

## **Mobilität – Wider ein verkürztes Verständnis von Supranationalität**

Alexander Somek

Alexander Somek

**Mobilität – Wider ein verkürztes Verständnis von  
Supranationalität**

**Somek, Alexander:**

Mobilität – Wider ein verkürztes Verständnis von Supranationalität /

Alexander Somek. –

Mannheim : 2002

(Arbeitspapiere - Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung ; 55)

ISSN 1437-8574

Nicht im Buchhandel erhältlich

Schutzgebühr: € 2,60

Bezug: Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung (MZES), Postfach, 68131 Mannheim

WWW: <http://www.mzes.uni-mannheim.de>

*Redaktionelle Notiz:*

*Alexander Somek ist Professor für Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Wien und gegenwärtig Robert O. Daniel Distinguished Visiting Professor am College of Law der University of Iowa. Der Autor dankt Kerstin Radermacher für die Mitarbeit an der Überarbeitung einer früheren Fassung.*

*Dieses Arbeitspapier ist Ergebnis eines Beitrags zur Tagung „Verfassungspolitik in der Europäischen Union“ im DFG-Forschungsschwerpunkt „Regieren in der EU“ im November 2001 in Mannheim. Abgedruckt ist es in dem Sammelband, in dem die Beiträge zu dieser Tagung gebündelt wurden.*

## Zusammenfassung

Supranationalität lässt sich als Ausdruck eines normativen Prinzips verstehen, das im Recht der Europäischen Union manifest ist. Grob umrissen besagt dieses Prinzip, dass eine supranationale Gemeinschaft jene Nachteile beseitigt, die sich für Menschen aus der Koexistenz von Nationalstaaten ergeben. Dieses Prinzip der Supranationalität hat im Integrationsprozess eine dominierende Auslegung erhalten, die weit über seinen juristischen Kontext hinausgeht. Demnach wird Supranationalität *allgemein* als Gewährleistung von Mobilität verstanden. Durch dieses Verständnis wird der ursprüngliche Sinn der Supranationalität einerseits zwar verengt; andererseits verleiht die dominierende Auslegung der Supranationalität aber auch eine gewisse substantielle Kohärenz, da die Supranationalität so definiert auch den Schlüssel zum Verständnis von Strukturfragen bietet. Auf ihrer Grundlage lässt sich der Europäische Föderalismus als Spielart des kompetitiven Föderalismus begreifen, dem durch die Währungsunion ein besonderes Gepräge verliehen wird. Insofern dieser Föderalismus darin resultiert, dass Angehörige von Nationalstaaten Nachteile aus den sozialpolitischen Versäumnissen oder der wirtschaftlichen Ohnmacht ihrer Heimatländer haben, dann gerät die dominierende Auslegung mit dem ursprünglichen Sinn der Supranationalität in Konflikt.

# Inhalt

<a href="#">Worum es geht</a> .....	1
<a href="#">Nationalstaaten ohne Diskriminierung</a> .....	4
<a href="#">Eine Analogie und ihre Grenze</a> .....	4
<a href="#">Eine Frage der Auslegung</a> .....	6
<a href="#">Das Mobilitätsprinzip</a> .....	7
<a href="#">Verallgemeinerte Bewegung</a> .....	7
<a href="#">Die Knechte der Verträge</a> .....	8
<a href="#">Das dominierende Gut</a> .....	10
<a href="#">Kompetitiver Föderalismus als reflexive Verfassung</a> .....	11
<a href="#">Die horizontale Achse</a> .....	12
<a href="#">Die vertikale Achse</a> .....	13
<a href="#">Grenzen der Kooperation</a> .....	14
<a href="#">Soziale Gerechtigkeit</a> .....	16
<a href="#">Das Gegenprinzip: Märkte ohne Diskriminierung</a> .....	19
<a href="#">Die Inklusionsverfassung</a> .....	20
<a href="#">Liberale Gleichheit</a> .....	21
<a href="#">Zwei Möglichkeiten der Kombination</a> .....	21
<a href="#">Weckruf an die politischen Parteien</a> .....	23

## Worum es geht

In diesem Beitrag wird Supranationalität als Ausdruck eines normativen Prinzips gedeutet, das im Recht der Europäischen Union manifest ist. Grob umrissen besagt dieses Prinzip, dass eine supranationale Gemeinschaft jene Nachteile beseitigt, die sich für Menschen aus der Koexistenz von Nationalstaaten ergeben.

Das Prinzip der Supranationalität hat im Integrationsprozess eine dominierende Auslegung erhalten, die weit über seinen juristischen Kontext hinausgeht. Supranationalität ist untrennbar mit der Methode des Integrationsprozesses verbunden. Demnach wird Supranationalität *allgemein* als Gewährleistung von Mobilität verstanden. Durch dieses Verständnis wird der ursprüngliche Sinn der Supranationalität einerseits zwar verengt; andererseits verleiht die dominierende Auslegung der Supranationalität aber auch eine gewisse substantielle Kohärenz, da die Supranationalität so definiert auch den Schlüssel zum Verständnis von Strukturfragen bietet. Auf ihrer Grundlage lässt sich der Europäische Föderalismus als Spielart des kompetitiven Föderalismus begreifen, dem durch die Währungsunion ein besonderes Gepräge verliehen wird.

In ihrer dominierenden Auslegung enthält Supranationalität das normative Prinzip einer Verfassung. Die Supranationalität hat eine ihr eigentümliche politische Form. Sie lässt sich – unter Aufnahme einer eher beiläufigen Bemerkung von Grimm – als "oligarchieanfällig" charakterisieren.<sup>1</sup> Die Europäische Gemeinschaft (und um diese geht es in einem der Supranationalität gewidmeten Beitrag) ist demgemäß eine oligarchieanfällige Gemeinschaft. Wenn diese Anfälligkeit darin resultiert, dass Angehörige von Nationalstaaten Nachteile aus den sozialpolitischen Versäumnissen oder der wirtschaftlichen Ohnmacht ihrer Heimatländer haben, dann gerät die dominierende Auslegung mit dem ursprünglichen Sinn der Supranationalität in Konflikt.

Abgesehen von dieser in der Supranationalität angelegten Dialektik kennt das Gemeinschaftsrecht auch ein Gegenprinzip zur Dominanz der Mobilität. Es besagt, dass die Verhaltenskoordination auf Märkten nicht diskriminierend sein darf. In diesem Anti-Diskriminierungsgebot kommt der Gedanke der liberalen Gleichheit zum Ausdruck, die sich für eine *modifizierte Auslegung* der Supranationalität heranziehen lässt.

Allerdings gehen Supranationalität im Sinne der Gewährleistung von Mobilität und liberale Gleichheit nicht ohne weiteres eine Synthese ein. Der Versuch, zwischen ihnen zu vermitteln, fällt unterschiedlich aus, je nachdem, welchem Prinzip man Vorrang einräumt. Unter dem Vorzeichen des Mobilitätsprinzips nimmt der Schutz vor den diskriminierenden Konsequenzen von Märkten die Gestalt des

---

1. In einer Bemerkung, in der sich Grimm kritisch mit der Stärkung des Europaparlaments als Weg zur Behebung des Demokratiedefizits auseinandersetzt, hält er fest, die damit verbundene Zentralisierung politischer Macht in bürgerfernen Parteien und Verbänden würde das gesamte System "oligarchieanfällig" machen. Siehe Dieter Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?* (Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1995)

(privaten) Antidiskriminierungsrechts an. Im Ausgang von der liberalen Gleichheit lässt sich hingegen die Deutung der Supranationalität im Sinne eines Mobilitätsprinzips korrigieren. Sie entpuppt sich, so verstanden, sogar als verkürzter Ausdruck einer unverkürzt zu realisierenden Gleichheit.

Damit sind die Grundgedanken umrissen, die im Folgenden entwickelt werden sollen. Ich werde die Perspektive erläutern, aus der Supranationalität gegenwärtig verstanden wird und dieses Verständnis einer internen Kritik unterwerfen. Das wirft die Frage auf, weshalb ich nach gut einem halben Jahrhundert der Europäischen Integration einen neuerlichen Versuch unternehme, in eine grundsätzliche Debatte über Supranationalität einzutreten. Dafür gibt es wenigstens zwei Gründe. Der eine Grund blickt über das europäische Integrationsprojekt hinaus, der andere auf dieses zurück.

Erstens kann die sichtlich fortschreitende Verrechtlichung internationaler Beziehungen, insbesondere der internationalen Wirtschaftsbeziehungen,<sup>2</sup> darin resultieren, dass sich Supranationalität als Organisationsform politischer Herrschaft über ihren Entstehungskontext hinaushebt und sich zu einem universellen Typus verselbständigt. Wie es um diese Entwicklung bestellt ist, mag im Einzelnen nicht klar auszumachen sein; indes ist ihre Möglichkeit eine soziale Realität.

Das ist ein Grund. Aber das ist meines Erachtens nicht der bedeutsamste Grund. Es gibt noch einen weiteren Grund.

Zweitens dürfte es um die Legitimität der gegenwärtig realisierten Supranationalität nicht zum besten stehen. In dem unlängst veröffentlichten White Paper on European Governance<sup>3</sup> bringt die Europäische Kommission ihre Verwunderung darüber zum Ausdruck, dass die Europäischen Bürgerinnen und Bürger die Europäische Union nicht mögen. Die Gemeinschaft und die Union haben so viel für die Menschen getan. Noch nie sei es so vielen Menschen in Europa so gut gegangen wie heute. Aber die Bürgerinnen und Bürger dankten dies der Union mit Ablehnung, Wahlenthaltung und – nicht zuletzt – mit dem Irischen Referendum. Die Strategie, welche die Kommission auf diesen ernüchternden Befund bereithält, setzt auf Kommunikation. Man müsse die Bürgerinnen und Bürger mit der Union ins Gespräch bringen. Demgemäß wird der Abbau der Entfremdung der Bürgerinnen und Bürger über weite Strecken als eine Frage angemessener "public relations" verstanden und das Problem gewälzt, wie sich die Leistungen der Union besser an die Europäische Frau und den Europäischen Mann bringen lassen. Allerdings meint die Kommission, die Kommunikation mit den Bürgerinnen und Bürgern müsse auch insofern verbessert werden, als sie stärker in den politischen Prozess eingebunden werden sollten. Der Eindruck, in der politischen Planung der Union Stimme und Einfluss zu haben, werde das Gefühl der Mitverantwortung hervorrufen. An einem gemeinsamen Projekt beteiligt zu sein, nähere die Loyalität gegenüber der es durchführenden Organisation.<sup>4</sup>

---

2. Siehe dazu J.H.H. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, *Harvard Jean Monnet Working Paper* 9/00 (2000) 6–8.

3. COM (2001) 428 of 25.7.2001.

4. Siehe ebd., 11, 15.

Die im White Paper geäußerten Vorstellungen zur Reform des politischen Prozesses hätten, würden sie Realität, nicht unerhebliche Auswirkungen auf die bestehende institutionelle Balance.<sup>5</sup> Das muss hier dahinstehen. Bedeutsamer ist in unserem Zusammenhang etwas, worauf Fritz Scharpf in einem luziden Kommentar hingewiesen hat.<sup>6</sup> Am White Paper fällt vor allem auf, worüber es schweigt.<sup>7</sup> In keiner Zeile wird die "Asymmetrie" der politischen Ökonomie des Integrationsprozesses angesprochen. Nach Scharpf besteht sie darin, dass die marktkorrigierenden Maßnahmen, welche die nachteiligen ökologischen und sozialen Konsequenzen eines liberalisierten Binnenmarktes abfedern könnten, von den Mitgliedstaaten aus rechtlichen oder politischen Gründen nicht selbst getroffen und auf der Europäischen Ebene wegen grundlegender Interessenskonflikte nicht beschlossen werden können. Die Zwänge des regulatorischen und steuerlichen Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten erzeugen einen großen Bedarf an marktkorrigierenden Regelungen, der gleichwohl die Konsensfähigkeit des gegenwärtigen politischen Systems der Gemeinschaft überfordert. Darin sieht Scharpf *einen* Grund für den geringen Enthusiasmus der Bürgerinnen und Bürger, denn immerhin handle es sich dabei um Probleme, über welche sie sich große Sorgen machten.<sup>8</sup>

Was die sozialen Sensibilitäten der Europäischen Bürger angeht, hat Habermas<sup>9</sup> eine verwandte Diagnose angestellt. Er hält, wenn auch mit Blick auf die neo-liberale Globalisierung, fest, dass die "große Masse der europäischen Bürger" sich einig sei in ihrem Interesse "an der Bewahrung einer spezifischen, heute in Gefahr geratenen Kultur und Lebensform", die mit dem Sozialstaat der Nachkriegszeit verbunden und aus historisch weiter zurückreichenden politischen Traditionen, wie jenen der Arbeiterbewegung oder der kirchlichen Soziallehren, gespeist ist. Die politische Kultur der europäischen Bürger zeichnet sich seines Erachtens aus durch eine weitreichende Akzeptanz der öffentlichen Vorsorge in Bereichen von Wohnung und Erziehung, der Bejahung der aktiven Rolle von Gewerkschaften und der Autonomie der Mitbestimmung der Tarifpartner. Das neoliberale Weltbild mit seiner Prämierung von Wettbewerb und seiner zumeist unausgesprochenen Duldung von Marginalisierung und sozialer Ausgrenzung passe nicht in das bislang vorwaltende "normative Selbstverständnis" der Europäer.

Die in der Habermasschen Diagnose steckende Herausforderung möchte ich aus rechtswissenschaftlicher Sicht annehmen. Es gilt, den Bogen zu spannen zwischen Verfassung und Lebensform, und damit einem Zusammenhang nachzugehen, der von einer "dogmatisch"

---

5. Das betrifft vor allem die Zurückdrängung der Komitologie. Siehe ebd., 30-31.

6. Fritz W. Scharpf, 'European Governance: Common Concerns vs. the Challenge of Diversity' (2001) 7/01 *Jean Monnet Working Paper*.

7. Siehe ebd., 3.

8. Siehe ebd. 6: "One reason are differences between rich and poor member states: Firms, workers and consumers in Portugal or Greece, let alone in Poland or Hungary, simply could not afford environmental or social standards at a level that Danish or Dutch voters consider essential. Even more important, however, is the divergence of existing welfare-state and industrial-relations institutions and the high political salience of divergent national policy legacies. Voters in Britain simply could not accept the high levels of taxation that sustain the generous Swedish welfare state; Swedish families could not live with the low level of social and educational services provided in Germany; and German doctors and patients would unite in protest against any moves toward a British-style National Health System."



selbstvergessenen Verfassungsrechtslehre vernachlässigt wird, der aber gleichwohl über die Bedeutung des Verfassungsrechts als einer Rechtsform entscheidenden Ausschlag gibt.

## Nationalstaaten ohne Diskriminierung

Vertreter einer supranationalen Verfassungstheorie wie Joerges<sup>10</sup> und Weiler<sup>11</sup> sind sich darin einig, dass die Supranationalität als konstitutionelle Form nicht darauf abstellt, Nationalstaaten zu überwinden. Vielmehr geht es darum, ihnen im Verhältnis zueinander die schädlichen Effekte zu nehmen und sie in korrigierter Form weiterexistieren zu lassen.

Die Vertreter einer supranationalen Verfassungstheorie haben diese Pointe der Supranationalität bislang bloß benannt und an einzelnen Beispielen demonstriert. Das dahinterstehende normative Prinzip haben sie nicht explizit gemacht. Die von Weiler als spezifisch europäisch erachtete "konstitutionelle Toleranz", der zufolge Supranationalität den kollektiv unternommenen Versuch darstellt, Fremde in die eigene nationale Gemeinschaft aufzunehmen, ohne sie ihrer Identität zu berauben,<sup>12</sup> benennt bloß die Folge, für welche ein solches normatives Prinzip den Grund darstellt. Allerdings befindet sich Weiler auf dem richtigen Weg. Dem normativen Gehalt der Supranationalität kommt man auf die Spur, wenn man bedenkt, dass die von Nationalstaaten ausgehenden schädlichen Effekte *jedenfalls* in der Benachteiligung von Fremden bestehen. Wenn Nationalstaaten sich gegeneinander aggressiv verhalten, dann schließt dies ein, dass sie das Leben und das Wohlergehen ihrer eigenen Angehörigen als wertvoller als das der anderen erachten. Der Befund bewährt sich auch für zivile Beziehungen. Durch die Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Fremden lassen sich Nationalstaaten die Möglichkeit offen, Fremde, wenn es das Wohl der eigenen Bürger erfordert, außer Landes zu schaffen. Nationalstaaten haben, so gesehen, diskriminierende Effekte. Sie haben diese zumindest unter dem universalistischen Vorzeichen, dass Fremde den gleichen Wert und die gleiche Würde wie Staatsbürgerinnen und Staatsbürger haben.

## Eine Analogie und ihre Grenze

Angesichts der diskriminierenden Konsequenzen eines Systems von Nationalstaaten lässt sich aus juristischer Sicht eine aufschlussreiche Analogie ziehen. Nicht anders als der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht stellt das Recht der Europäischen Union den Versuch dar, einem vorgefundenen Modus der Verteilung von Gütern und Lasten seine diskriminierenden Effekte zu nehmen, *ohne* ihn abzuschaffen. Das arbeitsrechtliche Antidiskriminierungsrecht lässt die marktwirtschaftliche Begründung und Gestaltung von Arbeitsverhältnissen in Kraft. Unterschiedliche Formen der

---

9. Jürgen Habermas, 'Warum braucht Europa eine Verfassung?', [http://www.zeit.de/2001/27/Politik/200127\\_verfassung\\_lang.html](http://www.zeit.de/2001/27/Politik/200127_verfassung_lang.html).

10. Siehe Christian Joerges, 'Deliberative Supranationalism' – A Defence', 5 *European Integration online Papers* (2001), <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-008a.htm>.

11. Siehe J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 86-101, 238-262.

Diskriminierung sollen eliminiert werden. Alles andere bleibt gleich. In vergleichbarer Weise setzt das Europäische Gemeinschaftsrecht die Koexistenz nationaler Rechtssysteme voraus. Es interveniert, um Benachteiligungen zu beseitigen, die sich aus dieser Koexistenz ergeben. Jegliche Benachteiligung aufgrund der Nationalität ist verboten (Art. 12 EG-Vertrag). In eingeschränkten Bereichen geht der EuGH davon aus, dass dieses Benachteiligungsverbot auch direkt für Privatpersonen verbindlich ist.<sup>13</sup>

Ich erachte diesen im Gemeinschaftsrecht unschwer fassbaren und elementaren Grundsatz für das normative Proprium der Supranationalität. Er enthält den Keim für den spezifisch europäischen Föderalismus.

Dieser Deutungsvorschlag ist bescheiden und unspektakulär. Ich meine, er wird der Sache gerecht. Es wäre zu hoch gegriffen, dem Gemeinschaftsrecht vom Ansatz her die Funktion zuzuschreiben, im Sinne eines "representation re-enforcement" die virtuelle Repräsentation der Interessen der anderen Mitgliedstaaten zu bewirken.<sup>14</sup> Der normative Fokus der Supranationalität ist – zunächst zumindest – vergleichsweise enger.<sup>15</sup>

Die Analogie zum privaten Antidiskriminierungsrecht kommt an ihr Ende, wenn man bedenkt, welche Reichweite den vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Grundfreiheiten durch den Europäischen Gerichtshof beigelegt worden ist.<sup>16</sup> Über den Schutz vor Diskriminierung, die sich in Akten der Ungleichbehandlung seitens der nationalstaatlichen Legislative oder Exekutive manifestiert, bewahrt das Gemeinschaftsrecht auch vor Nachteilen, die sich daraus ergeben, dass unterschiedliche nationalstaatliche Regulierungen schlicht nebeneinander bestehen. Es ist unerheblich, ob solche Regelungen von sich aus fremde Personen (bzw. Güter oder Dienstleistungen) benachteiligen. Auch wer bloß Nachteile aus den mit einem *System* von Nationalstaaten verbundenen Unterschieden zwischen Rechtssystemen hat, ist ein potentieller Klient der Supranationalität.<sup>17</sup>

---

12. Siehe J.H.H. Weiler, 'Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg', 10/00 *Harvard Jean Monnet Working Paper* (2001) 12-13.

13. Siehe jüngst die bemerkenswerte Entscheidung in Rs 281/98, Roman Angonese v. Cassa di Pisparmio di Bolzano Slg. I-4139 [2000].

14. Siehe Christian Joerges/Jürgen Neyer, 'From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Processes: The Constitutionalisation of Comitology', *European Law Journal* 3 (1997), 273-299, hier: 275, 282; Miguel Pórigues Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Institution*, Oxford – Portland 1998, 168.

15. Siehe Phil Syrpis, 'The Integrationist Rationale for European Social Policy' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 17-30, hier: 19.

16. Siehe einführend Hans D. Jarass, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, *Europarecht* 30 (1995), 202-226.

17. Zum Begriff und zur Funktionsweise der systematischen Diskriminierung siehe Alexander Somek, *Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht*, Wien – New York 2001, 21-22, 27-28, 557-558, 562-563.

## Eine Frage der Auslegung

Systematische Benachteiligungen lassen sich durch die Anwendung des Herkunftslandsprinzips und der Pflicht zur Anerkennung von "mitgebrachten" Rechtsregeln oder durch die Schaffung einer gemeinschaftlichen Regel ausräumen. In die Sprache der strukturellen Funktionsweise des Integrationsprozesses übersetzt, bedeutet dies negative und positive Integration.<sup>18</sup> Zwischen dem, was man im Anschluss an Maduro um den Preis einer gewissen Unschärfe als das kompetitive und das zentralistische Modell der Europäischen Wirtschaftsverfassung bezeichnen kann,<sup>19</sup> besteht ein verfassungsrechtlicher Zusammenhang. Zulässige nationale Abweichungen von der durch die Grundfreiheiten garantierten Bewegungsfreiheit lösen einen Kompetenztransfer auf die Gemeinschaft zur Harmonisierung aus.<sup>20</sup>

Allerdings ist das organisierende Prinzip der Europäischen Wirtschaftsverfassung alles andere als durchgängig bestimmt. Ungeklärt ist, ob die systematische Antidiskriminierung als Anspruch auf den unbelasteten Marktzugang oder den Marktzugang als solchen zu konzentrieren ist.<sup>21</sup> Darüber hinaus ist diese Verfassung geprägt von der Parallelität regulierungsimmanenter und systematischer Antidiskriminierung. Die Spielräume, innerhalb derer die letztere gewährleistet werden soll, sind alles andere als klar.<sup>22</sup> Ähnliche Unklarheiten lassen sich für die "Drittwirkung" von Grundfreiheiten beobachten.

Darin ist ersichtlich, dass die *Auslegung* der Supranationalität keinen geringen Teil des Verfassungsproblems einer supranationalen Gemeinschaft darstellt.

Im Folgenden werde ich versuchen, eine allgemeine Formulierung für das zu finden, was ich für die gegenwärtig dominierende Auslegung halte. Daran anschließend möchte ich zeigen, inwiefern diese Auslegung mit dem kompetitiven Föderalismus der Europäischen Gemeinschaft kohärent ist und die Schwierigkeiten andeuten, die sich der Entwicklung eines koordinierten Föderalismus in den Weg stellen.

---

18. Siehe dazu bloß Fritz W. Scharpf, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford 1999, 45.

19. Siehe Maduro (Anm. 14) 109-110.

20. Siehe J.H.H. Weiler, 'The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods', in: P.P. Craig & G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law* (Oxford UP, 1999) 349-375, hier: 362.

21. Siehe Syrpis (Anm. 15) 21-22, 26.

22. Siehe Maduro (Anm. 14) 110, 150; Alexander Somek, 'Equality and Constitutional Indeterminacy. An Interpretative Perspective on the European Economic Constitution', *European Law Journal* 7 (2001), 171-195.

## Das Mobilitätsprinzip

Aufgrund der dominierenden Auslegung des Supranationalismus sind die benachteiligenden Differenzen, die in einem System von Nationalstaaten angelegt sind, normativ relevant, wenn man eine wirtschaftlich motivierte, grenzüberschreitende Bewegung vollzieht. Insofern ist der von mir zuvor gewählte heuristische Zugang bei den Nachteilen, die man leidet, insofern man fremd ist, zu korrigieren. Sie ist ebenso zu korrigieren wie das, was Weiler für das Wesen der Supranationalität nimmt, wenn er meint, sie fordere, "den anderen" als einen von uns zu behandeln.<sup>23</sup> Es geht nicht darum, Fremde einzugemeinden. Es sind Hindernisse zu beseitigen, die den Zugang zu sozialen Positionen in anderen Mitgliedstaaten in gewisser Hinsicht erschweren oder verunmöglichen, bloß weil man dem Regime eines bestimmten Mitgliedstaats unterworfen ist.<sup>24</sup>

Die dominierende Auslegung deutet den Diskriminierungsschutz als Realisierung von Mobilität in einem Raum. Dieser Raum ist ein gemeinsamer Markt. Deswegen *verschmilzt* der systematische Diskriminierungsschutz im Rahmen der dominierenden Auslegung wie von selbst mit der Mobilitätsabstraktion der neoklassischen Ökonomie. Der Raum, in dem sich das Mobilitätsprinzip realisiert, duldet keine "Rigidität".<sup>25</sup> Jeder muss sich bewegen können. Jeder muss sich bewegen *müssen*, weil er sich nicht auf seiner marktbeherrschenden Stellung ausruhen darf: "Rigidity is a type of resistance to adaption that perfect and prompt competition excludes."<sup>26</sup>

## Verallgemeinerte Bewegung

Das Mobilitätsprinzip bleibt, wenn es mit dem neoklassischen Phantasma des Marktes fusioniert ist, in seiner Anwendung *nicht* auf räumliche Grenzen beschränkt. Bewegung wird zum organisierenden Prinzip der sozialen Kooperation. Sie erfährt eine *formelle Verallgemeinerung*. Alle werden zur Beweglichkeit verhalten. In verfassungsrechtlichen Kategorien ausgedrückt bedeutet dies, dass der Diskriminierungsschutz im Effekt den "economic due process" einer Privatrechtsgesellschaft garantiert.<sup>27</sup>

An Weilers Vorstellung von supranationaler Identität trifft zu, dass in einem Raum, in dem das Mobilitätsprinzip realisiert wird, Gleichheit und Ungleichheit zugleich anzutreffen sind. Diejenigen, die sich in einen nationalen Raum hineinbewegen, begegnen den dort Beheimateten als Gleiche. Durch das nationale Recht dürfen sie grundsätzlich nicht schlechter behandelt werden als diese. Sie kommen aber auch als Fremde, die unter Umständen geringeren Freiheitsbeschränkungen am Ausgangspunkt der Bewegung unterliegen. Bewegung ist jedoch privilegiert, was darin resultiert, dass die Mitgliedstaaten das Mobilitätsrecht nicht durch Regelungen für Fremde unverhältnismäßig beschränken dürfen.

---

23. Siehe Weiler, *Federalism* (Anm. 12) 15.

24. Siehe dazu insbesondere die *Bosman*-Entscheidung C-415/93, Sgl. I-4921, 1995, Rz. 103-104.

25. Siehe dazu bei Simon Deakin/Hannah Reed, 'The Contested Meaning of Labour Market Flexibility', in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 71-102, hier: 76.

26. Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1942, 105.

Die sogenannte "Inländerdiskriminierung" ist keine Anomalie des Gemeinschaftsrechts. Sie ist eine Folge seines Gleichheitsverständnisses<sup>28</sup> und wird bisweilen für die Annahme von regulatorischen Standards, die über einen Minimalstandard der Gemeinschaft hinausgehen, für zulässig erklärt.<sup>29</sup> Umgekehrt passt in dieses Bild, dass nicht auf Gewinn gerichtete soziale Dienste in kasuistischer Weise von der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts ausgenommen werden.<sup>30</sup> Sie werden unter gewissen Umständen nicht zu den ökonomischen Aktivitäten gezählt, für welche die supranationale Gemeinschaft zuständig ist.<sup>31</sup> In einem Bereich, wo es nicht um Profite, sondern um reine Fürsorge geht, darf sich die nationale Solidarität ungehindert entfalten.

## Die Knechte der Verträge

Als gleichsam kinetischer Interpretant der Supranationalität ist die Bewegungsfreiheit an die Integration durch Marktwirtschaft so perfekt anschlussfähig, dass sie den Horizont des Integrationsprojekts gravierend verengt.

Das Mobilitätsprinzip<sup>32</sup> verleiht der ökonomisch motivierten Bewegung Vorrang im Verhältnis zu naturwüchsigen oder geschichtlich gewachsenen Bindungen, die im Bewegungsraum anzutreffen sein mögen. Es neutralisiert den Raum, zu dem Zugang gesucht wird. Die bestimmende Bewegung des Willens angesichts unbestimmter Möglichkeiten ist sein Schutzgut. Im supranationalen Raum regiert Hegels abstraktes Recht.<sup>33</sup> Beschränkungen der Willkür, die auf vorhandene Loyalitäten zurückgehen, sind grundsätzlich verdächtig, protektionistischen, klientistischen, sexistischen oder rassistischen Motiven zu entspringen. Was diesen Verdacht angeht, sind alle nationalen Rechtsordnungen und alle Regelungen gleich. Sie sind potentielle Schranken. Ob eine Schranke Ausdruck des Umstands ist,

---

27. Siehe Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 127; Peter Behrens, 'Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft', in: G. Brüggemeier (ed.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 73-90.

28. Siehe Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 131. Alexander Somek, *Reverse Discrimination Revisited. Coping with an Incongruity between Community Law and Member State Legislation*, Wien 1998 (= Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, and Applied Ethics, 9), <http://www.juridicum.at/forschung/vwp1.htm>.

29. Siehe näher Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 135 Anm. 109.

30. Siehe Tamara Hervey, 'Social Solidarity: A Buttress Against Internal Market Law?' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 31-47.

31. Siehe die Meinung des Generalanwalts in C-70/95, *Sodemar v. Regione Lombardia*, Slg. I-3395, 1997, Rz. 20.

32. Der Europäische Binnenmarkt gewährt Raum für transnationale ökonomische Aktivitäten. Die solcherart gewährleistete Mobilität ist ein Unterfall von *sozialer Mobilität*. Sie bietet die Möglichkeit, durch den Zugang zu sozialen Positionen (sei es zur Position des Anbieters in einem Markt oder zu der des Inhabers eines Arbeitsplatzes) Vorteile zu erlangen, deren Erreichung durch das Vorhandensein von Grenzen ausgeschlossen ist. Deswegen ist die soziale Dimension der Europäischen Union nur dort ausgeprägt, wo es um die Ermöglichung sozialer Mobilität, nicht aber um die Gestaltung des Kontexts der Mobilität geht. Da Mobilität im Kontext der Marktwirtschaft durchaus mit Anpassungsfähigkeit zu tun hat, vermischt sie sich mit marktwirtschaftlichen Tugenden wie der Flexibilität. Europäische Sozialpolitik ist mithin Flexibilitätsförderung. Das entspricht dem Menschenbild: *reasonable and circumspect consumer and flexible and adaptable workforce*. Die Supranationalität stellt darauf ab, die Existenz von Grenzen zu erfassen *und* ihre *Überwindung* als wünschenswert auszugeben. Es geht nicht um deren Verschwinden. Die mit der Grenze gezogene Differenz soll erhalten bleiben. Sie ist bloß unschädlich zu machen. Schädlich ist eine Grenze, insofern sie ein unzumutbares Bewegungshindernis darstellt.

33. Es wird aus der Perspektive einer ersten Person ("Ich") begriffen, die eine erste Person unter anderen ersten Personen ist. Siehe G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), *Werke in zwanzig Bänden*, hrsg. v. E. Moldenhauer – K. Michel, Frankfurt/Main 1969-1971, Bd. 7, §34; S. 92-93.

dass der Raum, in dem man sich oder etwas hineinbewegt, eine Solidaritätsgemeinschaft ist,<sup>34</sup> spielt nur eine untergeordnete Rolle. Soziale Schutzbestimmungen geraten unter Rechtfertigungsdruck.<sup>35</sup> Aus nationalökonomischer Rason lassen sie sich wegen des Protektionismusverdachts nicht aufrecht erhalten. Deswegen müssen ohne Gewinnmotiv erbrachte Solidaritätsleistungen mittels Kunstgriffen aus der Schusslinie des supranationalen Mobilitätsprinzips gebracht werden.<sup>36</sup>

Die durch Verträge die Herren der Verträge sind, werden damit durch die Verträge zu deren Knechten. Das ist kein völlig unbeabsichtigter Vorgang.<sup>37</sup> Liberalisierungen, die sich zu Hause politisch nicht durchsetzen ließen, überlässt man der Brüsseler Bürokratie und gibt ihr auch die Schuld dafür.<sup>38</sup> Aber verknechtet sind die Mitgliedstaaten allemal. Denn sobald die Funktion der nationalen Solidaritätsgemeinschaft dem Regiment des Mobilitätsprinzips unterstellt wird, verkehrt die Supranationalität das von Hegel diagnostizierte Verhältnis von bürgerlicher Gesellschaft und Staat. Das abstrakte Recht kennt, wenn es auf den Markt gebracht wird, nur Personen unter anderen Personen, die ihren Vorteil suchen, indem sie Leistungen für andere erbringen. Die bürgerliche Gesellschaft ist ein System wechselseitiger Abhängigkeit. Die *Anpassungsfähigkeit* ist ihre Kardinaltugend.<sup>39</sup> Sie erhebt die elementare Flexibilität eines jegliche Bestimmtheit in die Unbestimmtheit des Wollen-Könnens zurücknehmenden Willens zur Norm, der sich den Präferenzen anderer andient.<sup>40</sup> Zu denen, die ihr Eigeninteresse verfolgen, indem sie für andere Leistungen erbringen, gehören in einer supranationalen Verfassung *auch* die Nationalstaaten. Sie bieten Wirtschaftsstandorte für jene an, die in der Lage sind, sich solche auszusuchen.<sup>41</sup> Die räumliche Mobilität, die ihnen mangelt, substituieren sie durch die Veränderung ihrer Politik. Als Anpassungsfähigkeit befindet sich die Mobilität in einem verallgemeinerten Zustand im Verhältnis von Wirtschaftssubjekten und Staaten. Deswegen haben Begründungen, aufgrund derer Nationalstaaten Einschränkungen der Bewegungsfreiheit vorsehen dürfen, ein Janusgesicht. Den Bürgerinnen und Bürgern geben sie zu verstehen, unter welchen Bedingungen eine Beschränkung zumutbar ist; für die Nationalstaaten bringen sie zum Ausdruck, welches Bewegungshindernis zu be-

---

34. Für eine Definition siehe Wolfgang Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, Stuttgart – Weimar 2000, 23: "Unter einer Solidaritätsgemeinschaft versteht man ein kompensatorisches System der wechselseitigen gesellschaftlichen Sorge, die insbesondere den Bedürftigen und Schwachen gilt, den Kranken und Gescheiterten, den Pechvögeln und Opfern." Man kann auch ohne verächtlichen Unterton angeben, was eine Solidaritätsgemeinschaft ausmacht. Rawls begreift sie, ohne deswegen sexistische Hintergedanken zu hegen, als Ausdruck des Prinzips der "Brüderlichkeit". Es fordert, nicht einen größeren Vorteil als andere zu haben, außer wenn dies auch zum Vorteil derjenigen ist, denen es schlechter geht. Siehe John Rawls, 'Distributive Justice: Some Addenda' (1968), in: ders., *Collected Papers*, ed. S. Freeman, Cambridge, Mass. 2001, 154-175, hier: 166-167.

35. Siehe dazu Miguel Poiares Maduro, 'Striking the Elusive Balance Between Economic Rights and Social Rights in the EU', in: P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, 449-472, hier: 451.

36. Hervey (Anm. 30) 35-36.

37. Siehe Stephen Holmes, 'Gag Rules and the Politics of Omission', in: ders., *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago – London 1995, 202-235.

38. Siehe Paul Pierson, 'Social Policy and European Integration', in: A. Moravcsik (ed.), *Centralization or Fragmentation? Europe Facing the Challenges of Deepening, Diversity and Democracy*, New York 1998, 124-158, hier: 154-155.

39. Siehe Somek, Rationalität (Anm. 17) 407, 468.

40. Siehe Hegel (Anm. 33) §192, S. 349.

41. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 81.

seitigen ihnen unzumutbar ist, indem sie ihre Funktion wahrnehmen.<sup>42</sup> Aus beiden Perspektiven geht es um die Grenzen zulässiger Diskriminierung.

## Das dominierende Gut

Die Gewährleistung von Marktzugang unter der Prämisse, dass systematische Diskriminierung zu beseitigen ist, steigert die ökonomische Entfaltungsfreiheit insgesamt, da die Prämisse so verstanden wird, dass die weniger belastende Einschränkung sich durchsetzen darf. Indem der EuGH über Beschränkungen der transnationalen Bewegungsfreiheit entscheidet, entscheidet er indirekt auch über das akzeptable Niveau der Marktregulierung.<sup>43</sup> Er tut dies im Kontext einer supranationalen Verfassung, die *nicht* als Solidaritätsgemeinschaft, sondern als *kompetitive Kooperationsgemeinschaft*<sup>44</sup> konzipiert ist. Daraus kann man schließen, dass die supranationale Verfassung die Antidiskriminierung im Verhältnis zu dem entfaltet, was Hayek als Verfassung der Freiheit bezeichnet hat. Die Supranationalität befreit den ökonomischen Liberalismus aus den Banden des Nationalstaats und verallgemeinert ihn.<sup>45</sup> Sie bringt ihn damit auf einen potentiellen Kollisionskurs mit seinem Erzfeind, dem Sozialstaat.

Das Mobilitätsprinzip ist darüber hinausgehend vom Ansatz her mit einer Version der Marktwirtschaft kongruent, für deren perfektes Funktionieren sämtliche Transaktionskosten entfallen sollten. Dass Mobilität ohne Transaktionskosten abgehen könnte, ist zweifelsfrei paradox; es deutet aber darauf hin, dass die Bewegung von Kapital privilegiert ist. Dessen ungeachtet ist das Mobilitätsprinzip anschlussfähig an ein Integrationsmodell, dem das Ideal transaktionskostenfreier Märkte vor Augen steht, um die Selektion des effizientesten rechtlichen Regimes zu befördern. Als entpolitisiertes politisches Selektionsprinzip setzt die "regulatory competition" die Mobilität von Kapital und Arbeit voraus.<sup>46</sup> Ansonsten wäre sie sinnlos (sie ist daher gerade in einer Gemeinschaft, in der sich die Arbeitskräfte nur in geringem Umfang bewegen, so gut wie sinnlos, wenn man von dem zusätzlichen Problem des Informationsmangels einmal absieht).<sup>47</sup>

Das Mobilitätsprinzip ist *nicht neutral* im Verhältnis zu den Gütern, die es in Aussicht stellt. Den Anpassungsfähigen bietet es Investitionsmöglichkeiten und Jobchancen. Diese Güter sind mit einer bestimmten Lebensform verbunden. Michael Walzer bezieht sich auf sie, indem er auf ein weiteres Gut rekurriert, das er als "die Karriere" bezeichnet. In einer von Kapitalgesellschaften geprägten Ökonomie

---

42. Siehe Somek, Equality (Anm. 22) 188.

43. Siehe Miguel Poyares Maduro, 'Europe's Social Self: 'The Sickness Unto Death'', in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 325-350, hier: 328; ders., *We the Court* (Anm. 14) 128.

44. Siehe auch dazu Kersting (Anm. 34) 22. Eine Kooperationsgemeinschaft dient dem wechselseitigen Vorteil aller. Wenn sie kompetitiv gestaltet ist, dann soll durch Wettbewerb das zu verteilende wirtschaftliche Gesamtprodukt steigen.

45. Siehe dazu Alexander Somek, 'On Supranationality', *European Integration Online Papers* 5 (2001), <http://eiop.or.at/eipo/texte/2001-003a.htm>, 11-13.

46. Siehe Catherine Barnard, 'Regulating Competitive Federalism in the European Union? The Case of EU Social Policy' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 49-69, hier: 50.

schlagen sich Investitionsmöglichkeiten und Joboptionen individuell als Karrierechancen zu Buche. Karrieren werden von Menschen gewollt, die ihr Leben als ein Projekt betrachten, das sie planen, in das sie investieren, und das nach der Marktlage adjustiert wird.<sup>48</sup>

Die Karriere als Gut, das vom Mobilitätsprinzip vermittelt wird, ist auch der Ansatzpunkt für den nicht unbedeutenden Teil der gemeinsamen Sozialpolitik, die sich vom Ansatz her als Mobilitätsförderung versteht. In deren Rahmen werden etwa Pensionsansparungen übertragbar gemacht<sup>49</sup> und der Ausschluss ausländischer Arbeitskräfte von Sozialleistungen rationae materiae des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen.<sup>50</sup> Präsent ist sie aber auch in einer Strategie, die darauf abzielt, eine hohe Beschäftigungsquote zu erzielen, indem man Arbeitnehmer in der "wissensbasierten Ökonomie" (als hätte alle bisherige Ökonomie auf Unwissen basiert) auf gesteigerte Flexibilität und lebenslanges Lernen drillt.<sup>51</sup> Dies verträgt sich mit der Vorstellung von Gleichheit als formaler Chancengleichheit.<sup>52</sup> Es ist der sozialpolitische Ausdruck der Tatsache, dass auf der Sonnenseite des Mobilitätsprinzips jene stehen, die wohlhabend, fit und gebildet sind. Sie sind in der Lage, Möglichkeiten wahrzunehmen, wo immer sie sich bieten.<sup>53</sup> Auf der Schattenseite findet man die anderen, für die entweder keine Möglichkeiten entstehen (die Untrainierten) oder die sich nicht bewegen können. Sie finden sich durch das Mobilitätsprinzip sozial und politisch entmacht.

## Kompetitiver Föderalismus als reflexive Verfassung

Eine supranationale Gemeinschaft, die das Mobilitätsprinzip im Verhältnis zu Nationalstaaten zur Anwendung bringt, erhebt einen begrenzten Geltungsanspruch. Sie fordert die Durchlässigkeit, aber nicht die Eliminierung von Grenzen. Die Grenzen sollen porös werden. Die Grenzen der Grenzkorrektur und damit die Grenzen der Wirksamkeit der supranationalen Gemeinschaft zu bestimmen ist kein Problem, das als Nebenfolge der supranationalen Verfassung auftritt. Es ist dem Integrationsmodus immanent. Supranationalität ist eine reflexive politische Form.

Zunächst fordert das Mobilitätsprinzip – zumindest aus der Sicht der "Herren der Verträge" – nicht mehr Durchlässigkeit, als zur Erreichung des antidiskriminierenden Ziels notwendig ist. Die Emphase

---

47. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 82; Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 140-141.

48. Siehe Michael Walzer, *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame 1994, 23-24. Das Leben, das wir abgesehen von Karrierechancen leben, kommt in der supranationalen Verfassung nicht vor. Sie stellt den Tüchtigen Karrierechancen in Aussicht, aber nicht Gesundheit für die Kranken oder Bildung für die Neugierigen. Die Europäische Union kennt keine zivile politische Kultur. Das Familienleben kommt in ihrem Sozialmodell nur peripher vor. Sie geht uns nichts an, wenn wir beten. Das Mobilitätsprinzip ist eindimensional (Walzer [Anm. 48] 33). Es passt auf den eindimensionalen Menschen. Es fehlt ihm die soziale Wärme und kulturelle Relevanz. Es ist nichts für Bürgerinnen und Bürger, die das suchen. Es vermittelt jedenfalls keine kollektive Identität.

49. Siehe dazu Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 2d. ed. Oxford 2000, 299-328.

50. Siehe C-85/96, Martínez Sala, Slg. I-2709, 1998, Rz. 62-64. Dazu, dass die ratio materiae wohl in Einkunft mit der ratio personae zusammenfallen wird, siehe Maduro, *Balancing* (Anm. 35) 457, das identisch ist mit Maduro, *Social Self* (Anm. 43) 335-336.

51. Siehe die sozialpolitische Agenda der Kommission, KOM (2000) 379.

52. Siehe dazu bei John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, dt. Frankfurt/Main 1975, 92. Demnach soll jeder die gleichen gesetzlichen Rechte auf vorteilhafte soziale Positionen haben.



liegt daher aus dieser Sicht auf der "negativen Integration" und dem sich daraus wie eine natürliche Konsequenz ergebenden kompetitiven Föderalismus.<sup>54</sup> Zu beachten ist, dass die Gestalt dieses Föderalismus sich der Verkoppelung des Mobilitätsprinzips mit der Binnenmarktprogrammatisierung verdankt. Aus dem ersten allein ließe er sich nicht entwickeln. Seine Anwendung würde aus dilemmatischen Situationen nicht herausführen, die wiederholt unter Rückgriff auf das tiefsinnige Sinnbild unserer sozialen Existenz, das Gefangenendilemma, analysiert werden.

Es ist naheliegend, zwischen zwei Achsen des kompetitiven Föderalismus zu unterscheiden. Auf der horizontalen Achse stehen nationale politische Systeme im potentiellen oder aktuellen Wettbewerb um die Schaffung eines attraktiven Wirtschaftsstandorts. Auf der vertikalen Achse stellt sich die Frage, welche der in diesem Wettbewerb auftretenden "public bads" auf welcher Ebene des Europäischen Mehrebenensystems zu bekämpfen sind. Darin besteht die Hauptfunktion einer supranationalen Verfassung, die sich als Selbstreflexion des Integrationsprozesses versteht. Auf ihrer Ebene lässt sich der New Deal der Kompetenzen vollziehen, indem man Probleme benennt, angibt, welche Ebene zu ihrer Lösung zuständig sein soll, und darüber hinaus bestimmt, welche Regulierungsart zu wählen ist (Verordnung, Richtlinie, Rahmenrichtlinie, kooperative Regulierung, offene Koordination mit monitoring). Interessanterweise halten dazu noch die Mitgliedstaaten die Kompetenz-Kompetenz in ihren Händen. Das betrifft gar nicht so sehr ihre Eigenschaft als "Herren der Verträge", sondern den Spielraum, der ihnen durch konkurrierende Kompetenzverteilung zugespielt wird. Was sich auf der supranationalen Ebene politisch machen lässt, ist bis vor kurzem auf der Grundlage einer großzügigen Kompetenzinterpretation geschehen. Was sich nicht so leicht realisieren lässt, überlässt man dem "soft law" und der politischen Koordination. Was nicht gemeinschaftlich geht, das geschieht auf nationaler Ebene; oder es geschieht auch nicht.

Im Folgenden will ich die interne Logik des kompetitiven Föderalismus erläutern.<sup>55</sup> Ich beginne mit einer kurzen Bemerkung zur horizontalen Achse und wende mich dann der vertikalen Achse zu.

## Die horizontale Achse

Das Mobilitätsprinzip lässt sich mit der Schaffung eines Binnenmarktes verkoppeln, in dessen Rahmen sich kapitalkräftige Wirtschaftssubjekte und Mitgliedstaaten vermöge ihrer territorialen Mobilität einerseits und ihrer politischen Flexibilität andererseits auf den effizientesten Rechtsbestand einigen.<sup>56</sup> Daraus muss nicht Rechtseinheit resultieren. Der supranationale Binnenmarkt lässt regionale Unterschiede zu, insofern sie effizient sind. Regional unterschiedliche Gleichgewichte mögen daher weiterbestehen, wenn sie unterschiedliche politische Präferenzen oder ein unterschiedliches Produktivitäts-

---

53. Siehe Barnard (Anm. 49), 61.

54. Siehe dazu Thomas R. Dye, *American Federalism: Competition Among Governments*, Toronto 1990.

55. Für einen beeindruckenden Beitrag siehe Simon Deakin, Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on *Centros*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2 (1999) 231-260.

56. Zu den Bedingungen, unter denen der regulatorische Wettbewerb effizient sein kann, und zu ihrer Abwesenheit im Europäischen Kontext, siehe Barnard (Anm. 49) 54-55.

niveau reflektieren.<sup>57</sup> Gleichwohl sind die Folgen dieser föderalen Mechanik bekannt. Wesentliche Elemente der "mixed economy" des Wohlfahrtsstaats befinden sich im Belagerungszustand. Dabei handelt es sich um Arbeitszeitregelungen ebenso wie um Steuern auf mobile Ressourcen. Indem darüber hinaus auch noch die staatliche Daseinsvorsorge und öffentlich subventionierte Dienstleistungen seitens der Kommission dem Europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen werden, geraten Wohlfahrtsstaaten in Rechtfertigungsnotstand und müssen mitunter dem von der Kommission ausgehenden Zwang zu Privatisierung und Liberalisierung weichen (aufgrund von Art. 86 Abs. 3 EG Vertrag etwa im Fall der Telekommunikation, ansonsten aufgrund von Art. 85 Abs. 2).<sup>58</sup> Auf die damit verbundene "slippery slope" hat Scharpf nachdrücklich aufmerksam gemacht, indem er auf die denkbaren Konsequenzen solcher wettbewerbspolizeilicher Maßnahmen hinwies.<sup>59</sup> Warum sollten nicht private Schulen und Universitäten verlangen können, mit öffentlichen Einrichtungen dieser Art unter gleichen Bedingungen zu konkurrieren? Warum sollten private Pensionssysteme nicht ebenfalls staatliche Zuschüsse verlangen?

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung öffentlicher Dienstleistungen ist mit der vorhin erwähnten Subordination des Staats unter die bürgerliche Gesellschaft kongruent. Der Staat ist ein Anbieter unter anderen. Das Wettbewerbsrecht zielt darauf ab, Unbeweglichkeit zu beseitigen, die nicht auf einem nicht gebilligten Wettbewerbsvorteil beruht. Das gilt auch für öffentliche Unternehmungen oder für Transfers an beliebige oder beauftragte Private.

## Die vertikale Achse

Die kollektiv irrationalen Konsequenzen, die so manche "deals" zwischen den mobilen Hauptakteuren des Binnenmarktes – transnationale Unternehmen und Staaten – haben mögen, lassen sich durch Regulierungen auffangen. Regulatorisches Einschreiten ist jedenfalls dann angezeigt, wenn das politisch flexible Handeln der Mitgliedstaaten zum berüchtigten "race to the bottom" führen könnte,<sup>60</sup> aus dem alle beteiligten Staaten nur Nachteile und keine Vorteile mehr hätten.<sup>61</sup> Regulierung ist aber auch dann angezeigt und der marktwirtschaftlichen Logik der Kompensation von Marktversagen angemessen, wenn der Wettbewerb in anderer Weise falsch läuft.<sup>62</sup> Der unspektakulärste, aber auch am einfachsten fassbare Fall dafür sind Produktstandards.<sup>63</sup> Die unterschiedliche Qualität von Produkten mit unterschiedlich hohen Preisen ist den Konsumenten oftmals nicht durchsichtig. Sie greifen nach den billigeren Produkten, für die geringere Qualitätsstandards gelten. Die Vereinheitlichung der Produktstandards schafft Wettbewerbsbedingungen, die es ausschließen, dass aus dem Nicht-Wissen der Konsumenten Renten bezogen werden können. Analoges gilt für "social dumping", also die Ad-

---

57. Siehe dazu Syrpis (Anm. 15) 25.

58. Siehe dazu Scharpf (Anm. 18) 54-63.

59. Ebd., 61.

60. Siehe dazu Barnard (Anm. 49) 57, 59.

61. Wenn alle Staaten ihre Sozialstandards senken, hat kein Staat einen Wettbewerbsvorteil. Siehe Barnard (Anm. 49) 57.

62. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 82 (unter Hinweis auf Mindeststandards).

63. Siehe Scharpf (Anm. 18) 92-93.

justierung von Sozialstandards auf ein niedriges Niveau zur Standortsicherung. Auch wenn "social dumping" als soziales Faktum in Europa als nicht nachgewiesen gilt,<sup>64</sup> steht die Politik schon längst unter dem Vorzeichen, dass es jederzeit auftreten könnte. Insofern ist "social dumping" sehr wohl eine Realität, aufgrund derer politisch gehandelt wird.<sup>65</sup>

Das Auftreten von asymmetrischen Mehr-Personen-Dilemmata,<sup>66</sup> in denen einige von Liberalisierungen mehr gewinnen können als andere und gleichwohl alle schlechter dastehen als bei der Wahl einer koordinierten Strategie, kann etwa durch Festlegung von technischen oder sozialen Minimalstandards hintan gehalten werden. Die Regulierung auf Gemeinschaftsebene lässt sich als positive Integration im Sinne des "market making" und im Sinne der "market correction" verstehen,<sup>67</sup> die beide durch den Regulierungsmarkt nicht zustande gebracht werden können. Vom Ansatz her ist sie ein affirmative action-Programm für die wirtschaftlichen Hauptagenten des Binnenmarkts.<sup>68</sup> Sie hat eine integrierende Funktion für Unternehmen und Staaten, indem sie ökonomisch und politisch erträglich macht, was ohne Regulierung zu politischen Zerreißproben führen würde. Wie Zauberlehrlinge sind die Mitgliedstaaten mit den Folgen der negativen Integration konfrontiert und entdecken indirekt in der im kompetitiven Föderalismus gelegenen *Nötigung zur gemeinsamen Reaktion* das eigentlich integrierende Moment. Die Mitgliedstaaten stoßen in der Reflexion des Binnenmarktes auf Probleme, die ihnen *gemeinsam* sind und die sich mitunter bloß von der supranationalen Ebene aus bearbeiten lassen.

## Grenzen der Kooperation

Auf der Ebene des Supranationalismus stellt sich freilich die Frage, inwieweit eine gemeinsame Regelung zweckmäßig oder möglich ist. Auf das Problem der Zweckmäßigkeit<sup>69</sup> versucht das (supranational überformte) Subsidiaritätsprinzip eine normative Antwort zu geben.<sup>70</sup> Als normative

---

64. Siehe dazu David Goodhart, 'Social Dumping Within the EU' in: D. Hine/H. Kassim (eds.), *Beyond the Market. The EU and National Social Policy*, London 1998, 79-90.

65. So die zutreffende Beobachtung bei Barnard (Anm. 49) 63-64.

66. Siehe Scharpf (Anm. 18) 105.

67. Siehe Scharpf (Anm. 18) 45.

68. Siehe dazu schon Somek, 'On Supranationality' (Anm. 45). Claus-Dieter Ehlermann, 'Harmonization versus Competition between Legal Rules', *European Review* 3 (1995), 333, 334 unterscheidet vier Gründe, aus denen eine Harmonisierung zur Errichtung des Binnenmarktes gerechtfertigt sein kann: erstens zur Beseitigung eines Hindernisses zur Ausübung der Grundfreiheiten; zweitens zum Schutz von Interessen, die aufgrund der Beseitigung eines Hindernisses gefährdet sein können; drittens zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen, die, obwohl sie keine Bewegungshindernisse darstellen, zu erheblichen Kostenunterschieden führen; viertens um die Kooperation zwischen Firmen und Individuen im Binnenmarkt zu erleichtern.

69. Siehe dazu auch Barnard (Anm. 49) 60-61.

70. An dieser Stelle ist anzumerken, dass der Föderalismus echter Subsidiarität vom Supranationalismus in seiner dominierenden Auslegung verschieden ist. Es ist leicht erklärt, weshalb es sich so verhält. Wenn man dem Subsidiaritätsprinzip folgend von kleineren Gemeinschaften ausgeht, muss man wissen, worum es in kleineren Gemeinschaften geht, d.h. man muss eine bestimmte Lebenskonzeption vor Augen haben. Das ist bei der Supranationalität aber nicht der Fall. Ihr Prinzip ist das der Mobilität. Deswegen können kleinere Einheiten nicht als finaler Bezugspunkt gelten. Sie sind, was immer sie sonst noch sind, jedenfalls Bewegungshindernisse. Und um den Abbau der Bewegungshindernisse geht es im System der Supranationalität. Damit soll nicht behauptet werden, dass es sich bei modernen föderalen Systemen anders verhält als bei der Supranationalität. Im Gegenteil, es ließe sich sogar behaupten, dass die zentralisierende Tendenz des modernen Föderalismus sich der Präponderanz der Bewegungsfreiheit verdankt. Ein Blick auf

Schranke der Gemeinschaftsgesetzgebung hat es sich bislang nicht als besonders wirksam erwiesen. Pragmatische Grenzen können sich aus den Unterschieden etablierter nationaler Regelungssysteme ergeben. Auf beides kann ich hier nicht eingehen. Der gemeinsamen Problemlösung, die immerhin weitestgehend konsensual verläuft und im Bereich der delegierten Gesetzgebung den supranationalen run-off durch ein System national beschickter Ausschüsse vermeidet,<sup>71</sup> sind sachliche Grenzen gesetzt. Zum einen existieren Bereiche, in denen die Interessen der Mitgliedstaaten konvergieren. Zum anderen gibt es jene bemerkenswerte Zone, in der Mitgliedstaaten über den einer Regulierung zugrunde zu legenden Standard unterschiedlicher Auffassung sind, aber dennoch ihr Interesse an gemeinsamer Regulierung die Auffassungsunterschiede überwiegt und deswegen – mitunter mithilfe von “package deals” – ein gemeinsamer Standard festgelegt werden kann.<sup>72</sup> Die Gemeinschaft kann in solchen Bereichen (produktbezogene Gesundheit, Sicherheit, Konsumentenschutz, grenzüberschreitender Umweltschutz) einen relativ hohen Standard durchsetzen, auch wenn sich daraus für weniger wohlhabende Staaten vergleichsweise größere Belastungen ergeben. Die Konsensfindung kommt allerdings an ihre Grenze in Bereichen, welche die Regelung der Produktion und nicht die Produktqualität selbst betrifft (und somit die entstehenden Vorteile nicht direkt an Konsumenten weitergegeben werden können). In diesem Bereich – und er betrifft unter anderem die berüchtigten “Lohnnebenkosten” – ist es für die beteiligten Staaten im Sinne der Wahl der besten Alternative zur Verhandlungslösung von größerem Vorteil, eine nationale Regelung der gemeinsamen Regelung vorzuziehen. Scharpf verdeutlicht dies an folgendem Beispiel:<sup>73</sup>

[I]f social-welfare and environmental regulations were harmonized at, say, the Danish level, the international competitiveness of economies with lower productivity would be destroyed. If exchange rates were allowed to fall accordingly, the result would be higher domestic prices and, hence, impoverished consumers. If devaluation were ruled out (e.g. in a monetary union), the result would be deindustrialization and massive job losses—just as they occurred in eastern Germany when the relatively backward GDR economy was subjected to the full range of West German regulations under a single currency.

Zu dieser Zone gehören aber auch die unüberwindbar erscheinenden Differenzen in nationalen Systemen der Pensionsvorsorge, der Krankenversicherung oder der Gesundheitsversorgung.<sup>74</sup>

---

die Kompetenzinterpretation in den Vereinigten Staaten von *Gibbon v. Ogden* bis *US v. Lopez* würde dies zeigen.

71. Weiler, *Constitution of Europe* (Anm. 11) 98 spricht in diesem Zusammenhang von “infra-nationalism”.

72. Siehe Scharpf (Anm. 18) 108.

73. Scharpf (Anm. 18) 79.

74. Siehe ebd., 80-81. Scharpf zieht daraus folgenden Schluss (ebd. 82-83): “Since positive integration, unlike negative integration does in fact depend on high levels of agreement among member governments, it follows that certain types of policy problems, for which solutions would be politically feasible within each of the member states, are unlikely to be dealt with effectively at the European level. If, at the same time, national solutions

## Soziale Gerechtigkeit

Die Gewährleistung von sozialer Gerechtigkeit in dem Sinne, wie sie traditionelle sozialstaatliche Programme der "Umverteilung" bestimmt hat, ist kein integraler Bestandteil der Gemeinschaftspolitik.<sup>75</sup> Sie gehört nicht einmal zu den Zielen der Union oder der Gemeinschaft. Im Kontext des kompetitiven Föderalismus kommt sie nur als Politikziel vor, das von den Mitgliedstaaten verfolgt wird.<sup>76</sup>

Aus zwei Gründen ist die gegenwärtige supranationale Verfassung so beschaffen, dass sie in der Reproduktion einer Situation resultiert, in der die fehlende supranationale Kompetenz mit mangelnden nationalen Kapazitäten konvergiert.<sup>77</sup>

Erstens sind bei den Entscheidungsprozessen der positiven Integration die sozialen Schutzinteressen der Bürgerinnen und Bürger nicht direkt oder vermittelt durch politische Programme relevant. Sie sind nur insofern von Bedeutung, als solche Interessen durch Staaten repräsentiert werden. Ratsmitglieder aus unterschiedlichen politischen Lagern bringen unterschiedliche Auffassungen betreffend die soziale Gerechtigkeit mit. Unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklungs- und Produktivitätsniveaus sowie unterschiedliche Systeme des Sozialrechts tragen dazu bei, dass das "agreement to disagree" der wahrscheinliche Fall ist. Im Ergebnis stellt sich die Sozialpolitik, wenn überhaupt, als eine Angelegenheit der "kleinsten gemeinsamen Nenner" dar. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sie den Bereich darstellt, in welchem nicht Verordnungen, sondern bloß Richtlinien anzutreffen sind. In diesen sind regelmäßig die Möglichkeiten für eine flexible Umsetzung seitens der Mitgliedstaaten vorgesehen.<sup>78</sup> Während die wirtschaftliche Mobilität auf eine supranationale Ebene gehoben ist, erfährt die Gewährleistung des sozialen Schutzes im Effekt eine *prekäre* Nationalisierung. Denn die politischen Instrumente, die den Nationalstaaten verbleiben, werden geringer. Nationalstaaten sind nicht mehr in der Lage, den Umfang von Sozialleistungen auf ihre Angehörigen oder auf Personen zu beschränken, die sich auf ihrem Territorium aufhalten.<sup>79</sup> Um nicht die Flucht mobiler Produktionsfaktoren durch die Erhebung hoher Steuern zu provozieren, müsste die Steuerschraube bei den immobilen Faktoren wie Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit und Konsum angesetzt werden. Damit träfe man die potentiellen Klienten der Sozialpolitik.<sup>80</sup> Vor allem angesichts der Konvergenzkriterien und des Stabilitäts- und Wachstumspakts stehen Instrumente der Makrosteuerung nicht mehr zur Verfügung, mit denen sich Beschäftigungseffekte haben erzielen lassen (wie das "deficit spending" oder die Abwertung der Währung).<sup>81</sup> Das hat zur Konsequenz,

---

are undercut by negative integration and by pressures of economic competition, the overall result would be a general loss of problem-solving capacity in the multi-level European polity and, hence, a loss of out-put oriented democratic legitimacy."

75. Das bedeutet nicht, dass ihr nicht eine gewisse Bedeutung als Nebenrolle zufällt.

76. Siehe dazu auch Maduro, *Sickness Unto Death* (Anm. 43), der ein "criterion of social justice" einmahnt.

77. Siehe Scharpf (Anm. 18) 117.

78. Siehe Catherine Barnard, 'Flexibility and Social Policy' in: G. de Búrca – J. Shaw (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Oxford – Portland 2000, 197-217, hier: 204-213 für eine Übersicht über die unterschiedlichen Instrumente, die gewählt werden, um Flexibilität zu bewirken.

79. Siehe Pierson (Anm. 38) 135-136.

80. Siehe Scharpf (Anm. 18) 112.

81. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 92.

dass, was den wichtigen Bereich der Beschäftigungspolitik und mit diesem die Finanzierung des Sozialstaats angeht, die Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse sichtlich als der einzig gangbare sozialpolitische Weg der Beschäftigungssicherung bleibt.<sup>82</sup> Die Nationalstaaten müssen ihrer sozialpolitischen Ohnmacht zuarbeiten. Durch die Währungsunion entwickelt sich dieser kompetitive Föderalismus zum Euro-Föderalismus fort.<sup>83</sup> Das Mobilitätsprinzip setzt sich durch. Sowohl der Kommission als auch dem Rat steht in offiziellen Erklärungen und Beschlüssen immer wieder das Ideal einer "skilled, trained and adaptable workforce"<sup>84</sup> vor Augen. Sie verzichtet auf Reallohnzuwächse gemessen an der Produktivitätssteigerung, damit Kapital für Investitionen abgezweigt werden kann, die neue Arbeitsplätze schaffen. Was geschieht, wenn das Kapital auf den Kapitalmärkten landet, weiß niemand. Aus der Sicht der Nachfrage ermöglicht eine Politik, die "rigide" Schutzbestimmungen abbaut, eine Beschäftigungspraxis, die einen kleinen Teil vollbeschäftigter und flexibel eingesetzter Mitarbeiter kombiniert mit einer Reserve von Teilzeit- und Kurzzeitbeschäftigten, aus der zu Spitzenzeiten rekrutiert wird. Der Angebotsseite zugewandt spricht man von einer familien- und frauenfreundlichen strukturellen Reform; es verhielte sich gewiss auch so, wenn sich von den Gehältern leben ließe. Die Kommission musste freilich unlängst indirekt einbekennen,<sup>85</sup> dass Europa mittlerweile auch schon Gefahr läuft, jene tragische soziale Gestalt zu schaffen, die wir schon seit längerem aus den USA kennen: den "working poor".

Auf den ersten Blick mag es so aussehen, als ob durch die Integration des sozialpolitischen Abkommens der Elf in den Titel XI (Sozialpolitik)<sup>86</sup>, die Aufnahme der Sozialpartner in die Gemeinschaftspolitik und die "Konstitutionalisierung"<sup>87</sup> der Politik der offenen Koordinierung im Amsterdamer Vertrag (Titel VIII Vertrag) der Weg zur gemeinschaftlichen Problemlösung geebnet wird. Indes lehrt schon ein Blick auf die Leitlinien (Art. 128), die im Rahmen des sogenannten "Luxemburg-Prozesses" entstanden sind,<sup>88</sup> dass die vier Säulen (Beschäftigungsfähigkeit, Unternehmertum, Anpassung, Chancengleichheit), aufgrund derer nationale Politik abgestimmt werden sollen, auf einer "kuriosen Mischung" von neoliberalen Politikzielen und neokorporatistischer Praxis beruhen.<sup>89</sup> Neoliberal ist der Traum, es lasse sich durch die (oder neben der) Deregulierung irgendwie die richtige Balance von Flexibilität (Kurzzeitbeschäftigung mit lebenslangem Lernen) und sozialer Sicherheit erzielen. Es mag sein, dass dieser Traum in gewisser Weise der Vorstellungswelt des "dritten" Wegs entspricht: "neoliberalism with a discount" (Roberto Unger). Konkretisiert und

---

82. Siehe ebd., 98.

83. Zu den fiskalpolitischen Konsequenzen der Währungsunion, siehe bloß Francis Snyder, *EMU Revisited. Are We Making a Constitution? What Constitution are We Making*, in: P. Craig/G. de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 417-477, hier: 448

84. Siehe namentlich den Beschluss des Rats über Wachstum und Beschäftigung OJ C236/3, zitiert bei Deakin/Reed (Anm. 25) 90.

85. Siehe Mitteilung der Kommission – Ein Europa schaffen, das alle einbezieht, KOM/2000/0079.

86. Zu den Komplikationen siehe Barnard, 'Flexibility' (Anm. 78) 202.

87. Siehe dazu Catherine Barnard, 'EC 'Social' Policy', in: P. Craig – G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 479-516, hier: 486; siehe auch Erika Szyszczak, 'The Evolving European Employment Strategy' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 197-221, hier: 203-206.

88. Sie gehen auf den außerordentlichen Beschäftigungsgipfel 1997 zurück.

89. So Deakin/Reed (Anm. 25) 95.

implementiert werden soll dieser Traum durch die Sozialpartner auf europäischer, nationaler, regionaler und betrieblicher Ebene. Der soziale Dialog ist das Mittel der Flexibilisierung.<sup>90</sup> Eine solche Strategie ist eigentlich schon jenseits des Neo-Korporatismus angesiedelt. Sie führt geradewegs zurück zum Korporatismus. Möglicherweise ist diese europaweite Strategie in der Tat ein Anzeichen für die Mutation des kompetitiven Föderalismus in den Euro-Föderalismus. Dieser realisierte etwas Ähnliches wie das Sozialmodell "kompetitiver Solidarität", das Streeck als neue Basis der Europäischen Sozialpolitik vermutet. Sie basiert auf der jeweils nationalen Investition in die Fähigkeiten von Individuen und Gemeinschaften, deren Humankapital angesichts verstärkter nationaler und regionaler Standortkonkurrenz für den Kampf ums wirtschaftliche Dasein "fit" gemacht wird.<sup>91</sup> Da die "strukturelle Anpassung" der Arbeitsmärkte und der Betriebsorganisation sich im Euro-Föderalismus verstärkt als Mittel der Sozialpolitik aufdrängt,<sup>92</sup> besteht die Gefahr, dass es schlichtweg zur Konvergenz der Deregulierung kommt.<sup>93</sup> Denn in auffälligem Gegensatz zur Erfüllung der Konvergenzkriterien folgen auf die Nichtbeachtung koordinierter Politiken keine finanziellen Sanktionen, sondern nur der Empfang einer nicht-bindenden Empfehlung. Es besteht also eine bemerkenswerte Divergenz der Maßstäbe, an denen die Konvergenz der Budgetpolitik und die Konvergenz der Sozialpolitik gemessen wird.

Zweitens folgt aber auch die Abstimmung der Interessen zwischen den Staaten nicht einem Kriterium der Unparteilichkeit, sondern einem Nutzenkalkül. Das elementarste unter ihnen besagt, dass eine Regelung einen Nettonutzen haben sollte. Das Nettonutzenprinzip ist mit der Mehrheitsentscheidung verträglich. Es lässt echte Verlierer zu.<sup>94</sup> Die europäische Politik folgt nicht dieser Logik. Selbst wenn Staaten im einen oder anderen Bereich einen Nachteil haben, dann nehmen sie diesen nur in Kauf, weil für sie die Vorzüge des Binnenmarktes überwiegen und sie in einem anderen Politikbereich entschädigt werden.<sup>95</sup> Es können Kaldor-Hicks-effiziente Ergebnisse erzielt werden, in deren Rahmen diejenigen, die bei einer Mehrheitsentscheidung einen Verlust in Kauf nehmen müssen, bei anderer Gelegenheit schadlos gehalten werden.<sup>96</sup> Wenn Kompensationsmöglichkeiten nicht in Sicht sind, dann bleibt nur die mit dem Pareto-Prinzip stets mitgedachte Vetomöglichkeit. Verbesserungen sind nur zulässig, wenn niemandes Position verschlechtert wird. Ein System, das der Mehrheitsentscheidung vertraute, ohne den Interessenausgleich zwischen Staaten zur Bedingung zu haben, könnte nur auf einem "Gesellschaftsvertrag" basieren. Er müsste die Gerechtigkeitskriterien

---

90. Siehe dazu Nachweise bei Deakin/Reed (Anm. 25) 95.

91. Siehe Wolfgang Streeck, 'Competitive Solidarity: Rethinking the 'European Social Model'', *MPIfG Working Paper* 99/8 (1999).

92. Siehe den Verweis in Art. 126 EG Vertrag auf die nach Art. 99 Abs. vom Rat im Rahmen der Währungsunion zu erstellenden Richtlinien der Wirtschaftspolitik. Siehe dazu Deakin/Reed (Anm. ), 90-91: "Article 99 and the Stability and Growth Pact together constitute an attempt to lock Member States into a path of economic development based on economic convergence around tight budgetary controls and the maintainance of price stability. Labour market flexibility, in the sense of 'structural reforms', is a corollary in this process."

93. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 93.

94. Siehe Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 152.

95. Siehe Scharpf (Anm. 18) 108.

96. Siehe Maduro, *Sickness* (Anm. 43) 345-346.

enthalten, denen sich die unterliegende Minderheit beugen müsste.<sup>97</sup> Einen solchen Gesellschaftsvertrag gibt es nicht.

Damit gerät der Supranationalismus, der seinen egalitären Ansatz im Sinne des Mobilitätsprinzips auslegt, in Konflikt mit seinem eigenen normativen Grundsatz. Denn vor dem Hintergrund dieser Entwicklung lässt sich nicht mehr sagen, dass einem System von Nationalstaaten die diskriminierenden Effekte genommen werden. Die Auslegung der Supranationalität im Sinne des Mobilitätsprinzips erweist sich als zu eng. Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Angehörigen von Nationalstaaten, deren Heimatländer im Wettbewerb der nationalen Solidaritäten sich durchsetzen können; es gilt vor allem für jene, die angesichts der Universalisierung des Ideals der "skilled, trained and adaptable workforce" vor gravierenden Inklusionsproblemen stehen.

## **Das Gegenprinzip: Märkte ohne Diskriminierung**

Die Supranationalität fordert, Benachteiligungen zu eliminieren, die sich systematisch aus der Koexistenz von Nationalstaaten ergeben. In ihrer dominierenden Auslegung bildet sie den normativen Hintergrund für den kompetitiven Föderalismus, der die Anwendung dieses Prinzips der gemeinsamen Problemlösung unterwirft. Die supranationale Verfassung erfüllt diese Funktion auf "metakonstitutionelle" Art.<sup>98</sup> Sie beobachtet nationale Regulierungen, um Rückschlüsse darauf zu ziehen, ob die nationale Regulierung zweiter Ordnung – also die nationale Kompetenz – zurückzutreten hat.<sup>99</sup> Sie entkoppelt problemspezifisch den nationalen Erzeugungszusammenhang zwischen Gesetz und Verfassung und ersetzt ihn durch supranationale Geltungsanordnungen. Die in einem Mitgliedstaat weniger belastende Regelung eines Produktstandards muss von einem anderen Mitgliedstaat aufgrund der supranationalen Verfassung anerkannt werden. Durch das Gemeinschaftsrecht wird sie anwendbares Recht. Die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs von Förderungen oder Unterstützungen gilt aufgrund des europäischen und nicht aufgrund des nationalen Gleichheitsprinzips. Indem das Gemeinschaftsrecht den Marktbürgern subjektive Rechte einräumt, ermächtigt es diese, das geltende Recht unter die Hoheit der supranationalen Rechtsordnung zu bringen. Die Allianz von Marktbürgern und Gerichten, die den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ernst nehmen, ist bekanntlich ein Erfolgsrezept des supranationalen Rechts. Dadurch wird die nationale Souveränität nicht aufgehoben. Die supranationale Verfassung zweiter Ordnung wirkt im Verhältnis zu nationalen Verfassungen wie eine negative Kompetenznorm, die zur Regulierung des kompetitiven Föderalismus durch positive Kompetenznormen ergänzt wird. Damit ist auch klar, was in

---

97. Siehe Maduro, *Sickness* (Anm. 43) 346.

98. Siehe Neil Walker, 'Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe', in: G. de Búrca/J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Oxford: Hart Publishing 2000, 9-30. hier: 15.

99. Nach dem hier verwendeten funktionellen Verfassungsbegriff liegt eine Verfassung immer dann vor, wenn die bei der gemeinsamen Lösung eines Sachproblems auftretende Frage, durch welche Regeln der Kooperation es zu lösen sei (Problemlösung erster Ordnung), selbst einem gemeinsam verbindlichen Modus der Problemlösung unterstellt wird (Problemlösung zweiter Ordnung). Pate bei diesem Verfassungsbegriff stehen sowohl Hans Kelsen als auch Niklas Luhmann. Siehe Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, 228; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1993, 71.



einem konstitutionellen Kontext "Integration" bedeutet. Es bedeutet schlicht, immer mehr Bereiche ausgehend vom Sachproblem einem supranationalen Problemlösungsverfahren zu unterwerfen.

## Die Inklusionsverfassung

Die vorstehende Rekonstruktion der dominierenden Auslegung ist weder polemisch noch irreführend. Sie lässt sich verteidigen. Gleichwohl ist sie ergänzungsbedürftig. Denn das Gemeinschaftsrecht hat die supranationale Antidiskriminierung auch im Verhältnis zu einem anderen Typus von Verfassung in Angriff genommen. Dabei handelt es sich um die *Verfassung der Inklusion*.<sup>100</sup> Durch sie wird der Zugang zu den Positionen der gesellschaftlichen Zusammenarbeit gesichert und Vorsorge für den Fall getroffen, dass er aus irgendwelchen Gründen unüberwindbar erscheint.

Unter Bedingungen der marktwirtschaftlichen Mobilität ist die gesellschaftliche Zusammenarbeit von einem konstitutiven Inklusionsrisiko begleitet.<sup>101</sup> An der gesellschaftlichen Zusammenarbeit teilzunehmen, schließt ein, jederzeit aus der Zusammenarbeit dauerhaft herausfallen zu können. Arbeitsunfall, Konkurs, Krankheit, Alter oder der Verlust des Arbeitsplatzes sind Risiken, die sich jederzeit materialisieren können. Das moderne Sozialversicherungsrecht versichert gegen solche Risiken. Wenn die Teilnahme an der gesellschaftlichen Zusammenarbeit als primäre Bezugsquelle von Grundgütern entfällt, dann wird der Ausfall kompensiert. Den darauf bezogenen Regelungsbereich zweiter Ordnung kann man als Verfassung der Inklusion bezeichnen.

Die Inklusionsverfassung verhält sich zur liberalen Verfassung durchaus ähnlich wie die supranationale Verfassung. Sie verdrängt und überlagert sie in bestimmten Bereichen. Allerdings geschieht dies nicht kraft höheren Rechts, sondern vermöge realer Verhältnisse (sie wird daher gerne als "Realverfassung" bezeichnet). Unter Bedingungen supranationaler Integration ereilt die Verfassung der Inklusion dasselbe Schicksal wie die liberale Verfassung. Die supranationale Verfassung verdrängt durch die Anwendung des Mobilitätsprinzips die Inklusionsverfassung hinsichtlich der Methode der Aufgabenerfüllung. Sie erledigt Inklusionssicherung auf ihre Art. An erster Stelle steht die Mobilitätsförderung. Das Gemeinschaftsrecht war, was dies angeht, sehr erfolgreich darin, sozialversicherungsrechtliche Barrieren abzubauen und darüber hinaus auch noch Bereiche einzubeziehen, die, wie die Schule, indirekte Mobilitätshindernisse darstellen könnten. Zweitens sichert die supranationale Verfassung die Inklusion durch den Schutz vor Diskriminierung in Sozialsystemen. Drittens eröffnet es politische Kooperationsmöglichkeiten, durch welche das durch den Binnenmarkt verschärfte Inklusionsrisiko abgemildert und Wettbewerbsgleichheit hergestellt werden soll.

---

100. Zum Begriff der Inklusion siehe Niklas Luhmann, 'Inklusion und Exklusion,' in: ders., *Soziologische Aufklärung*, Bd. 6: *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995, 237-264.

101. Näher dazu Alexander Somek, 'A Constitution for Antidiscrimination. Exploring the Vanguard Moment of Community Law', in: *European Law Journal* 5 (1999), 243-271

## Liberaler Gleichheit

In supranationaler Sicht ist Inklusion vorwiegend relevant im Hinblick auf die Partizipation am marktwirtschaftlichen Verkehr. Dieser wird gefördert. Auf den ersten Blick dürfte Art. 141 EGV (und sein neuer Satellit Art.13) auf nichts anderes abstellen. Das Geschlecht darf kein Inklusionshindernis sein. Allerdings geht es bei dieser Bestimmung, für die Maduro festhält, dass sie lange Zeit ein "lone ranger" in the otherwise empty and foggy landscape of European social rights"<sup>102</sup> darstellte, auch um etwas anderes. Dieses andere kann man nicht genügend unterstreichen, weil er der in Art. 141 (und Art. 13) enthaltene Gedanke im Verhältnis zur Marktwirtschaft gleichsam ein Gegenprinzip zum Mobilitätsprinzip formuliert und insofern etwas wie den Keim einer Gegenverfassung zur dominierenden Auslegung der Supranationalität enthält.

Diskriminierungen wie jene "wegen des Geschlechts" sind in der Marktwirtschaft endemisch. Die Orientierung an Stereotypen, wirtschaftlicher Ohnmacht und den Vorurteilen von Konsumenten ist eine integrale Komponente des *rationalen Verhaltens* von Marktteilnehmern.<sup>103</sup> Das private Antidiskriminierungsrecht, für dessen Umsetzung über den Bereich der geschlechtsspezifischen Diskriminierung hinausgehend bereits zwei Richtlinien vorliegen, will jene Diskriminierung korrigieren, die in der marktwirtschaftlichen Verhaltenskoordination systematisch angelegt ist.<sup>104</sup> Gleich wie die Supranationalität in ihrer dominierenden Auslegung sich gegen die Diskriminierung wendet, die in einem System von Nationalstaaten für diejenigen auftritt, die wirtschaftlich mobil sein können, wendet sich das private Antidiskriminierungsrecht gegen jene Diskriminierung, aufgrund derer im Kontext der marktwirtschaftlichen Verhaltenskoordination Menschen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe benachteiligt sind. Insofern es bei letzterem um *Marktkorrektur* geht, die zunächst von der supranationalen Konstellation unabhängig ist, lässt sich die Schaffung diskriminierungsfreier Märkte als Gegenprinzip der dominierenden Auslegung der Supranationalität verstehen. Dieses Gegenprinzip bringt den Gedanken liberaler Gleichheit zur Geltung,<sup>105</sup> die fordert, Menschen jedenfalls unabhängig von ihrer Gruppenzugehörigkeit zu sehen. Ihre soziale Stellung soll bloß von ihrem Talent, ihrem Fleiß und ihrem Glück bestimmt sein.

## Zwei Möglichkeiten der Kombination

Es gibt zwei Wege, die Supranationalität mit dem Prinzip der liberalen Gleichheit vereinbar zu machen. Einerseits lässt es sich in der dominierenden Auslegung unterbringen und dem Mobilitätsprinzip assimilieren. Andererseits lässt sich der Supranationalität aus der Sicht der liberalen Gleichheit eine revidierte Auslegung verleihen.

---

102. Maduro, 'Sickness' (Anm. 43) 337.

103. Siehe Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, New York – Oxford 1997, 151-166

104. Eine Korrektur des Verhaltens betrifft auch hier systemische Effekte. Wie tief eine solche Korrektur gehen kann und wie erfolgsversprechend sie ist, ist eine andere Frage, auf die hier nicht einzugehen ist. Siehe Alexander Somek, 'Die beiden Sprachen des Antidiskriminierungsrechts', erscheint in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2002.

105. Siehe Rawls, *Theorie* (Anm. 52) 93.

Wenn man den ersten Weg wählt, gelangt man zum gegenwärtigen Antidiskriminierungsrecht. Es übersetzt die ihm immanente distributive Dimension in eine deontologische Perspektive, indem es spezifische Distributionsagenten an strenge Diskriminierungsverbote bindet.<sup>106</sup> Mit dem Geist des Mobilitätsprinzips ist das Antidiskriminierungsrecht insofern kompatibel, als es jene Personen zu seinen Klienten erhebt, die sich durch einen Mobilitätsnachteil auszeichnen, den sie selbst bei bestem Willen nicht überwinden können (Geschlecht, Rasse, Behinderung, sexuelle Orientierung, Herkunft, Alter etc.). Es geht um den Marktzugang für jene, die aus einem unveränderlichen Merkmal einen Nachteil haben. Dadurch erfährt das Prinzip liberaler Gleichheit eine inhaltliche Verkürzung, das in seinem vollem Umfang fordert, „dass Menschen mit gleichen Fähigkeiten und gleicher Bereitschaft, sie einzusetzen, gleiche Erfolgsaussichten haben sollen, unabhängig von ihrer anfänglichen gesellschaftlichen Stellung.“<sup>107</sup>

Wenn man den zweiten Weg einschlägt, lässt sich diese Verkürzung vermeiden. Der zweite Weg beruht darauf, die Supranationalität von der liberalen Gleichheit her zu begreifen. Die erste wird als Komponente der letzteren gesehen. In diesem Verständnis stellt sie darauf ab, dass die Koexistenz von Nationalstaaten, die einen gemeinsamen Markt unterhalten, unfaire Inklusionsnachteile für manche einschließt. Darin liegt der historische Sinn von Art. 141 EG-Vertrag. Frankreich hat auf dessen Aufnahme bestanden, um aus seinen Sozialgesetzen keinen Wettbewerbsnachteil zu haben. Damit solche Nachteile im Rahmen des kompetitiven Föderalismus nicht durch die Senkung nationaler Standards abgewendet werden und folglich die Angehörigen von Nationalstaaten keine Nachteile aus einem System kooperierender Nationalstaaten haben, gibt es den Diskriminierungsschutz. Er ist aktueller denn je. Der Zugang zu guter Beschäftigung – zu den „höherwertigen Arbeitsplätzen“, von denen auch die Kommission mitunter spricht<sup>108</sup> – ist schwierig, weil er mit einem höheren Qualifikationsprofil verbunden ist. Dieses Profil ist mithilfe des bestehenden Bildungssystems, das aus leeren Kassen gespeist wird, gewiss nicht für alle erreichbar. Durch die ebenfalls von der Kommission zur Kenntnis genommene Vergrößerung der sozialen Ungleichheit wird diese Situation verschärft.

Wenn man Supranationalität von der liberalen Gleichheit her interpretiert, wird es nicht genügen, der Sozialpolitik die untergeordnete Rolle eines – mehr oder weniger zufriedenstellend<sup>109</sup> – „offen koordinierten“, jedenfalls aber nationalisierten „clean up“ der Folgen des kompetitiven Föderalismus oder Euro-Föderalismus spielen zu lassen.<sup>110</sup> Die gegenwärtige Situation ist durch ein deutliches Missverhältnis zwischen den durchaus noblen inhaltlichen Ambitionen der supranationalen Politik und ihren institutionellen Möglichkeiten geprägt. Der Integrationsprozess muss, so gesehen, eigentlich erst

---

106. Siehe dazu Somek, Die beiden Sprachen (Anm. 104).

107. Rawls, Theorie (Anm. 52) 93. Siehe auch John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, ed. E Kelly, Cambridge, Mass. 2001, 44: „In all parts of society there are to be roughly the same prospects of culture and achievement for those similarly motivated and endowed.“

108. Siehe Mitteilung der Kommission – Sozialpolitische Agenda, KOM 2000/379, 15.

109. Siehe dazu, dass die Berichte an die Hohe Behörde betreffend nationale Aktionsprogramme mitunter nichtssagend ausfallen, bei Szyszczak (Anm. 87) 210.

110. Siehe hingegen die Stellungnahme der Kommission in der Sozialpolitischen Agenda (Anm. ) 16.

beginnen. Wenn man den schönen Worten, die in White Papers enthalten sind, Glauben schenken darf, in denen von qualitativ hochwertiger Arbeit und kooperativen Unternehmensstrukturen die Rede ist,<sup>111</sup> dann will sich der Integrationsprozess bereits in diese Richtung bewegen, allein die Vehikel, derer er sich bedient, machen es unwahrscheinlich, dass er an sein Ziel kommen wird.

An dieser Stelle ist auszusprechen, was niemand gerne ausspricht. Denn es handelt sich um eine alte Einsicht. Alte Einsichten erwecken in schnelllebigen Zeiten wenig Interesse. Aber sie bleiben dennoch wahr. Der Binnenmarkt und die Währungsunion dürfen nicht ohne eine Vergemeinschaftung der Sozialpolitik realisiert werden.

## Weckruf an die politischen Parteien

Gibt es eine verfassungspolitische Konsequenz aus diesem Befund? Gewiss. Der Ausbau der flexiblen Integration durch verstärkte Zusammenarbeit wäre eine davon. Aber auch an die stärkere Demokratisierung der offenen Koordinierung könnte man denken.<sup>112</sup> Aber wenn man sich in solchen Erwägungen ergeht, steht man vor der eigentlichen Schwierigkeit. Es gibt mehr als eine Konsequenz. Sobald ein politisches Problem einmal zur Kenntnis genommen worden ist, wird es zum Tummelplatz der Experten, die zu wissen glauben, wie es zu lösen ist. Jeder Vorschlag muss allerdings damit rechnen, sich im double-bind (oder: dem binären Code) von bürokratischen Klienten zu verfangen. Reformvorschläge sind entweder interessant, aber unrealistisch oder realistisch und dafür unoriginell.<sup>113</sup> Als institutionell anschlussfähig stellen sich jene Lösungen heraus, die aussprechen, was die Institutionen implizit schon getan haben oder gerade unterwegs waren zu tun. Aber auch dieser Befund ist eine Tautologie: Ausschlussfähig ist, was sich als anschlussfähig herausstellt.

In einer Situation, in der grundlegende Reformen der europäischen politischen Ökonomie weder zu erwarten noch den Hauptakteuren des Binnenmarkts schmackhaft zu machen sind, ziehe ich es vor, bloß an eine Voraussetzung guter demokratischer Politik zu erinnern, die von einer Verfassung als rechtlichem Instrument des Regierens selbst nicht garantiert werden kann. Aus Gründen, die von Politikwissenschaftlern meisterhaft analysiert worden sind,<sup>114</sup> können die im Rat kooperierenden Nationalstaaten zur Anwendung einer revidierten Supranationalität nicht gelangen. In der gegenwärtigen Lage ist am ehesten das Europäische Parlament dazu fähig, die entscheidenden Impulse zu liefern.

Wer dazu aufruft, mit der "Aufwertung" des Europäischen Parlaments fortzufahren, bekommt im Gegenzug die no-demos thesis und den Mangel einer politischen Öffentlichkeit in Europa zu hören.<sup>115</sup>

---

111. Siehe etwa die sozialpolitische Agenda (Anm. 108) 15.

112. Siehe dazu die Überlegungen bei Fritz W. Scharpf, 'European Governance: Common Concerns vs. The Challenge of Diversity', Jean Monnet Working Paper 07/01 (2001) 11-14.

113. Ähnlich Roberto Mangabeira Unger, *Democracy Realised. The Progressive Alternative*, London – New York 1998

114. Siehe Scharpf, Governance (Anm. 112).

115. Siehe Grimm (Anm. 1).

So ist der strukturelle Code der verfassungspolitischen Diskussion in Europa beschaffen. Indes ist nichts einfacher, als das "Europa der Bürger" ernst zu nehmen. Sie vor die Bildschirme zu locken, damit sie sich in Pseudodiskursen mit der Kommission ergehen können, führt zu nichts.<sup>116</sup> Der Ort zur Erörterungen von Verteilungsfragen und sozialpolitischen Strategien sind die politischen Programme. Bei der ewigen Suche nach der Institutionenreform wird darauf zumeist vergessen. Dabei sind solche Programme eine Voraussetzung dafür, dass institutionelle Reformen einen guten demokratischen Sinn machen. Durch die vermittelnde und repräsentierende Funktion programmatisch bestimmter Parteien kann die Politik in einem republikanischen Sinn "tugendhaft" werden. Denn politische Programme haben die Form der Bürgertugend. Sie treten mit dem Anspruch auf, am Gemeinwohl orientiert zu sein.

Darauf haben wir schon längst vergessen. Die politischen Parteien sind farblos geworden. Gäbe es europäische Parteien mit Programmen, dann wäre auch der Bann der no-demos-thesis gebrochen. In solchen Programmen würde jene Solidarität artikuliert werden, die angeblich dem Europäischen Volk abgeht.

Der Ball liegt also bei den politischen Parteien. Wenn sie ihn nicht aufnehmen, wird die Union keine Fortschritte machen, die über die territoriale Erweiterung und das rapide Nachwachsen von Polizei und Militär hinausgehen. Wollen wir uns wirklich damit zufrieden geben?

---

116. Siehe das White Paper on European Governance KOM 2001/428 of 25.7.2001