MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR GESELLSCHAFTSFORSCHUNG
MAX PLANCK INSTITUTE FOR THE STUDY OF SOCIETIES

MPIfG Discussion Paper 17/10

Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote?
Reformoptionen im Kontext der EU-Reformdebatte

Martin Höpner

MPIfG Discussion Paper

Martin Höpner
Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote? Reformoptionen im Kontext der EU-Reformdebatte

MPIfG Discussion Paper 17/10
Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln
Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne
June 2017

MPIfG Discussion Paper
ISSN 0944-2073 (Print)
ISSN 1864-4325 (Internet)

© 2017 by the author(s)

About the author

Martin Höpner is Head of the Research Group on the Political Economy of European Integration at the Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne.

Email: hoepner@mpifg.de

MPIfG Discussion Papers are refereed scholarly papers of the kind that are publishable in a peer-reviewed disciplinary journal. Their objective is to contribute to the cumulative improvement of theoretical knowledge. The papers can be ordered from the institute for a small fee (hard copies) or downloaded free of charge (PDF).

Downloads
www.mpifg.de
Go to *Publications* / *Discussion Papers*

Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
Max Planck Institute for the Study of Societies
Paulstr. 3 | 50676 Cologne | Germany

Tel. +49 221 2767-0
Fax +49 221 2767-555

www.mpifg.de
info@mpifg.de

Abstract

This paper contributes to the EU reform debate that the Commission started with its white paper on the future of Europe. I suggest that we should not only pay attention to the political competences of the EU, but also focus on the restriction of the political room for manoeuvre which derives from the extensive interpretation of the European fundamental freedoms. The fundamental freedoms lack immanent barriers which separate the right to transnationally use the common market from a (non-existent) right to call for internal deregulations with only limited significance for external trade. I discuss and compare five reform options: The social progress protocol, the de-constitutionalization of the common market rules, the specification of the fundamental freedoms as bans on direct and indirect discrimination, the restriction of the scope of application of the fundamental freedoms, and secondary law solutions. I conclude that there are alternatives to the status quo which should be part of an EU reform.

Keywords: European integration, common market, fundamental freedoms, liberalization, European Court of Justice

Zusammenfassung

Das Papier wendet sich an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der EU-Reformdebatte. Ich schlage vor, die im Weißbuch der Kommission zur Zukunft Europas angemahnte Debatte nicht auf die politischen Kompetenzen der EU zu verengen. Stattdessen sollten jene Ein-schränkungen politischer Handlungsspielräume in den Blick gerückt werden, die durch die extensive Interpretation der europäischen Grundfreiheiten entstanden sind. Den Grundfrei-heiten fehlen bisher immanente Schranken, die das Recht auf transnationale Binnenmarktnut-zung effektiv von einem etwaigen Recht auf Deregulierung interner Sachverhalte mit allenfalls schwachem Binnenmarktbezug abgrenzen. Fünf Reformoptionen werden im Papier diskutiert und verglichen: Das Soziale Fortschrittsprotokoll, der Verweis des Binnenmarktrechts in das europäische Sekundärrecht, die Präzisierung der Grundfreiheiten als Verbote offener oder verdeckter Ungleichbehandlung, Bereichsausnahmen sowie sekundärrechtliche Lösungen. Der Status quo, so zeigt sich, ist nicht alternativlos.

Schlagwörter: Europäische Integration, Binnenmarkt, Grundfreiheiten, Liberalisierung, Europäischer Gerichtshof

Inhalt

EU-Reformen – ein Nullsummenspiel zwischen der EU und ihren Mitgliedern? 1

Die Grundfreiheiten als Rechte auf Binnenliberalisierung? 4

Option 1: Das Soziale Fortschrittsprotokoll 7

Option 2: Das Binnenmarktrecht in das europäische Gesetzesrecht verweisen 8

Option 3: Zurück zum Diskriminierungsverbot 12

Option 4: Bereichsausnahmen 14

Option 5: Bereichsausnahmen im Sekundärrecht? 17

Jenseits der Rufe nach „mehr“ oder „weniger“ Europa 19

Literatur 20

Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote? Reformoptionen im Kontext der EU-Reformdebatte

EU-Reformen – ein Nullsummenspiel zwischen der EU und ihren Mitgliedern?

Mit ihrem „Weißbuch zur Zukunft der Europäischen Union" eröffnet die Europäische Kommission (2017) eine Debatte über die Aufteilung der Befugnisse und Kompetenzen zwischen der EU und ihren Mitgliedern. Ich schlage vor, diese Debatte nicht auf die Vor- und Nachteile von Eingriffen in die politischen Kompetenzen der EU zu verengen. Vielmehr sollte sie dafür genutzt werden, jene Einschränkungen politischer Entscheidungsspielräume aufseiten der politischen Systeme beider Ebenen in den Blick zu nehmen, die auf der extensiven Ausdeutung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Wettbewerbsrechts beruhen, wobei ich mich im vorliegenden Papier auf die Grundfreiheiten konzentriere. Zu diesem Zweck stelle ich die verfügbaren Reformoptionen einander gegenüber und diskutiere ihre Vor- und Nachteile.

Um die Vielfalt der im Prinzip gangbaren Entwicklungswege der EU zu illustrieren, unterscheidet die Europäische Kommission fünf Szenarien. Zwei von ihnen haben die Rückverlagerung europäischer Befugnisse zum Inhalt (die Szenarien 2 und 4), eines orientiert sich am Status quo (das Szenario 1) und ein weiteres sieht die Verlagerung von mehr Befugnissen an die EU vor (das Szenario 5). Komplettiert werden diese Optionen um die Möglichkeit, mehr gemeinsames Handeln je nach Themenfeld auf ausgewählte Ländergruppen zu beschränken (das Szenario 3). Der bemerkenswerte Punkt ist hier zweifellos, dass die Kommission „mehr Europa" in ihrer Vorlage nicht als alternativlos darstellt, sondern die Möglichkeit der Rückgabe von Befugnissen – ohne Stigmatisierung als rückwärtsgewandtes Szenario – in die Agenda der angemahnten Debatte einordnet.

Würde man die Debatte nun auf politische Kompetenzen einengen, erhielte sie den Anschein eines Nullsummenspiels. Politische Kompetenzen sind etwas Engeres als Befugnisse oder Zuständigkeiten. Sie sind Gegenstände der in den Verträgen fixierten europäischen Kompetenzordnung, also Ermächtigungen zur gemeinsamen Gesetzgebung auf europäischer Ebene. Zwar ist der Anschein eines Nullsummenspiels auch hier, bei der Kompetenzordnung, nicht ganz korrekt. Denn es mag Konstellationen geben, in denen die Mitgliedstaaten die Verlagerung von Kompetenzen auf die europäische Ebene aus kurzsichtigen Beweggründen blockieren, obwohl für alle erkennbar transnationaler Steuerungsbedarf besteht, dem durch zwischenstaatliche Absprachen nicht Genüge ge-

Für ihre wertvollen Hinweise möchte ich Dieter Grimm, Johannes Heuschmid, Marina Hübner, Thorsten Kingreen, Florian Rödl, Fritz W. Scharpf, Susanne K. Schmidt, Alexander Spielau und Wolfgang Streeck herzlich danken.

tan werden kann. Gleichzeitig mag es Konstellationen geben, in denen der europäische Gesetzgeber den Handlungsspielraum der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber blockiert, obwohl europäische Einheitslösungen zu Bearbeitung der in Rede stehenden Probleme für alle erkennbar unangemessen sind. Würden sich die EU-Mitglieder nun im Rahmen einer Überarbeitung der europäischen Kompetenzordnung zur Verlagerung von Kompetenzen aus Konstellation 1 entschließen, im Gegenzug aber Kompetenzen aus Konstellation 2 zurückerhalten, hätten am Ende beide Ebenen an Gestaltungskraft gewonnen. Es ist daher zweifellos sinnvoll, die Verteilung politischer Kompetenzen von Zeit zu Zeit zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Unbeschadet dessen aber geht jedes Mehr an Kompetenzen der einen Ebene zwingend mit einem Rückzug der anderen Ebene einher.

Zwar können wir die Möglichkeit eines Zuviels an Ermächtigungen zur europäischen Gesetzgebung nicht grundsätzlich ausschließen. Zweifel sind aber angebracht, ob dieses etwaige Zuviel die entscheidende Ursache der oftmals beklagten Einengung politischer Handlungsspielräume aufseiten der Mitgliedstaaten ist. Diese Zweifel folgen aus dem Umstand, dass der europäischen Gesetzgebung bemerkenswert hohe Konsenshürden aufliegen (Scharpf 1999, 70–80; 2006, 847–49). Um eine europäische Richtlinie zu verabschieden, muss die Kommission ihr Monopol bei der Ingangsetzung von Gesetzgebungsverfahren ausüben. Nach umfassenden Verhandlungen muss der Rat mit qualifizierter Mehrheit (das sind mindestens 55 Prozent der Mitgliedstaaten, die zusammen mindestens 65 Prozent der EU-Bevölkerung repräsentieren), wenn nicht gar geschlossen zustimmen, und auch das Europäische Parlament ist inzwischen nahezu immer zu beteiligen. Das bedeutet konkret: Länder- oder Parteiengruppen, die nicht zu rechtfertigende Blockaden der mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit durch europäische Gesetzgebung befürchten, haben gute Chancen, das Zustandekommen der Gesetzgebung ihrerseits zu blockieren. In den wirklich brisanten Fällen wäre die Verabschiedung der entsprechenden europäischen Gesetzgebung daher nicht sehr wahrscheinlich.

Das bedeutet freilich nicht, dass problematische Übergriffe auf die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten nicht existieren. Nur dürfte die europäische Politik der falsche Adressat für Beschwerden sein. Sinnvoll wäre, den Blick stattdessen verstärkt auf jene Instrumente zu lenken, mit denen die EU Eingriffe in die Gestaltungsautonomie der Mitgliedstaaten an den politischen Organen vorbei vornehmen kann. Hierbei stechen zwei Instrumente besonders hervor: Die im Zuge der Eurokrise eingeführten makroökonomischen Überwachungs- und Korrekturverfahren einerseits, die nicht Gegenstand dieses Papiers sind (eine gut zugängliche Darstellung ist Rödl und Callsen 2015: 14–44; zum politökonomischen Hintergrund Scharpf 2013), und die extensive Interpretation der europäischen Grundfreiheiten andererseits.[1]

1 Gleiches gilt – mit starken Parallelen zu den Grundfreiheiten – für die extensive Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts und seine Anwendung auf Sektoren, für die es ursprünglich nicht gedacht war (Schmidt 1998; Blauberger 2009; Seikel 2013).

Sprechen die Europäische Kommission und der EuGH den Grundfreiheiten ohne Beteiligung der demokratisch legitimierten europäischen Akteure neue Gehalte zu und weiten ihre Anwendungsbereiche aus, büßen die Mitgliedstaaten Freiheitsgrade politischer Gestaltung ein (Scharpf 1999, Kap. 2; Schmidt 2018, Kap. 2–4).[2] Entsprechend würden sie Freiheitsgrade zurückgewinnen, würde es gelingen, diesem Prozess Einhalt zu gebieten und Fehlentwicklungen zu korrigieren. Anders als bei den oben diskutierten Eingriffen in die Kompetenzordnung gehen Gewinne an Gestaltungskraft der Mitgliedstaaten hier nicht mit Verlusten der Spielräume des europäischen Gesetzgebers einher. Von einer Eingrenzung des Gehalts und des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten könnten sogar die politischen Systeme beider Ebenen gleichzeitig gewinnen. Denn nicht nur wären die nationalen Gesetzgeber von der Notwendigkeit befreit, einschränkende EuGH-Judikatur bei jedem neuen Gesetz zu antizipieren. Auch könnte der europäische Gesetzgeber fortan mehr echte Willensbildungsprozesse zwischen den europäischen Parteien und Ländern in Gang setzen, statt immer wieder den Anschein demokratischer Deliberation erwecken zu müssen, in Wahrheit aber vor allem vorangegangene EuGH-Rechtsprechung zu kodifizieren.[3] Kurz, aus Sicht der Gesetzgeber beider Ebenen wäre die Verständigung auf einen Gehalt der Grundfreiheiten, der dem Binnenmarktschutz ebenso Rechnung trägt wie der Gestaltungsautonomie der Politik, ein Positivsummenspiel.

Die durch die Kommission eröffnete Debatte sollte aber noch aus weiteren Gründen auf den Aspekt der Grundfreiheiten ausgedehnt werden. Die Aufladung der Grundfreiheiten mit immer neuen Bedeutungen hat, ähnlich wie die immer umfassendere Interpretation und Nutzung des europäischen Wettbewerbsrechts, der Politik nicht nur Schranken auferlegt, sondern der europäischen Integration auch eine – ebenfalls häufig beklagte (Streeck 2013, 141–223) – wirtschaftsliberale Richtung vorgegeben. Wann immer Marktfreiheiten mitgliedstaatliche Politik verdrängen, wird wirtschaftliche Liberalisierung bewirkt. Die Liberalisierung des Außenhandels der EU-Mitglieder ist zwingende Voraussetzung des erwünschten und zu schützenden Binnenmarkts. Anders verhält es sich aber, wenn die Grundfreiheiten in einer Weise interpretiert werden, die die Grenze zwischen der Liberalisierung des Außenhandels und der Deregulierung interner Sachverhalte überschreitet (Kingreen 2009, 722). Diese Form der Liberalisierung bewirkt Eingriffe in die Arbeitsteilung zwischen Markt und Staat, denen es nicht nur an demokratischer Legitimität mangelt, sondern die die sozialen Marktwirtschaften in der EU zudem in Richtung der *liberal market economies* verschieben (Scharpf 2009).

Zudem sei darauf hingewiesen, dass extensive Auslegungen der Grundfreiheiten auch mittelbare und potenziell unerwünschte Folgen auf die „Arbeitsteilung“ zwischen dem mitgliedstaatlichen und dem europäischen Grundrechtsschutz entfalten. Den seit 2009 auf EU-Ebene rechtsverbindlichen europäischen Grundrechten war die Funktion zuge-

2 Vergleiche Höpner (2011) zu den Ursachen richterlich betriebener Integrationspolitik.

3 Auf das Verhältnis von Grundfreiheiten und Sekundärrecht gehe ich im mit „Option 5“ überschriebenen Abschnitt ausführlicher ein.

dacht, den europäischen Gesetzgeber ebenso an Grundrechte zu binden, wie die nationalen Gesetzgeber an die Grundrechtskataloge ihrer jeweiligen Verfassungen gebunden sind. Nicht beabsichtigt war hingegen die Verdrängung des mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutzes durch einen neuen und von diesem zwangsläufig abweichenden Grundrechtsschutz. Nun löst aber, wie Kingreen (2009, 742) formuliert, die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten dahingehend einen „Dominoeffekt" aus, dass zugleich der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte erschlossen und der der nationalen Grundrechte verschlossen wird. Wenn der Wirkungskreis der Grundfreiheiten nunmehr zunehmend auf innerstaatliche Sachverhalte ohne klaren Binnenmarktbezug ausgeweitet wird (Einzelheiten hierzu im nachfolgenden Abschnitt), wird tendenziell auch die Aufgabenteilung der Grundrechtsordnungen zuungunsten der nationalen Verfassungen verschoben.[4]

Wer also die durch die Grundfreiheiten erfolgenden Einengungen der Handlungsspielräume der Politik in Grenzen halten will – oder wer verhindern will, dass politische Kräfte, die der Aushöhlung der sozialen Marktwirtschaften oder der Gefahr der Verdrängung des mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutzes kritisch gegenüberstehen, in strukturelle Opposition zur europäischen Integration geraten –, sollte die Gelegenheit zu steuernden Eingriffen in die Entwicklung der Grundfreiheiten ergreifen. Dass solche steuernden Eingriffe möglich sind, ist Gegenstand des vorliegenden Papiers. Nachfolgend werden die verfügbaren Reformoptionen kondensiert und einander gegenübergestellt. Vorher ist allerdings ein eingehender Blick auf die Struktur des Problems notwendig: auf die vom EuGH entwickelte Interpretation der Grundfreiheiten und den Test zur Rechtfertigung von Binnenmarktbeschränkungen.

Die Grundfreiheiten als Rechte auf Binnenliberalisierung?

Wie geht der EuGH vor, wenn er im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens oder des Vertragsverletzungsverfahrens entscheiden muss, ob eine nationale Regelung oder eine vom Europarecht erfasste Handlung Privater gegen die europäischen Grundfreiheiten verstößt?[5] Seit seiner *Dassonville*-Entscheidung[6] interpretiert das europäische Höchstgericht die Grundfreiheiten nicht mehr lediglich als Individualrechte auf wirtschaftliche Nichtdiskriminierung, sondern – darüber hinausgehend, also einen weiteren Schutzbereich eröffnend – als Beschränkungsverbote. Beschränkungen sind Maßnahmen, die die transnationale Ausübung der Grundfreiheiten weniger attraktiv ma-

4 Noch deutlicher wird dieser Umstand, wenn der europäische Gesetzgeber auf die Rechtsbestände der Mitgliedstaaten ausgreifende EuGH-Entscheidungen kodifiziert und in diesem Zuge der europäische Grundrechtsschutz Anwendung findet (ausführlich: Kingreen 2015, 59–61).

5 Siehe grundlegend Kingreen (2009), Frenz (2016, 75–117) und Schmidt (2018, Kap. 3).

6 EuGH, Rs. 8/74.

chen, auch wenn sie gleichermaßen, also diskriminierungsfrei auf In- wie Ausländer angewandt werden. Diese Deutung der Grundfreiheiten entwickelte der EuGH zuerst für die Warenverkehrsfreiheit (das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen im heutigen Art. 34 AEUV) und wandte sie fortan auch auf die anderen Grundfreiheiten an, also auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (die Freizügigkeit für Selbständige, Art. 49 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV).

Ist der Schutzbereich einer Grundfreiheit aufgrund des Vorliegens eines transnationalen Bezugs eröffnet und wird der Tatbestand der Beschränkung bejaht, folgt ein Rechtfertigungstest. Er wurde vom EuGH in der Rechtssache *Cassis de Dijon*[7] entwickelt und wird seit der *Gebhard*-Entscheidung[8] einheitlich auf alle Grundfreiheiten angewandt. Gerechtfertigt sind Beschränkungen der Grundfreiheiten demnach, wenn sie (1) einem als zwingend anerkannten Ziel des Allgemeininteresses dienen, (2) diskriminierungsfrei angewandt werden, (3) tatsächlich zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und (4) nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Zu den anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören beispielsweise der Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Verbraucherschutz, der Umweltschutz und der Bestand der sozialen Sicherungssysteme. Eine abschließende Liste der als zwingend anerkannten Gründe des Allgemeininteresses existiert nicht.

Der Schutzbereich der Grundfreiheiten erstreckt sich also auch auf Maßnahmen, die die Attraktivität der Binnenmarktnutzung mindern, aber nicht auf offenen oder verdeckten Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit beruhen. Der Vorteil des Übergangs zum Beschränkungsverbot besteht in einem effektuierten Schutz des transnationalen Austauschs und Wettbewerbs. Diesem Vorteil steht allerdings auch ein Nachteil gegenüber: Die Grenze zwischen der Liberalisierung des Außenhandels und der Deregulierung interner Sachverhalte, für die die Grundfreiheiten eigentlich nicht gedacht waren, verwischt. Wesentlich stärker als das Diskriminierungsverbot ist das Beschränkungsverbot daher darauf angewiesen, dass es mit immanenten Schranken versehen und behutsam angewendet wird.

Betrachten wir diesen Sachverhalt eingehender. Auch das Beschränkungsverbot greift nur, wenn ein transnationaler Bezug vorliegt. Dieser Bezug soll den Binnenmarktschutz von der Liberalisierung interner Sachverhalte abgrenzen. Allerdings hat der geforderte transnationale Bezug genau diese Abgrenzung nicht geleistet und es ist fraglich, ob er sie überhaupt leisten konnte. Denn man muss schon lange überlegen, um nationale Regelungen mit wirtschaftlichem Bezug zu finden, die sich nicht zumindest *auch* auf transnationale wirtschaftliche Betätigungen auswirken. Oft genügt der Umstand, dass sich Regelungen von Land zu Land unterscheiden, um eine transnationale wirtschaftliche Betätigung komplizierter und daher weniger attraktiv erscheinen zu lassen, auch

7 EuGH, Rs. 120/78.
8 EuGH, C-55/94.

wenn die betroffenen Regelungen in keiner Weise auf die Beeinträchtigung transnationaler wirtschaftlicher Betätigung zielen.[9] „Eine supranationale Interpretation" aber, so Kingreen (2009, 722), „die die Grundfreiheiten von ihrer spezifisch transnationalen Schutzfunktion ablöst, verallgemeinert sie zu umfassenden Deregulierungsansprüchen."

Die Hürde, die eine marktregulierende nationale Regelung nehmen muss, um sich als Binnenmarktbeschränkung zu qualifizieren, liegt also bemerkenswert niedrig. Ist die beschränkende Wirkung festgestellt, muss sich die Regelung im oben skizzierten Rechtfertigungstest bewähren. Es ist unmittelbar ersichtlich, dass die Hürden, den Test zu bestehen, nunmehr nicht niedrig, sondern ausgesprochen hoch liegen. Marktkorrigierende Regulierungen bestehen, weil sich bestimmte Regierungen mit bestimmten politischen Programmen in bestimmten historischen Kontexten für sie und gegen die verfügbaren Alternativen entschieden haben – und nicht etwa, weil sie „zwingend" (die Stufe 1 des Rechtfertigungstests) wären. Es ist gerade das Wesen der Demokratie, dass ihre Ergebnisse in aller Regel nicht zwingend sind. Auch an den anderen Stufen des Rechtfertigungstests kann man beliebige Regulierungen mit marktkorrigierenden, etwa sozialen Zielen leicht scheitern lassen. Greifen wir die deutsche Unternehmensmitbestimmung als Beispiel heraus und nehmen an, sie verfolge mit dem Arbeitnehmerschutz ein als zwingend anerkanntes Ziel. Lässt sich nachweisen, dass sie nicht über das zur Erreichung des Ziels erforderliche Maß hinausgeht (die Stufe 4 des Rechtfertigungstests)? Ließe sich nicht leicht argumentieren, dass hierfür eine Drittelbeteiligung ausreichen würde, eine paritätische Beteiligung aber über das zwingend erforderliche Maß hinausgeht? Es kann im Ergebnis nicht verwundern, dass die Grundfreiheiten im Zuge der europäischen Integrationsgeschichte ein enormes Liberalisierungspotenzial entfalteten (siehe die Einzelheiten in Höpner 2014; als Fallbeispiel: Werner 2013).

Eine neue Qualität gewannen diese Probleme in den Augen vieler Beobachterinnen und Beobachter mit den EuGH-Entscheidungen *Viking*[10], *Laval*[11] und einigen nachfolgenden Urteilen (Joerges und Rödl 2009; Rebhahn 2010; Heuschmid 2017). In diesen Urteilen wurden Ausübungen des sozialen Grundrechts auf Kollektivvertragsfreiheit als Binnenmarktbeschränkungen qualifiziert und dem seit *Gebhard* für alle Grundfreiheiten einheitlich gehandhabten Rechtfertigungstest ausgesetzt (bei *Viking* ging es um die Niederlassungs-, bei *Laval* um die Dienstleistungsfreiheit). Insbesondere die Gewerkschaften, die die europäische Integration stets positiv begleitet und für ein „soziales Europa" geworben hatten, empfanden die Wirkungen, die die Grundfreiheiten hier auf die Tarifautonomie entfalteten, als Schock. Befinden sich, so wurde gefragt, Streikrecht und Tarifautonomie wirklich im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten? Müsste der Umstand, dass die Kollektivvertragsfreiheit auf nationaler wie europäischer Ebene ein

9 Zudem macht Heuschmid (2017, Rn. 58 und 62) darauf aufmerksam, dass der EuGH die Grundfreiheiten mitunter auch unter gänzlichem Verzicht auf das eigentlich geforderte transnationale Element auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendet.

10 EuGH, C-438/05.

11 EuGH, C-341/05.

Grundrecht ist, nicht als Signal für eine erwünschte Nichterfassung von den Marktfreiheiten gewertet werden? Und selbst wenn die Erfassung zu bejahen wäre: Wäre der Konflikt zwischen Grundfreiheit und Grundrecht dann nicht „auf Augenhöhe" zu lösen statt durch Einordnung der Ausübung des sozialen Grundrechts in den von vornherein und bewusst asymmetrisch angelegten *Gebhard*-Test (Heuschmid 2017, Rn. 82–83)?[12]

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

Option 1: Das Soziale Fortschrittsprotokoll

Das Soziale Fortschrittsprotokoll ist ein vom Europäischen Gewerkschaftsbund in Reaktion auf *Viking* und *Laval* entwickelter Vorschlag zur Ergänzung des europäischen Primärrechts.[13] Das Fortschrittsprotokoll soll insbesondere verhindern, dass die Kollektivvertragsfreiheit von den Grundfreiheiten erfasst und, sollte eine Beschränkung bejaht werden, zum Gegenstand des vierstufigen Rechtfertigungstests wird. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang Artikel 3, Satz 1 des vorgeschlagenen Protokolltextes: „Keine Vertragsbestimmung und insbesondere weder wirtschaftliche Freiheiten noch Wettbewerbsregeln haben Vorrang vor den sozialen Grundrechten … Im Fall eines Konflikts gehen die sozialen Grundrechte vor." Der Vorschlag zielt also darauf, den sozialen Grundrechten einen möglichst hohen Rang in der impliziten Normenhierarchie zuzuweisen, um etwaige Unterordnungen unter die Grundfreiheiten auszuschließen. Das geht zweifellos in die richtige Richtung. Allerdings ist der Vorschlag sowohl hinsichtlich der potenziellen Wirksamkeit als auch hinsichtlich der Umsetzbarkeit nicht ohne Fallstricke (ausführlich: Höpner 2016).

Betrachtet man *Viking* und *Laval* von ihren Wirkungen her, dann entsteht in der Tat der Eindruck einer impliziten Hierarchie zwischen sozialen Grundrechten und Grundfreiheiten. Tatsächlich musste der EuGH in den genannten Urteilen aber keine solche Hierarchie behaupten. Der Eindruck der Unterordnung ergibt sich nicht aus einer

12 Im deutschen Verfassungsrecht würde man vom Ziel der Herstellung „praktischer Konkordanz" sprechen. Demzufolge wäre beiden Normen dergestalt Grenzen zu ziehen, dass am Ende beide möglichst umfassend zur Geltung kommen (Hesse 1988, Rn. 72 und 318).

13 Der Wortlaut des vorgeschlagenen Protokolltextes findet sich hier: https://www.etuc.org/IMG/pdf/social_progress_protocol_DE.pdf.

vom EuGH proklamierten Hierarchie der in Rede stehenden Normen, sondern aus der asymmetrischen Anlage des Rechtfertigungstests für Binnenmarktstörungen (vgl. den vorangegangenen Abschnitt).

Nun will der Vorschlag gewissermaßen auf „Nummer sicher" gehen und gibt vor, was allein das Ergebnis sein kann, wenn soziale Grundrechte und Grundfreiheiten kollidieren: Die sozialen Grundrechte sollen das wirtschaftliche Freiheitsrecht stets schlagen. Zwar dürfte es sich hierbei um ein eindeutiges Signal handeln, dass der Verfassungsgeber keine Einordnung der Ausübung sozialer Grundrechte in den vierstufigen *Gebhard*-Test wünscht. Allerdings ist die Machbarkeit des zu diesem Ziel führenden Wegs mit einem Fragezeichen zu versehen, wurde doch gerade dieser Aspekt des Fortschrittsprotokolls in der Fachdebatte kritisch bewertet: Das Verfassungsrecht kenne kein „Supergrundrecht", das entgegenstehende Normen in jedem Konfliktfall schlage (so Kingreen 2014, 61, und Thüsing 2010, 16).

Zu beachten ist bei der Evaluation des Vorschlags zudem, dass er in Reaktion auf *Viking* und *Laval* entwickelt wurde und in solchen Konstellationen auch, die oben formulierten Einwände einmal beiseitegelassen, im Prinzip Wirkung entfalten könnte. Nicht wirksam wäre er hingegen beispielsweise in der Konstellation des Falls *Erzberger*[14], in der es um eine behauptete Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die Unternehmensmitbestimmung geht. Denn die im Fortschrittsprotokoll vorgeschlagene Lösung setzt die Präsenz eines sozialen Grundrechts voraus, das gegen die etwaig beeinträchtigte Grundfreiheit in Stellung gebracht werden kann. Ein solches liegt mit der Tarifautonomie in den Fällen *Viking* und *Laval* vor. Ein Grundrecht auf einen mitbestimmten Aufsichtsrat kennt hingegen weder das deutsche noch das europäische Recht (so auch Heuschmid 2017, Rn. 110).

Option 2: Das Binnenmarktrecht in das europäische Gesetzesrecht verweisen

Die Option 2 wurde von dem Verfassungsrechtler und ehemaligen Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm ins Spiel gebracht. In seinem Buch „Europa ja – aber welches?" (Grimm 2016) beschreibt er die Überkonstitutionalisierung als entscheidendes Merkmal der EU: Weil das europäische Primärrecht mit zahllosen Detailregelungen überfrachtet sei und diese von Kommission und EuGH zudem extensiv interpretiert würden, vollziehe sich ein Großteil der europäischen Politik nicht als politische Auswahl

14 Das Urteil im Fall *Erzberger* steht zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Papiers noch aus. Der EuGH hat hier zu entscheiden, ob die deutsche Unternehmensmitbestimmung die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt, weil sie die Attraktivität des Wechsels in ausländische Konzernteile vermindert. Zudem wird ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV beanstandet, der die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet. Siehe zu den Eingaben der Kommission und zu den Implikationen des Konflikts Höpner (2016b und 2017).

unter Entscheidungsalternativen, sondern als Verfassungsvollzug; und weil, so Grimm weiter, viele dieser Detailregeln die Binnenmarktordnung betreffen, etabliere die Überkonstitutionalisierung der EU eine in nationalen Verfassungen wie dem Grundgesetz nicht vorgesehene, dem Gesetzgeber zur Gestaltung entzogene Wirtschaftsverfassung. Um der hierdurch entstehenden Einengung demokratischer Prozesse Einhalt zu gebieten, sei es geboten, den Verfassungsvollzug auf die Sicherung der basalen Ziele, Organe, Kompetenzen und Verfahren der EU zu beschränken. Die entsprechenden Bestimmungen finden sich vor allem im EUV. Die Bestimmungen des AEUV hingegen, so Grimms Vorschlag, sollten auf einfaches europäisches Gesetzesrecht hinabgestuft werden.

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

Könnten unsere imaginären Reformer, zweitens, den Grundfreiheiten ihren Status als einklagbare Individualrechte belassen, sie aber gleichwohl in das Sekundärrecht „mitnehmen"? Es lohnt, die Effekte, die damit erzielt würden, genauer zu betrachten. Für die politischen Systeme der Mitgliedstaaten würde sich zunächst einmal wenig ändern, denn europäisches Sekundärrecht bricht nationales Recht genauso effektiv wie Primärrecht. Das politische System der EU aber gewönne Gestaltungskraft. Es würde der juridischen Sphäre nunmehr auf Augenhöhe gegenübertreten und könnte Gesetze über den Gehalt der Grundfreiheiten erlassen, vor allem aber: diese nachgelagert präzisieren oder korrigieren, wenn sie vom EuGH in einer Weise interpretiert werden, die den Intentionen des Gesetzgebers widerspricht. Schon diese Möglichkeit sollte den EuGH seinerseits zu einer zurückhaltenderen Interpretation der Grundfreiheiten bewegen. Je wahrscheinlicher nachgelagerte Korrekturen der EuGH-Rechtsprechung durch den europäischen Gesetzgeber, desto deutlicher träte ein solcher „Rückkopplungseffekt" ein.[15] Diese Wahrscheinlichkeit wiederum hinge stark davon ab, ob entsprechende Korrekturen dem Einstimmigkeitserfordernis oder der qualifizierten Mehrheitsentscheidung im Rat unterlägen.

So oder so aber müsste die Kommission zunächst einen Gesetzgebungsprozess in Gang setzen. Dieser Umstand minimiert die Glaubwürdigkeit der Drohung mit nachgelagerten Korrekturen. Beruhen nämlich extensive Ausdeutungen der Grundfreiheiten auf

15 Allgemein wurde die Wahrscheinlichkeit nachgelagerter Korrekturen von EuGH-Entscheidungen in der Debatte über die Freiheitsgrade supranationaler Organe als entscheidende Determinante der Fähigkeit des EuGH diskutiert, seine Funktion als „Motor der Integration" auszuüben; siehe hierzu insbesondere Pollack (1997) und Mattli und Slaughter (1998).

Kommissionsklagen, dann dürfte die Kommission im Anschluss kaum Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel initiieren, den *status quo ante* wiederherzustellen. Stellen wir in Rechnung, dass die Kommission grundsätzlich eine Präferenz für eher umfassende Auslegungen der Grundfreiheiten hat (auch wenn sie nicht selbst geklagt hat), wäre es bei Vorlagefragen, die den EuGH über das Vorabentscheidungsverfahren erreichen, nicht anders.

Diese die Effektivität des Vorschlags betreffenden Überlegungen sprechen gewiss noch nicht gegen ihn. Darüber hinaus wäre aber zu hinterfragen, welchen Charakter grundrechtsähnliche[16], aber gleichwohl im einfachen Gesetzesrecht positionierte Normen eigentlich genau hätten. Es entstünde nämlich folgende Konstellation: Die Grundfreiheiten wären weiterhin Individualrechte, die dem mitgliedstaatlichen Recht Grenzen setzen, und zwar auch *und gerade* in Bereichen, in denen dem europäischen Gesetzgeber die Kompetenzen zur eigenen Gesetzgebung fehlen. Aber nunmehr wären sie gleichwohl, wie andere europäische Gesetze auch, im europäischen Sekundärrecht positioniert und stünden – das wäre ja gerade der Sinn einer Umsetzung dieser Option – zur politisch-diskretionären Disposition des europäischen Gesetzgebers. Diese Konstruktion wäre wenn nicht in sich widersprüchlich, so doch zumindest so eigentümlich, dass mit erheblichen Vorbehalten in der europarechtlichen Fachdebatte zu rechnen wäre.[17]

Damit kommen wir zur dritten Möglichkeit eines Umgangs mit den Grundfreiheiten im Falle einer durchgreifenden De-Konstitutionalisierung des Binnenmarktrechts: Man könnte sie fortan dahingehend interpretieren, dass sie keine grundrechtsähnlichen Individualrechte mehr wären, sondern nur noch Aufträge an den europäischen Gesetzgeber, den Binnenmarkt durch Ausübung seiner Binnenmarktkompetenzen zu schützen. In einem jüngeren Diskussionspapier hat Fritz W. Scharpf (2016, 10–13) darauf aufmerksam gemacht, dass die amerikanische Wirtschaftsverfassung in den Dreißigerjahren des vergangenen Jahrhunderts genau diesen Weg gegangen ist. Während der amerikanische Weg der De-Konstitutionalisierung durch einen Akt richterlicher Selbstkorrektur erfolgte (eine Möglichkeit, auf die im Fall des EuGH nichts hindeutet), könnte eine solche Korrektur in der EU über eine Vertragsänderung herbeigeführt werden.[18]

16 Ich komme auf den Unterschied zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten unten noch einmal zurück.

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

18 Scharpf (2016, 12–13) weist in diesem Zusammenhang explizit darauf hin, dass das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (derzeit positioniert in Art. 18 AEUV) im Falle einer Umsetzung des Vorschlags weiterhin auf den Binnenmarkt anwendbar bleiben sollte. Die Wirkungen der Reform wären damit ähnlich jener, die nachfolgend als „Option 3" diskutiert wird und die vorsieht, dass die Grundfreiheiten zwar im Primärrecht verankerte Individualrechte bleiben, aber von Beschränkungs- auf Diskriminierungsverbote zurückgestuft werden sollen.

Das hätte weitreichende Effekte. Die Ordnung des Binnenmarkts wäre nun gänzlich in Händen des Gesetzgebers. Sie hätte keinen dem übrigen europäischen Sekundärrecht übergeordneten Status mehr und die insbesondere durch das Vorabentscheidungsverfahren in Gang gesetzte Dynamik einer immer extensiveren Interpretation der Marktbestimmungen zuungunsten anderer Rechtsgebiete wäre effektiv gestoppt. Anders als es zunächst den Anschein hat, wäre kein unmittelbarer Schwall an Rechtsunsicherheit aufseiten der Marktteilnehmer zu befürchten, denn der richterrechtlich entstandene Acquis zu den Grundfreiheiten ist weitgehend durch europäisches und mitgliedstaatliches Gesetzesrecht kodifiziert und hätte also weiterhin bindende Wirkung. Aber die Gesetzgeber beider Ebenen könnten künftig, im Rahmen der ihnen jeweils zustehenden Kompetenzen, ändernd in den Acquis eingreifen, sofern sich auf den jeweiligen Ebenen demokratische Mehrheiten für die jeweiligen Reformen mobilisieren lassen.

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

Gewiss, die hier in Rede stehende Möglichkeit lässt sich mit guten Argumenten begründen. Die Deutung der Grundfreiheiten als grundrechtsähnliche Individualrechte war das Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung in einem spezifischen historischen Kontext, in dem es darum ging, die Grundlagen eines diskriminierungsfreien europäischen Binnenmarkts überhaupt erst zu schaffen. Heute hingegen ist der Binnenmarkt Realität und hat eine Tiefe und Reife erlangt, angesichts derer schon aus demokratietheoretischen Gründen die Frage gestellt werden sollte, warum die Verantwortung über seinen Schutz und etwaige weitere Vertiefungsschritte – mit, zum Beispiel im Dienstleistungsbereich, potenziell weitreichenden Implikationen etwa für die mitgliedstaatlichen Arbeitsordnungen – an anderen Stellen als den demokratisch legitimierten europäischen Organen angesiedelt sein sollte. Festzuhalten gilt gleichwohl der besonders transformative Charakter dieser Reformoption, der gewiss auch seine Durchsetzungschancen gegenüber konkurrierenden Optionen minimieren dürfte.

Option 3: Zurück zum Diskriminierungsverbot

Option 2 erwies sich als potenziell sehr wirksame, aber eben auch sehr weitreichende Möglichkeit mit entsprechend unklaren Verwirklichungschancen. Wie könnte ein schonenderer Eingriff aussehen, der ein subjektives „Recht auf Binnenmarkt" intakt ließe, gleichwohl aber der Gefahr Vorschub leisten könnte, dass dieses politisch unkontrolliert in ein „Recht auf Deregulierung" abdriftet?

Oben wurde herausgearbeitet, dass der mit *Dassonville* erfolgte Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot zur Verwischung der Grenze zwischen Binnenmarktschaffung und Liberalisierungsimperativ beigetragen hat. Im Unterschied zum Diskriminierungsverbot bedarf das Beschränkungsverbot, so stellt beispielsweise auch Frenz (2016, 80, 82) in seinem Standardwerk zum Europarecht heraus, einer effektiven Eingrenzung seiner Schutzwirkung auf Tatbestände, die wirklich den transnationalen Marktzugang betreffen. Auch haben wir bereits gesehen, dass das Beschränkungsverbot zwar weiterhin einen transnationalen Bezug erfordert. Dieser geforderte Bezug vermag die notwendige Eingrenzung aber nicht zu leisten, weil ein transnationaler Bezug in nahezu allen praktischen Fällen zumindest *auch* vorliegt, auch wenn die in Rede stehende Maßnahme den transnationalen Marktzugang nicht spezifisch betrifft (Kingreen 2009, 729). Und schon gar nicht ist der in *Cassis de Dijon* entwickelte Rechtfertigungstest in der Lage, die gesuchte Begrenzung zu leisten (das ist freilich auch nicht sein Ziel). Offenbar wurde die „Büchse der Pandora" maßgeblich mit dem Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot geöffnet. Es sollte daher geprüft werden, ob sie nicht auf genau dem Weg wieder geschlossen werden könnte, auf dem sie geöffnet wurde. Das würde konkret bedeuten, in den europäischen Verträgen klarzustellen, dass die Grundfreiheiten Verbote offener und verdeckter Ungleichbehandlungen sein sollen, aber nicht mehr.

Einige Punkte, die bereits in Zusammenhang mit Option 2 dargelegt wurden, greifen auch hier (wie auch unten für Option 4): Die Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH wurde in aller Regel sekundärrechtlich kodifiziert und zudem in nationales Recht überführt. Da europäisches Sekundärrecht die mitgliedstaatliche Autonomie nicht weniger beschränkt als das Primärrecht, bliebe die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten zunächst einmal eingeschränkt, solange nicht neues Sekundärrecht verabschiedet wurde. Wurden aber EuGH-Urteile nicht in europäisches Sekundärrecht, sondern lediglich in nationales Recht überführt, wäre der Zugewinn an mitgliedstaatlichem Handlungsspielraum unmittelbar gegeben. Das betreffende nationale Gesetzesrecht wäre nunmehr der Umgestaltung zugänglich, soweit sich hierfür demokratische Mehrheiten organisieren lassen. Dass praktisch immer neues Gesetzesrecht erlassen werden müsste – manchmal sogar auf beiden Ebenen –, bevor die vorgeschlagene Reform Wirkung bei den Rechtsanwendern entfalten könnte, macht die Implikationen des Vorschlags überschaubarer, als es zunächst den Anschein haben mag: Die etwaige Befürchtung eines immensen Schubs an Rechtsunsicherheit der Marktteilnehmer wäre unbegründet.

Für die Evaluation der potenziellen Wirksamkeit der Option ist aber ein anderer Punkt entscheidend. Sie setzt eine klare Abgrenzbarkeit zwischen den Tatbeständen der Diskriminierung und der Beschränkung voraus. Einigkeit scheint in der Literatur darüber zu bestehen, dass beide Begriffe sowohl in den Verträgen und EuGH-Urteilen als auch in der Fachdebatte schwach konturiert sind.[19] Unterschiedliche Einschätzungen bestehen über die Frage, inwieweit eine solche Konturierung möglich wäre und ob sie in der Lage wäre, die erhoffte Abgrenzung zwischen Binnenmarktschutz und Liberalisierungsgebot zu leisten. Für eine eher optimistische Lesart steht Kingreen (2009), der die potenzielle Uferlosigkeit der als Beschränkungsverbote gedeuteten Grundfreiheiten kritisiert und sich aus eben diesem Grund für ihre Deutung als Verbote offener oder verdeckter Ungleichbehandlungen ausspricht. Andere Akzente setzt Valta (2013), die darauf hinweist, dass sich Beschränkungstatbestände häufig auch unter Rückgriff auf weite Ausdeutungen der mittelbaren Diskriminierung darstellen lassen. „Ein weiter Diskriminierungsbegriff", so Valta (2013: 107f.), kann die mitgliedstaatliche Gestaltungsautonomie … genauso beeinträchtigen wie ein entsprechendes Beschränkungsverbot."

Instruktiv ist in diesem Zusammenhang das *Laval*-Urteil des EuGH, also eines jener Urteile, die die verstärkte Beschäftigung mit dem Liberalisierungspotenzial der Grundfreiheiten überhaupt erst angestoßen hatten. In diesem Urteil bejahte der EuGH das Vorliegen einer nicht gerechtfertigten *Diskriminierung* durch die Blockade einer Baustelle durch schwedische Gewerkschaften, die einen ausländischen Dienstleister in einen schwedischen Tarifvertrag zwingen sollte (siehe dort die Rn. 114–119). Freilich war die Konstellation des *Laval*-Falls komplex. Bemerkenswert ist hier aber der Umstand, dass sich eine Arbeitskampfmaßnahme, die zweifellos auf die Durchsetzung *gleicher* Arbeitsbedingungen im Inland zielte, im Ergebnis als Diskriminierungstatbestand dargestellt werden konnte. Auch im (zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Papiers noch anhängigen) *Erzberger*-Fall behaupten die Kläger das Vorliegen nicht nur einer Binnenmarktbeschränkung, sondern auch einer Diskriminierung, die sich letztlich allein durch die *Unterschiedlichkeit der nationalen Regelungen* zur Unternehmensmitbestimmung ergibt.

Eine gewisse Skepsis gegenüber der Durchschlagskraft der Option erscheint daher angebracht. Eine Kennzeichnung der Grundfreiheiten als Verbote offener und verdeckter Diskriminierung würde ein stimmiges Signal gegen die Uferlosigkeit der Grundfreiheiten-Rechtsprechung an den EuGH senden. Inwieweit das Signal dann aber tatsächlich Wirkung entfalten würde, hinge von der Kooperationsbereitschaft des europäischen Höchstgerichts ab.[20] Wäre diese gering, dann stünde ihm mit einem weit gefassten Diskriminierungskonzept wahrscheinlich genau das Instrument zur Verfügung, das es bräuchte, um zu Ergebnissen zu gelangen, die sich von den Ergebnissen vor dem

19 So zeigt Valta (2013, 103) beispielsweise, dass bereits unklar ist, ob es sich bei der Beschränkung um einen Oberbegriff handelt, der auch Diskriminierungen umfasst, oder ob beide Begriffe unterscheidbare Sachverhalte bezeichnen.

20 Vgl. auch Blauberger und Schmidt (2017) zur Angewiesenheit der europäischen Politik auf einen responsiven EuGH.

Eingriff allenfalls marginal unterscheiden.[21] Allerdings spricht diese Überlegung nicht grundsätzlich gegen die Umsetzung der Option, die sich gegebenenfalls um eine in einem Zusatzprotokoll niedergelegte Auslegungshilfe ergänzen ließe.

Option 4: Bereichsausnahmen

Hinsichtlich der verfolgten Ziele ähnelt diese Option dem Sozialen Fortschrittsprotokoll (Option 1), wählt aber einen anderen Weg: Während das Fortschrittsprotokoll an der Positionierung sozialer Grundrechte in der impliziten Normenhierarchie ansetzte, um zu verhindern, dass diese von den wirtschaftlichen Grundfreiheiten „geschlagen" werden können, zielt die Option 4 darauf, ausgewählte sensible Politikfelder oder Praktiken aus dem Schutzbereich der Grundfreiheiten zu entfernen.

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

Neben den geschriebenen Schutzbereichsbegrenzungen existieren ungeschriebene, richterlich geschöpfte Bereichsausnahmen. In seinem *Keck*-Urteil[22] entschied der EuGH in Korrektur seiner früheren Rechtsprechung, dass Verkaufsmodalitäten, sofern sie für alle Marktteilnehmer unterschiedslos gelten und den Marktzugang nicht erschweren, vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgenommen sind. In seiner Urteilsbegründung stellte der EuGH explizit heraus, dass es gelte, einer uferlosen Anwendung der Warenverkehrsfreiheit auf alle nur denkbaren Sachverhalte Einhalt zu gebieten (Rn. 14). Wenn sich via Richterrecht Grenzen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einziehen lassen, muss das auch durch Vertragsänderungen möglich sein.

---

21 Die optimistischere Variante wäre also ein mit entsprechender Kooperationsbereitschaft ausgestatteter EuGH. Noch optimistischer freilich wäre die Hoffnung, der EuGH könne oder werde die mit dem Übergang zum Beschränkungsverbot richterrechtlich erzeugten Probleme eigenständig erkennen und in einem Akt der Selbstkorrektur beheben. Kingreen (2009) und Heuschmid (2017, Rn. 108) verdeutlichen, dass eine solche Selbstkorrektur des EuGH wünschenswert wäre, ohne freilich davon auszugehen, dass Entsprechendes bevorstünde.

22 EuGH, C-267/91.

Könnten Gegenstände wie die bei *Viking* und *Laval* als Binnenmarktstörung behandelte Tarifautonomie die Zielpunkte solcher Bereichsausnahmen sein? In diese Richtung deutet die *Albany*-Entscheidung[23] des EuGH, in der es allerdings nicht um den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, sondern des europäischen Wettbewerbsrechts ging. Da das Tarifrecht notwendigermaßen und erwünschterweise den freien Wettbewerb beschränke, so das Gericht, müsse es außerhalb des Anwendungsbereichs des Wettbewerbsrechts stehen. Es wäre schwer einsehbar, warum nicht auch die Grundfreiheiten einer solchen Eingrenzung zugänglich sein sollten. All diese Gesichtspunkte sprechen dafür, dass es möglich sein muss, die Tarifautonomie mittels Vertragsänderung vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmen.

Am Beispiel der Regelung und Ausübung der Kollektivvertragsfreiheit haben Jürgen Bast, Florian Rödl und Jörg Philipp Terhechte (2015) vorgeführt, wie eine solche Vertragsänderung ausgestaltet werden könnte. Sie schlagen vor, Bereichsausnahmen für die Tarifautonomie im Binnenmarkt-Kapitel des AEUV, dort in den Art. 36, 51, 53 und 65, zu positionieren. Zusätzlich schlagen sie eine in Art. 101 AEUV zu positionierende Kodifizierung der *Albany*-Rechtsprechung und zudem die Ausnahme der Tarifvertragssysteme von den Durchsetzungsmöglichkeiten im Rahmen der neuen makroökonomischen Überwachungs- und Korrekturverfahren vor (Letzteres zu positionieren in Art. 121 AEUV). Auch Johannes Heuschmid (2017: Rn. 111) schlägt vor, Materien der Sozialpolitik sowie die Ausübung der Kollektivvertragsfreiheit vom Wirkungskreis der Grundfreiheiten auszunehmen, und regt an, die entsprechende Bestimmung in Art. 26 AEUV zu positionieren. Gemein ist den Vorschlägen von Bast et al. sowie Heuschmid zudem die Differenzierung zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot: Die Gegenstände der Bereichsausnahmen sollen vom Beschränkungsverbot ausgenommen, gleichwohl aber weiterhin gegen das Diskriminierungsverbot geprüft werden.

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

Natürlich nicht; der Sinn bestand im Souveränitätsschutz in einem besonders sensiblen Regelungsfeld. Es wäre daher nur folgerichtig, die Bestimmungen des Art. 153 Abs. 5 AEUV dahingehend zu ergänzen, dass die in ihm genannten Materien mit engem Bezug

23 EuGH, C-67/96.

zur Lohnfindung nicht nur von den politischen Kompetenzen der EU ausgenommen, sondern zudem auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten liegen sollen. In Ergänzung der oben referierten Vorschläge von Bast et al. sowie Heuschmid für mögliche Positionierungen einer Bereichsausnahme zur Kollektivvertragsfreiheit erschiene es mir daher attraktiv, eine solche Bestimmung als neuen Satz 2 des Art. 153 Abs. 5 AEUV anzudenken. Diese Positionierung würde verdeutlichen, dass die geforderte Bereichsausnahme vor allem das Ziel verfolgt, dem Art. 153 Abs. 5 AEUV seinen ursprünglichen Sinn zurückzugeben.

Die Option der Bereichsausnahmen hat gegenüber dem im Sozialen Fortschrittsprotokoll skizzierten Weg den Vorteil, potenzielle Fallstricke zu umgehen. Die Umsetzung des Vorschlags erfordert keine Kennzeichnung von Normen als „Supergrundrechten", die entgegenstehenden Normen stets überlegen sind. Auch müssen die vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmenden Sachverhalte nicht *ex ante* durch ein Grundrecht geschützt sein – was, wie wir in der Diskussion der Option 1 gesehen haben, beispielsweise bei der Unternehmensmitbestimmung nicht der Fall wäre. Von einer Bereichsausnahme könnte die Arbeitnehmermitbestimmung hingegen effektiv erfasst werden. Allgemein scheinen die Notwendigkeit und die Machbarkeit von mehr Bereichsausnahmen in der Fachliteratur bejaht zu werden. So kennzeichnet etwa Frenz (2016, 80) Schutzbereichsbegrenzungen als notwendige Antwort auf die Weite des mit dem Übergang zum Beschränkungsverbot bewirkten Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten.

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

Option 5: Bereichsausnahmen im Sekundärrecht?

Alle bisher diskutierten Optionen waren Eingriffe in das europäische Primärrecht mit dem Ziel, die binnenliberalisierenden Wirkungen der als Beschränkungsverbote gedeuteten Grundfreiheiten einzugrenzen. Zwar befinden wir uns derzeit, wie einleitend festgestellt, inmitten einer EU-Reformdebatte. Da Vertragsänderungen aber der Zustimmung aller Mitgliedstaaten bedürfen, die ihrerseits in einigen Ländern nur unter Maßgabe gewonnener Volksabstimmungen möglich sind, ist unklar, wie realistisch Eingriffe in das Primärrecht in der näheren Zukunft sind. Zumindest sollte der Möglichkeit Rechnung getragen werden, dass sich ein günstiges Gelegenheitsfenster für Vertragsänderungen kurz- bis mittelfristig nicht öffnet. Es sollte daher sorgsam geprüft werden, ob sich eine oder mehrere der Lösungsvorschläge möglicherweise auch im Sekundärrecht umsetzen ließen.

Dass sich die Präzisierung des Gehalts der Grundfreiheiten als Diskriminierungs- statt Beschränkungsverbote (Option 3) auf sekundärrechtlichem Wege erreichen ließe, ist eher fernliegend. Bei der Überordnung ausgewählter Grundrechte über die Grundfreiheiten (Option 1) und natürlich auch beim Verweis der Binnenmarktordnung in das Sekundärrecht (Option 2) sind sekundärrechtliche Lösungen ausgeschlossen. Ernsthaft zu prüfen bliebe nur, ob sich Bereichsausnahmen (Option 4) möglicherweise auch im europäischen Gesetzesrecht installieren lassen könnten. Auf den ersten Blick erscheint die Option abwegig: Wie könnte verändertes *Sekundärrecht* helfen, wenn das zu lösende Problem doch in einem allzu weiten Anwendungsbereich eines im *Primärrecht* fixierten Individualrechts besteht? Bei genauerer Prüfung erweist sich der Weg über das Sekundärrecht aber als zumindest weniger abseitig, als man zunächst glauben könnte.

Denn die Grundfreiheiten haben für die politischen Systeme der Mitgliedstaaten und der EU unterschiedliche Gehalte. Grundfreiheiten haben den Zweck, Binnenmarkthindernisse aufseiten der Mitgliedstaaten aufzudecken. Sie sollen ihre Wirkung also gerade dort entfalten, wo Materien *nicht* an die EU übertragen wurden (Valta 2013, 76). Ob und inwieweit der *europäische* Gesetzgeber an die Grundfreiheiten gebunden ist, wird in der Literatur hingegen kontrovers diskutiert. Während etwa Kingreen (2009, 741) und Rödl (2011, 295) eine solche Bindung weitgehend verneinen, vertritt Frenz (2016, 81) die Ansicht, dass Verletzungen der Schutzbereiche der Grundfreiheiten auch vom Unionsgesetzgeber ausgehen können.

Auf sicherem Grund bewegen wir uns, wenn wir folgern, dass die Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten jedenfalls nicht dieselbe sein kann wie die der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber.[24] Die Funktion des europäischen Gesetzgebers erschöpft sich nicht in der Durchsetzung der Grundfreiheiten. Vielmehr hat der Unionsgesetzgeber eine Kompetenz zur Harmonisierung, die der Wirtschaft nicht nur weniger, son-

24 Ganz anders als bei den europäischen Grundrechten, die sich *gerade* an den europäischen Gesetzgeber adressieren.

dern auch mehr Grenzen setzen kann.[25] Das Unionsrecht ist also „grundfreiheitenbeständiger" (der Begriff stammt von Florian Rödl) als das nationale Recht.

Wenn nun der europäische Gesetzgeber *gegen* die Grundfreiheiten harmonisieren darf, warum sollte er nicht auch befugt sein, dem nationalen Gesetzgeber, statt zu harmonisieren, ein größeres Ausgestaltungsermessen zuzuweisen? Der Schritt von hier nach dort erscheint nicht groß. Fest steht, dass bereits Sekundärrecht existiert, das genau so vorgeht, nämlich: nicht (nur) harmonisiert, sondern den Mitgliedstaaten zudem Regelungsbereiche „freiräumt", die vor den Grundfreiheiten geschützt sein sollen. Das offensichtlichste Beispiel hierfür ist Absatz 3 der Entsenderichtlinie,[26] der ausgewählte, im Einzelnen aufgezählte Materien vom Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsfreiheit ausnimmt. Noch deutlicher wird der Sachverhalt, wenn wir uns den aktuellen, von vielen osteuropäischen Mitgliedsländern mit Subsidiaritätsrügen belegten Kommissionsvorschlag für eine Revision der Entsenderichtlinie vor Augen führen, der das Ziel verfolgt, den vor dem Herkunftslandprinzip auszunehmenden Bereich durch einen sekundärrechtlichen Akt zu vergrößern.[27]

Zweifellos werfen die hier angestellten Überlegungen die Frage der „EuGH-Festigkeit" sekundärrechtlicher Lösungen auf. Der Weg über das Sekundärrecht wäre auf eine kooperative, die Intentionen des Gesetzgebers erfassende und diese unterstützende Mitwirkung des europäischen Höchstgerichts angewiesen. Die Bereitschaft des EuGH, so vorzugehen, mag man aus guten Gründen mit einem Fragezeichen versehen. Sie sollte gleichwohl, sollten sich die über Vertragsänderungen führenden Wege auch mittelfristig als nicht gangbar erweisen, getestet werden. Auch aus Demokratiegesichtspunkten erscheint es geboten, auf der Berechtigung des Gesetzgebers zu beharren, auf Grundlage seiner Binnenmarktkompetenz gestaltend auf den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzuwirken.

---

25 Es steht außer Frage, dass zahlreiche Richtlinien- und Verordnungsvorschläge der Kommission auf die Kodifikation von zuvor ergangenem Fallrecht zielen und dass die europäischen Entscheidungsorgane diesen Vorschlägen häufig mit lediglich minimalen Abweichungen folgen (vgl. ausführlich Schmidt 2018, Kap. 4). Meine These wäre an dieser Stelle, dass der Grund hierfür nicht ist, dass das Ausgestaltungsermessen des Sekundärrechtsgebers in diesen Fällen gering ist, sondern vielmehr, dass die Alternativen häufig aufgrund widerstreitender Länderinteressen politisch blockiert sind. In solchen Konstellationen hat der europäische Gesetzgeber die Wahl zwischen der Ablehnung der entsprechenden Richtlinienvorschläge und der Kodifizierung vorangegangener EuGH-Urteile, die aus Sicht der Mitgliedstaaten zumindest den Vorteil der Beseitigung der mit dem Fallrecht einhergehenden Rechtsunsicherheit hat.

26 RL 96/71/EG.

27 Man denke in diesem Zusammenhang auch an die Zugeständnisse, die die Europäische Kommission sowie die übrigen Mitgliedstaaten Großbritannien im Frühjahr 2016 für den Fall zusagten, dass sich das Land für einen Verbleib in der EU aussprechen würde. Diese Zugeständnisse betrafen unter anderem Einschränkungen des Schutzbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit, sollten aber – im Falle eines positiven Ausgangs des Referendums vom 23. Juni 2016 – ohne Vertragsänderungen implementiert werden.

Jenseits der Rufe nach „mehr" oder „weniger" Europa

Den Grundfreiheiten fehlen immanente Schranken, die in der Lage wären, ihre Wirkungen auf den erwünschten Schutz des europäischen Binnenmarkts einzugrenzen, ohne gleichzeitig deregulierend auf interne Regulierungen und Praktiken mit kaum erkennbarem Binnenmarktbezug zu wirken. Daher haben die Grundfreiheiten in der Geschichte der europäischen Integration eine erhebliche Liberalisierungswirkung entfaltet, die in der mit *Viking* und *Laval* begonnenen Serie an EuGH-Urteilen sogar auf die Ausübung sozialer Grundrechte ausstrahlt. Diese Entwicklung ist, so wurde im vorliegenden Papier gezeigt, nicht alternativlos. Will man steuernd in die bisher politisch ungesteuert verlaufende Ausweitung des Wirkungskreises der europäischen Marktfreiheiten eingreifen, besteht die Auswahl zwischen mehreren Reformoptionen. Diese Optionen in kondensierter Form einander gegenüberzustellen und ihre Vor- und Nachteile abzuwägen, war das Ziel dieses Papiers.

Die Zusammenstellung der Reformoptionen beschränkte sich auf „materielle" Eingriffe in das europäische Recht, die das Ziel verfolgen, die Deregulierungswirkung der Grundfreiheiten abzuschwächen oder bestimmte Regelungsmaterien aus ihren Wirkungskreis zu entfernen. Einen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt die Zusammenstellung nicht und die Ergänzung um weitere Optionen ist möglich und wünschenswert.[28] Außen vor blieben Vorschläge für „prozedurale" Reformen der europäischen Gerichtsbarkeit, die eine autonomieschonendere Rechtsprechung hervorbringen sollen, ohne deren Parameter selbst vorzugeben. Das bekannteste Beispiel für solche Überlegungen ist der Vorschlag, die europäische Judikative um einen aus Richtern der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte zusammengesetzten Kompetenzgerichtshof zu ergänzen (siehe beispielsweise Goll und Kenntner 2002).

Zudem beschränkte sich die Zusammenstellung auf Reformoptionen, die für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen gelten würden. Außen vor blieben Überlegungen für Prozeduren, die es einzelnen Mitgliedstaaten erlauben würden, sich in begründeten Ausnahmen und unter Zustimmung des Rats – in Analogie zu Opt-outs bei der europäischen Gesetzgebung – außerhalb der Wirkungskreise der Grundfreiheiten beziehungsweise bestimmter Deutungen ihrer Wirkungsweisen zu stellen (Scharpf 2008, 97). Im vorliegenden Papier wurden verschiedentlich Formulierungen wie „besonders sensible Regelungsbereiche" verwendet, wobei vereinfacht angenommen wurde, dass solche Bereiche von Land zu Land stets dieselben sind. Prozeduren zur Gewährung von Opt-outs aus dem europarechtlichen Acquis würden dem Umstand Rechnung tragen, dass es in der Praxis sehr unterschiedliche Gegenstände sein können, die unterschiedliche Länder vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmen wünschen (Scharpf 2014,

28 Beispielsweise wäre auch denkbar, mit einer weiteren Reformoption gezielt an der horizontalen Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Private oder an der Übertragung der entsprechenden Rechtsprechung auf Verbände anzusetzen.

21).[29] Dass auch solche zwischen Ländern differenzierende Wege im Prinzip gangbar sind, zeigt die an Irland im Jahr 2008 ergangene Zusicherung, die vom EuGH vorgenommene Einordnung des Abtreibungsrechts in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (siehe hierzu Zapka 2014, 343–44) werde zu keiner Deregulierung der besonders strikten Regulieung von Schwangerschaftsabbrüchen im katholischen Irland führen.

Die hier vorgestellten Reformoptionen schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern sind kombinierbar. Mein Ziel war es nicht, eine der Optionen zuungunsten ihrer Alternativen hervorzuheben, sondern vielmehr, den Leserinnen und Lesern die Bandbreite an verfügbaren Eingriffsmöglichkeiten aufzuzeigen. Müsste ich nun dennoch einen meines Erachtens besonders eingehend zu prüfenden Reformweg angeben, würde ich für eine Kombination aus den Optionen 3 und 4 plädieren. Eine Vertragsänderung mit dem Ziel, der Wucht der „negativen Integration" (Scharpf) beziehungsweise der Liberalisierung durch Verfassungsvollzug (Grimm) entgegenzuwirken, könnte den Grundfreiheiten ihren Sinn als Verbote der Diskriminierung durch Ungleichbehandlung ausländischer Marktteilnehmer zurückgeben und zudem ausgewählte Bereiche mitgliedstaatlicher Autonomie gänzlich vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausnehmen.

Bisher ist die EU-Reformdebatte stark auf die Kompetenzkataloge der europäischen Gesetzgebung verengt und zudem vom Gegensatz zwischen „Integrationisten" und „Skeptikern" geprägt. Unnötige Verengungen sollten ebenso überwunden werden wie falsche Zuspitzungen zwischen den Verfechtern von „mehr" oder „weniger" Europa. Stattdessen gilt es, Reformoptionen zu erschließen, die das politische System der EU und die politischen Systeme ihrer Mitglieder gleichermaßen handlungsfähiger machen könnten. Ich hoffe, dass dieses Papier als konstruktiver und bedenkenswerter Beitrag hierzu gelesen wird.

Literatur

Bast, Jürgen, Florian Rödl und Jörg Philipp Terhechte. 2015. „Funktionsfähige Tarifvertragssysteme als Grundpfeiler von Binnenmarkt und Währungsunion". *Zeitschrift für Rechtspolitik* 48 (8): 230–33.

Blauberger, Michael. 2009. „Of ‚Good' and ‚Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law". *West European Politics* 32 (4): 719–37.

Blauberger, Michael, und Susanne K. Schmidt. 2017. „The European Court of Justice and its Political Impact". *West European Politics*, im Erscheinen.

Europäische Kommission. 2017. *Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien.* Brüssel: Europäische Kommission.

29 Diese Option ist der Spezialfall eines differenziellen Integrationskonzepts (im Weißbuch der Kommission: Szenario 3).

Frenz, Walter. 2016. *Europarecht.* Berlin: Springer.
Goll, Ulrich, und Markus Kenntner. 2002. „Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten". *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 13 (4): 101–6.
Grimm, Dieter. 2016. *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie.* München: Beck.
Heuschmid, Johannes. 2017. Der Arbeitskampf im EU-Recht. In *Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis*, hrsg. von Wolfgang Däubler. Baden-Baden: Nomos, im Erscheinen.
Hesse, Konrad. 1988. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* 16., ergänzte Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
Höpner, Martin. 2011. „Der Europäische Gerichtshof als Motor der europäischen Integration: Eine akteursbezogene Erklärung". *Berliner Journal für Soziologie* 21 (2): 203–29.
——. 2014. „Wie der Europäische Gerichtshof und die Kommission Liberalisierung durchsetzen. Befunde aus der MPIfG-Forschungsgruppe zur Politischen Ökonomie der europäischen Integration". *MPIfG Discussion Paper* 14/8, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln.
——. 2016a. „Das Soziale Fortschrittsprotokoll des Europäischen Gewerkschaftsbunds: Ein Vorschlag zur Weiterentwicklung". *WSI-Mitteilungen* 69 (4): 245–53.
——. 2016b. „Die Mitbestimmung vor dem EuGH: Die Rolle der Kommission". *Makroskop*, 9. Dezember.
https://makroskop.eu/2016/12/die-mitbestimmung-vor-dem-eugh-die-rolle-der-kommission/.
——. 2017. „Kein Applaus für die Europäische Kommission". *Makroskop*, 10. Februar.
https://makroskop.eu/2017/02/kein-applaus-fuer-die-europaeische-kommission/.
Joerges, Christian, und Florian Rödl. 2009. „Informal Politics, Formalised Law and the ‚Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval". *European Law Journal* 15 (1): 1–19.
Kingreen, Thorsten. 2009. Grundfreiheiten. In *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, hrsg. von Amin von Bogdandy und Jürgen Bast, 705–48. Berlin: Springer.
——. 2014. *Soziales Fortschrittsprotokoll: Potenzial und Alternativen.* Frankfurt a.M.: Bund-Verlag.
——. 2015. Der Abstieg der Grundfreiheiten und der Aufstieg der Unionsgrundrechte. In *Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem öffentlichen Recht: Festschrift für Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Martin Kment, 51–62. München: Beck.
Mattli, Walter, und Anne-Marie Slaughter. 1998. „Revisiting the European Court of Justice". *International Organization* 52 (1): 177–209.
Pollack, Mark A. 1997. „Delegation, Agency, and Agenda Setting in the European Community". *International Organization* 51 (1): 99–134.
Rebhahn, Robert. 2010. „Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking". *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 7 (3): 109–17.
Rödl, Florian. 2011. „Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht". *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 22 (8): 292–96.
Rödl, Florian, und Raphaël Callsen. 2015. *Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion: Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtecharta?* Frankfurt a.M.: Bund-Verlag.
Scharpf, Fritz W. 1999. *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?* Frankfurt a.M.: Campus.
——. 2006. „The Joint-Decision Trap Revisited". *Journal of Common Market Studies* 44 (4): 845–64.
——. 2008. Individualrechte gegen nationale Solidarität. In *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*, hrsg. von Martin Höpner und Armin Schäfer, 89–99. Frankfurt a.M.: Campus.
——. 2009. „Weshalb die EU nicht zur sozialen Marktwirtschaft werden kann". *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 7 (3/4): 419–34.
——. 2013. „Political Legitimacy in a Non-optimal Currency Area". *MPIfG Discussion Paper* 13/15, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln.
——. 2014. „After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy". *MPIfG Discussion Paper* 14/21, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln.
——. 2016. „De-Constitutionalization and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe". *MPIfG Discussion Paper* 16/14, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln.

Schmidt, Susanne K. 1998. *Liberalisierung in Europa: Die Rolle der Kommission.* Frankfurt a.M.: Campus.

——. 2018. *The European Court of Justice and the Policy Process: The Shadow of Case Law.* Oxford: Oxford University Press, im Erscheinen.

Seikel, Daniel. 2013. *Der Kampf um öffentlich-rechtliche Banken: Wie die Europäische Kommission Liberalisierung durchsetzt.* Frankfurt a.M.: Campus.

Thüsing, Gregor. 2010. *Stellungnahme zur Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestages am 6.10.2010.* Ausschussdrucksache 17(21)0267 des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union. Berlin: Deutscher Bundestag.

Valta, Stefanie. 2013. *Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt.* Berlin: Duncker & Humblot.

Werner, Benjamin. 2013. *Der Streit umd das VW-Gesetz: Wie die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof die Unternehmenskontrolle liberalisieren.* Frankfurt a. M.: Campus.

Zapka, Klaus. 2014. *Der Europäische Gerichtshof: Zur Ökonomik judizieller Governance.* Wiesbaden: Springer VS.

Recent Titles in the Publication Series of the MPIfG

MPIfG Discussion Papers

DP 17/9
K. Koddenbrock
What Money Does: An Inquiry Into the Backbone of Capitalist Political Economy

DP 17/8
J. Beckert
Die Historizität fiktionaler Erwartungen

DP 17/7
T. Ergen
Coalitional Cohesion in Technology Policy: The Case of the Early Solar Cell Industry in the United States

DP 17/6
A. Maatsch
Effectiveness of the European Semester: Explaining Domestic Consent and Contestation

DP 17/5
R. Mayntz
Handeln und Struktur, Akteur und System: Die kausale Rekonstruktion von sozialen Makrophänomenen am Beispiel der Finanzkrise

DP 17/4
E. F. Fischer
Quality and Inequality: Taste, Value, and Power in the Third Wave Coffee Market

DP 17/3
F. González
Privatized Keynesianism or Conspicuous Consumption? Status Anxiety and the Financialization of Consumption in Chile

DP 17/2
T. Blackwell, S. Kohl
Varieties of Housing Finance in Historical Perspective: The Impact of Mortgage Finance Systems on Urban Structures and Homeownership

DP 17/1
M. Seeliger
Ambiguities of Social Europe: Political Agenda Setting among Trade Unionists from Central and Eastern Europe and Western Europe

DP 16/16
M. Seeliger, I. Wagner
Workers United? How Trade Union Organizations at the European Level Form Political Positions on the Freedom of Services

DP 16/15
F. W. Scharpf
Forced Structural Convergence in the Eurozone – Or a Differentiated European Monetary Community

DP 16/14
F. W. Scharpf
De-Constitutionalization and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe

DP 16/13
A. Sorge, W. Streeck
Diversified Quality Production Revisited: The Transformation of Production Systems and Regulatory Regimes in Germany

MPIfG Books

O. Godechot
Wages, Bonuses and Appropriation of Profit in the Financial Industry: The Working Rich
Routledge, 2017

S. Kohl
Homeownership, Renting and Society: Historical and Comparative Perspectives
Routledge, 2017

A. Maatsch
Parliaments and the Economic Governance of the European Union: Talking Shops or Deliberative Bodies?
Routledge, 2017

M. A. McCarthy
Dismantling Solidarity: Capitalist Politics and American Pensions since the New Deal
Cornell University Press, 2017

I. Reichert
Der Status-Effekt: Bestseller und Exploration im Literaturmarkt
Springer VS, 2017

W. Streeck
Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism
Second edition, with a new preface
Verso, 2017 (first published in German by Suhrkamp, 2013)

S. Zajak
Transnational Activism, Global Labor Governance, and China: Non-Governmental Public Action
Palgrave Macmillan, 2017

Ordering Information

MPIfG Discussion Papers
Order printed copies from the MPIfG (you will be billed) or download PDF files from the MPIfG website (free).

MPIfG Books
At bookstores; abstracts on the MPIfG website.

www.mpifg.de
Go to *Publications*.

New Titles
Consult our website for the most complete and up-to-date information about MPIfG publications and publications by MPIfG researchers. To sign up for newsletters and mailings, please go to *Service* on the MPIfG website. Upon request to info@mpifg.de, we will be happy to send you our Recent Publications brochure.

ERPA
MPIfG Discussion Papers and MPIfG Working Papers in the field of European integration research are included in the *European Research Papers Archive (ERPA),* which offers full-text search options: http://eiop.or.at/erpa.

Das Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung ist eine Einrichtung der Spitzenforschung in den Sozialwissenschaften. Es betreibt anwendungsoffene Grundlagenforschung mit dem Ziel einer empirisch fundierten Theorie der sozialen und politischen Grundlagen moderner Wirtschaftsordnungen. Im Mittelpunkt steht die Untersuchung der Zusammenhänge zwischen ökonomischem, sozialem und politischem Handeln. Mit einem vornehmlich institutionellen Ansatz wird erforscht, wie Märkte und Wirtschaftsorganisationen in historische, politische und kulturelle Zusammenhänge eingebettet sind, wie sie entstehen und wie sich ihre gesellschaftlichen Kontexte verändern. Das Institut schlägt eine Brücke zwischen Theorie und Politik und leistet einen Beitrag zur politischen Diskussion über zentrale Fragen moderner Gesellschaften.

The Max Planck Institute for the Study of Societies conducts advanced basic research on the governance of modern societies. It aims to develop an empirically based theory of the social and political foundations of modern economies by investigating the interrelation between economic, social and political action. Using primarily an institutional approach, it examines how markets and business organizations are embedded in historical, political and cultural frameworks, how they develop, and how their social contexts change over time. The institute seeks to build a bridge between theory and policy and to contribute to political debate on major challenges facing modern societies.

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT