2 und 3 EUV sollten insoweit den Maßstab für die Auslegung des relevanten Primärrechts bilden, insbesondere der Kompetenzvorschriften. Dies wäre nicht der erste Verfassungswandel der Union, der sich inkrementell vollzieht. Im Gegenteil, in der Geschichte der europäischen Integration ist die Fortentwicklung der Verfassung durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung eher die Regel als die Ausnahme, wie die Ausführungen in diesem Kapitel vor Augen führen.

2. Solidarität unional und international

Die Union hat nicht nur während der Phase des liberalisierenden Konstitutionalismus Entscheidungsmacht hinzugewonnen, und zwar sowohl durch die Rechtsprechung über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als auch durch die sekundärrechtliche Regelung vieler Materien. Diese Tendenz verstärken die auf Krisenmanagement und *De-Risking* angelegten

⁴²² Vgl. René Repasi, Legal options and limits for the establishment of a European Unemployment Benefit Scheme, European Commission, Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion (2017).

Maßnahmen der Union unter dem integrativen Paradigma. Durch nationale Gestaltungsspielräume wird dieser Effekt teilweise gedämpft. Gerade die Systeme der sozialen Sicherung sind vor systemgefährdenden euro-
parechtlichen Intrusionen mittlerweile gut geschützt, was die Forderung nach einer Dekonstitutionalisierung der Wirtschaftsverfassung wenig zielführend erscheinen lässt.⁴²³ Zugleich kann der effektive Schutz, den die Union gegen globale Risiken bietet oder zumindest bieten kann, auch einen Zugewinn an mitgliedstaatlicher Gestaltungsmacht bedeuten, und sei es durch die Mitwirkung an der Ausübung öffentlicher Gewalt auf Unionsebene. Es ist angesichts der geopolitischen Entwicklung, die Europa vom Zentrum in die Peripherie verlegt, mitnichten davon auszugehen, dass ein Rückbau unionaler Kompetenzen einen Zugewinn an mehr als nur formaler nationaler Souveränität bedeuten würde.

Eine Ausweitung unionaler Finanzkapazität für eine Solidarität, die spürbare Umverteilung einschließt, würde die Gewichte nochmals erheblich zur Union verlagern. Dabei stellt sich auf der Ebene der Kompetenzen die Frage, ob dies ohne Vertragsrevision möglich ist. Kompetenzregeln sind flexibel und kontextabhängig. Inkrementelle Verfassungsentwicklung ist möglich und oft auch sinnvoll.⁴²⁴ Das zeigt die Geschichte der EU.⁴²⁵ Die Ausweitung der negativen Integration unter dem liberalisierenden Konstitutionalismus sowie der negativen Krisenrettungsmaßnahmen zu Beginn des integrativen Konstitutionalismus erfolgte zunächst weitgehend ohne Vertragsrevision. Vielmehr hat negative Integration jeweils positive Integration und damit verbundene Vertragsrevisionen ermöglicht. Erforderlich ist dafür jedoch eine Einigkeit über die Strategie, wovon derzeit keine Rede sein kann und die auch künftig wegen antieuropäischer Tendenzen auf dem erstarkten rechten Rand nur schwierig zu organisieren sein dürfte. Insofern bietet sich ein Europa mehrerer Geschwindigkeiten als Alternative an.

3. Solidarität und Demokratie

Ohne Stärkung der demokratischen Strukturen dürfte die Union einer schwierigen Zukunft entgegensehen. Der integrative Konstitutionalismus

423 So jedoch Höpner/Schmidt (Fn. 293), 196 ff.; ferner Alexander Somek, *What Is Political Union?*, GLJ 14 (2013), 561–580; Marco Dani/Agustín Menéndez, *Costituzionalismo europeo: per una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea*, Neapel: Edizioni Scientifiche Italiane 2022.

424 Dazu Goldmann (Fn. 97).

425 Schorkopf (Fn. 144), 191.

hat ihre demokratischen Ressourcen gerade in der Finanzkrise erschöpft. Eine intensivere Form der Solidarität, die größere Transfers einschließt, müsste von einer durch und durch demokratischen Union getragen werden.

Ist dies überhaupt möglich? Sind die repräsentativen Demokratien der Mitgliedstaaten gegenüber der Union nicht unheilbar im Vorteil? Das mittlerweile weit über 200 Jahre alte Repräsentationsmodell hat scheinbar den Reiz, Verantwortlichkeiten klar zu strukturieren. Allerdings ist eine Wahl immer eine Gesamtentscheidung, die Verantwortlichkeit für das Versagen in einem Punkt kaum zur Geltung bringen kann,⁴²⁶ zumal wenn Regierungen von parteiübergreifenden Koalitionen getragen werden. Dazu beeinträchtigt der europaweite Niedergang des Parteiensystems der Nachkriegszeit und der Erfolg personengebundener Bewegungen die kommunikativen Strukturen, die die Stärke des Repräsentationsmodells ausmachen.⁴²⁷ Das alles verringert den demokratischen Vorteil der mitgliedstaatlichen Ebene gegenüber Europa, dem der Kompromiss als Urform demokratischer Verständigung zugrunde liegt.⁴²⁸ Dazu kommt der föderale Vorteil der europäischen Demokratie: Es ist unmöglich, durch eine einzige Wahl in einem überschaubaren Raum die Europäische Union so fundamental umzubauen, wie es in einigen Mitgliedstaaten erfolgt ist.

Wie lässt sich aber eine Europäische Union mit größeren fiskalischen Kompetenzen demokratisch regieren? Hierfür bietet das Konzept der „permanenter Demokratie“ gute Anhaltspunkte.⁴²⁹ Dies kann hier im Einzelnen nicht ausgeführt werden. Nur so viel sei gesagt: Es setzt auf Prinzipien der Legalität, Verantwortung, Responsivität, Wahrhaftigkeit und Integrität. Die europäischen Institutionen haben Legalität verinnerlicht, leben Verantwortung durch gegenseitige Kontrolle und Responsivität durch die vielfältige Beteiligung von Bürgern und ihren Repräsentantinnen. Sie bieten das Potenzial für Wahrhaftigkeit im Sinne von Transparenz, sowie von Integrität gerade durch die relative Unabhängigkeit von einer einzigen Wahl. Zumindest lassen sie sich dahingehend umbauen, auch mit dem Mittel des Sekundärrechts. Das betrifft auch neuralgische Punkte wie die Flüchtlingspolitik, Konditionalitäten und das Europäische Semester – die jeweils für

⁴²⁶ Dies drückt das Condorcet-Paradox aus, vgl. William V. Gehrlein, Condorcet's Paradox, Theory & Decision 15 (1983), 161–197.

⁴²⁷ Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 435 ff.

⁴²⁸ von Bogdandy (Fn. 13), 240 ff.

⁴²⁹ Rosanvallon (Fn. 225).

sich genommen wohl ein größeres demokratisches Problem darstellen als ein Ausbau der europäischen fiskalischen Kapazität.

Den normativen Kern dieser Prozesse zur demokratischen Kräftigung der Union bilden die Werte des Art. 2 EUV. Sie sind für die Wirtschaftsverfassung unabdingbar; gleichzeitig dürfte nur eine Fortentwicklung der Wirtschaftsverfassung hin zu größerer Solidarität den Erhalt der Werte der Union sichern und das wirksamste Mittel gegen autokratische Tendenzen darstellen. Die Weiterentwicklung der Wirtschaftsverfassung stellt damit einen bedeutenden Baustein eines transformativen europäischen Konstitutionalismus dar.⁴³⁰

VI. Schluss

Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union durchlief einen Paradigmenwechsel, in dem sich der Wandel des Kapitalismus westlicher Prägung spiegelt. Während sie in der Nachkriegszeit eine Gleichzeitigkeit von Marktprinzip und staatlichen Interventionen herstellte und hier vor allem den Mitgliedstaaten die Vorhand ließ, liberalisierte sie sich seit Ende der 1970er erst über die Rechtsprechung, dann über Sekundärrecht und Vertragsrevisionen. Die Liberalisierung verschob die Gewichte hin zur Union, die jedoch zugleich demokratische Fortschritte erzielte. Die Finanzkrise hat staatliche Interventionen in Form von reaktiver Krisenbewältigung und mittlerweile auch proaktivem *De-Risking* wieder rehabilitiert, gleichzeitig die Position der Union weiter gefestigt, auch gegenüber den Mitgliedstaaten. Allerdings dürfte das Ausbleiben vertiefter Formen der Solidarität das größte Risiko für die Abwehr autokratischer Tendenzen darstellen. Die Einführung und demokratische Legitimierung solcher Formen dürfte in naher Zukunft die entscheidende Herausforderung für die Wirtschaftsverfassung werden; daran könnte sich entscheiden, welche Zukunft der europäischen Integration insgesamt beschieden ist.

430 von Bogdandy (Fn. 13), 126.