

# Individualrechte gegen nationale Solidarität

*Eine Nachbetrachtung von Fritz W. Scharpf*

Die Kapitel, aus denen die Herausgeber einen überraschend lesbaren Text komponiert haben, sind im Sommer 1997 entstanden. Sie haben, wenn ich das als nicht ganz unbefangener Leser sagen darf, die seitdem vergangene Zeit einigermaßen gut überstanden. Selbstverständlich wären nun viele neue Entwicklungen der europäischen Politik, Rechtsprechung und Institutionen nachzutragen und noch mehr neue Literatur auszuwerten. Dies kann ich hier nicht versuchen. Aber mir scheint, der damals verwendete Ansatz taugt jedenfalls im Prinzip auch zur Erfassung der neuen Entwicklungen. Nötig erscheinen mir jedoch einige Korrekturen im Detail und eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der damaligen Analyse.

So habe ich etwa in Anmerkung 33 behauptet, dass die Thesen meines Aufsatzes zur »Politikverflechtungsfalle« (deutsch 1985, englisch 1988) jedenfalls in Bezug auf Änderungen der Verfassung weiterhin theoretisch fundiert und empirisch gültig geblieben seien. Zumindest der zweimal von den Regierungen einstimmig beschlossene Verfassungsvertrag scheint dies zu widerlegen. Ich will mich jetzt nicht auf eine Verteidigung zurückziehen, die die praktische Bedeutung der Änderungen infrage stellt (obwohl man das versuchen könnte), denn meine damalige These war auf jeden Fall theoretisch unvollständig formuliert: Selbstverständlich sind auch unter dem Einstimmigkeitsprinzip institutionelle Veränderungen möglich, wenn veränderte Randbedingungen die Attraktivität des institutionellen Status quo für alle Vetospieler so vermindern, dass die Suche nach institutionellen Reformen vorteilhafter erscheint. Möglicherweise hat die EU-Osterweiterung (die natürlich ihrerseits einer Erklärung bedarf, die in dem Text von 1997 nicht enthalten ist) für die alten Mitgliedstaaten Veränderungen akzeptabel gemacht, die mir 1997 noch unwahrscheinlich erschienen.

Meine Erwartungen zur künftigen Reichweite der Wirtschaftsfreiheiten und des EU-Wettbewerbsrechts in den Bereichen des *service public* (oder der »Daseinsvorsorge«) sind weitgehend eingetroffen und in einigen Bereichen noch übertroffen worden. So hatte ich etwa die potenzielle Destruktivkraft der Niederlassungsfreiheit für national unterschiedliche Unternehmensverfassungen (Höpner und Schäfer in diesem Band) und sogar für das in nationalen Verfas-

sungen garantierte Streikrecht<sup>1</sup> damals noch gar nicht im Visier. Freilich ist auch der EuGH von strikten Prinzipien der Marktfreiheit abgewichen, als er die Zulässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung – und damit auch deren Monopol auf der Anbieterseite – bejahte.<sup>2</sup> Aber diese Einschränkung blieb streng begrenzt. Sobald der nationale Gesetzgeber überhaupt nicht staatliche Anbieter zulässt, ist er auch den Prinzipien der Wettbewerbsgleichheit unterworfen (Ferrera 2005: 155–162).

Aber eben diese letzten Beispiele leiten über zu einer Erweiterung meiner Thesen von 1997. Dort hatte ich das Übergewicht der negativen über die positive Integration zurückgeführt auf die Befugnis der Kommission, ohne vorherige Ermächtigung durch den Rat gegen Vertragsverstöße der Mitgliedstaaten rechtlich vorzugehen, und ich hatte angefügt: »Mit wenigen Ausnahmen ist diese Befugnis begrenzt auf rechtliche Schritte gegen nationale Handels- und Mobilitätsbeschränkungen sowie nationale Maßnahmen, die den freien Wettbewerb auf dem Markt beeinträchtigen.« Dabei hatte ich für die Ausnahmen auf die Rechtsprechung zur Gleichstellung von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt verwiesen. Technisch ist der zitierte Satz auch weiterhin zutreffend. Aber aus dem Kontext geht deutlich hervor, dass die negative Integration hier verstanden wurde als »marktschaffende« Erweiterung der Wirtschaftsfreiheiten. Diese Gleichsetzung ist, wie Ferrera (2005) und neuerdings Caporaso und Tarrow (2007) betont haben, jedenfalls heute nicht mehr zutreffend.

In der Tat gibt es inzwischen eine einigermaßen umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zum Schutz sozialer Rechte. Sie stützt sich zum Teil unmittelbar auf die Verträge, zum Teil aber auch auf die extensive Interpretation von Richtlinien und Verordnungen, die mit der Zustimmung des Rates beschlossen wurden. Am Anfang standen schon in den siebziger Jahren Entscheidungen zur Nichtdiskriminierung von Wanderarbeitern und zur Portabilität und Kumulierung ihrer in unterschiedlichen Mitgliedstaaten erworbenen Anrechte auf Leistungen nationaler Sozialversicherungssysteme. Spätere Urteile erstreckten das Diskriminierungsverbot auf versicherungs- wie steuerfinanzierte Leistungen für die Familienangehörigen von Arbeitnehmern unabhängig von deren Wohnsitz innerhalb der Gemeinschaft. In noch späteren Urteilen wird die Anknüpfung an den Arbeitnehmerstatus überhaupt aufgegeben und durch den Bezug auf die Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit der EU-Bürger ersetzt. Schließlich wurde wieder auf das Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht zurückgegriffen, um eine Verpflichtung der nationalen Krankenversicherung oder des steuerfinanzierten nationalen Gesundheitssystems zu begründen, auch die Kosten der

---

1 C-438/05 (11.12.2007 [Viking]).

2 C-159/91 und C-160/91 (1993).

Inanspruchnahme ausländischer Gesundheitsdienstleistungen zu erstatten.<sup>3</sup> Auch diese Entscheidungen sind analytisch als negative Integration zu qualifizieren. Anfangs mag es dabei zwar noch um die Integration des Binnenmarktes gegangen sein, die durch die Diskriminierung von Arbeitsmigranten behindert worden wäre. Aber in den neueren Fällen fehlt dieser ökonomische Bezug. Hier geht es um die Freizügigkeit von EU-Bürgern, die zusammen mit ihren Familien möglichst vollständig an den sozialen Leistungen ihres jeweiligen Gastgeberlandes teilhaben sollen.<sup>4</sup>

Caporaso und Tarrow (2007) sehen in dieser Rechtsprechung den Beleg dafür, dass sich auch in der Europäischen Union die von Polanyi postulierte soziale Einbettung der Ökonomie durchsetze. Die marktschaffende Logik des freien Wettbewerbs auf den Kapital-, Waren-, Dienstleistungs- und Arbeitsmärkten werde nun durch marktbeschränkende soziale Schutzrechte und durch die rechtliche Anerkennung des Zusammenhalts der Familien korrigiert. Dies erscheint mir als eine riskante Interpretation, die zu wenig Gewicht auf die Tatsache legt, dass alle Entscheidungen auch weiterhin auf die Kombination des Diskriminierungsverbots mit einem der vom Vertrag garantierten Mobilitätsrechte gegründet sind. Geschützt werden die Dienstleistungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit und die Freizügigkeit. Und die Mitgliedstaaten werden gehindert, bei der Anwendung ihres jeweiligen Rechts – einschließlich des Sozialrechts – zwischen Inländern und EU-Ausländern zu diskriminieren. In der Konsequenz bedeutet dies eine Erweiterung der negativen Integration, die nun nicht nur die Grenzen des nationalen Wirtschaftsrechts, sondern auch die Grenzen der nationalen Sozialsysteme aufbrechen soll.

Dies mag man im Interesse der Betroffenen und ihrer Familien begrüßen – wenigstens solange die Mobilitätsrechte nicht massenhaft in Anspruch genommen werden und die realen Mehrbelastungen für die nationalen Sozialsysteme nicht zum Problem werden. Aber, wie der folgende Fall zeigt, ist für eine solche Abwägung in der Freizügigkeitsdoktrin des Gerichts kein Argument vorgesehen: Hier ging es um die Zulassung deutscher Studenten zum Medizinstudium in Österreich. Angesichts der drohenden Überfüllung durch Bewerber, die wegen des Numerus Clausus in Deutschland nicht zum Zuge kamen, hatte Österreich beschlossen, Ausländer nur zuzulassen, wenn diese auch im Heimatland einen Studienplatz erhalten konnten. Gegen diese Beschränkung hatte die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, und im Januar 2005

---

3 Die Rechtsprechung wird nachgezeichnet in einer Serie von Aufsätzen von Martinsen (2003, 2005a, 2005b, 2005c, 2007) und in der Monografie von Ferrera (2005). Auch Hatzpoulos (2005) und Caporaso und Tarrow (2007) präsentieren einen knappen Überblick.

4 Diese Entwicklung wird juristisch präzise rekonstruiert und normativ gebilligt bei Wollenschläger (2007).

wurde sie vom EuGH als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für unzulässig erklärt (C-147/03). Kurz danach stieg der Anteil deutscher Bewerber an einigen österreichischen Medizinfakultäten auf über 60 Prozent.<sup>5</sup> Da Österreich mit Rücksicht auf drohende Engpässe in der ärztlichen Versorgung einen eigenen Numerus Clausus nicht einführen wollte und eine rapide Vermehrung der Studienplätze auch nicht hätte finanzieren können, kann hier von einer unbedeutenden Belastung gewiss nicht mehr die Rede sein. Aber diese Faktoren spielten für die Kommission und das Gericht keine Rolle. Was zählte, waren die Maximen einer generalisierten, also nicht mehr auf den Wirtschaftsverkehr beschränkten Freizügigkeit.<sup>6</sup>

Die normativen Implikationen dieser neueren Rechtsprechung erscheinen ambivalent. Im Vergleich zur ausschließlichen Maximierung der ökonomischen Integration kann man die Anknüpfung von Diskriminierungsverboten an nicht ökonomische Mobilitätsrechte als Beitrag zur sozialen Integration Europas und zur Entwicklung einer europäischen Zivilgesellschaft begrüßen, wie Caporaso und Tarrow (2007) dies tun.<sup>7</sup> Maurizio Ferrera betont zwar die Risiken, die der Verlust der Grenzkontrolle für die bestehenden nationalen Sozialsysteme mit sich bringt. Er erwartet aber von der Rechtsprechung des EuGH zugleich auch positive Impulse für die Entwicklung eines »common membership space«, die zur Restrukturierung des Sozialstaates auf der europäischen Ebene beitragen können (2005: 237–253). Dies mag man so sehen. Gerade dann allerdings müsste das Gericht bei der Entscheidung über die Konstitutionalisierung neuer Diskriminierungsverbote auch den Schaden für die Funktionsfähigkeit und Legiti-

---

5 Österreich reagierte mit einer Beschränkung des Ausländeranteils auf 25 Prozent der Studienplätze. Dagegen leitete die Kommission ein neues Vertragsverletzungsverfahren ein, und die österreichische Regierung musste im Oktober 2007 auf dem Gipfel der Staats- und Regierungschefs in Lissabon ihr Veto gegen den Verfassungsvertrag ins Spiel bringen, um der Kommission wenigstens ein fünfjähriges Ruhen des Verfahrens abzurufen.

6 Das Gericht stützte sich auf eigene Entscheidungen aus den Achtzigerjahren, die den Zugang zu Einrichtungen der Berufsbildung zum »Anwendungsbereich« des EG-Vertrages im Sinne von Art. 12 (ex Art. 6) EGV gezählt hatten. Da aber der Maastricht-Vertrag später die Kompetenz der EU im Bildungsbereich auf Empfehlungen und auf »Fördermaßnahmen unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten« beschränkt hatte (Art. 149 Abs. 4 EGV), erscheint mir diese Begründung als eine gegen die Mitgliedstaaten als »Herren der Verträge« gerichtete Provokation. Dagegen bedauert die integrationsfreundliche juristische Kritik, dass der EuGH das Ergebnis nicht auf die generelle Freizügigkeit der Unionsbürger (Art. 17 und 18 EGV) gestützt hatte (Wollschläger 2007: 211).

7 Diese grundsätzlich positive Einschätzung eines erweiterten europäischen Rechtsschutzes gegen nationales Recht dominiert nicht nur im Europarecht (Wollschläger 2007 mit vielen weiteren Nachweisen; von Bogdandy 2001; von Bogdandy/Bitter 2005; Häberle 2005), sondern auch in der politikwissenschaftlichen Integrationsforschung (vgl. etwa Rittberger/Schimmelfennig 2006; van Kersbergen 2006). Die skeptische Gegenposition wird jedoch nicht allein in Köln vertreten. Vgl. neben Ferrera (2005) vor allem auch Bartolini (2005).

mität nationaler Lösungen gegen den potenziellen Zugewinn an europäischer sozialer Integration abwägen.

Die Notwendigkeit wird deutlicher, wenn man die europäische Konstellation mit der in Bundesstaaten vergleicht, die ihren Bürgern ebenfalls das Grundrecht der Freizügigkeit garantieren. Nach der ökonomischen Theorie des Föderalismus sollte in Bundesstaaten mit hoher Mobilität der Zentralstaat für umverteilende Sozialprogramme zuständig sein, weil andernfalls der Standortwettbewerb die Gliedstaaten zur wechselseitigen Unterbietung zwingt (Oates 1972: 1999). Tatsächlich werden auch in fast allen Bundesstaaten die meisten Sozialprogramme vom Zentralstaat institutionalisiert und finanziert (Obinger et al. 2005). Wo dies nicht der Fall ist, werden umverteilende Programme und die dezentrale Produktion öffentlicher Güter vom Zentralstaat subventioniert, oder der vertikale oder horizontale Finanzausgleich sorgt für die annähernd gleiche Leistungsfähigkeit aller Gliedstaaten. Überdies gilt bei dezentral finanzierten Leistungen auch das Diskriminierungsverbot nicht uneingeschränkt: So sind etwa in den Vereinigten Staaten nicht nur (befristete) »residency requirements« für den Bezug einzelstaatlicher Sozialleistungen üblich, sondern auch die staatlichen Universitäten sind berechtigt, von auswärtigen Studenten wesentlich höhere Gebühren zu verlangen als von den »residents« (Graser 2001). Sogar in Deutschland wird jetzt nach der Einführung von Studiengebühren in einigen Ländern (und steigenden Studentenzahlen in Ländern ohne Studiengebühren) wieder über die vom Bundesverfassungsgericht 1973 (BVerfG 33, 303) abgelehnte Privilegierung von »Landeskindern« beraten.

Mit anderen Worten: In nationalen Bundesstaaten werden die Kosten der Solidarität zum überwiegenden Teil von der größeren, vom Zentralstaat repräsentierten Gemeinschaft getragen – und wo dies nicht der Fall ist, da gilt auch das auf die Freizügigkeit gestützte Diskriminierungsverbot nicht uneingeschränkt. In Europa dagegen müssen alle Leistungen, die durch die Rechtsprechung zur Freizügigkeit den Gebietsfremden zugänglich gemacht werden, von den Mitgliedstaaten und deren Steuerzahlern getragen werden. Solange die Mobilität gering ist, mag man die realen Folgen einer derart menschenfreundlichen Politik in Kauf nehmen. Aber deren Logik zielt ja gerade darauf ab, die Mobilität in Europa im Interesse einer sozialen Integration zu steigern – und im österreichischen Fall sind auch die realen Folgen erheblich. Es lohnt sich also, die Implikationen der Kombination von dezentraler Wohlfahrtsproduktion, hoher Mobilität und einem gerichtlich sanktionierten Diskriminierungsverbot grundsätzlicher zu betrachten.

Die ökonomischen Modelle des »Wettbewerbsföderalismus«, die einen positiven Zusammenhang zwischen Freizügigkeit und staatlicher Wohlfahrtsproduktion ableiten (Tiebout 1956), unterstellen immer die institutionell gesicherte

Kongruenz zwischen dem Kreis derer, die öffentliche Güter in Anspruch nehmen und dem Kreis derer, die den *tax price* für deren Erstellung zu entrichten haben. Ist diese Kongruenz verletzt – etwa weil nach den Regeln des EU-Binnenmarktes und der Niederlassungsfreiheit die Unternehmen nicht gezwungen werden können, ihre Gewinne in dem Staat zu versteuern, in dem sie die staatliche Infrastruktur in Anspruch nehmen – dann führt das im Modell zu einer ökonomisch schädlichen Unterproduktion öffentlicher Güter. Nun kann freilich bei sozialstaatlichen Leistungen und auch bei der Bereitstellung von Studienplätzen ein so enges Tauschverhältnis zwischen Abgaben und der Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen nicht unterstellt werden. Aber das heißt nicht, dass Freizügigkeit hier kein Problem wäre. Im Gegenteil: Nationale Sozialsysteme basieren zwar nicht auf der individualistischen Logik des gleichwertigen Tausches – analog zum Modell des Versicherungsvertrags oder der Mitgliedschaft in einem Club. Aber sie stützen sich auch nur in begrenztem Maße auf die altruistische (und im Prinzip universalistische) Logik der Umverteilung zwischen den vom Schicksal Begünstigten und den Bedürftigen. Ihre dominante motivationale Grundlage ist die *diffuse reciprocity* in einem solidarischen Kollektiv, zu dem jeder nach seiner Fähigkeit beiträgt und von dem bei Bedarf auch jeder profitieren könnte. Diese Reziprozität wird verletzt, wenn die Bessergestellten ihre Freizügigkeit nutzen, um sich solidarischen Pflichten zu entziehen – und sie wird auch verletzt, wenn solidarisch produzierte Leistungen von Personen in Anspruch genommen werden, die – wie die deutschen Studenten in Österreich – der Solidargemeinschaft nicht angehören. Beides untergräbt die Legitimität und Effektivität nationaler Regime (Scharpf 2007).

In ihrer Konsequenz zielt also die »sozial-liberale« Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft, zur Freizügigkeit und zum Diskriminierungsverbot in die gleiche Richtung wie die »wirtschaftsliberale« Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und zum europäischen Wettbewerbsrecht. Beide sind Kampfansagen an den Bestand national unterschiedlicher Regimes der Wirtschaftsordnung, der Unternehmensverfassung, der Daseinsvorsorge und des sozialen Ausgleichs. Während aber die Rekonstruktion einer legitimen und effektiven Wirtschaftsordnung auf der europäischen Ebene immerhin möglich – wenn auch außerordentlich schwierig und im Lichte der *Varieties-of-Capitalism*-Forschung auch wenig wünschenswert – erscheint, halte ich die europäische Rekonstruktion des Sozialstaates, oder auch nur die europäische Harmonisierung nationaler Sozialregimes, auch weiterhin und nach der Osterweiterung erst recht für chancenlos (Scharpf 2002, 2003).

Wenn die Urteile des EuGH und die Vertragsverletzungsverfahren der Kommission ihren Lauf nehmen und rechtstreu implementiert werden, dann ist in den Mitgliedstaaten mit einer Erosion solidarischer Orientierung und damit

der Legitimität solidarischer Sozialsysteme zu rechnen. Die Politik kann dem Rechnung tragen, indem sie solidarisch finanzierte Leistungen abbaut. Das Ergebnis wäre eine Spaltung der Sozialsysteme nach amerikanischem Muster, bei der die Bessergestellten privat finanzierte Dienstleistungen und Versicherungen nutzen, während der Staat sich auf eine sozialpolitische Mindestversorgung für die Bedürftigen beschränkt, deren Niveau durch die jeweils politisch mobilisierbaren altruistischen Motive der Wähler definiert wird. Auch dies untergräbt die Legitimität der nationalen Politik in Mitgliedstaaten, in deren politischer Kultur stärkere Solidaritätsnormen verankert waren.

Gewiss haben einige der Mitgliedstaaten Wege gefunden, auf denen sich die Errungenschaften des skandinavischen und, bis zu einem gewissen Grad, auch die des kontinentaleuropäischen Sozialstaatsmodells verteidigen lassen (Scharpf/Schmidt 2000; Kuhnle 2000; van Kersbergen 2002). Aber im Kern ging es dabei um die erfolgreiche Immunisierung des Sozialstaates gegen die zunehmend schärfere Konkurrenz auf den europäischen und internationalen Produkt- und Kapitalmärkten. Was diese Literatur, zu der auch ich beigetragen habe (Scharpf 2000), noch nicht ausreichend berücksichtigt, ist die zunehmende Verengung des rechtlichen Korridors für nationale Anpassungsreaktionen durch die Politik der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH. Die erfolgreiche Verteidigung der internationalen Konkurrenzfähigkeit wird behindert, wenn die Kontrolle der Geld- und Währungspolitik auf die Europäische Zentralbank übergegangen ist, wenn die Fiskalpolitik dem Europäischen Stabilitätspakt unterworfen ist, wenn Hilfen für Krisenregionen und Rettungsaktionen für gefährdete Landesbanken durch die europäische Beihilfenkontrolle verhindert werden, und wenn die Kommission den Spielraum der nationalen Steuerpolitik zunehmend einschränkt (Ganghof und Genschel in diesem Band).

Das Gleiche gilt in der Sozialpolitik, wenn Länder, die in Reaktion auf die internationale Konkurrenz bei den Arbeitskosten von der Beitragsfinanzierung zur Steuerfinanzierung wechseln möchten, erkennen müssen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Leistungen eines steuerfinanzierten (und deshalb budgetär limitierten) staatlichen Gesundheitsdienstes auch dann finanziert werden müssen, wenn sie von Anbietern im Ausland erbracht werden. Die gleiche Rechtsprechung sichert die »Exportabilität« aller steuerfinanzierten Sozialleistungen und ebenso deren Inanspruchnahme durch Gebietsfremde, die einen europarechtlich definierten Mindestaufenthalt im Inland überschritten haben (Martinsen 2005c).<sup>8</sup> Die möglichen ökonomischen Vorteile eines Über-

---

<sup>8</sup> Beim Zugang zu gebührenfreien Hochschulen wären nicht einmal solche Mindestfristen zulässig, während der Anspruch auf Studienbeihilfen nach einem Aufenthalt von drei Monaten entsteht (Wollenschläger 2007)

gangs zur Steuerfinanzierung werden also durch erhebliche fiskalische Risiken erkaufte. Zugleich bedroht die Wettbewerbs-Rechtsprechung die bisherige Praxis der skandinavischen und kontinentaleuropäischen Länder, soziale Dienste und Bildungsangebote durch staatliche Agenturen oder frei-gemeinnützige Träger unter Ausschluss kommerzieller Produzenten anbieten zu lassen, während die nicht im Modus der monopolistischen Zwangsversicherung geregelte Altersvorsorge schon jetzt dem Marktwettbewerb überlassen werden muss.

Die Kombination der wirtschaftsliberalen und der sozilliberalen Rechtsprechung und ihrer Instrumentalisierung durch die Kommission untergräbt also die Legitimität und Effektivität der inklusiven und solidarisch finanzierten Sozialsysteme des kontinentalen und skandinavischen Modells. Diese Rechtsprechung kann durch politisches Handeln auf der europäischen Ebene nicht korrigiert werden. Wo sie sich auf den Text der Verträge stützt, müssten Korrekturversuche in allen Mitgliedstaaten ratifiziert werden. Aber auch Versuche, eine zu liberale Interpretation des Sekundärrechts durch Novellierung zu korrigieren, könnten von der Kommission durch Nichtausübung ihrer Gesetzesinitiative verhindert werden und wären überdies abhängig von der Zustimmung einer breiten Mehrheit im Ministerrat. Die wäre aber schon deshalb kaum zu erwarten, weil das durch die liberale Rechtsprechung favorisierte angloamerikanische Sozialmodell ja durch die Osterweiterung der EU neue Anhänger gefunden hat (Alber 2006).

Mit den regulären Mitteln der EU-Verfassung kann also die Weiterentwicklung der negativen Integration durch den EuGH nicht beschränkt oder korrigiert werden. Deshalb läuft die sozialdemokratische oder gewerkschaftliche Kritik an der exzessiven Liberalisierung ebenso ins Leere wie der fundamental europakritische Protest links- oder rechtspopulistischer Parteien. Nötig wären vielmehr, so habe ich verschiedentlich argumentiert, Verfassungsänderungen, die es einzelnen Ländern oder Gruppen von Mitgliedstaaten ermöglichen, die destruktiven Wirkungen der negativen Integration abzuwehren. Dies könnte durch zwei Instrumente erreicht werden: Politisch kontrollierte *opt-outs* könnten es einem einzelnen Mitgliedstaat erlauben, von Regeln des primären und sekundären Europarechts abzuweichen, wenn eine Mehrheit im Ministerrat die Abweichung billigt. Überdies könnten Ländergruppen mit ähnlichen Institutionen und politischen Präferenzen durch eine Erleichterung der *enhanced cooperation* in die Lage versetzt werden, gemeinsame Probleme durch ein Europarecht mit begrenztem Geltungsbereich gemeinsam zu regeln (Scharpf 2003, 2006a, 2007).

Aber solche Verfassungsänderungen werden nicht von selbst kommen – vor allem deshalb, weil die Vertragsverletzungsverfahren der Kommission und die Urteile des EuGH immer nur gegen einen Mitgliedstaat und im Hinblick auf die besonderen Umstände des konkreten Falls ergehen, die anderswo so nicht ge-



geben sind. Eine solidarische politische Reaktion aller Mitgliedstaaten, oder auch nur derer mit ähnlichen institutionellen Bedingungen und politischen Präferenzen ist also so gut wie ausgeschlossen. Vor der Kommission und dem Gericht steht jeder allein und verliert jeder für sich.

Aber dies gilt doch nur, solange die Union sich auf den Rechtsgehorsam ihrer Mitgliedstaaten verlassen kann. Dieser aber beruht allein auf der nicht erzwingbaren Anerkennung der Legitimität des vom Gericht definierten Europarechts. Würde diese im Konfliktfall aufgekündigt, so stünden der Union keine wirksamen Sanktionsmittel zur Verfügung. Und die – begründete – Aufkündigung auch nur durch einen der (größeren oder alten) Mitgliedstaaten könnte einen Dominoeffekt auslösen, der die Stabilität des europäischen Rechtssystems insgesamt gefährden und damit eine Verfassungskrise auslösen würde. Vermutlich müsste sich der betreffende Mitgliedstaat dafür noch nicht einmal ins Unrecht setzen, indem er den Vollzug eines rechtskräftigen Urteils verweigert. Es würde genügen, wenn die Anerkennung der Präjudizwirkung der Urteilsgründe aufgekündigt und die Staatsorgane angewiesen würden, jeden ähnlichen Fall grundsätzlich und jeweils bis zu einem höchstrichterlichen Urteil streitig zu stellen. Auch dies würde, wenn andere dem Beispiel folgen, den Tempel des europäischen Richterrechts einstürzen lassen.

Ziel des Widerstands wäre selbstverständlich weder die Zerstörung der Europäischen Union noch die Aufkündigung der Mitgliedschaft. Ebenso wenig ginge es um die Anerkennung eines unbedingten Rechts auf *nullification*, wie es John C. Calhoun vor dem amerikanischen Bürgerkrieg für die Südstaaten gefordert hatte (Capers 1948; Lence 1992).<sup>9</sup> Stattdessen wäre das erklärte – und zu erklärende – Ziel der zu provozierenden Verfassungskrise eine Verfassungsreform, die den demokratisch legitimierten Mitgliedstaaten ein Minimum an Verteidigungsmöglichkeiten gegen die europäische Richterherrschaft und die politisch unkontrollierbare Expansion der negativen Integration verschaffen würde. Die anzustrebende Kontrolle der *opt-outs* und der *enhanced cooperation* durch den Ministerrat würde verhindern, dass Abweichungsrechte und Sonderregelungen zum Schaden der Gemeinschaft eingesetzt werden können. Und zugleich würde die Möglichkeit von Abweichungsrechten die demokratische Legitimität des europäischen Regierens erheblich verbessern. Aber ohne die Provokation einer prinzipienorientierten *non-compliance* wird diese Chance sich nicht eröffnen.

---

<sup>9</sup> In den Beratungen zur deutschen Föderalismusreform hatten auch die Länder ein unbedingtes Abweichungsrecht gefordert, das erwartungsgemäß jedoch nicht akzeptiert wurde. Das politisch konditionierte Abweichungsrecht, das dem hier vorgeschlagenen kontrollierten *opt-out* entsprochen hätte, wurde dagegen von den Ländern abgelehnt (Scharpf 2006b).

## Literatur

- Alber, Jens, 2006: Das »europäische Sozialmodell« und die USA. In: *Leviathan* 34(2), 208–241.
- Bartolini, Stefano, 2005: *Restructuring Europe: Centre Formation, System Building, and Political Structuring Between the Nation State and the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Börzel, Tanja A., et al., 2007: *Recalcitrance, Inefficiency, and Support for European Integration: Why Member States Do (Not) Comply with European Law*. CES Working Paper 148. Cambridge, MA: Harvard University.
- Bogdandy, Armin von, 2001: *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union*. Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Nr. 115. Bonn: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.
- Bogdandy, Armin von/Stephan Bitter, 2005: Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot: Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur. In: Charlotte Gaitanides/Gil Carlos Rodriguez Iglesias (Hg.), *Europa und seine Verfassung*. Baden-Baden: Nomos, 309–322.
- Capers, Gerald M., 1948: A Reconsideration of Calhoun's Transition from Nationalism to Nullification. In: *Journal of Southern History* 14, 34–48.
- Caporaso, James/Sidney Tarrow, 2007: *Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society*. Seminarpapier. Cornell University Government Department Seminar on Comparative and International Politics, Ithaca, NY, 30. November 2007.
- Falkner, Gerda, et al., 2005: *Complying with Europe: EU Harmonization and Soft Law in the Member States*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferrera, Maurizio, 2005: *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*. Oxford: Oxford University Press.
- Graser, Alexander, 2001: *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt: Eine verfassungs- und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Häberle, Peter, 2005: *Europäische Verfassungslehre*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- Hatzpoulos, Vassilis, 2005: A (More) Social Europe: A Political Crossroad or a Legal One-Way Dialogue. In: *Common Market Law Review* 42, 1599–1635.
- Kersbergen, Kees van, 2002: The Politics of Welfare State Reform. In: *Swiss Political Science Review* 8(2), 1–19.
- , 2006: Review: The Politics of Solidarity and the Changing Boundaries of the Welfare State. In: *European Political Science* 5(4), 377–394.
- Kuhnle, Stein (Hg.), 2000: *Survival of the European Welfare State*. London: Routledge.
- Lence, Ross M. (Hg.), 1992: *Union and Liberty: The Political Philosophy of John C. Calhoun*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Linos, Katerina, 2007: How Can International Organizations Shape National Welfare States? Evidence from Compliance with European Union Directives. In: *Comparative Political Studies* 40(5), 547–570.
- Martinsen, Dorte Sindbjerg, 2003: *Who Has the Right to Intra-European Social Security? From Market Citizens to European Citizens and Beyond*. EUI Working Paper Law No. 2003/13. Florence: European University Institute.

- Martinsen, Dorte Sindbjerg, 2005a: The Europeanization of Welfare – The Domestic Impact of Intra-European Social Security. In: *Journal of Common Market Studies* 43(5), 1027–1054.
- , 2005b: Towards an Internal Health Market with the European Court. In: *West European Politics* 28(5), 1035–1056.
- , 2005c: Social Security Regulation in the EU: The De-Territorialization of Welfare? In: Gráinne de Búrca (Hg.), *EU Law and the Welfare State*. Oxford: Oxford University Press, 89–111.
- , 2007: *The Social Policy Clash: EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses*. Konferenzbeitrag. EUSA Tenth Biennial International Conference, Montreal, Canada, 17.–19. Mai, 2007.
- Oates, Wallace E., 1972: *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.
- , 1999: An Essay on Fiscal Federalism. In: *Journal of Economic Literature* 37(3), 1120–1149.
- Obinger, Herbert/Stephan Leibfried/Francis G. Castles (Hg.), 2005: *Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rittberger, Berthold/Frank Schimmelfennig (Hg.), 2006: *The Constitutionalization of the European Union*. *Journal of European Public Policy*, Sonderheft 13(8).
- Scharpf, Fritz W., 2000: Economic Changes, Vulnerabilities, and Institutional Capabilities. In: Fritz W. Scharpf/Vivien A. Schmidt (Hg.), *Welfare and Work in the Open Economy*, Vol. 1: *From Vulnerability to Competitiveness*. Oxford: Oxford University Press, 21–124.
- , 2002: The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity. In: *Journal of Common Market Studies* 40(4), 645–670.
- , 2003: Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration. In: *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 1(1), 32–60.
- , 2006a: The Joint-Decision Trap Revisited. In: *Journal of Common Market Studies* 44, 845–864.
- , 2006b: Recht und Politik in der Reform des deutschen Föderalismus. In: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hg.), *Politik und Recht*. Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 36, 306–332.
- , 2007: Reflections on Multilevel Legitimacy. In: *EUSA Review* 20(3), 2–11.
- Scharpf, Fritz W./Vivien A. Schmidt (Hg.), 2000: *Welfare and Work in the Open Economy*, Vol. 2: *Diverse Responses to Common Challenges*. Oxford: Oxford University Press.
- Tiebout, Charles, 1956: A Pure Theory of Local Expenditures. In: *Journal of Political Economy* 64, 416–424.
- Wollenschläger, Ferdinand, 2007: *Grundfreiheit ohne Markt: Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime*. Tübingen: Mohr.