

Barbara Blaha/Josef Weidenholzer (Hg.)

Freiheit

Beiträge für eine
demokratische Gesellschaft

Positionen

Herausgegeben von



Stellvertretend für den Verein:
Barbara Blaha/Josef Weidenholzer

Band II

Barbara Blaha / Josef Weidenholzer (Hg.)

Freiheit

Beiträge für eine
demokratische Gesellschaft

BRAUMÜLLER



Gedruckt mit Förderung des Bundesministeriums für Wissenschaft
und Forschung in Wien sowie mit freundlicher Unterstützung
des Vereins Momentum.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Printed in Hungary

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung
sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgend-
einer Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter
Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt
oder verbreitet werden.

© 2010 by Wilhelm Braumüller
Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
A-1090 Wien
<http://www.braumueller.at>

ISSN 2073-5782
ISBN 978-3-7003-1736-4

Basisdesign für Cover: Lukas Drechsel-Burkhard
Druck: PrimeRate

Inhalt

Einleitung von Barbara Blaha und Josef Weidenholzer	VII
NETZWERK I: FREIHEIT, RECHT UND GESETZ	X
<i>Florian Oppitz</i> Persönlichkeitsrechte statt Datenschutz (Konferenzbeitrag Momentum09, Hallstatt).....	1
<i>Daniela Pock</i> Der Weg ist das Ziel. Die Resozialisierung straffällig gewordener Jugendlicher im Ländervergleich	13
<i>Suzan Topal-Gökceli / Clemens Kaupa</i> Funktioniert Antidiskriminierungsrecht?	29
<i>Sandra Konstatzky / Eva Schiessl</i> Lohngleichheit von Frauen und Männern Rechtswirklichkeit und politischer Handlungsbedarf	43
<i>Ludwig Dvořak</i> Persönliche Freiheit und soziale Sicherheit – Geschlechterimplikationen im österreichischen Sozialversicherungsrecht am Beispiel der Pensions-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung.....	59
Netzwerk II: FREIHEIT, WIRTSCHAFT UND SOZIALE SICHERHEIT	76
<i>Christoph Hess</i> If you can dream it, you can do it? Determinanten von beruflicher Selbständigkeit in der Schweiz	77
<i>Manuela Hiesmair / Martin Gruber</i> Mindestlohnregelungen in Österreich: Instrumente und Abdeckungslücken ...	93
<i>Lukas Oberndorfer</i> Post-neoliberale Integrationsweise der EU Perspektivenwechsel an der Schnittstelle Politik / Ökonomie / Recht	105
<i>Simon Sturn / Till van Treeck / Klara Zwickl</i> Die strukturellen Ursachen der Krise und das Scheitern neoliberaler Wirtschaftspolitik	123

<i>Artur Streimelweger</i>	
Eine „Insel der Seligen“?	
Die Immobilienkrise und der österreichische Wohnungsmarkt	133
<i>Tatjana Fischer</i>	
Das Land im Wandel – die Menschen auch?	145
NETZWERK III: FREIHEIT, KULTUR UND DEMOKRATIE	160
<i>Susanne Arens</i>	
Einbezug in migrationsgesellschaftliche(n) Zusammenhänge(n).....	161
<i>Petra Neuhold / Paul Scheibelhofer</i>	
Gemanagte Vielfalt?	
Beiträge einer kritischen Migrationsforschung	
zu Diskussionen um Multikulturalismus, Diversität und Integration	175
<i>Eva Belabed</i>	
Demokratie unter Druck	
Wie der Kapitalismus die Demokratie schwächt	187
<i>Leonhard Dobusch / Jakob Kapeller</i>	
Institutionalisierung zivilgesellschaftlicher Partizipation:	
Zwischen Ignoranz, Integration und Invasiön	201
<i>Petra Sauer / Petra Völkerer</i>	
Bildung und Demokratie	
Schafft Bildung sozialen Zusammenhalt?	219
Autoren und Autorinnen	237

Lukas Oberndorfer

Post-neoliberale Integrationsweise der EU Perspektivenwechsel an der Schnittstelle Politik/Ökonomie/Recht

I. EINLEITUNG

Als es im September und Oktober 2008 zu ausgeprägten Panikverkäufen an den Weltbörsen kam, die es in diesem Ausmaß zuletzt nur in der Weltwirtschaftskrise des vergangenen Jahrhunderts gegeben hatte, mehrten sich – über die Ränder des Feuilleton hinaus – die prognostischen Stimmen. Nicht zuletzt unter sozial positionierten WissenschaftlerInnen und PolitikerInnen war die These dominant, dass die Krise auch den Neoliberalismus und das ihn bestimmende finanzmarktgetriebene Akkumulationsregime¹ erledigen werde. Die massiven Interventionen der Nationalstaaten zur Rettung des Bankensystems, Überwindung der sich ausbreitenden Kreditklemme und Wiederbelebung der Konjunktur² wurden weitgehend als „Rückkehr des Staates“ interpretiert, auf den sich nun erneut emanzipative Hoffnungen fokussieren könnten. Und als die Europäische Kommission entschied, ihr strenges, neoliberal geprägtes Beihilfenregime befristet auszusetzen³, sahen sich manche in der These bestätigt, dass auch das in den europäischen Verträgen verankerte Recht durch den ökonomischen Weltengang ohne weiteres pulverisiert werden könne. Umso größer war die Überraschung und das Rätseln, als die „fortschrittlichen“ Fraktionen bei den Wahlen zum Europäischen Parlament im Sommer 2009 teilweise starke Verluste hinnehmen mussten und sich kein Strukturbruch in der Europapolitik erkennen ließ. Vielmehr können die bisherigen Maßnahmen als „gigantisches Kapitalsanierungsprogramm“⁴ im „Interesse der dominanten AkteurInnen“⁵ beschrieben werden. Gerettet wurden die maroden Banken, nicht die verschuldeten Häuselbauer_innen⁶. Eine Intensivierung der bis zu diesem Zeitpunkt hegemonialen Regulationsmodi vollzog sich auch in der beginnenden Krise des Fordismus gegen Ende der 1960er-Jahre: Der Keynesianismus kam erst gegen Ende seiner Hegemo-

¹ Sablowski/Alnasseri, Auf dem Weg zu einem finanzgetriebenen Akkumulationsregime?, in Candeias/Deppe (Hg), Ein neuer Kapitalismus? (2001) 131.

² Für eine umfassende Zusammenstellung vgl. Roth, Die globale Krise (2009) 62–118.

³ Keßler/Dahlke, Die Auswirkungen der Finanzkrise auf das europäische Beihilfenrecht, EWS 2009, 79.

⁴ Hirsch, Die Krise des neoliberalen Kapitalismus: welche Alternativen?, www.links-netz.de 2009, 3.

⁵ Brand, Staatseuphorie ohne Strategie, Blätter für deutsche und internationale Politik 2009, 93 (93).

⁶ Steinert, Die Chancen der Krise, www.links-netz.de 2009, 3.

nie zur vollen Entfaltung. Dies galt auch für die europäische Maßstabsebene: So unternahm die Sozialdemokratie Anfang der 1970er Jahre den letztlich weitgehend erfolglosen Versuch diese zu einem keynesianischen „Framework for Joint Intervention“⁷ auszubauen.

Der entscheidende Grund hierfür liegt darin, dass die Hegemonie bestimmter Vorstellungen keine „bloße Ideologie“ ist, sondern sich in gesellschaftlichen Praxen, Institutionen und Subjekten materialisiert. Auch das Evident-Werden einer gigantischen Überakkumulationskrise, in der das Kapital keine ausreichenden profitablen Anlagemöglichkeiten mehr findet⁸, ändert diese Vorstellungen nicht von heute auf morgen. Vielmehr müssen diese in langwierigen kollektiven Lernprozessen überschrieben werden. Dies gilt umso mehr, wenn starke Kräfte der „alten Ordnung“ an ihnen festhalten. Und insbesondere dann, wenn sie ihre Weltanschauung derart verallgemeinern konnten, dass diese auch tief in Parteien und Bewegungen einziehen konnte, die ursprünglich unter emanzipativen Vorzeichen entstanden sind.

Hegemoniale Rechtsnormen und eingefahrene Rechtsprechungspfade dokumentieren diese Tatsache besonders augenfällig, wie sich an vier Urteilen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zeigen lässt, die innerhalb des halben Jahres zwischen dem 11.12.2007 und dem 19.06.2008 ergangen sind.⁹ Sie verhandelten Arbeitskonflikte, in denen die transnationale Lohnkostenkonkurrenz und die Vereinbarkeit gewerkschaftlicher Kampfmaßnahmen mit den europäischen Marktfreiheiten im Zentrum standen.¹⁰ Sowohl gewerkschaftliche Kampfformen als auch mitgliedstaatliche Schutzbestimmungen, die in diesen Auseinandersetzungen zur Anwendung kamen, erklärte der EuGH als mit dem Europarecht nicht vereinbar. Diese Urteile stießen auf massive Kritik „fortschrittlicher“ Wissenschaftler_innen: Unter anderen rät *Fritz Scharpf* den europäischen Regierungen dazu, „dem EuGH den Gehorsam zu verweigern“¹¹ – diesem „Tempel des europäischen Richterrechts“¹²,

⁷ Holland, *Uncommon Market. Capital, Class and Power in the European Community* (1980) (10).

⁸ Becker/Jäger, *Die EU und die große Krise*, PROKLA 2009, 541 (541).

⁹ EuGH 11.12.2007, Rs C-438/05, Viking, Slg 2007, I-10779; EuGH 18.12.2007, Rs C-341/05, Laval, Slg 2007, 11767; EuGH 3.4.2008, Rs C-346/06, Ruffert, Slg 2008, I-01989; EuGH 19.6.2008, Rs C-319/06, Kommission/Luxemburg, Slg 2008, I-04323.

¹⁰ Buckel/Oberndorfer, *Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Ruffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie*, in Fischer-Lescano/Rödl/Schmid, *Europäische Gesellschaftsverfassung* (2009) 277; Wedl, *Gewerkschaftliche Grundrechte versus Grundfreiheiten des Binnenmarktes*, in Eilmansberger/Herzig, *Soziales Europa* (2009) 73; Schindler, *Vorrang für Menschenrechte oder für Marktfreiheiten?*, RdW 2009, 807.

¹¹ Mitbestimmung, „Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen“ – Interview mit Fritz Scharpf, 2008, 19.

¹² Ebd., 20.

von dem, so *Martin Höpner*, ein „Imperialismus des Europarechts“¹³ ausgehe. Auch diese Kritik orientiert auf eine „Rückkehr des Staates“, um eine emanzipative Wende einzuleiten. So schlägt *Scharpf* vor, dass die Mitgliedstaaten in Hinkunft mit qualifizierter Mehrheit ein Urteil des EuGH zurückweisen können.¹⁴ Im Tenor werden die Urteile als erstmaliges oder erneutes Hervorbrechen des Neoliberalismus in der Rechtsprechung des EuGH gelesen.

Doch unterschätzt diese Kritik, wie zu zeigen sein wird, die lange Inkubationszeit dieser Judikatur. Denn der *Wettbewerb der Rechtsordnungen* – der die gemeinsame Grundlage aller vier Urteile bildet – ist seit Mitte der 1970er Jahre in der Krise des Fordismus im Kontext der Durchsetzung einer neuen europäischen Integrationsweise inkrementell entwickelt worden. Auch wenn die Kritik an den Urteilen prinzipiell berechtigt ist, liegen ihrer konkreten Ausführung folgenreiche Verkürzungen und blinde Flecken zu Grunde, die parallel zur bereits angesprochenen Krisenanalyse bzw. -prognostik verlaufen und den Blick für die Entwicklung einer gegenhegemonialen Perspektive verstellen. Die in der Kritik der Urteile und der Krisenprognostik deutlich werdenden theoretischen Herangehensweisen und die darauf aufbauenden Gegenkonzeptionen sind exemplarisch für in den letzten Jahrzehnten unternommene „nicht-neoliberale“ Versuche eines Politikwechsels auf europäischer Maßstabsebene und ihrem Scheitern.¹⁵

Im Folgenden soll daher – nicht zuletzt anhand einer Kritik der Kritik der vier Urteile – gezeigt werden, welche Analysemuster verworfen werden sollten und welche es zu entwickeln gilt, um die Arbeit an einer post-neoliberalen¹⁶ Integrationsweise der Europäischen Union voran zu bringen. Enden möchte ich mit einigen Überlegungen zu strategischen Re-Positionierungen und alternativen Projekten, die als Bausteine einer solchen Integrationsweise fungieren könnten. Dieses Beitragskonzept verrät – nicht nur aufgrund des zur Verfügung stehenden Raumes – schnell sein „Overload-potential“. Daher verstehen sich die folgenden Bemerkungen vielmehr als Skizze, Diskussionsanstoß und Forschungsprogramm, denn als abschließende Arbeit.

II. BLINDE FLECKEN UND VERKÜRZENDE ANALYSEMUSTER

Welches sind nun die verkürzenden Analysemuster, die der angesprochenen Kritik zu Grunde liegen? Meinem Erachten nach lassen sich drei Stränge

¹³ Martin Höpner, *Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politischer Kontrolle bedarf*, MPIfG Discussion Paper Nr. 2008 / 12, 1 (23).

¹⁴ Interview mit Fritz Scharpf (Fn 11).

¹⁵ Insofern verstehen sich die folgenden Ausführungen als kritisch-solidarisch.

¹⁶ Candeias, *Neoliberalismus, Hochtechnologie, Hegemonie* (2004) 439; Brand, *Gegen und im globalen Konstitutionalismus*, *juridikum* 2010, 90

heraus präparieren: Erstens wird der langwierige und hartnäckige Kampf, den neoliberale Intellektuelle geführt haben, um ihre Theorie zu entwickeln, für den Alltagsverstand aufzuarbeiten und schrittweise in den europäischen Institutionen der Politik und des Rechts zu verallgemeinern, unterschätzt. Dies wird ersichtlich, wenn angenommen wird, dass eine ökonomische Krise – nahezu mechanistisch – einen Transmissionsriemen in Gang setzen würde, der eine alternative Entwicklungsweise antreibt. Oder wenn *ein* dominanter Akteur neoliberaler Offensiven (der EuGH bzw. das Europarecht) ausgemacht wird, der durch eine plötzliche Weichenstellung in seinen *jüngsten* Urteilen die politischen Institutionen gleich einem Coup d’Etat entmachtete hat. Entsprechend einfach erscheint dann auch die Lösung: Wenn die Nationalstaaten diesen Sachverhalt erkennen und in Folge ihre Souveränität behaupten, ist nicht nur die gewerkschaftliche Bewegungsfreiheit sondern auch der Weg zu einem sozialen Europa wieder hergestellt. Aus dem Blick gerät dabei, dass ein gegenhegemoniales Projekt nur erfolgreich sein kann, wenn es auf sozialen Kämpfen aufbaut, in denen und durch die es kritischen Akteur_innen gelingt, ihre Weltanschauung zu verallgemeinern.

Zweitens wird das Europarecht als eigenständiger Ort *rechtsförmiger Hegemonieproduktion* übersehen. Damit ist angesprochen, dass Gerichte als zentrale Einrichtungen rechtlicher Bedeutungsentwicklung nicht imperativ und ansatzlos einseitige Interessen zu Judikatur werden lassen können. Unter der spezifischen Eigenlogik des Rechts müssen juristische Intellektuelle als Organisator_innen eines feingliedrigen rechtsförmigen Konsenses agieren, der aufeinander treffende Interessen in Form von Durchbrüchen *und* darauf folgenden Zugeständnissen in einem langwierigen Projekt zusammenfügt. Denn Hegemonie bedeutet eben nicht imperiale Befehlsausgabe sondern mit Gramsci die Herausbildung von *Konsens*, wenn auch gepanzert mit Zwang. Dass der EuGH die tragenden Rechtsfiguren, die den angesprochenen Urteilen zugrunde liegen, in einem in der Krise des Fordismus beginnenden Prozess Schritt für Schritt entwickelt hat und nicht erst in den letzten Jahren, lässt sich durch eine genealogische Untersuchung zeigen (siehe dazu im Folgenden V. Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbes der Rechtsordnungen). Dabei agierte der EuGH aber nur als ein Knotenpunkt in einem Netzwerk von rechtlichen und politischen Institutionen, die das Gesamt des europäischen Apparate-Ensembles¹⁷ bilden. In diesem „multiskalar verdichteten Kräfteverhältnis“¹⁸ haben die Mitgliedstaaten eine aktive Rolle

¹⁷ Buckel/Wissel, Entgrenzung der Europäischen Migrationskontrolle, in Brunkhorst, Demokratie in der Weltgesellschaft, Soziale Welt 2009, 385 (389).

¹⁸ Brand, Die Internationalisierung des Staates als Rekonstitution von Hegemonie – Zur staatstheoretischen Erweiterung Gramscis, in Buckel/Fischer-Lescano (Hg), Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis (2007) 161 (168).

zur Herausbildung der wettbewerbstaatlichen Integrationsweise der Europäischen Union gespielt. Damit deutet sich schon an, dass drittens in der angesprochenen Krisenprognostik und in der Kritik der vier Urteile eine Staatsillusion bzw ein methodischer Nationalismus dominant sind. Nicht die Gier der Banker_innen hat die Strukturen geschaffen, die letztlich in die Krise gemündet haben.¹⁹ Vielmehr haben die Nationalstaaten selbst die europäische Integration dazu eingesetzt, gewisse Politiken räumlich-maßstäblich zu rekonfigurieren, um durch die damit verbundenen Schwächung der Gewerkschaften jene Deregulierungen und Wirtschaftspolitiken durchzusetzen²⁰, deren gesellschaftliche Folgen nun vermehrt greifbar werden. Genauso haben die Nationalstaaten über Jahrzehnte jene Rechtssprechungslinien des EuGH hingenommen oder sogar begrüßt, die 2007/2008 in den angesprochenen Judikaten kumulierten. Die Nationalstaaten als privilegierte Orte emanzipativer Hoffnung und als Mittler des Allgemeininteresses zu begreifen, geht daher fehl. Diese Schwachstellen vermeidet die kritische Staatstheorie, die Staat als „matrielle Verdichtung von gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen“²¹ versteht, dem eine „strategische Selektivität“²² eingeschrieben ist. Durch die folglich gewisse Interessen bevorzugt und insbesondere subalterne Interessen benachteiligt werden. Eine gegenhegemoniale Integrationsweise ist daher nicht von den Nationalstaaten zu erwarten, auch wenn sie sich *schließlich* in diesen materialisieren muss. Vielmehr müssen alternative Projekte durch soziale Bewegungen erstritten werden. Deren Erfolg wird unter den heutigen Bedingungen nicht zuletzt davon abhängen, ob es ihnen gelingt ihr Kampfterrain um die europäische Maßstabsebene und die rechtliche Dimension der Integration zu erweitern.

III. EUROPÄISCHE INTEGRATIONSWEISEN UND IHRE BINNENMARKTKONZEPTION

Um im Weitern den langen Kampf neoliberaler Intellektueller um eine spezifische Form der europäischen Integration darstellen zu können, die lange Inkubationszeit des Wettbewerbes der Rechtsordnungen zu veranschaulichen und die Rolle der Mitgliedstaaten darin zu verorten, lohnt sich ein Überblick: *Partrick Ziltener* hat für eine kritische Schematisierung der

¹⁹ Wissel, Die Rückkehr der Staatsillusion – Zur Aktualität materialistischer Staatstheorie, Widerspruch 2009, 65 (65).

²⁰ Röttger, [...] was haben die gegenwärtige Krise der Gewerkschaftspolitik und gewerkschaftliche Revitalisierungsstrategien mit Politics of Scale zu tun?, in Wissen/Röttger/Heeg, Politics of Scale (2008) 290.

²¹ Poulantzas, Staatstheorie (1978/2002) 159.

²² Jessop, State Theory – Putting the Capitalist State in its Place (1990) 260.

unterschiedlichen Integrationsweisen der Europäischen Union Pionierarbeit geleistet.²³ Unter Integrationsweise versteht er, anknüpfend an regulationstheoretische Überlegungen²⁴, den Umstand, dass auf europäischer Ebene ein politisches Feld entstanden ist. Auf diesem konnten sich neue gesellschaftliche Kompromisse und politische Regulationsweisen etablieren²⁵, die mit dem vorherrschenden ökonomischen Akkumulationsregime artikuliert sind. Dabei unterscheidet *Ziltener* zwei Integrationsweisen, welche die Union bisher bestimmt haben. Einerseits ist dies die monnetsche Integrationsweise, welche die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft von ihrer Gründung 1957 bis Mitte der 1980er Jahre bestimmt hat und keynesianische Regulationsmomente beinhaltet. In der Krise des Fordismus wurde dieser europäische Entwicklungspfad durch die wettbewerbsstaatliche Integrationsweise abgelöst, in der hegemoniale Projekte wie das Binnenmarktprogramm und die Wirtschafts- und Währungsunion durch Deregulierung und monetaristische Wirtschafts- und Geldpolitik in eine kompetitive Rekonfigurierung der europäischen Staatlichkeit mündeten.²⁶ Im Folgenden möchte ich mich auf die mit den europäischen Integrationsweisen verbundenen Binnenmarktkonzeptionen konzentrieren, in denen sich ökonomische und rechtliche Momente besonders unmittelbar verschränken. Über ihre schematische Darstellung lässt sich zeigen, wie erfolgreich neoliberale Hegemoniearbeit in der Durchsetzung ihrer Vorstellungen war und erkennen, welche zentrale Rolle dabei das Recht gespielt hat.

Nach *Walter Hallstein*, dem ordoliberal inspirierten²⁷ ersten Kommissionspräsidenten der Europäischen Gemeinschaft, bestand die zentrale Aufgabe der europäischen Integration Ende der 1950er Jahre darin, die in der Weltmarktkonkurrenz zurückgefallene Produktivität des europäischen Kapitals – die zu diesem Zeitpunkt nur ein Drittel des US-Kapitals ausmachte – voran zu bringen. Zum Erreichen dieses Zieles standen unterschiedliche Marktkonzeptionen im Widerstreit:

²³ Ziltener, *Strukturwandel der europäischen Integration* (1999).

²⁴ Für einen Überblick und Weiterentwicklung siehe Becker, *Akkumulation, Regulation, Territorium* (2002) und Brand/Raza, *Fit für den Postfordismus?* (2003).

²⁵ Röttger, Über die „Krise der Politik“ und die Malaisen einer Regulationstheorie des transnationalen Kapitalismus, in *Forschungsgruppe Europäische Gemeinschaften, Europäische Integration und politische Regulierung – (FEG) Nr. 5* (1995) 65 (78).

²⁶ Ziltener (Fn 23).

²⁷ Steindorff, *Der Beitrag Walter Hallsteins zur europäischen Integration*, in Caemmerer/Schlochauer/Steindorff (Hg), *Probleme des Europäischen Rechts. FS Hallstein* (1966) 1 (3).

- 1) Ein *keynesianisches Modell*, das auf einen möglichst großen Binnenmarkt zielte, um über Ausnützung der Vorteile der Massenproduktion (Economies of Scale) die Produktivität zu steigern. Darüber sollte der Spielraum für Lohnsteigerungen erarbeitet werden, um die Binnennachfrage und vermittelt darüber letztlich das Wirtschaftswachstum anzutreiben. Dieses Modell hat rechtlich mehrere Voraussetzungen: Zum einen müssen Zölle abgeschafft und eine Diskriminierung der MarktteilnehmerInnen verhindert werden, da andernfalls kein gemeinsamer Markt zur Massenproduktion und -konsumtion entstehen kann. Des weitern gilt es die Marktfragmentierung durch verbleibende Beschränkungen – etwa unterschiedliche Standards im Produktrecht – durch eine Harmonisierung entsprechender Anforderungen zu überwinden. Darüber hinaus ist eine koordinierte Lohnpolitik auf europäischer Ebene eine notwendige Voraussetzung für ein keynesianisches Binnenmarktkonzept. Denn entsprechende europäische Nachfrageeffekte sind nur dann zu erwarten, wenn die Höhe der Löhne zumindest an der Entwicklung der Produktivitätssteigerung orientiert ist. Außerdem droht ein durch Lohnverzicht ermöglichter Leistungsbilanzüberschuss (Exportweltmeister-Modell) über eine Zuspitzung der Ungleichgewichte den Zusammenhalt des gemeinsamen Marktes zu gefährden. Ähnliches gilt, wenn ein Teil des Kapitals Wettbewerbsvorteile im Binnenmarkt erzielen kann, in dem es niedrigere nationalstaatliche Arbeits- und Umweltrechtsstandards dazu nutzt, menschliche und natürliche Ressourcen stärker auszubeuten als seine Konkurrenz. In marxischer Begrifflichkeit geht es folglich darum, das Kapital an eine allgemein verbindliche und gleich lange „Kette gesetzlicher Regulation“ zu legen.²⁸

- 2) Trotz der unbestreitbaren Hegemonie des Fordismus kam es in den „römischen Verträgen zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“ von 1957 aber zur Umsetzung eines *monnettschen Binnenmarktkonzeptes*, welches nur einige Teile des keynesianisches Modelles integrierte. Zwar zielten die vier Marktfreiheiten (freier Warenverkehr, Personenfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit, freier Kapital- und Zahlungsverkehr) auf die Gewährleistung einer Nicht-Diskriminierung der „MarktteilnehmerInnen“, doch wurden konkrete und verbindliche Instrumente zu Koordinierung der Lohn- und Wirtschaftspolitiken nicht vorgesehen. Darüber hinaus sollte die Harmonisierung binnenmarktrelevanter Rechtsvorschriften nur schrittweise und unter weitgehendem Ausschluss zentraler arbeitsrechtlicher Bestimmungen vorgenommen werden.²⁹

²⁸ Marx, Das Kapital, MEW 23, insb 245-320.

²⁹ Siehe dazu Art 100 EWG.

- 3) In der Krise des Fordismus kam es zu einer Radikalisierung des monnetchen Binnenmarktkonzeptes. Der in rechtsförmigen Suchprozessen durch den EuGH ab Mitte der 1970er Jahre ausgearbeitete *Wettbewerb der Rechtsordnungen* wurde begierig durch das europäische Apparate-Ensemble aufgegriffen und durch die politischen Institutionen zu einem eigenständigen *Binnenmarktkonzept des Wettbewerbes der Rechtsordnungen* verallgemeinert. Unterschiedliche Rechtsvorschriften – etwa im Bereich des Produkt-, des Arbeits- und Umweltrechts – sollen demnach nur noch rudimentär aneinander angepasst werden. Durch die verpflichtende Anerkennung divergenter Normen bestimmt seither die Konkurrenz der Regulierungsniveaus den Binnenmarkt.

IV. DER NEOLIBERALE KAMPF UM EINE WETTBEWERBLICHE INTEGRATIONSWEISE EUROPAS³⁰

Mit welchen Strategien und Analysemustern gelang es nun neoliberalen Wissensproduzent_innen nicht nur wider die herrschenden fordistischen Vorstellungen ein monnetches Binnenmarktkonzept durchzusetzen, sondern es auch – als keynesianische Regulationsmodi in die Krise schlitterten – weiter zu radikalisieren? Einen der wesentlichsten Beiträge dazu leistete die deutsche Spielart des Neoliberalismus: der Ordoliberalismus. Ihren Ausgangspunkt nahm diese Denkschule im Anschluss an die Weltwirtschaftskrise der 1930er-Jahre: Wirtschaftspolitik und Rechtsordnung des „Laissez-Faire“-Liberalismus waren durch Krise, Arbeitslosigkeit und eine lange Phase der Stagnation weitgehend diskreditiert. Dem Ordoliberalismus ging es nun durch die Gründung von Gegeninstitutionen und Interventionen in Wissenschaft, Medien und Politik darum, wesentliche Grundgedanken des Wirtschaftsliberalismus zu retten. Über das auf Dauer stellen von Wissen und alternative Deutungsangebote der Krise sollten langfristig die Bedingungen für die Hegemonie eines „neuen“ Liberalismus geschaffen werden. So postulierte etwa der spätere wirtschaftspolitische Berater von *Ludwig Erhard* *Walter Eucken*, dass die Schuld an der Weltwirtschaftskrise nicht der Liberalismus trage, sondern die politischen

³⁰ An dieser Stelle können aus Platzgründen nur einzelne Ecksteine neoliberaler Hegemoniearbeit skizziert werden. Eine äußerst wertvolle Analyse dieser Strategien und Praxen und damit einen Werkzeugkasten für gegenhegemoniale Projekte liefern die Arbeiten von Dieter Plehwe, Bernhard Walpen und Ralf Ptak. Siehe dazu etwa Walpen, *Die offenen Feinde und ihre Gesellschaft* (2004); Mirowski/Plehwe, *The road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective* (2009); Ptak, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft* (2004).

Markteingriffe der parlamentarisch verfassten Massengesellschaft.³¹ Durch die Gründung zahlreicher „Think-Tanks“ konnten Räume geschaffen und Ressourcen gebündelt werden, um liberale Theorien an die sich verändernden politischen Gegebenheiten anzupassen. So war neoliberale Politikberatung in den entscheidenden Momenten, in denen Suchprozesse nach neuen Regulationsmodi einsetzen, im Stande kohärente Konzepte zu liefern. Als wichtige institutionelle Struktur für die Verbreitung neoliberaler Theorie, nicht zuletzt jener des Wettbewerbes der Rechtsordnungen, fungierte etwa das *Walter Eucken Institut*, das *Patrick Welter* als „älteste[n] ordoliberal[e] ‚think tank‘ der Welt“³² bezeichnet hat. In der Selbstdefinition des Institutes als „Kompetenzzentrum für *ordnungs- und verfassungsökonomische Grundlagenforschung*“³³ deutet sich bereits eine weitere Stärke ordoliberaler Hegemoniearbeit an. Während in keynesianischen und kritischen politik-ökonomischen Ansätzen das Recht in einem toten Winkel positioniert zu sein scheint oder als aus Politik und Ökonomie ableitbares Phänomen verhandelt wird, nimmt der Ordoliberalismus die *relationale Eigenständigkeit des Rechts*³⁴ ernst. So gründete sich die ordoliberalere *Freiburger Schule* explizit als „Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten“³⁵. Als Begründer der Freiburger Schule fungierten neben dem Ökonomen *Walter Eucken*, *Franz Böhm* (Jurist, Ökonom und CDU-Politiker) und *Hans Großmann-Doerth* (Jurist). Über die wechselseitige Verknüpfung von ökonomischem, rechtlichem und politischem Wissen in einem interdisziplinären Wissenschaftsnetzwerk, versetzen sich ordoliberalere Intellektuelle in die Lage das Europarecht als eigenständigen Ort der Hegemonieproduktion zu erkennen und besonders stark zu prägen.

Abschließend sollte erwähnt werden, dass ordoliberalere Denker_innen nicht davor zurückschreckten von ihren Gegner_innen zu lernen und vorerst utopisch erscheinende Forderungen in einem langen Stellungskrieg zu einer neoliberalen Vergesellschaftungsweise ausarbeiteten. So schreibt Hayek schon 1949:

„Was der echte Liberalismus vor allem aus dem Erfolg der Sozialisten lernen muß, ist, daß es ihr Mut zur Utopie war, der ihnen die Unterstützung der Intellektuellen gewann und damit jenen Einfluß auf die

³¹ Ptak, *Freiburger Schule*, in Urban, *ABC zum Neoliberalismus*. Von „Agenda 2010“ bis „Zumutbarkeit“ (2006) 83.

³² zitiert nach Ptak, *Grundlagen des Neoliberalismus*, in *Butterwege/Lösch/Ptak, Kritik des Neoliberalismus* (2007) 13 (42).

³³ So die Eigendefinition des *Walter Eucken Instituts*; siehe dazu www.eucken.de.

³⁴ Buckel, *Subjektivierung und Kohäsion – Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts* (2007).

³⁵ Böhm, *Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts*, in *Mestmäcker (Hg), Franz Böhm, Reden und Schriften*. (1960).

öffentliche Meinung gab, der schrittweise das möglich machte, was eben noch unmöglich erschien.“³⁶

Dieser Mut zur „konkreten Utopie“ – auch auf europäischer Maßstabsebene – scheint heute innerhalb der Linken, nicht nur der Sozialdemokratie, verloren gegangen zu sein.

V. DIE LANGE INKUBATIONSZEIT DES WETTBEWERBES DER RECHTSORDNUNGEN

In diesem Abschnitt möchte ich nun die Entstehung des *Wettbewerbes der Rechtsordnungen* nachzeichnen. Dabei handelt es sich um jene zentrale Rechtssprechungslinie, die der EuGH in der Krise des Fordismus auszuarbeiten begann und die letztlich in den bereits erwähnten Urteilen aus den Jahren 2007/2008 mündete. Im Zentrum dieser vier Urteile standen die transnationale Lohnkostenkonkurrenz und die Vereinbarkeit gewerkschaftlicher Kampfmaßnahmen mit den europäischen Marktfreiheiten. Aus Platzgründen verzichte ich an dieser Stelle³⁷ auf die Darstellung der anderen Rechtssprechungslinien (unmittelbare Drittwirkung; Vorrang der Marktfreiheiten vor den Grundrechten und Judikatur zur Entsendung von Arbeitnehmer_innen) die sich in den angeführten Urteilen erstmals kreuzten – und deren Entstehen ebenfalls weit zurückreicht.

Bevor wir aber unter die Oberfläche des „unmittelbar Vorfindlichen“³⁸ tauchen, lohnt es sich noch einen Blick auf die Spitze des Eisberges zu werfen. Da die Sachverhalte und rechtsdogmatischen Argumente im Wesentlichen ähnlich gelagert sind, soll nur eines der Urteile – jenes zum Viking-Fall – näher vorgestellt werden. Im Fall *Viking*³⁹ wollte die gleichnamige finnische Reederei eines ihrer Schiffe nach Estland ausflaggen. Unter Ausflaggen wird im Seerecht die Neu-Niederlassung eines Schiffes in einem anderen Land verstanden. Dadurch wäre anstatt des finnischen, der wesentlich niedrigere Löhne vorsehende estnische Tarifvertrag zur Anwendung gekommen. Die finnische Seemannsgewerkschaft drohte mit Streik und wurde dabei von der internationalen Transportarbeiterföderation im Kampf gegen „Billigflaggen“ erfolgreich unterstützt. Dieser Sachverhalt landete letztlich vor Gericht, da sich die Viking durch dieses Vorgehen in ihrem Recht auf Niederlassungsfreiheit beschränkt sah. In seinem Urteil hielt der EuGH fest, dass auch Gewerkschaften die Marktfreiheiten zu beachten hät-

³⁶ von Hayek, Die Intellektuellen und der Sozialismus, in von Hayek, Wissenschaft und Sozialismus. Aufsätze zur Sozialismuskritik (2004) 3 (15).

³⁷ Siehe für eine ausführliche Darstellung Buckel/Oberndorfer (Fn 10).

³⁸ Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung (2003/1947) 33.

³⁹ EuGH 11.12.2007, Rs C-438/05, Viking, Slg 2007, I-10779.

ten (unmittelbare Drittwirkung). Die Kampfmaßnahmen würden prinzipiell eine *Beschränkung der Niederlassungsfreiheit* darstellen (Wettbewerb der Rechtsordnungen). Allenfalls könnte der Eingriff in die Rechte der Viking durch das Grundrecht auf Vereinigungsfreiheit und gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen gerechtfertigt werden (prinzipieller Vorrang der Marktfreiheiten vor Grundrechten). Dies allerdings nur dann, wenn die Gewerkschaften dabei verhältnismäßig agieren. Das bedeutet im Wesentlichen, dass die Gewerkschaften nicht nur ein „geeignetes Mittel“ wählen müssen, sondern dieses auch nur soweit wie zur Erreichung ihrer Ziele erforderlich zum Einsatz bringen dürfen. Die Konsequenzen dieses Urteils sind weitreichend: In Hinkunft müssen Gewerkschaften bei Kampfmaßnahmen mit grenzüberschreitendem Bezug neben den ohnehin bereits restriktiven rechtlichen Ausgangssituationen auf nationalstaatlicher Maßstabsebene, auch das Regime der Marktfreiheiten beachten. Indem die Arbeitnehmer_innenvertretungen gezwungen werden, wie die Mitgliedstaaten eine komplexe europarechtliche Rechtfertigungsprüfung vorzunehmen, erfolgt eine Etatisierung der Gewerkschaften. Eine „Fehlentscheidung“ kann nicht nur mitunter hohe Schadenersatzforderungen auslösen, sondern auch das Eingreifen staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt legitimieren. Die Verpflichtung zur Wahl des geeigneten und gelindesten Mittels privilegiert darüber hinaus auf Verhandlungslösungen zielende korporatistische Muster.

Wie im Viking-Urteil, setzt der EuGH auch in den anderen drei Urteilen stillschweigend voraus, dass den Marktfreiheiten ein *Beschränkungsverbot* innewohnt, welches grundsätzlich *jegliche ungerechtfertigte Beschränkung* verbietet. Hätte der EuGH die *ursprüngliche* Bedeutung der Marktfreiheiten als Diskriminierungsverbote, welche die *Gleichbehandlung* von grenzüberschreitenden Fällen mit inländischen Sachverhalten vorsieht, den Fällen zugrunde gelegt, hätte er die Europarechtswidrigkeit verneinen müssen. So knüpfen die Gewerkschaften etwa im Viking Fall ja nicht an der Herkunft des Unternehmens an, sondern fordern diskriminierungsfrei lediglich die Einhaltung kollektivvertraglicher Bestimmungen.

Dass die Marktfreiheiten ausschließlich solche *Gleichbehandlungsgebote* enthalten, war bis Mitte der 1970er Jahre die nahezu einhellige Meinung in den Europarechtswissenschaften.⁴⁰ Dies entsprach dem an dem monnetischen Binnenmarktkonzept ausgerichteten Ziel der Marktfreiheiten: Der Protektionismus *innerhalb* der Gemeinschaft sollte durch die Schaffung eines diskriminierungsfreien gemeinsamen Marktes überwunden werden. Verbleibende nichtdiskriminierende Beschränkungen sollten ausschließlich auf dem Wege der einstimmig zu beschließenden Rechtsharmonisierung bewältigt werden (Art 100 EWG). Mit der dadurch geförderten Massenproduktion wurde eine Steigerung der internationalen Konkurrenzfähigkeit

⁴⁰ Siehe etwa Ehlermann, in von der Groeben/von Boeckh/Thiesing (Hg), Kommentar zum EWG-Vertrag (1974), Art 30, Vorbemerkungen.

der Unternehmen der Gemeinschaft angestrebt. *Ulrich Everling*, der bei den Verhandlungen der römischen Verträge (1957) als deutscher Vertreter beteiligt war, berichtete, dass die Mitgliedstaaten die Marktfreiheiten bewusst als Diskriminierungsverbote ausgestalteten.⁴¹

Ende 1974 – mitten in der Krise der fordistischen Formation – schlug der EuGH mit seinem Urteil in der Rechtssache (Rs) *Dassonville* dann allerdings eine erste tiefe Schneise in das bisherige Verständnis der Marktfreiheiten. So bestimmte er, dass jede Regelung, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, grundsätzlich eine unzulässige *Beschränkung* des freien Warenverkehrs darstellt.⁴² Dadurch eröffnete der EuGH im Bereich der Warenverkehrsfreiheit ein erstes Feld des Wettbewerbs der Rechtsordnungen: Exportierende Unternehmen wurden in die Lage versetzt, ihnen als zu streng erscheinende Regelungen notfalls gerichtlich als Behinderungen des freien Warenverkehrs zu bekämpfen. In seiner *Cassis des Dijon*-Entscheidung 1979 spitzte er die *Dassonville*-Formel weiter zu: So sollen „alle in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellten und in Verkehr gebrachten [Waren] in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden“ dürfen.⁴³ Damit verpflichtete der EuGH die Mitgliedstaaten zur wechselseitigen Annerkennung ihrer Rechtsordnungen. Dass die mitgliedstaatlichen Staatsapparate die Konsequenzen des Überganges zu einem Beschränkungsverbot durchaus realisierten, beweist die Bezugnahme auf die Gefahren des Wettbewerbes der Rechtsordnungen. So heißt es im Vorbringen der BRD in der Rs *Cassis de Dijon*: „Am Ende wäre zwingend die Regelung desjenigen Mitgliedsstaats in allen anderen Mitgliedstaaten verbindlich, der die geringsten Anforderungen stelle.“⁴⁴ Dennoch kam es von Seiten der Nationalstaaten zu keinem ernsthaften Versuch dem mit der Rechtssache *Dassonville* eingeschlagenen Pfad entgegenzutreten.

Um diese Verschärfung des Wettbewerbes der Rechtsordnungen einzubetten und der Kritik an der Uferlosigkeit der *Dassonville*-Formel die Spitze zu nehmen, erfand das Gericht neben den Rechtfertigungsgründen des Art. 30 EG eine weitere Ebene möglicher Rechtfertigungen: So heißt es im Urteil zur Rs *Cassis des Dijon*, dass in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung Beschränkungen des freien Warenverkehrs „hinzunehmen [sind], soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um *zwingenden Erfordernissen* gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“⁴⁵ Mit dieser Etablierung

⁴¹ Everling, *Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987*, in Mestmäcker/Möller/Schwartz (Hg), *Eine Ordnungspolitik für Europa*, FS Groeben (1987), 111 (120).

⁴² EuGH 11.7.1974, Rs 8/74, *Dassonville*, Slg 1974, 837 (837).

⁴³ EuGH 20.2.1979, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 649, Rn 14.

⁴⁴ Ebd., 656.

⁴⁵ Ebd., 2. Leitsatz.

ungeschriebener Rechtfertigungsgründe wollte das Gericht wohl nicht nur der zu erwartenden Kritik von Verbraucherschutzverbänden vorweg greifen, sondern auch jene Mitgliedstaaten mit relativ hohen Produktstandards für den mit der Entscheidung in der Rs Dassonville eingeschlagenen Pfad gewinnen. Das Urteil führte zu einer starken Beschleunigung des Wettbewerbes der Rechtsordnungen.⁴⁶ Wesentlich dafür war, dass die Kommission das Urteil begierig aufgriff und in die politische Arena verschob. Schon im Herbst 1979 kündigte der damalige Kommissar für den Binnenmarkt, der belgische Adelige Étienne Davignon, vor dem Europäischen Parlament eine „neue Strategie der Harmonisierung“ auf der Basis des Urteils an.⁴⁷ Davignon war einer der zentralen Persönlichkeiten, die Anfang der 1980er Jahre die Gründung des European Round Table of Industrialists (ERT) initiierten.⁴⁸ Weniger als ein Jahr später veröffentlichte die Kommission eine Mitteilung über die Auswirkungen des Urteils in der Rs. Cassis de Dijon.⁴⁹ Obwohl dafür im Urteil kaum Anhaltspunkte zu finden sind, unterstellte sie, dass auch bei prinzipiell gelingender Rechtfertigung die Mitgliedstaaten ihr Recht unangewendet zu lassen hätten, sofern die Regelungen des Herkunftslandes „in angemessener und befriedigender Weise“ gleichwertig seien. Die Cassis-Mitteilung erfuhr eine breite Rezeption. Im Anschluss an die Veröffentlichung veranstalteten Wirtschaftsvereinigungen und Rechtsanwaltskanzleien dazu in ganz Europa zahlreiche Konferenzen und Seminare.⁵⁰ Während Konsument_innengruppen sowie Kapitalfraktionen mit geringerer Mobilität und fehlender transnationaler Ausrichtung bzw mit monopolartigen Stellungen auf „heimischen“ Märkten die Kommissionsmitteilung nahezu geschlossen ablehnten, wurde sie von transnational ausgerichteten Kapitalgruppen und ihren Interessensverbänden begrüßt. Die UNICE⁵¹, neben dem ERT die größte Lobbyorganisation der EU,⁵² sah mit dem Urteil langjährige Forderungen verwirklicht.⁵³ Einige Unternehmensnetzwerke diskutierten sogar die Möglichkeit, durch strategische Klagen den bisherigen Rechtssprechungspfad auszuweiten.⁵⁴ Im Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes

⁴⁶ Deakin, *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?*, ELJ 2006, 440 (443).

⁴⁷ ABl 1980 C 183/57.

⁴⁸ Ziltener (Fn 23).

⁴⁹ Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rs 120/78, Cassis de Dijon, ABl 1980 C 256/2.

⁵⁰ Alter/Meunier-Aitsahalia, *Judicial Politics in the European Community*, *Comparative Political Studies* 1994, 535 (542).

⁵¹ Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe, 2007 umbenannt in BUSINESSEUROPE.

⁵² van Apeldoorn, *Transnational Capitalism and the Struggle over European Integration* (2002) 102f.

⁵³ Alter/Meunier-Aitsahalia (Fn 50).

⁵⁴ Ebd., 543.

bestätigte die Kommission den neuen Ansatz.⁵⁵ Um den Widerstand zu minimieren, sprach sie sich für die schrittweise Schaffung gemeinsamer industrieller Standards aus.⁵⁶ So kam es zu einer ersten politischen Austarierung und Einbettung des Wettbewerbes der Rechtsordnungen. Dieses hegemoniefähige juristisch-politische Paket führte dazu, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte – der ersten großen Vertragsänderung der Gemeinschaft – keinen ernstzunehmenden Versuch unternahmen, dem Übergang vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot im Bereich der Warenverkehrsfreiheit entgegenzutreten. Der EuGH ging inzwischen dazu über, die Dassonville-Formel auf die anderen Marktfreiheiten auszudehnen: 1984 auf die *Niederlassungsfreiheit*⁵⁷, 1991 auf die *Dienstleistungsfreiheit*⁵⁸ und 1995 auf die *Arbeitnehmerfreizügigkeit*⁵⁹. Damit war die – von neoliberalen Rechtswissenschaftlern zuvor schon eingeforderte⁶⁰ – Konvergenz der Marktfreiheiten weitgehend hergestellt und bereits zu Beginn der 1990er Jahre (!) die Ausgangslage für die aktuellen Urteile hergestellt.

Der EuGH reagierte aber immer wieder sensibel auf die Gefahr eines Hegemonieverlustes. Als Unternehmen sogar das Verbot der Sonntagsöffnung als Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit angriffen⁶¹, nahm der EuGH etwa die von ihm geschaffene Hintertür der „zwingenden Erfordernisse“ im Allgemeininteresse in Anspruch und argumentierte, dass die Regelung der Geschäftsöffnungszeiten gerechtfertigt sei, da diese die Verteilung der Arbeitszeit im Einklang mit sozialen und kulturellen Besonderheiten sicherstellen solle.⁶² Nachdem der Strom an Vorabentscheidungsverfahren, in denen hochsensible nationale Vorschriften mittels der Marktfreiheiten attackiert wurden, dennoch nicht abriß und sich der drohende Hegemonieverlust politisch⁶³ und rechtlich⁶⁴ artikulierte, entschied sich der EuGH schließlich in der Rs Keck zu einer Neupositionierung auf der *Tatbestandsebene der Warenverkehrsfreiheit*: „[E]ntgegen der bisherigen Rechtsprechung“ seien Vorschriften, die sich nicht auf die Ware selbst beziehen, sondern nur bestimmte *Verkaufsmodalitäten* regeln, nicht geeignet, den Handel zwischen

⁵⁵ Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes v 14.6.1985, KOM (85) 310, Rn 65–68.

⁵⁶ Ebd, Rn 64.

⁵⁷ EuGH 12.7.1984, Rs 107/83, Klopp, Slg 1984, 2971, Rn 19.

⁵⁸ EuGH 25.7.1991, Rs C-76-90, Säger, Slg 1991, 4221, Rn 12.

⁵⁹ EuGH 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, I-4921.

⁶⁰ Behrens, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, 145.

⁶¹ EuGH 23.11.1989, Rs C-145/88, Torfaen, Slg 1989, 3851.

⁶² Rs C-145/88, Torfaen, Rn 14.

⁶³ Durch den Maastrichtvertrag war die Subsidiaritätsklausel (heute Art 5 Abs 3 EG) in die Gemeinschaftsverträge aufgenommen worden.

⁶⁴ Der BVerfG hatte wenige Wochen zuvor sein Maastricht-Urteil erlassen, BVerfGE 89, 155, v 12.10.1993.

den Mitgliedstaaten zu beschränken, sofern diese für alle Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos, d. h. nicht diskriminierend wirken.⁶⁵ Im Teilbereich der *vertriebsbezogenen Maßnahmen* kam es daher zu einer Renaissance des Diskriminierungsverbotes im Bereich der Warenverkehrsfreiheit. Bei aller semantischen Radikalität handelte es sich aber nur um eine „behutsame Wende“,⁶⁶ die durch ein partielles Zugeständnis letztlich auf die weitgehende Aufrechterhaltung des Wettbewerbes der Rechtsordnungen zielte.

VI. BAUSTEINE EINER POSTNEOLIBERALEN INTEGRATIONSWEISE DER EUROPÄISCHEN UNION

Durch die EuGH-Urteile von 2007/2008 wurden die transnationalen Arbeitskonflikte als Rechtskollisionen in den Wettbewerb der Rechtsordnungen eingebunden und diszipliniert. Die vier Judikate fügen sich nahtlos in eine in die Krise des Fordismus zurückreichende Genealogie ein. Die ihnen zugrunde liegende Theorie und die dieser Theorie entsprechenden juristischen Argumentationsfiguren sind in einem langwierigen Prozess – nicht zuletzt durch die Arbeit neoliberale Intellektueller – der europäischen Rechtsform eingeschrieben worden. Die Urteile sind daher nicht der Wendesondern der vorläufige Höhepunkt dieser Entwicklung, auch wenn ihre lange Inkubationszeit sie leicht als Ausreißer erscheinen lässt. Ein *gegenhegemonialer Ansatz* muss daher diesen Entwicklungspfad in seiner Gesamtheit in Frage stellen, denn Einzelkritiken konnten immer wieder vermittelt durch Suchprozesse in das neoliberale Projekt eingebunden werden. Selbst wenn politische Akteur_innen sich teilweise recht kritisch zu den vier Urteilen geäußert haben, besteht immer noch ein Konsens darüber, den durch den EuGH entwickelten Bedeutungsgehalt der Marktfreiheiten unangetastet zu lassen: So sprach sich das europäische Parlament in seinem Entschließungsantrag⁶⁷ zu den Urteilen letztlich dagegen aus, mittels einer Primärrechtsänderung den Wettbewerb der Rechtsordnungen zu beenden.⁶⁸ Weiter geht hier schon der Europäische Gewerkschaftsbund, der sich mit dem von ihm vorgeschlagenen „Social Progress“-Protocol⁶⁹ dafür einsetzt, zumindest eine der Rechtssprechungslinien, nämlich den Vorrang der Marktfreiheiten, auf den Kopf zu stellen. Auch wenn die primärrechtliche Umsetzung dieses Protokoll den wichtigen Erfolg nach sich zöge, dass soziale Grundrechte den Marktfreiheiten vorgehen, würde dies den Wettbewerb der Rechtsordnungen

⁶⁵ EuGH 24.11.1993, Rs C-267/91 und C-268/91, Keck, Slg 1993, I-6097, Rn 16.

⁶⁶ Möschel, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, 429.

⁶⁷ Entschließung des EP v 22.10.2008 zu den Herausforderungen für Tarifverträge, 2008/2085.

⁶⁸ Robert, Die Klempner von Europa, LE MONDE diplomatique 2009, 10.

⁶⁹ ETUC Proposal for a „Social Progress“ Protocol.

allerdings nur einschränken, nicht aber aufheben. Denn das Beschränkungsverbot der Marktfreiheiten bliebe dadurch unangetastet. Als ein zentraler Baustein einer *post-neoliberalen Integrationsweise der EU* müsste jedoch dieses freiheitsrechtliche Verständnis der Marktfreiheiten durch ein gleichheitsrechtliches Diskriminierungsverbot im ursprünglichen Sinne abgelöst werden. Dies hätte, obwohl es nur als dogmatischer Pfadwechsel erscheint, einen tiefgreifenden Umbruch der europäischen Integrationsweise zur Konsequenz: Transnational orientierten Kapitalfraktionen würde dadurch die Möglichkeit genommen, sich hohen regulativen Anforderungen zu entziehen. Die Auseinandersetzung um Regulationsmodi würde dadurch von der Rechtsform zurück in politische Verfahren gedrängt.

Doch worin würde sich diese Integrationsweise von der fordistischen unterscheiden? Die wesentliche Differenz liegt in ihrer *verstärkt* postnationalen Dimension: Denn im Gegensatz zu den 1970er Jahren ist das Europäische Parlament im Bereich der Angleichung von Rechtsvorschriften mit Relevanz für den Gemeinsamen Markt mittlerweile an allen Rechtssetzungsakten beteiligt (Art 114 iVm Art 294 AEUV). Durch die Vetomacht des Parlaments ist ein neues Kampfterrain für transnationale soziale Bewegungen entstanden. Während das fordistische Diskriminierungsverbot daher nur sicherstellen konnte, dass nationalstaatliche Kompromissbildungen nicht unterlaufen werden, würde die künftige Überwindung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen die Herausbildung von transnationalen *subalternen* Bündnissen fördern – eine Chance auf die Entwicklung von Gegenmacht zum längst transnational operierenden Kapital. Damit fände eine Orientierung hin auf ein *post-nationales* europäisches Terrain statt, welches die Verkörperung der Einheit des Volkes als Nation⁷⁰ in den mitgliedstaatlichen Staatsapparaten unterläuft. Genau diese Subjektivierung der Bevölkerung als Teil einer nationalen Wettbewerbsgemeinschaft, die sich im Kampf gegen die anderen Mitgliedstaaten bewähren muss, ist integraler Bestandteil eines Wettbewerbes der Rechtsordnungen, in denen sich „unser Recht“ gegen jenes der „anderen“ durchsetzen muss. Ein gegenhegemonialer Ansatz darf freilich nicht bei der Forderung nach einem ausschließlichen Diskriminierungsverbot stehen bleiben, sondern muss diese mit der Forderung nach einer grundlegenden Revision der Marktfreiheitensystematik verbinden. Ließ sich die besondere Stellung der Marktfreiheiten noch durch die historisch wirksame Konzeption einer ökonomischen Integration als „spill over“-Mechanismus für eine folgende politische Integration rechtfertigen, so ist diese inzwischen erreicht und die Sonderstellung der Grundfreiheiten nicht nur geschichtlich überholt, sondern in dem veränderten gesellschaftlichen Kontext für eine post-neoliberalen Integrationsweise kontraproduktiv, weil sie die Verschiebung des Kräfteverhältnisses zugunsten des neoliberalen Projekts festschreibt. Diese verfassungsgleiche Zementierung der Verhältnisse muss einem

⁷⁰ Poulantzas, Staatstheorie (2002/1978) 90ff.

prozeduralen Aushandlungsprozess im transnationalen Arbeitsrecht weichen und um die Einfügung grundlegender demokratischer Elemente in die Wirtschaftsverfassung wie auch in die europäischen und mitgliedstaatlichen Institutionen ergänzt werden.⁷¹ Dass die Kommission als einziges der europäischen Organe über ein Initiativrecht im „europäischen Gesetzgebungsverfahren“ verfügt, ist etwa ein wesentlicher Grund dafür, dass sich die bisherigen transnationalen Bewegungen nur in *defensiven* Bündnissen, wie zuletzt in jenem gegen die Arbeitszeitrichtlinie, konstituiert haben. Gerade die Verselbständigung der Rechtsform zeigt zudem, dass die Demokratisierung nicht nur politische Institutionen umfassen darf, sondern es viel umfänglicher um eine permanente, mit Bezug auf die verschiedenen Organe sehr unterschiedliche Demokratisierung aller Institutionen die bindende Entscheidungen fällen (die keineswegs mit ihrer Verstaatlichung gleichzusetzen ist), ankommt. Das Europarecht als eigenständigen Ort der Hegemonieproduktion zu entdecken, in dem soziale Kämpfe unter den Bedingungen der Rechtsform ausgefochten werden und gesellschaftliche Widersprüche inkrementell in Rechtsprechungslinien übersetzt werden, erfordert die fortwährende Aufmerksamkeit sozialer Bewegungen. Dass dies *einseitig* schon seit langem erkannt wurde, bewies zuletzt etwa das Vorgehen der schwedischen Wirtschaftsvereinigung die in einem der vier Fälle (Rs Laval) ein beträchtliches europarechtliches Engagement zur Durchsetzung ihrer Rechtsansicht und damit zur Schwächung der Gewerkschaften zeigte.⁷² Das Verdikt des EuGH in der Rs Schmidberger⁷³, das das Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit in Form der mehrtägigen Blockade einer Hauptverkehrsader (im konkreten Fall des Brenners) des Binnenmarktes, eine Einschränkung der Marktfreiheiten rechtfertige, liefert einen interessanten Anknüpfungspunkt: Diesmal könnte ein transnationales Bündnis sozialer Bewegungen unter Einschluss der Gewerkschaften den Brenner blockieren und für eine Überwindung des Wettbewerbes der Rechtsordnungen demonstrieren. Durch transnationale Arbeitskämpfe könnte ein weiteres Moment einer post-neoliberalen Integrationsweise errungen werden: die europäische Tarifautonomie.⁷⁴ Eine locker im Lehnstuhl entwickelte Phrase hätte ihre Probe aufs Exempel zu bestehen: „Natürlich können die Gewerkschaften aufeinander abgestimmte kollektive Maßnahmen ergreifen, um die Beschäftigungsbedingungen [...] überall in der Gemeinschaft zu verbessern.“⁷⁵

⁷¹ Oberndorfer, Demos, wo bist du?, in Attac, Das kritische EU-Buch (2006) 40.

⁷² www.svensktnaringsliv.se/fragor/utlandska_foretag_i_sverige/article41188.ece (16.2.2010). Für Hinweis und Übersetzung danke ich *Joachim Stern*.

⁷³ EuGH 12.6.2003, Rs C 112/00, Schmidberger, Slg 2003, I-5659.

⁷⁴ Für eine vielversprechende Initiative, die auch eine rechtlich-politische Operationalisierung transnationaler Arbeitskämpfe zur Durchsetzung der europäischen Tarifautonomie vorlegt, siehe www.tarifpolitik.eu.

⁷⁵ Generalanwalt Maduro in seinen Schlussanträgen zu EuGH, C-438/05, Urteil v. 11.12.2007 (Viking), Rn 70.

