

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 66

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. Dr. h.c. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-155781-1

ISSN 0075-2517

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Einheitliches Recht und Vielfalt der einzelstaatlichen Rechtskulturen

ANGELIKA NUSSBERGER: „Schmelztiegel Europa“. Wie europäische Richter mit einer Stimme sprechen (oder auch nicht)	1
CHRISTOPH GRABENWARTER: Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig-Kommission	21
OLIVER JÜRGEN JUNGE: Vielfalt und Einheit von Recht und Verfassung in der Europäischen Union und imperialen Ordnungen	43
ANN-KATRIN KAUFHOLD: Einheit in Vielfalt durch umgekehrten Vollzug? Zur Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts durch europäische Institutionen	85
FABIAN WITTECK: Staatliche und geistliche Gerichtsbarkeit	111
KATHARINA REILING, MARIA DANIELA POLI, GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ und NADA PAUER: Richtlinienumsetzung in dezentralisierten Mitgliedstaaten	145

Abhandlungen und Aufsätze

THOMAS GROSS: Der Missbrauch der Menschenwürde als Schranke der Meinungsfreiheit	187
DAVID KUCH: Die Freiheit der Person: Grundrecht und Grundrechtsvoraussetzung	205
FERDINAND WEBER: Überstaatlichkeit als Kontinuität und Identitätszumontung. Eine historisch-dogmatische Grundlegung	237
PAULINA STARSKI und LEANDER BEINLICH: Der Amtshaftungsanspruch und Auslandseinsätze der Bundeswehr. Eine verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Betrachtung aus Anlass des Kunduz-Urteils des Bundesgerichtshofs	299

Debatte: Demokratie in Zeiten der Migration

ANUSCHEH FARAHAT: Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft. Verfassungsrechtliche Eckpunkte	337
MARKUS KOTZUR: We the People on the move. Wie Migrationsbewegungen demokratische Herrschaftsorganisation herausfordern und verändern	371
DIETRICH MURSWIEK: Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes	385
ASTRID WALLRABENSTEIN: Wahlrecht und Mobilität	431
ULRICH K. PREUSS: Migration und Demokratie. Das Volk, die Demokratie und die Fremden	459

Porträts und Erinnerungen

BERNHARD SCHLINK: Erinnerung an Adalbert Podlech	471
WOLFGANG CLEMENT: „Nec temere, nec timide“. Zum Gedenken an Horst Ehmke	483
PETER HÄBERLE: Gedächtnisblatt für Horst Ehmke	487
FRITZ W. SCHARPF: Horst Ehmke kontrafaktisch: Prinzipien der Verfassungsinterpretation im Europarecht?	495
KURT GRAULICH: Horst Ehmkes Aufsatz „Demokratischer Sozialismus und demokratischer Staat“ (1974) – Like a bridge over troubled water	509
FRIEDER GÜNTHER: „Renegatentum“ als Lebensprinzip. Horst Ehmke und die alte Bundesrepublik	521

*Entwicklungen des Verfassungsrechts**I. Gliedstaatliches Verfassungsrecht*

MARKUS MÖSTL: Innerbundesstaatliche Verfassungsvergleichung. Ein Bericht aus Deutschland	531
ARNO WETTLAUFER: Zur Verfassungsreform in Hessen	565
WERNER REUTTER: Politik und Verfassung in Schleswig-Holstein	617

II. Verfassungsrecht in Europa

ADAM BODNAR: Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland	639
MARTA BREICHOVÁ LAPČÁKOVÁ: Europäisches Recht in der Judikatur des Verfassungsgerichts der Slowakischen Republik	663
PETER BUSSJÄGER: Verfassungsrecht im Kleinstaat. Zur Entwicklung der Verfassungsrechtsdogmatik in Liechtenstein	683

III. Verfassungsrecht außerhalb Europas

ANDREAS TIMMERMANN: „Der Krausismus“ in Argentinien und die Radikalen um Hipólito Yrigoyen (1850–1933)	701
XIAODAN ZHANG: Die exekutive Rechtsetzung des Staatsrats der VRCh und ihre dialektische Funktion im sozialistischen Rechtsstaat Chinas	731

Horst Ehmke kontrafaktisch: Prinzipien der Verfassungsinterpretation im Europarecht?

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Fritz W. Scharpf, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln

Die Begegnung mit Horst Ehmke war für mich in mehrfacher Hinsicht ein Glücksfall, aber zunächst auch eine unerwartete Herausforderung. Im Herbst 1961 war ich von einem einjährigen LL.M.-Studium an der Yale Law Schule nach Freiburg in den Referendardienst zurückgekehrt. Im Gepäck hatte ich hunderte Filmstreifen eigenhändig fotografierter Urteile und Texte (Kopierer gab es ja noch nicht) und den Plan für eine Dissertation über die *Political-Question*-Doktrin in der Rechtsprechung des Supreme Court. Mein Konzept bezog sich auf die in Yale damals besonders engagiert geführte Kontroverse über die Grenzen der Legitimität des Judicial Review zwischen dem Civil-Liberties-Fundamentalisten Charles Black und Alexander Bickel, der in der Tradition von Learned Hand und Felix Frankfurter den Judicial Self-Restraint gegenüber dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verteidigte. In Freiburg, so dachte ich, würde mein künftiger Doktorvater Arnold Bergstraesser, der als Politologe auch bei den Juristen Promotionsrecht hatte, das Vorhaben wohlwollend unterstützen, aber bei meinem Thema wäre ich wohl auf mich gestellt.

Horst Ehmke, der kurz vorher in Freiburg angekommen war, lernte ich zunächst als den Führer einer aufregenden Seminarreise zur kurz zuvor erbauten Berliner Mauer kennen, und dann als Gründer des Ernst-Reuter-Kreises, der unter den Freiburger Sozialdemokraten die Distanz zwischen Universität und Stadt überbrücken sollte. Einen so politisch engagierten, selbstbewusst-kommunikationsfreudigen und offenbar wissenschaftlich in jeder Hinsicht satisfaktionsfähigen Juraprofessor hatten wir in Freiburg noch nicht gekannt. Die eigentliche Überraschung erlebte ich jedoch, als ich seine 1961 veröffentlichte Habilitation¹ und seinen Mitbericht auf der 1961er Tagung der Staatsrechtslehrer² in die Hände bekam. Hier war jemand, der

¹ Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*. Karlsruhe 1961. Hinfort: W+V.

² Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), 53–102, zitiert nach Horst Ehmke, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, hg. von Peter Häberle, Königstein/Ts. 1981, 329–371. Hinfort: Prinzipien.

einzig unter den damaligen deutschen Juristen und Politologen (wenn man von Ernst Fraenkels meisterlicher Darstellung des amerikanischen Regierungssystems abseht³), der nicht nur über die amerikanische Verfassungsrechtsprechung gearbeitet, sondern auch gerade die Art von Fragen analysiert hatte, mit denen ich mich auseinandersetzen wollte.

Für den Doktoranden war dies ein unverhoffter Gewinn, aber auch ein Problem. Ehmke war, so merkte ich schnell, (nicht nur) gegenüber seinen Mitarbeitern und Schülern in jeder Hinsicht freundschaftlich, offen und hilfsbereit, sondern er war auch ein unerbittlicher Debatter, der mit seiner überlegenen Sachkenntnis und Rhetorik in der Diskussion um jeden Punkt kämpfte. Es war gefährlich, ihm halbfertige Thesen zu präsentieren, wenn man die eigene Linie erst noch finden wollte. Ich blieb deshalb formell Doktorand bei Bergstraesser, und arbeitete, soweit das Referendariat dies erlaubte, in der Bibliothek des Heidelberger Max-Planck-Instituts.

Gelernt habe ich damals vor allem von seiner Analyse der Rechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung: Genau in der Darstellung der Sachverhalte und in der Rekonstruktion der entscheidungsrelevanten Rechtsfragen und Argumente, informativ in der Einordnung der Entscheidungen und ihrer Bedeutung in den Kontext der jeweiligen sozio-ökonomischen und politischen Bedingungen. Kurz: vorbildlich in der juristischen Arbeit an und in einem fremden Rechtssystem, in der Sensibilität für dessen Prägung durch die Common-Law-Tradition, und in der wachen Aufmerksamkeit für die ökonomische und politische Bedingtheit und Wirksamkeit der Verfassungsrechtsprechung in der Geschichte der Vereinigten Staaten.

Die direkte Auseinandersetzung mit Horst Ehmke habe ich immer dann gesucht, wenn ich bei der Analyse in meinem Feld zu Folgerungen kam, die von seiner Interpretation in benachbarten Feldern abzuweichen schienen. Dann gab es in der Tat die Debatten um Sieg oder Niederlage – aber auch die Anerkennung begründeter Argumente, und manchmal die freimütige Selbstkorrektur beim nächsten Treffen. Profitiert hatte ich bei meiner Arbeit vor allem von dem Konzept „funktionell-rechtlicher Interpretationsprinzipien“, das er in der Staatsrechtslehrtagung entwickelt hatte, und das es mir erlaubte, die Begründung und Reichweite der Political-Question-Doktrin präziser und enger zu fassen, als das in der amerikanischen Literatur (und auch bei Ehmke selbst) bis dahin der Fall war.⁴ Da Arnold Bergstraesser inzwischen verstorben war, hatte Ehmke auch das Erstgutachten zu meiner Dissertation zu fertigen – und das Manuskript enthält am Rand neben vielen Ausrufungs- und manchen Fragezeichen auch zahlreiche Anmerkungen in seiner kleinen, präzisen Schrift zu weiter strittigen Punkten, die aber seinem Votum nicht im Wege standen. Damit aber genug von dem Doktoranden und seinem weiteren Weg über die Yale Law School und Freiburg nach Konstanz.

Bei der erneuten Lektüre von „Wirtschaft und Verfassung“ hat mich neben der fachlichen Qualität eine weitere Besonderheit der Arbeit noch mehr als früher beeindruckt: Motiv und Rechtfertigung für fast 600 Seiten einer detaillierten Rekonst-

³ Ernst Fraenkel, *Das amerikanische Regierungssystem*, Opladen 1960.

⁴ Fritz Wilhelm Scharpf, *Grenzen der politischen Verantwortung: Die political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*. Karlsruhe 1965; *ders.*, *Judicial Review and the Political Question – a Functional Analysis*. In: *Yale Law Journal* 75 (1965), 517–597.

ruktion der amerikanischen Rechtsprechung zur Wirtschaftsregulierung war ja die einleitende – immerhin auch 90 Seiten umfassende – Auseinandersetzung mit der damaligen deutschen Diskussion über eine „Wirtschaftsverfassung“. Nach diesem Plädoyer gegen die Konstitutionalisierung einer ökonomischen Theorie und für ein die Gestaltungschancen des demokratischen Gesetzgebers schützendes „positives Kompetenzverständnis“, hätte man eine zugespitzte Kritik der dogmatischen Fehlentwicklung seit den 1890er Jahren und die Affirmation ihrer glorreichen Korrektur durch die Verfassungsrevolution von 1937 erwarten können. Eben dies war ja auch in den USA der Tenor einer progressiven Verfassungsgeschichte, die ich als Student und dann als Kollege an der Yale Law School kennenlernte. Selbstverständlich finden die kritischen Topoi dieser Stilisierung auch bei Ehmke ihren Platz: die Konstitutionalisierung einer Laissez-faire-Ökonomie, unter der einzelstaatliche Regulierungen an wirtschaftsliberalen Grundrechten und bundesrechtliche an den föderalstaatlichen Grenzen der Commerce-Kompetenz scheiterten, und die schließlich in der Wirtschaftskrise der dreißiger Jahre die wichtigsten New-Deal-Gesetze fast unbesehen für verfassungswidrig erklärte. Aber Ehmke unterläuft polemische Erwartungen, indem er nicht nur die nun dominierende *Preferred-Freedoms*-Doktrin skeptisch analysiert, sondern auch die aus „nachrevolutionärer“ Sicht falschen Entscheidungen in ihrem jeweiligen rechtlichen, sozio-ökonomischen und politischen Kontext interpretiert und so eher die Kontinuität als die Brüche in der Co-Evolution von Recht, Wirtschaft und Politik in der amerikanischen Verfassungsgeschichte verdeutlicht. Die Breite und Tiefe dieser Analyse hatte in der damaligen amerikanischen Literatur kein Gegenstück; und die späteren Kontroversen über die Legitimität und die Folgen der Revolution von 1937 hätten durch die Rezeption von Ehmkes Arbeit viel gewinnen können.

Ehmke hat eine Übersetzung offenbar nie in Betracht gezogen, weil es ihm auf die deutsche Diskussion ankam. Für die aber war der Zugang über 600 Seiten amerikanischer Verfassungsgeschichte mühsam, insbesondere da ja die deutsche Verfassungsrechtsprechung schon seit dem Investitionshilfe-Urteil von 1954 (BVerfGE 4, 7) offenbar gar nicht versucht war, die amerikanische Fehlentwicklung der Jahrzehnte vor 1937 nachvollziehen zu wollen. Im Gegenteil, die Ablehnung einer über den generell wirksamen Schutz der Grundrechte hinausgehenden, „wirtschaftsverfassungsrechtlichen“ Restriktion der wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hätte nicht deutlicher ausfallen können:

Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine nur mit marktconformen Mitteln zu steuernde „soziale Marktwirtschaft“. Die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes ... ermöglicht dem Gesetzgeber die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet ... Daher ist es verfassungsrechtlich ohne Bedeutung, ob das Investitionshilfegesetz im Einklang mit der bisherigen Wirtschafts- und Sozialordnung steht und ob das zur Wirtschaftslenkung verwandte Mittel „marktconform“ ist (BVerfGE 4, 7, 17f, 1954; ständige Rechtsprechung, BVerfGE 50, 290, 336ff, 1979).

Ehmkes grundlegende Auseinandersetzung mit dem Thema „Wirtschaftsverfassung“ richtete sich also in erster Linie gegen verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Argumente in den wissenschaftlichen Diskursen der frühen Bundesrepublik, die

mit (nicht nur) ordo-liberalen Begründungen die Bindung der Politik und des Gesetzgebers an eine dem Grundgesetz vorgegebene oder aus ihm zu erschießende spezifisch liberale Ordnung der Wirtschaft behaupteten. Bei einem Blick auf die nachfolgende Literatur könnte man fast vermuten, dass Ehmkes massive Intervention diese Diskussion beendet habe.⁵ Vielleicht schwand aber auch das Interesse an dem Thema der Wirtschaftsverfassung in dem Maße, wie (nicht nur in dieser Frage) die Orientierung an der „ständigen Rechtsprechung“ auch im deutschen Verfassungsrecht gegenüber der akademischen „Lehre“ an Einfluss gewann.

Wie auch immer: als der „politische Professor“ Ehmke 1967 von Freiburg nach Bonn ging, um Staatssekretär in im Justizministerium der Großen Koalition zu werden, war unter dem Grundgesetz mit wirtschaftsverfassungsrechtlichen Schranken der Politik nicht mehr zu rechnen. Kurz vorher freilich hatten zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs die Basis für die umso machtvollere Wiederkehr der Wirtschaftsverfassung im Europarecht geschaffen. Diese hatten die europäischen Verträge nicht als völkerrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten interpretiert, sondern als Grundlage einer eigenständigen, dem nationalen Recht übergeordneten Rechtsordnung. Deren Ziel war die Schaffung eines gemeinsamen Marktes. Und wo ihre Regeln unmittelbarer Anwendung fähig waren, da waren sie als subjektive Rechte der Marktteilnehmer zu interpretieren, die vor nationalen Gerichten gegen die Mitgliedstaaten eingeklagt werden konnten.⁶ Diese Konstitutionalisierung des europäischen Rechts war, wie wir heute wissen, durch internationale „Euro-Law-Gruppen“ von akademisch und praktisch interessierten Rechtswissenschaftlern, Anwälten und europäischen Beamten in Publikationen und Konferenzen vorbereitet und propagiert worden,⁷ und sie wurde in Deutschland insbesondere von Ernst-Joachim Mestmäcker in offensiver Auseinandersetzung mit der staatsrechtlichen Ablehnung einer Wirtschaftsverfassung verteidigt.⁸ Aber solange es in Europa dabei nur um die explizit vereinbarte Abschaffung von Zöllen, um die (anfangs von einem deutschen Kommissar der Wettbewerbs-Kommission betriebene⁹) Entwicklung eines europäischen Kartellrechts nach deutschem Vorbild oder um das Verbot der protektionistischen Diskriminierung ausländischer Wettbewerber ging, wurde diese Entwicklung damals, wie Ehmke später im Gespräch bestätigte, weder im deutschen Staatsrecht noch in der deutschen Politik aufmerksam verfolgt.

⁵ Vgl. aber *Albert Krölls*, *Das Grundgesetz als Verfassung des staatlich organisierten Kapitalismus: Politische Ökonomie des Verfassungsrechts*, Wiesbaden 1988.

⁶ *Van Gend & Loos*, C-26/62 (1963) und *Costa v. Enel*, C6/64 (1964).

⁷ *Karen J. Alter*, *Jurist Advocacy Movements in Europe: The Role of Euro-Law Associations in European Integration (1953–1975)*, in: dies., *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford 2009, 63–91; *Antoine Vauchez*, „Integration through Law“: Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense. EUI Working Papers RSCAS 2008/10, Florenz 2008.

⁸ *Ernst-Joachim Mestmäcker*, *Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, Karlsruhe 1965, 345–391.

⁹ *David J. Gerber*, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*. In: *American Journal of Comparative Law* 42 (1988), 25–84.

Kurz nach Ehmkes Wechsel in die Politik hatte auch ich die Arbeit an Fragen des Richterrechts abgeschlossen.¹⁰ Auf einen politikwissenschaftlichen Lehrstuhl in Konstanz und später ans WZB berufen, unternahm ich empirische Untersuchungen zur Reorganisation der Ministerialverwaltung und zur „Politikverflechtung“ zwischen Bund und Ländern im deutschen Föderalismus; danach kamen in den achtziger Jahren vergleichende Untersuchungen zur Wirtschafts- und Sozialpolitik europäischer Länder und schließlich am Kölner MPI für Gesellschaftsforschung auch Untersuchungen zur europäischen Integration. Erst in diesem Zusammenhang stieß ich dann wieder auf wirtschaftsverfassungsrechtliche Strukturen, die der von Ehmke analysierten Fehlentwicklung im amerikanischen Recht vor 1937 zu entsprechen schienen.

Auslöser meines Interesses war die bis dahin offenbar unbemerkte Asymmetrie zwischen „negativer“ und „positiver Integration“ – also zwischen der Beseitigung nationaler Integrationshindernisse und der positiven Gestaltung europäischer Verhältnisse durch europäische Politik und Gesetzgebung. Während die erste offenbar zügig vorankam, war die europäische Gesetzgebung durch gravierende Struktur- und Interessenunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten und das Erfordernis einstimmiger Entscheidungen oder qualifizierter Mehrheiten im Ministerrat in vielen Bereichen stark behindert oder sogar blockiert. In der Tendenz führte dies zu Konstellationen, in denen der nationale Gesetzgeber nach den Regeln der negativen Integration nicht mehr handeln durfte, während die europäische Gesetzgebung aus politisch-strukturellen Gründen zu positivem Handeln nicht in der Lage war.¹¹

Das hier drohende Problemlösungsdefizit der europäischen Mehrebenenpolitik entsprach also dem Muster im amerikanischen Föderalismus vor 1937, als sowohl der Bund als auch die Einzelstaaten an effektiver wirtschafts- und sozialpolitischer Regulierung gehindert waren. Freilich ist im europäischen Falle die Handlungsfähigkeit der übergeordneten Ebene nicht rechtlich, sondern politisch beschränkt. Die Reichweite und Durchschlagskraft der negativen Integration dagegen, die inzwischen die sozio-ökonomische Gestaltungsfreiheit der nationalen Politik strikt begrenzt, ist in erster Linie ein Ergebnis der erfolgreichen Konstitutionalisierung von „Wirtschaftsfreiheiten“ durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Ein solches Ergebnis war auch nach den Grundsatzentscheidungen der frühen 60er Jahre zur Suprematie und unmittelbaren Anwendbarkeit des Europarechts nicht notwendigerweise zu erwarten.¹² Wenn man einen gemeinsamen Markt entwickeln wollte, dann waren zwar Regeln gegen die protektionistische Diskriminierung ausländischer Anbieter in der Tat notwendig, aber die ebenfalls wünschenswerte Harmonisierung unterschiedlicher aber nicht diskriminierender nationaler Regeln, die als „nicht-tarifäre Handelshindernisse“ wirken konnten, blieb ja zunächst dem euro-

¹⁰ *Fritz Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen. Tübingen 1970.

¹¹ *Fritz W. Scharpf*, Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch? Frankfurt M. 1999, Kap. 2.

¹² *Friedrich A. von Hayek* freilich hatte schon in einem 1939 veröffentlichten Aufsatz (*The Economic Conditions of Interstate Federalism*. In: *New Commonwealth Quarterly* 5(1939), 131–149. Abgedruckt in: *ders.*, *Individualism and Economic Order*, Chicago 1948, 255–272) prognostiziert, dass eine nach dem Krieg zu erwartende Integration der europäischen Sozialstaaten eine radikale Liberalisierung zur Folge haben werde.

päischen Gesetzgeber vorbehalten. Als aber in den Ölpreiskrisen der 70er Jahre die europäischen Wirtschaften stagnierten, da stockte auch die Harmonisierung. Als institutionelle „Eurosclerose“ deklariert, ließ dies Forderungen nach radikaler Liberalisierung plausibel erscheinen, und diesen kam der Gerichtshof mit zwei systemändernden Urteilen entgegen.

*Dassonville*¹³ interpretierte die Vertragsklausel zur Warenverkehrsfreiheit nicht mehr nur als Diskriminierungsverbot, sondern als unmittelbar geltendes Beschränkungsverbot:

Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.

Und da alle die nationale Ökonomie treffenden Regelungen auch – mittelbar oder potentiell – den internationalen Austausch berühren, können nun im Prinzip auch alle von privaten Klägern und nationalen Gerichten im Vorlageverfahren oder von der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren angegriffen werden.

Die zweite Entscheidung, *Cassis de Dijon*¹⁴ bestätigte die fast unbegrenzte Reichweite der Warenverkehrsfreiheit, konditionierte aber deren Anwendung durch eine Prüfung der „Verhältnismäßigkeit“ der angegriffenen Maßnahme. Sofern Inländer und Ausländer gleich behandelt werden, können wirtschaftlich belastende Regeln immerhin dann angewandt werden, wenn sie sich im Hinblick auf einen vom Gericht anerkannten öffentlichen Zweck als wirksam und notwendig erweisen.¹⁵ Wenn sie aber diesen Test nicht bestehen, dann dürfen Produkte, die in einem anderen Unionsland legal sind, nach dem Prinzip der „wechselseitigen Anerkennung“ nicht vom heimischen Markt ausgeschlossen werden. Angesichts der erwartbaren rechtlichen, administrativen und politischen Probleme der wechselseitigen Anerkennung¹⁶ waren die Mitgliedstaaten dann auch bereit, in der „Einheitlichen Europäischen Akte“ für die Harmonisierung der Binnenmarktregeln von der Einstimmigkeit im Rat zur Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit überzugehen.

Damit freilich hatte die weithin gefeierte „Integration Through Law“¹⁷ ihr Ziel noch keineswegs erreicht: In der Folge wurden die für den Warenhandel formulierten Regeln umstandslos auch auf die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit, die Freiheit des Kapitalverkehrs und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer angewandt. Und als „wirtschaftliche Grundfreiheiten“ gewannen sie im Europarecht die Qualität und Durchschlagskraft von Grundrechten, deren Reichweite auch durch

¹³ *Dassonville*. C-8/74, Ziff. 5 der Entscheidungsgründe (1974).

¹⁴ *Cassis de Dijon*. C-120/78 (1979).

¹⁵ Der Proportionality Test wurde inzwischen in der „Gebhard-Formel“ (C-55/94) standardisiert: „... national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it.“

¹⁶ *Susanne K. Schmidt* (ed.), *Mutual Recognition as a New Mode of Governance*, London 2008.

¹⁷ *Mauro Capelletti, Monica Seccombe, Joseph H. H. Weiler* (eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin 1988.

explizite Kompetenzvorbehalte nicht beschränkt werden konnte.¹⁸ Vor allem aber entfalteten sie, ebenso wie die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Leistungen der Daseinsvorsorge und der sozialen Dienste, eine auf stetige Expansion drängende prozedurale Dynamik.¹⁹ Für Unternehmen, Anwaltsfirmen und ehrgeizige nationale Untergerichte sind die grundrechtsähnlichen Grundfreiheiten angesichts der prinzipiellen Unbestimmtheit ihrer Reichweite geradezu eine Einladung dazu, immer neue Forderungen auf Beseitigung ökonomisch belastender oder sonst unerwünschter nationaler Regeln im Vorlageverfahren an ein Gericht zu adressieren, dessen integrationsfreundliche teleologische Vertragsinterpretation²⁰ dafür gute Aussicht auf Erfolg bietet. Und auch wenn keineswegs alle Vorlagen Erfolg haben – die erfolgreichen erzeugen einen konstitutionellen Sperrklinkeneffekt, hinter den weder die nationale Politik noch der europäische Gesetzgeber in Zukunft zurückgehen können.

Wie zu erwarten hat das europäische Richterrecht deregulierenden und liberalisierenden Einfluss auf das Recht aller Mitgliedstaaten. Aber angesichts der strukturellen Unterschiede zwischen „liberalen“ und „koordinierten Marktwirtschaften“ und zwischen „liberalen“, „christdemokratischen“ und „sozialdemokratischen Sozialstaaten“²¹ ist es in seiner Wirkung keineswegs neutral, sondern befördert die „liberale“ Transformation der stärker koordinierten, regulierten und stärker auf staatliche, korporative oder frei-gemeinnützige statt kommerzielle Leistungserbringung setzenden skandinavischen und kontinentalen politischen Ökonomien.²²

Die inzwischen erreichte Ausdehnung des Rechts der Wirtschaftsfreiheiten wird jetzt von Susanne Schmidt umfassend dargestellt und analysiert.²³ Sie geht weit über die Beseitigung protektionistischer Handelshindernisse hinaus und erfasst nicht nur die Märkte für Güter-, Dienstleistungen und Kapital, die Unternehmensverfassungen und die Arbeitsbeziehungen im privaten Sektor, sondern sie verändert auch die Strukturen der Leistungserbringung und Finanzierung in den nationalen Systemen der Daseinsvorsorge, der sozialen Dienste, des Gesundheitswesens und der Infrastrukturfunktionen mit der steten Tendenz zur Privatisierung und Ausweitung des Marktwettbewerbs.²⁴ Und der EuGH muss sich dabei (anders als der Supreme Court

¹⁸ Z.B., hatten die „Herren der Verträge“ in Artikel 153, Abs. 4 und 5 oder 168, Absatz 7 AEUV versucht, die Kompetenzen der EU in der Beschäftigungs- und Sozialpolitik und im Gesundheitswesen zu beschränken – was den EuGH regelmäßig zu der Feststellung veranlasste, auch in Ausübung ihrer unbestrittenen Kompetenzen seien die Mitgliedstaaten selbstverständlich an die Freiheitsrechte des Vertrages gebunden; *Kohll C-158/96*, 19–20.

¹⁹ *Fritz W. Scharpf*, Perpetual Momentum: Directed and Unconstrained? In: *Journal of European Public Policy* 19 (2012), 127–139.

²⁰ *Giulio Itzcovich*, The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice, in: *German Law Journal* 10 (2009), 537–560.

²¹ *Peter A. Hall, David Soskice* (eds), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford 2001; *Gosta Esping-Andersen*, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton 1990.

²² *Fritz W. Scharpf*, The Asymmetry of European Integration, or why the EU Cannot Be a „Social Market Economy“, in: *Socio-Economic Review* 8 (2010), 211–250.

²³ *Susanne K. Schmidt*, *The European Court of Justice and the Policy Process: The Shadow of Case Law*. Oxford 2018.

²⁴ Dies ist freilich keineswegs die ganze Geschichte. Parallel zur Ausweitung der Wirtschaftsfreiheiten hat die an die Gleichstellung von Männern und Frauen anknüpfende Entwicklung eines allgemei-

in dem berüchtigten *Lochner*-Urteil²⁵) weder auf eine libertäre Philosophie der Vertragsfreiheit noch auf überpositiv-vernunftsrechtliche Prinzipien einer liberalen Ordnung²⁶ berufen. Zur Erklärung der asymmetrisch liberalisierenden Wirkung der Rechtsprechung im Verhältnis zwischen Individualinteressen und den Funktionen staatlicher Politik genügt die prozedurale Dynamik der Rechtsverfolgung im europäischen Recht. Die Asymmetrie wird noch verstärkt durch die fortdauernde politische Schwäche der europäischen Gesetzgebung. Unabhängig von der vielleicht noch nicht abschließend geregelten Frage, ob denn die „Grundfreiheiten“ des Wirtschaftsverkehrs im strikten Sinne auch den Handlungsspielraum des europäischen Gesetzgebers beschränken, würde eine wirtschaftsgestaltende europäische Politik ja an hohen Konsensschwellen im Rat scheitern. Es kann deshalb nicht verwundern, dass die auf hohen Touren laufende europäische Gesetzgebungsmaschine ganz überwiegend mit der (von Konsensproblemen entlasteten) Kodifizierung des Richterrechts beschäftigt ist.²⁷ Mit anderen Worten, mangels politisch gestaltungs-fähiger Gegenmacht kann sich die liberalisierende und individualisierende Tendenz der expansiven Grundrechts-Interpretation im Europarecht mit quasi-entropischer Wirkung durchsetzen. So weit, so schlimm.

Die Parallelen zu den von Ehmke analysierten Fehlentwicklungen des amerikanischen Verfassungsrechts sind offensichtlich,²⁸ aber nicht vollständig. Anders als der amerikanische Supreme Court²⁹ hat der EuGH die Kompetenzen des europäischen Gesetzgebers nie durch die extensive Interpretation von Vorbehaltsrechten der Mitgliedstaaten beschränkt³⁰ und auch sein „positives Kompetenzverständnis“ gegenüber anderen EU-Organen wie etwa der Zentralbank³¹ steht nicht in Frage. Umso deut-

nen Grundrechts auf Nicht-Diskriminierung an Bedeutung gewonnen. Zugleich wurde die zunächst rein ökonomisch motivierte Freizügigkeit der Arbeitnehmer auf Arbeitsuchende, Familienangehörige und Studierende ausgeweitet und gewann damit immer mehr den Charakter eines europäischen Grundrechts auf den freien Zugang Gebietsfremder zu den Leistungen der nationalen Sozialsysteme. Wie Susanne Schmidt (a.a.O.) zeigt, konvergieren beide Entwicklungen nun in der expansiven Rechtsprechung zur diskriminierungsfreien Wahrnehmung eines europäischen Bürgerrechts. Hier kann zwar von Wirtschaftsliberalisierung nicht mehr die Rede sein – was aber nichts daran ändert, dass auch die richterrechtliche Expansion nicht ökonomisch motivierter Grundrechte sich gegen die Kompetenz des demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgebers wendet.

²⁵ 198 U.S. 45 (1905); Ehmke W+V, 345–347.

²⁶ Vgl. etwa Ernst-Joachim Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*. Baden-Baden 2003, darin insbesondere: *On the the Legitimacy of European Law* (1993), 133–152; Bausteine zu einer Wirtschaftsverfassung – Franz Böhm in Jena (1995), 116–132 und Kants Rechtsprinzip als Grundlage der europäischen Einigung (1998), 78–91.

²⁷ Dorte Sindbjerg Martinsen, *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford 2015.

²⁸ Miguel Pinares Maduro, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford 1998; Catherine Barnard, *Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?* In: *Cambridge Law Journal* 68 (2009), 575–606.

²⁹ Der hatte die Regulierung der Kinderarbeit durch den Bund aus Rücksicht auf die einzelstaatliche *police power* untersagt: *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

³⁰ Bruno De Witte, *Exclusive Member State Competences – Is There Such a Thing?* In: Sacha Garben, Inge Govaere (eds.), *The Division of Competences Between the EU and the Member States*, Oxford 2017, 59–73.

³¹ *Pringle*, C-2012/756 (2012) und *Gauweiler*, C-62/14 (2015).

licher sind dagegen die Parallelen zur doppelten Beschränkung der einzelstaatlichen Politik, einerseits durch die Sperrwirkung einer als ausschließlich interpretierten Commerce-Kompetenz des Bundes (*negative Commerce Clause*)³² und andererseits durch die Grundrechts-Judikatur zum *Economic Due Process*.³³ Diese Rechtsprechung wurde in der Verfassungsrevolution von 1937 korrigiert. Seitdem ist die Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes wie die der Einzelstaaten von wirtschaftsverfassungsrechtlichen Schranken befreit. Der Bundesgesetzgeber ist bei der Ausübung der Commerce-Kompetenz weder in der Wahl der damit verfolgten Zwecke noch durch eine für die Einzelstaaten reservierte *Police Power* beschränkt.³⁴ Wo jedoch der Bundesgesetzgeber nicht gehandelt hat, entfällt auch die Beschränkung der Einzelstaaten durch die *negative Commerce Clause*. Vor allem aber wurde die Zweckentfremdung der nach dem amerikanischen Bürgerkrieg zur Festigung der Bürgerrechte der früheren Sklaven eingeführten *Due-Process*-Grundrechte radikal beseitigt, so dass auch das politische Handeln der Einzelstaaten nicht mehr durch *Economic-Due-Process*-Dogmen beschränkt wird. So weit, so gut.

Im Ergebnis hat die amerikanische Rechtsprechung sich selbst korrigiert, indem unter dem Eindruck einer kritischen Fachdiskussion, einer oppositionellen öffentlichen Meinung und des Wahlerfolgs des New-Deal-Präsidenten ein zuvor schon zweifelnder Richter sein Votum und damit eine knappe 5:4-Mehrheit durch die konträre ersetzte.³⁵ Vergleichbare Faktoren, die eine Selbstkorrektur der europäischen Rechtsprechung erzwingen könnten, sind freilich nicht in Sicht. Zwar wächst in Europa ein Krisenbewusstsein, das zwischen tiefer Depression, unerbittlicher Verteidigung des Status Quo und visionärer Beschwörung der „Vereinigten Staaten von Europa“ oszilliert, aber in der politischen Auseinandersetzung geht es nicht um die EuGH-Judikatur. Und auch in akademischen Diskursen wird ihr Beitrag zur europäischen Malaise jedenfalls vom juristischen Mainstream ignoriert.

Horst Ehmke hat nach seinem Abschied vom Staatsrecht und dann von der deutschen Politik auf meine zunehmend kritischen Berichte aus der Europaforschung eher abwehrend reagiert. Wie für viele Zeitgenossen aus der Flakhelfer-Generation waren auch für ihn Fortschritte der europäischen Integration prinzipiell positiv konnotiert. Eben deshalb fasziniert mich heute die kontrafaktische Frage nach dem möglichen Beitrag Ehmkes, vorausgesetzt er wäre beim Staatsrecht geblieben und hätte sich auch für das Europarecht interessiert, zu einer an den Befunden von „Wirtschaft und Verfassung“ und den „Prinzipien der Verfassungsinterpretation“ orientierten Jurisprudenz der europäischen Integration.

Eine solche Jurisprudenz hätte an der politisch-strukturellen Schwäche des europäischen Gesetzgebers unmittelbar nichts ändern können. Und sie hätte wohl Mest-

³² Ehmke, W+V, 117–120; Julian N. Eule, Laying the Dormant Commerce Clause to Rest, in: Yale Law Journal 91 (1982), 425–485.

³³ Ehmke, W+V, 269–380; Note 1990: Resurrecting Economic Rights: The Doctrine of Economic Due Process Reconsidered, in: Harvard Law Review 103 (1990), 1363–1383; Michael J. Philips, The Lochner Court, Myth and Reality: Substantive Due Process from the 1890s to the 1930s, Westport 2001.

³⁴ *United States v. Darby*, 31 U.S. 100 (1941); Scharpf, FN 4, 335–339.

³⁵ William E. Leuchtenburg, The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt, Oxford 1995.

mäcker und anderen Promotoren einer europäischen Wirtschaftsverfassung zugeben müssen, dass das Vertragsziel des gemeinsamen Marktes einen Grundbestand gemeinsamer Regeln erforderte. Deshalb unterstelle ich auch, dass zumindest im pro-europäischen deutschen Kontext von 1963 und 1964 juristischer und publizistischer Widerstand gegen die EuGH-Entscheidungen zur Suprematie und Direktwirkung des Vertragsrechtes nicht hätte überzeugen können.

Die entscheidende Weiche hätte man dann in den siebziger Jahren erreicht, als *Dassonville* und *Cassis* über den Schutz ausländischer Marktteilnehmer vor diskriminierenden Maßnahmen hinausgingen und anstelle der lahmen gesetzlichen Harmonisierung die Kompetenz zur Ersatzvornahme durch Richterrecht in Anspruch nahmen. Dem allerdings hätte man unter den Prämissen von „Wirtschaft und Verfassung“ und der „Prinzipien der Verfassungsinterpretation“ grundsätzlich widersprechen können und müssen. Zwar geht es dort unter materiell-rechtlichen und funktionell-rechtlichen Aspekten immer um die Grenzen der richterlichen Rechtsgestaltung im Verhältnis zu der konstitutionellen Kompetenz eines funktionsfähigen und politisch legitimierten Gesetzgebers auf gleicher Verfassungsebene.³⁶ Aber auch wenn damals die Harmonisierung durch den europäischen Gesetzgeber aus politischen Gründen langsamer als ökonomisch erwünscht voranging, hätte dies in einer staats- und europarechtliche Diskurse integrierenden Jurisprudenz keineswegs die Selbstermächtigung des richterlichen Gesetzgebers legitimieren können.

Stattdessen hätte die explizite Verweigerung der *integration through law* vielleicht den Druck ökonomischer Interessen auf die europäische Gesetzgebung erhöht und damit die Initiativen der Kommission in ähnlicher Weise stimuliert, wie dies nach *Cassis* unter der Drohung der wechselseitigen Anerkennung geschah. In jedem Fall aber wäre damit eine Fehlentwicklung vermieden worden, in der die europäische Rechtsprechung die (negative) ökonomische³⁷ Integration ungeachtet des Rückstandes der politischen Integration Europas immer weiter vorangetrieben hat. Das hätte spätere Fehlentscheidungen der europäischen Regierungen nicht ausgeschlossen, die ihrerseits unter dem Einfluss wirtschaftsliberaler Überzeugungen³⁸ die ökonomische und monetäre Integration radikalisierten. Aber es hätte immerhin verhindert, dass der europäische Gesetzgeber trotz politischen Widerstandes (etwa im Falle der Dienstleistungsrichtlinie) gezwungen ist, die von der richterlichen Interpretation des Primärrechts definierte Linie im Sekundärrecht zu systematisieren.³⁹

Wenn man aber unterstellen müsste, dass *Dassonville* und *Cassis* nicht zu verhindern waren, dann bleibt es auch bei der deregulierenden, liberalisierenden und individualisierenden Wirkung des europäischen Richterrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Diese entspricht den von Ehmke kritisierten Postulaten einer

³⁶ Auch der nach 1937 geltende Verzicht der amerikanischen Rechtsprechung auf die „negative commerce clause“ setzt ja einen handlungsfähigen Bundesgesetzgeber und eine schon weitgehend integrierte Nationalwirtschaft voraus.

³⁷ Bei vielen EuGH-Entscheidungen kann man auch den wirtschaftlichen Nutzen durchaus bezweifeln. Die Konsequenz der juristischen Logik folgt ja nicht notwendigerweise der ökonomischen: *Ernst-Joachim Mestmäcker*, *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analyses of Law*. Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik Bd. 174, Tübingen 2008.

³⁸ *Nicolas Jabko*, *Playing the Market: A Political Strategy for Uniting Europe, 1985–2005*, Ithaca 2006.

³⁹ *Martinsen*, FN 27.

„Wirtschaftsverfassung“⁴⁰. Aber die Kritik könnte hier nicht aus der von Ehmke unterstellten horizontalen Relation zwischen dem nationalem Gericht und dem nationalem Gesetzgeber abgeleitet werden, sondern müsste in der vertikalen Beziehung zwischen zentralstaatlichem Recht und gliedstaatlicher Politik begründet werden. Dazu finden sich bei Ehmke kaum Ansätze. Er hatte zwar unmittelbar nach der Promotion bei Rudolf Smend seine berufliche Laufbahn als wissenschaftlicher Assistent im Rechtsausschuss des Bundesrates mit einer Fallsammlung zur Zustimmungsbefähigung von Bundesgesetzen begonnen,⁴¹ aber sein Verfassungsdenken war auf die Bundesebene bezogen. Und auch in „Wirtschaft und Verfassung“ spielt der Eigenwert einzelstaatlicher politischer Gestaltungskompetenz bei der sehr knappen Behandlung der amerikanischen Urteile zur *negative Commerce Clause* keine Rolle.⁴² In der detaillierten Analyse der Rechtsprechung zum *substantive* und *economic Due Process* dominiert zwar die Kritik an der ideologischen Fehlinterpretation der nach dem Bürgerkrieg eingeführten Grundrechte,⁴³ aber deren prinzipieller Vorrang vor der einzelstaatlichen Gesetzgebung wird keineswegs in Frage gestellt.

Solange also die Grundrechtsqualität der Wirtschaftsfreiheiten nicht durch eine „Verfassungsrevolution“ oder durch Vertragsänderung aufgehoben wird,⁴⁴ kann eine Kritik der europäischen Rechtsprechung sich nur auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeits-Tests beziehen. Hier hatte Ehmke zwar in seiner Diskussion des Apothekenurteils des BVerfG den „unlösbaren Zusammenhang von Grundrecht und Kompetenz“ betont⁴⁵ und deshalb im Wirtschaftsrecht eine Beschränkung auf die Willkürkontrolle postuliert, auf die Frage also, „hat das Gesetz – einschließlich der Mittel-Zweck-Relation – eine vernünftige Grundlage?“⁴⁶ Im Verhältnis zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den EU-Mitgliedstaaten freilich würde diese kompetenzfreundliche Interpretation allein wenig ändern:

Auch „vernünftige“, aber unterschiedliche nationale Regeln können sich als gravierende Mobilitätshindernisse erweisen. Deshalb tendiert der EuGH dazu, die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nationaler Regeln zu standardisieren.⁴⁷ Ei-

⁴⁰ Ehmke, W+V, 7–88.

⁴¹ Horst Ehmke, Mittendrin. Von der Großen Koalition zur Deutschen Einheit, Berlin 1994, 28 f.

⁴² Ehmke, W+V, 117–119.

⁴³ Ehmke, W+V, 269–380.

⁴⁴ Dieter Grimm schlägt eine grundlegende Vertragsrevision vor, die große Teile des Primärrechts auf die Qualität von Sekundärrecht herabstufen soll. Ob die Wirtschaftsfreiheiten dazu gehören würden, ist freilich nicht völlig klar. Selbst dann würde sich im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten aber erst dann etwas ändern, wenn der von konstitutionellen Schranken befreite europäische Gesetzgeber die sekundärrechtlich weiterwirkenden Beschränkungen der Mitgliedstaaten aufheben würde (Dieter Grimm, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. München 2016). Ich selbst eine prozedurale Lösung vorgeschlagen, welche die Berufung auf die Grundfreiheiten im Vorlageverfahren ausschließen würde – die aber ebenfalls nur durch Vertragsänderung erreichbar wäre (Fritz W. Scharpf: De-constitutionalization of European Law: The Re-empowerment of Democratic Political Choice., in: Sacha Garben, Inge Govaere (eds.), The Division of Competences between the EU and the Member States. Reflections on the Past, the Present and the Future. Oxford 2017, 284–299.

⁴⁵ Ehmke, Prinzipien, 360.

⁴⁶ Ehmke, Prinzipien, 366.

⁴⁷ Sacha Garben, Restating the Problem of Competence Creep, Tackling Harmonization by Stealth and Reinstating the Legislator, in: Sacha Garben, Inge Govaere (eds.), The Division of Competences between the EU and the Member States, Oxford 2017, 300–336.

nerseits kommt nur eine kleine Zahl „polizeilicher“ Regelungszwecke als Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen überhaupt in Frage, und andererseits kann die Eignung und vor allem die Notwendigkeit der jeweils gewählten Maßnahme nach der Praxis anderer EU-Staaten beurteilt werden, die bei der Verfolgung des prinzipiell zulässigen Zwecks offenbar andere Mittel einsetzen oder jedenfalls mit weniger stringenten Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit auskommen.

Die standardisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung kollidiert also nicht nur mit einem abstrakten Postulat politischer Gestaltungsfreiheit, das im Verhältnis zwischen Grundrechten der zentralstaatlichen Verfassung und den Gliedstaaten keinen hohen Rang hat, sondern sie kollidiert auch mit der legitimationsbegründenden Unterschiedlichkeit der europäischen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialordnungen.⁴⁸ Wenn deren Gleichschaltung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vermieden werden sollte, wäre eine sensible Abwägung nötig zwischen den im konkreten Fall auf dem Spiel stehenden europäischen Interessen und dem normativen und politischen Gewicht der angegriffenen Regelung im Kontext der jeweils besonderen nationalen Ordnung. Im Verhältnis zur legitimen Diversität von 28 oder 27 nationalen Systemen wäre der EuGH, der „Motor der europäischen Integration“,⁴⁹ gewiss überfordert. Aber auch die vom Bundesverfassungsgericht behauptete (und primär gegen den europäischen Gesetzgeber gerichtete) *Ultra-vires*-Kontrolle hat sich nicht nur als untauglich zur Beschränkung des europäischen Richterrechts erwiesen,⁵⁰ sondern sie müsste, einseitig von allen nationalen Verfassungsgerichten in Anspruch genommen, auch die Kohärenz der europäischen Rechtsordnung zerstören.

Kurz, wenn *Dassonville* und *Cassis* akzeptiert werden müssen, sehe ich nicht, wie eine an den „Prinzipien der Verfassungsinterpretation“ orientierte Jurisprudenz die Verzerrung der Balance zwischen einer liberalisierenden Grundrechtsjudikatur und den Gestaltungsaufgaben demokratischer Politik in der europäischen Mehrebenen-Verfassung korrigieren könnte. Nötig wäre eine bisher nicht vorgesehene Erweiterung der Prinzipien in der vertikalen/föderalen Dimension – und auch dann bliebe die nationale Politik von den Einschätzungen des EuGH abhängig. Deshalb spräche alles für eine radikalere Reaktion, die sich statt an Ehmkes „Prinzipien“ an dem ersatzlosen Verzicht des Supreme Court auf *Economic-due-process*-Kontrollen nach 1937 orientieren könnte.

Die wirtschaftliche Integration Europas, so könnte man dabei argumentieren, hat sich inzwischen durchgesetzt. Zudem hat auch die europäische Gesetzgebung eine Vollständigkeit erreicht, die weiterer Expansion durch Richterrecht nicht mehr bedarf. Deshalb könnte die allenfalls in den siebziger Jahren zu rechtfertigende richterliche Ersatzvornahme im europäischen Wirtschaftsrecht nun beendet werden. Wie

⁴⁸ Fritz W. Scharpf, Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration, in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 1 (2003), 32–60.

⁴⁹ Thomas Horsley, Reflections on the Role of the Court of Justice as the „Motor“ of European Integration: Legal Limits to Judicial Law Making, in: Common Market Law Review 50 (2013), 931–964.

⁵⁰ Lüder Gerken, Volker Rieble, Günther H. Roth, Torsten Stein, Rudolf Streinz, Mangold als ausbrechender Rechtsakt, Köln 2009; Franz C. Mayer, Maja Walter, Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss, in: JURA 33 (2011), 532–542; Fritz W. Scharpf, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter demokratischer Selbstgestaltungsfähigkeit? In: Michael Stolleis (Hg.), Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht, München 2011, 186–199.

vor *Dasonville* wären dann die vier Wirtschaftsfreiheiten als Kompetenztitel des europäischen Gesetzgebers, aber nicht länger als subjektive Individualrechte zu interpretieren. Eine derartige Verfassungsrevolution – entweder durch Vertragsänderung oder durch eine Selbstkorrektur des Gerichts – könnte immerhin durch eine staats- und europarechtliche Aspekte integrierende Jurisprudenz in ähnlicher Weise vorbereitet werden, wie Ehmke dies für die *dissenting votes* im Supreme Court vor 1937 gezeigt hat.

