

# Das übersehene Demokratiedefizit

## Warum die Demokratisierung der EU am europäischen Binnenmarktrecht ansetzen muss

DANIEL SEIKEL

Europa erlebt eine schwere Krise. Bei den anstehenden Wahlen zum Europäischen Parlament (EP) im Mai 2019 könnten rechtspopulistische Parteien deutliche Stimmenzuwächse verzeichnen. Die jüngsten Erfolge europakritischer Parteien bei Wahlen und Referenden speisen sich nicht zuletzt aus der Kritik, die Europäische Union (EU) sei undemokratisch und unsozial. Die Demokratisierung der EU steht freilich nicht erst seit dem Erstarken des Rechtspopulismus auf der Agenda fortschrittlicher politischer Kräfte, ist aber heute aktueller und dringender denn je. Jede Strategie, rechtspopulistischen Kräften zu begegnen, muss darauf zielen, die demokratische Qualität europäischen Regierens zu erhöhen. Dazu wurden in der Vergangenheit zahlreiche Vorschläge unterbreitet. Fast alle Reformkonzepte gehen jedoch an einem wesentlichen Demokratieproblem vorbei.

Wenn über das Demokratiedefizit der EU gesprochen wird, stehen zumeist formal-institutionelle Gesichtspunkte im Vordergrund: die eingeschränkten Kompetenzen des EP, die schwache demokratische Legitimation der Europäischen Kommission oder die vergleichsweise starke Stellung sogenannter nicht-majoritärer, technokratischer Institutionen wie der Europäischen Zentralbank. Die meisten der diskutierten Reformvorschläge setzen an solchen formal-institutionellen Aspekten an. Darüber hinaus werden die unvollständigen nicht-formalen Voraussetzungen demokratischer Prozesse problematisiert: die fehlende gemeinsame europäische Identität der EU-Bürger und EU-Bürgerinnen, die mangelnde europäische Öffentlichkeit, das Fehlen echter europäischer Parteien oder die Abwesenheit eines funktionierenden Regierungs-Oppositions-Dualismus.

Ein mindestens ebenso zentrales wie auch strukturelles Demokratieproblem findet hingegen viel zu wenig Aufmerksamkeit, und wenn doch, dann häufig nur in politik- oder rechtswissenschaftlichen Fachzirkeln. Bei diesem Grundproblem handelt es sich um die Überkonstitutionalisierung des europäischen

Binnenmarktrechts. Die Überkonstitutionalisierung des Binnenmarktrechts ist nicht etwa das Ergebnis eines politisch gesteuerten Prozesses – und damit demokratisch legitimerter Entscheidungen –, sondern die Folge über viele Jahre hinweg kumulierter Rechtschöpfungsakte des Europäischen Gerichtshofes (EuGH). Dies erklärt auch, warum dieses Problem so wenig öffentliche Aufmerksamkeit erfährt. Der Prozess der Überkonstitutionalisierung war gerade nicht Bestandteil öffentlicher politischer Debatten, sondern vollzog sich in Gerichtssälen, überwiegend durch politisch völlig unspektakulär erscheinende Einzelverfahren. Die Überkonstitutionalisierung des Binnenmarktrechts stellt dabei nicht nur ein Demokratieproblem dar, sondern ist überdies auch eine der Ursachen für die soziale Schieflage europäischer Politik. Alle Maßnahmen, die dieses Problem ins Visier nehmen, wären demnach doppelt wirksam: Sie würden nicht nur demokratische Gestaltungsspielräume vergrößern, sondern zugleich institutionelle Hürden für ein sozialeres Europa beseitigen.

### Überkonstitutionalisierung als Problem für ein soziales und demokratisches Europa

Doch worin besteht das Problem des überkonstitutionalisierten Binnenmarktrechts? Das Herzstück des Binnenmarktes sind das Wettbewerbsrecht (Monopol- und Kartellkontrolle, Verbot staatlicher Beihilfen, Vergaberecht) und die vier Grundfreiheiten, die den freien Verkehr von mobilen Produktionsfaktoren – Gütern, Personen, Dienstleistungen und Kapital – schützen. Dabei handelt es sich um Instrumente, die von ihrem Wesen her auf Marktschaffung und damit gegen (staatliche) Maßnahmen der Marktbegrenzung ausgerichtet sind. Technisch betrachtet stellen die Grundfreiheiten einen rechtlichen Schutz individueller wirtschaftlicher Freiheiten vor kollektiv-verbindlichen Beschränkungen dar, die aus staatlicher Regel-

setzung ebenso hervorgehen können wie aus tarifvertraglichen Vereinbarungen.

Im Prozess der Konstitutionalisierung des Binnenmarktrechts haben die Grundfreiheiten eine rechtlich dominierende Stellung erlangt. Dadurch sind zwei Probleme entstanden: erstens eine faktische Unterordnung sozialer Rechte unter das Primat individueller wirtschaftlicher Freiheiten, und zweitens eine Beschneidung des demokratischen Gestaltungsspielraums.

Die daraus resultierenden Konsequenzen für eine Marktergebnisse korrigierende und damit Wirtschaftsfreiheiten einschränkende Politik sind unmittelbar ersichtlich: Ihr sind deutliche europarechtliche Grenzen gesetzt. Das betrifft zum einen legislative Maßnahmen, sowohl auf europäischer wie auf nationaler Ebene, etwa bei gesetzlichen Maßnahmen zur Regulierung transnationaler Lohnkonkurrenz. Der vom EuGH überwachte Grundfreiheitschutz hat nicht nur die Spielräume nationaler Gesetzgeber eingeschränkt, wie die Revision der Entsenderichtlinie zeigt: Hier musste auch der europäische Gesetzgeber sehr darauf achten, nicht die Dienstleistungsfreiheit zu stark einzuschränken. Polen und Ungarn, vereint in ihrer Gegnerschaft zur Regulierung der Arbeitnehmerentsendung, bezweifeln, dass dies gelingen sei, und haben jüngst die Revision vor dem EuGH angefochten. Aber auch tarifvertragliche Regelungen sowie Arbeitskämpfmaßnahmen, mit denen Tarifverträge erkämpft werden sollen, werden vom Grundfreiheitschutz beeinträchtigt. In der Vergangenheit sind dadurch die Tarifautonomie und das Streikrecht immer wieder eingeschränkt worden. Ein weiteres Beispiel ist die Unternehmensmitbestimmung. Sie ist zwar vom EuGH in der Erzberger-Entscheidung für grundfreiheitenfest erklärt worden.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> In der Erzberger-Entscheidung (C-566/14 vom 18. 07. 2017) hatte der EuGH zu befinden, ob die deutsche Unternehmensmitbestimmung gegen

Jedoch wird sie von der aus der Personenfreizügigkeit hervorgehenden Niederlassungsfreiheit systematisch unterlaufen. Das vom EuGH zunehmend expansiv ausgelegte Recht von Unternehmen, ihren Sitz frei von nationalen Bestimmungen von Land zu Land verlagern und damit zwischen den verschiedenen nationalen Rechtsformen wählen zu dürfen, droht die Unternehmensmitbestimmung auszuhebeln (vgl. dazu auch Hassel/von Verschuer in diesem Heft). Dabei muss die Umgehung der Mitbestimmung gar nicht das Hauptmotiv von Unternehmen sein; vielmehr ist sie häufig ein „Kollateralschaden“ des primärrechtlich verbrieften Rechts von Unternehmen, den Verwaltungssitz zu verlegen, um, beispielsweise, möglichst wenig Steuern zu zahlen.

Aber warum ist die hervorgehobene Stellung der Grundfreiheiten auch ein Demokratieproblem? Dies hat der ehemalige Richter am Bundesverfassungsgericht, Dieter Grimm, besonders deutlich veranschaulicht.<sup>2</sup> Das europäische Verfassungsrecht ist mit starken ordnungspolitischen Weichenstellungen aufgeladen, die im Ergebnis eine dem nationalen Recht übergeordnete marktliberale Wirtschaftsordnung konstitutionalisieren. Derartig starke ordnungspolitische Weichenstellungen jedoch sind dem nationalen (Verfassungs-)Recht normalerweise fremd. So steht etwa das deutsche Grundgesetz den Grundzügen der Wirtschaftsordnung weitaus „offener“ gegenüber, als dies bei der europäischen Wirtschaftsverfassung der Fall ist. Generell gilt, je mehr und je detaillierter verfassungsrechtlich vorab festgelegt ist, desto weniger Gestaltungsspielraum bleibt für die Politik. Durch die ordnungspolitisch ungewöhnlich starren konstitutionellen Weichenstellungen auf der europäischen Ebene wird also die Gestaltungsfreiheit demokratischer Politik sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene eingengt. Der demokratische Wettbewerb um die „richtige“ Wirtschaftsordnung ist rechtlich eingeschränkt. Die starke Stellung des Binnenmarktrechts hat zur Folge, dass politische Auseinandersetzungen zwischen Befürwortern und Gegnern einer stärkeren Regulierung von Märkten nicht unter rechtlicher „Waffengleichheit“ stattfinden; das Binnenmarktrecht ist eine starke Machtressource in den Händen der Gegner von politischen Eingriffen in Marktprozesse. Da so bestimmte politische Programmatiken – vor allem wirtschaftsliberale – bevorzugt werden, während andere – wie etwa das Programm eines regulierten Kapitalismus – systematisch benachteiligt werden, ist die Korrektur

der Überkonstitutionalisierung des Binnenmarktrechts eine zentrale Herausforderung gerade auch für Gewerkschaften.

### Viele Vorschläge zur Demokratisierung der EU laufen ins Leere

Angesichts dieser massiven Beschneidung demokratischer Gestaltungsfreiheit kratzen viele der derzeit diskutierten Vorschläge zur Behebung des Demokratiedefizits europäischen Regierens bestenfalls an der Oberfläche des Problems oder laufen gar gänzlich ins Leere. Dies gilt für den geforderten Spitzenkandidaten-Automatismus bei der Ernennung des Kommissionspräsidenten genauso wie für die Forderungen nach einem europäischen Finanzminister oder transnationalen Kandidatenlisten für die Europawahlen. Selbst die grundsätzliche und wichtige Forderung nach einer institutionellen Aufwertung des Europäischen Parlaments im europäischen Institutionengefüge hätte nicht den Effekt, den es haben könnte, solange die dort verhandelten Materien unter einem derartigen Grundfreiheitenvorbehalt verbleiben. Folglich sollten die politischen Anstrengungen besser auf eine Befreiung europäischer und nationaler Politik aus den Fesseln der marktliberalen Bestandteile des europäischen Binnenmarktes konzentriert werden als auf so manches andere, das derzeit diskutiert wird – von als Meilensteinen der Demokratisierung verkauften Marketingmaßnahmen wie der Online-Befragung zur Abschaffung der Zeitumstellung ganz zu schweigen.

### Das Primat des Politischen über den Binnenmarkt herstellen

Wie ließe sich das Primat des Politischen über das Binnenmarktrecht wiederherstellen? Hierzu sind drei Maßnahmen denkbar: Erstens, die umfassendste und wohl auch wirksamste Option wäre ein konstitutioneller Neustart der EU. Kern dieses Vorschlages ist eine „echte“ europäische Verfassung, die nur diejenigen Elemente beinhaltet, die typischerweise in

Verfassungen enthalten sind, also Regelungen über Kompetenzen, Organe, Verfahrensweisen sowie politische und soziale Grundrechte. Alle anderen Elemente, darunter auch das Binnenmarktrecht, würden indessen in das „einfache“ EU-Recht, das sogenannte Sekundärrecht, überführt. Dadurch würde die europäische Politik die „Oberhand“ über die Grundfreiheiten erlangen, da diese als Rechtsbestände ohne Verfassungsrang politisch leichter korrigiert werden könnten. Das Ergebnis wäre eine insofern „offenere“ europäische Verfassung, als sie gegenüber verschiedenen ordnungspolitischen Leitbildern offener wäre als die derzeitige Wirtschaftsverfassung. Zweitens, die europäischen Verträge könnten – wie vom Europäischen Gewerkschaftsbund vorgeschlagen – um ein Soziales Fortschrittsprotokoll ergänzt werden, das sozialen Rechten einen grundsätzlichen Vorrang vor den Grundfreiheiten einräumen würde. Schließlich, drittens, könnten Ausnahmebereiche definiert werden, für die die Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht nicht gelten, vorzugsweise im Vertragsrecht verankert, möglicherweise aber auch im Sekundärrecht. Die so festgelegten Ausnahmebereiche würden die Tarifautonomie, Tarifverträge und das Streikrecht aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts herausnehmen.

Die zuletzt immer lauter gewordene Kritik an Europa bezieht sich in der Regel auf zwei Defizite: Erstens sei die EU nicht demokratisch genug; zweitens sei die EU nicht sozial genug. Diese Kritik sollte ernst genommen werden. Beide Defizite sind viel enger miteinander verzahnt, als man vielleicht meinen könnte, und gehen auf dieselbe Ursache zurück: Die Überkonstitutionalisierung des Binnenmarktrechts. Die dominante Stellung der Grundfreiheiten ist gewiss nicht die einzige Ursache dieser Probleme; hier ist insbesondere die neue europäische *Economic Governance* mit all ihren negativen Auswirkungen auf Demokratie, Wohlfahrtsstaaten und soziale Rechte zu nennen. Dennoch muss jede Strategie zur Demokratisierung der EU am europäischen Binnenmarktrecht ansetzen. ■

#### AUTOR

**DANIEL SEIKEL**, Dr., ist Wissenschaftler am Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung. Arbeitsschwerpunkt: Europäische Politik.

@ daniel-seikel@boeckler.de

die europarechtlich geschützte Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoße. Die Richter verneinten dies (siehe [https://www.boeckler.de/wsi\\_110074.htm](https://www.boeckler.de/wsi_110074.htm)).

2 Grimm, D. (2016): Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München.