



Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von
Ernst-Joachim Mestmäcker,
Wernhard Möschel und
Martin Hellwig

Band 226

Ernst-Joachim Mestmäcker/Wernhard Möschel/
Martin Nettesheim (Hrsg.)

Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration

Mit Beiträgen von

Peter Bartodziej	Thomas Opper mann
Claus-Peter Clostermeyer	Mathias Rohe
Ulrich Everling	Christian Rumpf
Ernst-Joachim Mestmäcker	Georg Sandberger
Wernhard Möschel	Martin Selmayr
Peter-Christian Müller-Graff	Joachim Starbatty
Klaus Otto Nass	Norbert Walter
Martin Nettesheim	

 **Nomos**

Vorwort

Die europäische Integration ist die Erfolgsgeschichte Europas in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Es ist ein Raum des Friedens, des Wohlstandes und des Rechts entstanden. Die feste Klammer der Europäischen Währungsunion ist hinzugetreten. Gleichzeitig ist diese Erfolgsgeschichte unvollendet. Die Union steht vor tiefgreifenden Herausforderungen. Erweiterung und Vertiefung der Union stellen sich als die Aufgaben unserer Zeit dar. Gefährdungen einer Rückentwicklung zeichnen sich ab. Das anspruchsvolle Projekt des Verfassungsvertrages ist nach den ablehnenden Referenden in Frankreich und in den Niederlanden gescheitert. Was der Reformvertrag von Lissabon, der im Dezember 2007 unterzeichnet wurde, an seiner Stelle in der praktischen Anwendung bringen wird, ist noch ungewiss. Er harret der Ratifikation in den einzelnen Mitgliedstaaten.

Ein Kreis von Praktikern und Professoren, deren beruflicher Schwerpunkt mit Brüssel zusammenhängt, hat die 50. Wiederkehr der Unterzeichnung der Römischen Verträge im Jahre 2007 zum Anlass genommen, Grundfragen der Europäischen Integration konzeptionell, politisch, ökonomisch und juristisch neu zu durchdenken. Dabei ist eine deutliche personelle Kontinuität zu erkennen: Allein vier Teilnehmer dieses am 9. und 10. November 2007 in Tübingen durchgeführten »Professorenseminars« waren Mitglieder im Kabinett Hans von der Groeben, des unvergessenen ersten Wettbewerbskommissars der EWG. Andere Teilnehmer hatten bereits am sog. Bielefelder Bericht mitgewirkt (Ziele und Methoden der europäischen Integration, Bd. 31 Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Nomos Verlag 1972). Dieser hatte im Jahre 1972 eine mehrjährige wissenschaftliche Kooperation unter der Verantwortung von Ernst-Joachim Mestmäcker und Hans von der Groeben abgeschlossen.

Dank gebührt den Mitwirkenden des Seminars. Sie haben Kostbares gegeben, Ideen und Zeit, und brachten das Fluidum ihrer Persönlichkeiten ein. Dank gebührt dem Verlag. Er nahm den Veranstaltungsband in die Schriftenreihe »Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik« auf, ohne einen Zuschuss zu den Druckkosten zu erwarten. Für Beteiligung und finanzielle Hilfe sei der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft sowie dem Netzwerk »Wettbewerb und Innovation« innerhalb der Leibniz Gemeinschaft gedankt.

Die Herausgeber

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

ISBN 978-3-8329-3902-1

1. Auflage 2008

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

<i>Georg Sandberger</i> Die Bewährung der Europäischen Wirtschaftsverfassung bei grenzüberschreitenden Unternehmensübernahmen	223
<i>Joachim Starbatty</i> Ist die Europäische Währungsunion eine einzige Erfolgsgeschichte? . . .	233
<i>Norbert Walter</i> Der Euro: ganz schön etabliert!	249
<i>Mathias Rohe</i> Die Türkei und die EU: Perspektiven der Beitrittsverhandlungen	255
<i>Christian Rumpf</i> Türkei: Verfassung und EU	285
Herausgeber- und Autorenverzeichnis	305

Recht und Politik in der EU

*Ernst-Joachim Mestmäcker**

A. *Politik als ausübende Rechtslehre*

Das Thema meines Referats fordert den Nachvollzug der Rolle des Rechts im politischen Prozess der europäischen Integration. Kant spricht von der Politik als »ausübende Rechtslehre«.¹ Das ist eine Politik, die sich nicht anhand des Staates und seiner Organe, auch nicht anhand des geltenden Rechts erfassen lässt. Sie bedeutet Arbeit am immer unvollkommenen Freiheitsgehalt der Gesellschaft in der sie wirken will. Seit der europäischen Aufklärung hat es keine Theorie gegeben, die das Recht für Staaten und Bürger anhand übereinstimmender Kategorien als notwendigen Teil der Weltgesellschaft begründet, wie es Kant getan hat. Die politische Theorie schließt für die durch die EU und die von ihr geschaffenen neuen Macht- und Interessenlagen Freund/Feind-Verhältnisse und den Krieg als Mittel der staatlichen Selbstbehauptung von vornherein aus; anhand dieser Ansätze lässt sich der Staat als Organisation selbstbestimmter und selbständiger Bürger verstehen, der sich für die Teilhabe europäischer Bürger im Anwendungsbereich des EG-Vertrages öffnet. Der Staat wird zum Adressaten der ihn selbst legitimierenden Rechte seiner Bürger, ferner aber auch der Rechte, welche das Gemeinschaftsrecht den Bürgern anderer Mitgliedstaaten gewährleistet. Schließlich sind es die Regeln der Selbstgesetzgebung in der Moral und die des äußeren Mein und Dein in der Rechtslehre, die einer doppelten Einsicht folgen: Der Universalität unseres subjektiven Strebens nach Glück, das gerade deshalb keine Regeln kennt; und der Ungewissheit der Zukunft, insbesondere der Ungewissheit über die ferneren Folgen unseres Handelns, die uns trotz aller gebotenen Anstrengungen letztlich verschlossen bleiben.²

Freiheitsrechte ohne verbindliche Regeln für ihre Ausübung sind ein Phantom. Regeln ohne Orientierung an der gleichen Freiheit aller potentiell Betroffenen kennen keine Grenzen, auch keine Grenzen für den mit ihnen notwendig verbundenen Zwang. Deshalb müssen Regeln, die autonomes, individuelles Handeln ermöglichen und legitimieren sollen, den Einzelnen verantwortliche Entschei-

* Prof. Dr. Dr. h.c., Max-Planck-Institut für ausländisches u. internationales Privatrecht, Hamburg

¹ *Kant*, Zum ewigen Frieden, Akademieausgabe (AA), Band 8, S. 370.

² *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, AA, Band 10, S. 164 f.; hervorgehoben von Gerhard, Immanuel Kants Entwurf zum ewigen Frieden, 1995, S. 150/151.

dungen in den eigenen Angelegenheiten ermöglichen, ohne ihnen Haftung für die gesamtgesellschaftlichen Folgen ihres Tuns aufzuerlegen. Damit ist nicht entschieden, ob abstrakte Regeln vom Gesetzgeber oder durch die Rechtsprechung zu entwickeln sind. Ihre gesellschaftliche Funktion besteht darin, die Ausübung von Freiheitsrechten zu koordinieren, Erwartungen zu schützen und gegebenenfalls auch zu enttäuschen.

Auf diese Weise legitimieren Freiheitsrechte die aus ihnen hervorgehende Ordnung. Ein System geregelter Freiheit ist das Gegenteil der aus dem »Nichts« hervorgehenden politischen Entscheidung (Carl Schmitt). Der wichtigste Anwendungsbereich solcher voraussetzungslosen politischen Entscheidungen ist der Krieg. Deshalb ist das Recht als Alternative zum Krieg so alt wie das Nachdenken über Krieg und Frieden.

Gleichwohl reichte die Erfahrung des Zweiten Weltkrieges nicht aus, um durch eine gemeinsame Verteidigung den Krieg zwischen den beteiligten Staaten unmöglich zu machen und dadurch der europäischen Einigung eine Grundlage zu geben. Der Gedanke lag zwar nahe, scheiterte aber mit der Ablehnung einer europäischen Verteidigungsgemeinschaft im französischen Parlament. Eine Nachwirkung ist der bis heute erhalten gebliebene Souveränitätsvorbehalt für die Rüstungswirtschaft, der als Bereichsausnahme für die Mitgliedstaaten in Art. 296 EGV normiert ist.

B. *Wirtschaftsverfassung*

Die friedensstiftende Rolle des Rechts sollte schließlich durch ein Wirtschaftssystem verwirklicht werden, das mit den positiven Effekten des internationalen Freihandels rechnete und nur geringe Souveränitätsverzicht zu verlangen schien. Maßgeblich war, wie schon dem Spaak-Bericht zu entnehmen ist, die Begründung eines Systems der internationalen Arbeitsteilung. Von den größeren Märkten erwartete man, ganz in der Tradition von Adam Smith, einen Schub der Rationalisierung, des Unternehmenswachstums und den Abbau von nationalen Monopolen. Für das Verständnis von Recht und Politik schlechthin grundlegend wurde die Konstitutionalisierung der Grundfreiheiten durch die Rechtsprechung des EuGH. Sie hat die Entwicklung von der Zollunion, zum Gemeinsamen Markt, zu binnenmarktähnlichen Verhältnissen und schließlich zum Binnenmarkt ermöglicht. Der verfassungsmäßige Rang dieser Rechtsprechung folgt daraus, dass sie die Bürger in den Mitgliedstaaten von Adressaten zu Subjekten des Gemeinschaftsrechts gemacht hat und sie insoweit den Mitgliedstaaten gleichstellt. Das bedeutet nicht, dass die Staaten im Gemeinschaftsrecht die Rechte ihrer Bürger in Anspruch nehmen dürfen. Das gerade ergangene Volkswagenurteil zeigt das Prinzip: Satzungs-mäßige Höchststimmrechte in einer Aktiengesellschaft legitimieren nicht gesetzliche Stimmrechtsgrenzen zugunsten des Staates.³

Regeln, die subjektive Rechte auf Teilnahme am grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr begründen sind zugleich Rechte auf Teilnahme an dem daraus entstehenden Wettbewerb. Der Wettbewerb schafft neue Märkte und trägt zu einer Knappheit überwindenden Allokation wirtschaftlicher Ressourcen bei. Dieser Zusammenhang ist unabhängig davon, wo im EG-Vertrag von Wettbewerb, von offenem Markt und freiem Wettbewerb oder von unverfälschten Wettbewerb die Rede ist. Der Binnenmarkt setzt nicht nur Wettbewerb voraus, er beruht auf dem Wettbewerb, der aus dem Recht auf Teilnahme am grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr notwendig und bestimmungsgemäß entsteht. Deshalb hat die EU eine Wirtschaftsverfassung.

Sie ist eine Verfassung im Sinne von constitutional economic liberty: das ist eine Gesamtordnung, die ökonomische Rationalität mit gleicher Freiheit unter allgemeinen Regeln gerechten Verhaltens verbindet. Adam Smith nannte diese Verfassung ein System natürlicher Freiheit. Er hat mit diesem System die Wirtschaftswissenschaften begründet, wie Kant das Recht als ein potentiell universelles System von Individualrechten begründet hat. Im Gegensatz zur Mehrheit ihrer wissenschaftlichen Nachfolger haben beide Wirtschaft und Recht nicht als getrennte, sondern als sich notwendig ergänzende Systeme gesehen. Nationale Grenzen werden in beiden Systemen nur als zu überwindende Schranken betrachtet. Jede einseitig auf Ökonomie oder Recht gestützte Interpretation der Wirtschaftsverfassung der EU fällt hinter diesen Stand der Erkenntnis zurück.

Die Möglichkeit einer solchen Verfassung, die wegen ihrer Begrenzung auf die Wirtschaft eine Teilverfassung ist, setzt im Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten ein hohes Maß an normativer und wirtschaftlicher Komplementarität voraus. Die Gemeinschaft formuliert diese Voraussetzungen unter anderem durch die Bedingungen, die für den Beitritt zur Gemeinschaft gelten, die aber zugleich weitreichende Binnenbedeutung für alle Mitgliedstaaten haben. Die Stichworte Marktwirtschaft und Demokratie lassen sich nicht auf den Gegensatz von Ökonomie und Politik zurückführen. Zum Substrat der zu einer Wirtschaftsunion zusammen zu führenden nationalen Marktwirtschaften gehören Privatrechtsordnungen, die auf Vertragsfreiheit und frei verfügbare Vermögensrechte gegründet sind. In den Mitgliedstaaten, die sozialistische Planwirtschaften waren, ist diese Voraussetzung besonders anspruchsvoll. Das Gemeinschaftsrecht setzt generell, besonders offensichtlich im Vorlageverfahren und in der Rechtsangleichung, komplementäre Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten voraus. Ich hebe die Privatrechtsordnung hervor, weil sie in Verbindung mit marktwirtschaftlichen Ordnungen zur Privatrechtsgesellschaft führt (Franz Böhm) und geeignet ist, den Gegensatz von Wirtschaft und Gesellschaft ebenso zu überwinden wie den Gegensatz von »Gesellschaft und Gemeinschaft«. Ich nehme den Vorschlag von Müller-Graff gern auf, in der Wirtschaftsverfassung die unsichtbare Hand der europäischen Systemrationalität am Werk zu sehen.⁴

³ EuGH 23.10.2007, Kommission/Deutschland, noch nicht in Sammlung.

⁴ Müller-Graff, Die Zukunft des europäischen Verfassungstopos und Primärrechts nach der deutschen Ratspräsidentschaft, Integration 2007, 232-237.

C. Legitimation

Die Wirtschaftsverfassung ist Teil der verfassungspolitischen Legitimation der EU. Sie ist von der Legitimation zu unterscheiden, die durch die Organisation der Repräsentation von Mitgliedstaaten und Bürgern in den Gemeinschaftsinstitutionen vermittelt wird. Ein »Demokratiedefizit der Gemeinschaft« wird häufig anhand unzureichender Mitwirkungsrechte des europäischen Parlaments oder – grundlegender – durch das Fehlen einer europäischen politischen Öffentlichkeit (Dieter Grimm) begründet. Dennis Mueller hat dazu vor wenigen Tagen in Freiburg aus der Sicht der »constitutional economics« bemerkt: Dem Demokratiedefizit verdankt die Gemeinschaft ihre Erfolge.

Die Entstehungsgeschichte der Gemeinschaft und wichtige Teile ihrer heutigen Struktur bestätigen diesen Befund. Zu den nur scheinbar unpolitischen Kennzeichen der Gemeinschaft gehört das Vertrauen in unabhängige Institutionen. Dazu gehören der EuGH, der »das Recht« zu wahren hat, das in den europäischen Verträgen nur in Grundzügen positiviert ist; die EG-Kommission, die das Gemeinschaftsinteresse auch gegenüber den Mitgliedstaaten in Unabhängigkeit zur Geltung bringen soll; schließlich die Unabhängigkeit der europäischen Zentralbank. Hier ist zunächst nicht auf Erfolge oder Misserfolge oder offene Fragen in der Verwirklichung des Binnenmarktes, in der Rechtsangleichung oder in der Wettbewerbspolitik einzugehen.

Eine Radikalkritik an der EU richtet sich gegen ihre Legitimation als Wirtschaftsgemeinschaft durch Grundfreiheiten und Wettbewerb. Wir sollten diese im Folgenden zu behandelnde verfassungspolitische Kritik nicht als folgenlose Rhetorik abtun. Wenn die Legitimation einer verfassungsmäßigen Ordnung nachhaltig in Frage gestellt wird, besteht die erste Wirkung darin, dass sie nicht mehr verteidigt wird oder dass man sich nur noch entschuldigt, nicht schon alle Postulate der Kritiker erfüllt zu haben. Der Neoliberalismus gehört zu den Schlagworten, die selbst in einem Teil des wissenschaftlichen Schrifttums begründete Kritik überflüssig machen sollen. Dem Verfassungsentwurf trugen die auf den Wettbewerb bezogenen Textpassagen den Vorwurf des Neoliberalismus ein.⁵

In der verfassungspolitischen Diskussion ist neben die Kritik des Demokratiedefizits die noch herbere Kritik des Politikdefizits getreten. Europa könne die Konstruktion seiner Unverzichtbarkeit nur aus der Legitimationskraft der Politik erhoffen. Die Neoliberalisierung Europas sei kein Wegbereiter eines kosmopolitischen Europas, sondern eine Sackgasse. Die Europapolitik sei mit der Gründung der europäischen Gemeinschaft *verstaatlicht* und die europäischen Bürger entmündigt worden.⁶ Den Ausweg sollen Organisationen der Zivilgesellschaft, die Non-Governmental Organisations (NGO), weisen. Sie könnten die Widersprüche und Integrationsdefizite des neo-liberal technokratischen Projekts und die globalen Widersprüche des Neoliberalismus aufzeigen. In der Diffamierung

⁵ Richter, Die EU-Verfassung ist tot, Es lebe der Reformvertrag, EuZW 2007, 631, 632.

⁶ Beck/Grande, Das kosmopolitische Europa, 2004, S. 239/240.

eines Europas »der Krämerseelen«⁷ kündigt sich der Generalangriff auf Wirtschaftsintegration und Wirtschaftsordnung an. Er zielt nicht mehr nur auf fehlgeleitete Institutionen, sondern auf die gleichberechtigte Teilnahme der Bürger an der Gesellschaft, die immer auch Wirtschaftsgesellschaft ist.

Das Verhältnis von Ökonomie und Politik gehört seit Karl Marx zum Gegenstand wechselseitiger Systemkritik. Seiner fundamentalen Kritik gelang es, das von Adam Smith begründete ökonomische System in seinen rechtlichen Voraussetzungen und in seinen sozialen Wirkungen zu diskreditieren. Nicht nur das prophezeite sozialistische System aufgehobener Arbeitsteilung, auch die Kritik am Kapitalismus ist ganzheitlich, das heißt holistisch im Sinne von Popper.⁸ Neu sind in der gegenwärtigen Diskussion die negativ besetzten Schlagwörter, die den Diskurs abrechnen sollen, ehe er begonnen hat. Neu sind ferner die Wege, auf denen kritische Solidarisierung geschaffen werden soll. Die neue holistische Kritik konzentriert sich auf die rechtlichen und moralischen Grundlagen einer freien Ordnung, in der die wirtschaftlichen Grund- und Freiheitsrechte den politischen Grundrechten gegenüber gestellt werden, um sie ihnen unterzuordnen. Auch hier ist Karl Marx der Vater des Gedankens.

D. Politische Freiheitsrechte gegen Wirtschaftsfreiheiten (Marx und Habermas)

In einer wenig beachteten Abhandlung über die Religionsfreiheit spricht Karl Marx über die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um den Staat in die Lage zu versetzen, ein politischer Staat zu sein, der die Menschenrechte gewährleistet.⁹ Im Anschluss an die Deklaration der Menschenrechte in Frankreich von 1791 unterscheidet Marx die politischen Rechte, die *droits de citoyen* von den anderen Menschenrechten, den *droits de l'homme*. Die von den politischen Rechten verschiedenen Menschenrechte seien nichts anderes als die Rechte des Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft. Das seien die Rechte des egoistischen Menschen, des von Mitmenschen und vom Gemeinwesen getrennten Menschen, der als Monade lebe. Die praktische Nutzenanwendung dieses Menschenrechts der Freiheit sei das Menschenrecht des Privateigentums (S. 364). Daran orientiere sich auch das Recht auf Gleichheit. Und die Sicherheit sei der höchste Begriff der bürgerlichen Gesellschaft, nämlich der Begriff der Polizei. Die Sicherheit sei die Versicherung des Egoismus. Die Sphäre, in welcher sich der Mensch als Gemeinwesen verhalte, werde degradiert unter die Sphäre, in der sich der Mensch als Bourgeois verhalte. Die Trennung der politischen Gesellschaft von der Wirtschaftsgesellschaft fällt zusammen mit der Trennung des öffentlichen Interesses vom bloßen Privatinteresse und der ihm dienenden Privatrechte.

⁷ Ebd. S. 290.

⁸ Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 7. Auflage 1992, S. 95.

⁹ Karl Marx, Zur Judenfrage, in: Marx Engels Werke (MEGA) Band 1, Berlin 1958, S. 347-377.

Habermas führt die Disqualifizierung wirtschaftlicher Freiheitsrechte im europäischen Kontext als Kritik am Neoliberalismus fort. Dem prozeduralen Modell des Vertragsrechts – der Tauschgerechtigkeit bei gleichen Freiheiten – attestiert Habermas die Unvereinbarkeit mit wahrer und gleicher Freiheit aller Personen vor dem Gesetz. Wörtlich heißt es: »Dieser Begriff von Freiheit ist mit einem *normativ ermäßigten* Personenkonzept verknüpft.«¹⁰ Der Begriff des rationalen Entscheiders sei unabhängig vom Begriff einer moralischen Person; nur sie sei in der Lage, ihren Willen durch Einsicht in das, was im gleichmäßigen Interesse aller Betroffenen liege, zu binden. Der rationale Entscheider sei auch etwas anderes als Bürger einer Republik, der sich gleichberechtigt an der öffentlichen Praxis der Selbstgesetzgebung beteilige. Nur der Letztere, würde Karl Marx sagen, nimmte politische Menschenrechte wahr. Besondere Kritik gilt dem Begriff der »Privatrechtsgesellschaft«: Mit ihr »rechnet der Neoliberalismus auch in der Hinsicht, dass sich der Gebrauchswert der Bürgerfreiheiten im Genuss privater Autonomie erschöpft.« Die These vom Privatrechtssubjekt als Monade mit *ermäßigtem* moralischen Status und ohne moralischen Sinn für soziale Verpflichtungen leugnet die Vereinbarkeit von Privatrecht und Markt mit einer menschenwürdigen Gesellschaft.

Adam Smith hat zu der im Namen von Moral und Mitgefühl geforderten wechselseitigen Fürsorge der Menschen füreinander auf die Bedingungen des Zusammenlebens in einer arbeitsteiligen Gesellschaft hingewiesen: »In der bürgerlichen Gesellschaft (civil society) ist der Mensch ständig und in hohem Maße auf die Mitarbeit und Hilfe anderer angewiesen, doch reicht sein ganzes Leben gerade aus, um das Wohlwollen des einen oder anderen zu gewinnen. Weil aber der Mensch beständig auf die Hilfe seiner Mitmenschen angewiesen ist, kann er kaum erwarten, dass er sie allein durch das Wohlwollen der Mitmenschen erhalten wird.«¹¹

Die Idee der Selbstgesetzgebung durch private Autonomie, welche die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft von John Locke bis Kant und zu den Neoliberalen begleitet, wird von Habermas für seine Theorie der »öffentlichen Praxis der Selbstgesetzgebung mit Hilfe eines allgemein zugänglichen deliberativen Prozesses« in Anspruch genommen. Er will mit seiner Kritik nicht nur den Neoliberalismus disqualifizieren, er stellt vielmehr die Legitimation der auf Wirtschaftsfreiheiten beruhenden Wirtschafts- und Währungsunion in Frage. Dem dient auch die Methode, mit der subjektive Rechte auf Thomas Hobbes zurückgeführt werden, um sie als überholt zu erweisen. Aus der dort begründeten Struktur des Rechts ergebe sich ein Primat der Berechtigungen. »Diese grundbegriffliche Privilegierung von Rechten gegenüber Pflichten erklärt sich aus den modernen Konzepten der Rechtsperson und der Rechtsgemeinschaft.«¹² Eine Privilegierung von Rechten gegenüber Pflichten oder von Rechten ohne Pflichten

sind dem Privatrecht fremd. Wenn es eine Hobbesche Antinomie von Recht und Pflicht geben sollte, ist sie der von Habermas angenommenen entgegengesetzt: Der Bürger hat bei Hobbes nur Pflichten und keine Rechte.¹³ Die Hobbesche Antinomie ist auch staatsrechtlich überwunden. Habermas will sie gleichwohl für seine Theorie nutzen. Es ist erneut der Zusammenhang von Volkssouveränität und Menschenrechten, wobei die Menschenrechte die Kommunikationsbedingungen für eine vernünftige politische Willensbildung institutionalisieren sollen. Die so gewonnenen Rechte, welche die Ausübung der Volkssouveränität ermöglichen, könnten dieser Praxis nicht wie Beschränkungen von außen auferlegt werden. Das Ergebnis überrascht nicht mehr: »Diese Überlegungen leuchten allerdings unmittelbar nur für die politischen Bürgerrechte, also für die Kommunikations- und Teilhaberechte ein, nicht jedoch für die klassischen Freiheitsrechte, die die private Autonomie der Bürger sichern.«¹⁴

Wir sollten uns nicht auf den Irrweg begeben, eine Sorte von Menschenrechten durch ein wie immer abgegrenztes politisches Verfahren zu privilegieren, um tradierten Freiheitsrechten einen ermäßigten Rang zuzuweisen.

E. *Wirtschaft und Gesellschaft oder die Herrschaft des Kapitals über das Recht (Max Weber)*

Das Verhältnis von Recht und Politik steht im Mittelpunkt von Max Webers berühmter soziologischer Interpretation der Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft.¹⁵ Er führt in seiner Theorie des Rechts in Wirtschaftsordnungen die folgenden Positionen zur Begründung seiner eigenen Kritik zusammen:

Die Position von Karl Marx, wonach das wirtschaftlich erhebliche Privatrecht Instrument des Kapitalismus ist;

Die Position von Jeremy Bentham, der subjektive Rechte und Menschenrechte verwirft, weil sie mit seiner utilitaristischen und positivistischen Rechtstheorie unvereinbar sind.

Schließlich sieht Max Weber die traditionelle Theorie des Freihandels überholt durch den imperialistischen Kapitalismus. Dieser sei durch die systematische, vom Staat unterstützte und von ihm selbst betriebene strategische Expansion zu Lasten schwächerer Staaten gekennzeichnet.

Der rechtstheoretisch begründete Teil dieser Lehre von Max Weber verweist erneut auf die zentrale Rolle des Privatrechts für marktwirtschaftliche Ordnungen auf nationaler wie auf europäischer Ebene. Der imperialistische Kapitalismus führt an die Grenzen von Binnenmarkt und Wettbewerbssystem.

Der Spiegel einer soziologischen Analyse kann, selbst wenn sie historisch geworden ist, dazu beitragen, die rechtlichen und politischen Probleme hervor-

10 Habermas, Postnationale Konstellation, 1. Auflage 1998, Neudruck 2005, S. 142. Hervorhebung im Original.

11 Smith, Wealth of Nations, Glasgow Edition 1976, p. 26.

12 Habermas, Postnationale Konstellation (Fn 12), S. 172.

13 Hobbes, Leviathan (ed. Molesworth) London 1839, p. 163.

14 Ebd. S. 176.

15 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. revidierte Auflage, hrsg. von Johannes Winckelmann, Tübingen 1976.

treten zu lassen, welche die EU gelöst und welche sie nicht gelöst hat. Walter Eucken führt die ordnungspolitisch neutrale Untersuchung von Max Weber auf dessen Positivismus, auf die strikte Trennung zwischen der Erkenntnis von Tatsachen und ihrer praktischen, das heißt auch politischen Bewertung zurück.¹⁶ Die hier zu behandelnde Theorie von Max Weber gibt jedoch keinen Anlass, zu dem damit in Bezug genommenen »Werturteilsstreit« in den Sozialwissenschaften Stellung zu nehmen.¹⁷ Es wird sich zeigen, dass das Bemühen um objektive Erkenntnis ohne weitreichende implizierende Werturteile nicht auskommt.

Die Entwicklung und Struktur moderner Gesellschaften wird von Max Weber gekennzeichnet durch den bürokratischen Staat, der die Rechtsetzung monopolisiert und durch die Erweiterung der Marktkräfte. Die Marktkräfte sind die des Kapitalismus. Mit Hilfe des Wettbewerbs entziehen sie nach Max Weber den Freiheitsrechten und der Privatautonomie ihren Rechtsgehalt. Ein Konflikt mit dem öffentlichen Interesse entsteht nicht, weil sich der Staat die Zwecke der Mächtigen zu Eigen macht und im internationalen Bereich selbst zum Motor des imperialistischen Kapitalismus wird.

Die Rationalität des Rechts und das Prinzip der formalen Organisation kennzeichnen den Staat ebenso wie die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Großorganisationen. Das Privatrecht habe in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts den Höchstgrad methodisch logischer Rationalität erreicht. In dem als lückenlos postulierten Rechtssystem folge jede Entscheidung aus der Anwendung eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten Tatbestand. Rechtslogik sei die Garantie der Rationalität rechtlicher Entscheidungen. Hier soll nur kurz erwähnt werden, dass damit der Stand der deutschen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert unzureichend dargestellt ist.¹⁸ Eine Erklärung mag darin liegen, dass Max Weber sich für das Verständnis von Rechtspositivismus nachhaltiger auf Jeremy Bentham als auf die deutsche Tradition des 19. Jahrhunderts stützt.¹⁹ In Übereinstimmung mit Bentham unterscheidet Max Weber gebietende, verbietende und erlaubende Rechtssätze (command, prohibition, permission) für die Entwicklung der Wirtschaftsordnung. Besonders wichtig seien die erlaubenden bzw. ermächtigenden Rechtssätze. Ich zitiere: »Die Ermächtigungen, ihr Umfang und ihre Art, sind heute ganz allgemein für die Entwicklung der Wirtschaftsordnung besonders wichtig. Sie begreifen zweierlei unter sich. Einerseits die sogenannten »Freiheitsrechte«, das heißt die einfache Sicherstellung gegen bestimmte Arten von Störungen durch Dritte, insbesondere auch: durch den Staatsapparat innerhalb des Bereichs des rechtlich erlaubten Verhaltens (Freizügigkeit, Gewissensfreiheit, freies Schaffen, Schalten mit einer im Eigentum

besessenen Sache und so weiter). Ferner aber stellen ermächtigende Rechtssätze es in das Belieben der Einzelnen, ihre rechtsgeschäftlichen Beziehungen zueinander innerhalb bestimmter Grenzen autonom zu regeln.« Soweit dies Belieben von einer Rechtsordnung zugelassen werde, reiche das Prinzip der »Vertragsfreiheit«.²⁰ Vertragsfreiheit und ermächtigende Rechtssätze seien in erster Linie Funktionen der Markterweiterung. Die Vertragsfreiheit sei derart kennzeichnend für die modernen Gesellschaften, dass man von einer Kontraktgesellschaft sprechen könne (S. 399). Der Kosmos von abstrakten Normen, der aus den Forderungen nach formaler Rechtsgleichheit und ökonomischer Bewegungsfreiheit entstanden sei, trage zur Bürokratisierung und zur Expansion des Kapitalismus bei, nicht aber zu einer gerechteren Gesellschaft. Menschen- und Grundrechte seien Vorbedingungen für das freie Schalten des Verwertungsstrebens des Kapitals mit Sachgütern und Menschen.²¹ Und zur Vertragsfreiheit heißt es:

»Das Resultat der Vertragsfreiheit ist also in erster Linie: Die Eröffnung der Chance, durch kluge Verwendung von Güterbesitz auf dem Markt, diesen *unbehindert durch Rechts-schranken* als Mittel der Erlangung von Macht über andere zu nutzen. Die Marktmachtinteressenten sind die Interessenten einer solchen Rechtsordnung. In ihrem Interesse vornehmlich liegt insbesondere die Schaffung von »Ermächtigungsrechtssätzen, welche Schemata von gültigen Vereinbarungen schaffen, die bei formaler Freiheit der Benutzung durch alle doch tatsächlich nur den Besitzenden zugänglich sind und also im Erfolge deren und nur deren Autonomie und Machtstellung stützen.«²²

F. *Der lange Schatten von Jeremy Bentham*

Für die von Max Weber angenommene Subsumtion alles rechtserheblichen wirtschaftlichen Handelns unter die Zwecke des Kapitals kann er sich auf Karl Marx stützen. Für den alles privatrechtliche Handeln durchdringenden, subjektive Rechte ausschließenden, übergeordneten Willen des Gesetzgebers kann er sich auf Jeremy Bentham stützen. Karl Marx scheint das bemerkt zu haben, wenn er Jeremy Bentham ein Genie in der bürgerlichen Dummheit nannte. In Benthams Rechtstheorie haben subjektive Rechte (»rights«) keinen Platz, weil alles rechtserhebliche Handeln auf den aufgeklärten Gesetzgeber zurückgeführt wird. Seine Aufgabe ist es, Normen zu schaffen, welche Vor- und Nachteile (pleasure and pain) abwägen und so die Wohlfahrt maximieren. Das kann der Gesetzgeber aber nur, indem er zugleich den Preis von »pain« in Rechnung stellt. Deshalb ist alles Recht auf Pflichten zurückzuführen: »To make a law is to do evil that good may come.«²³ Daraus folgt unter anderem, dass rechtserhebliches Handeln allein anhand seiner Folgen zu beurteilen ist (consequentialism). Mit rhetorischer

16 Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Auflage, 2004, S. 340 f.

17 Zu Max Webers Position ist zu verweisen auf die folgenden Abhandlungen: Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3. Auflage 1968, S. 146-214; Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, ebd., S. 489-540.

18 Umfassend dazu Hofer, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001.

19 Dazu Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Fn. 14, S. 502.

20 Max Weber, ebd., S. 398.

21 Ebd. S. 726.

22 Ebd. S. 439. Die Aussage gilt allgemein und ist nicht auf das zuvor erörterte Arbeitsrecht begrenzt.

23 Bentham, The Limits of Jurisprudence defined, New York 1945, p. 139 (edited by Charles Warren Everett).

Brillanz hat Jeremy Bentham diese Grundlage seiner Rechtstheorie, in der es subjektive Rechte nicht gibt, anhand einer Radikalkritik der Erklärung der Menschenrechte in den USA und Frankreich ausgeführt. »Pestilential Nonsense unmasked« nennt er sie.²⁴ Hier verbindet sich die utilitaristische Begründung der Theorie mit dem behaupteten Selbstwiderspruch von Rechten gegen den Souverän in der Tradition von Thomas Hobbes.

Die Bedeutung von Benthams Rechtstheorie erschöpft sich nicht in der Interpretation, die sie bei Max Weber gewonnen hat. Der wohl einflussreichste englische Rechts theoretiker H.L.A. Hart hat die fortdauernde Wirkung hervorgehoben: »Benthams Lehre war so lange eine Quelle sozialen Fortschritts und die wichtigste intellektuelle Grundlage der Rechtskritik, dass wir bisher keine Theorie individueller Rechte entwickelt haben, die mit dem Utilitarismus vergleichbar wäre in Klarheit, detaillierter Ausführung und Überzeugungskraft für den gesunden Menschenverstand.«²⁵

G. Die Systemrationalität von Grundfreiheiten und Wettbewerb

I. Subjektive Rechte

Angesichts der weltweiten völkerrechtlichen Anerkennung von Menschenrechten scheint es müßig zu sein, die theoretischen Grundlagen subjektiver Rechte, gar ihre Leugnung in der dargestellten Tradition, weiter zu erörtern. Der Schein trügt. Wesentliche Teile der dargestellten Fundamentalkritik an subjektiven Rechten sind in den gegenwärtigen Meinungsverschiedenheiten über Geltung und Auslegung der Grundfreiheiten und des Wettbewerbs im Gemeinschaftsrecht erkennbar. Das ist deshalb nicht überraschend, weil die vom EuGH aus den unmittelbar anwendbaren Normen des Gemeinschaftsrechts abgeleiteten Rechte der Einzelnen durch ihren Systembezug gekennzeichnet sind. Das Spannungsverhältnis von subjektiver Berechtigung und ökonomischer Funktion gilt insbesondere für die Wettbewerbsregeln. In voller Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten folgert der EuGH aus den unmittelbar anwendbaren Wettbewerbsregeln, dass sie den Einzelnen nicht nur Pflichten auferlegen, sondern auch Rechte begründen. Und diese Rechte werden ergänzend mit dem System unverfälschten Wettbewerbs im Sinne von Art. 3 g EGV begründet.²⁶ Die eigenständige Bedeutung von subjektiven Rechten folgt daraus, dass sie geschützte Erwartungen, Handlungs- und Wahlfreiheiten begründen, die von den Institutionen der EU ebenso zu respektieren sind wie von den Mitgliedstaaten. Diese Rechte werden

24 A critical examination of the declaration of rights, in: Bentham's Political Thought, edited by Bhikho Parekh, London 1973, p. 257-290; näher dazu *Mestmäcker*, Mehrheitsglück und Minderheitsherrschaft, Zu Jeremy Benthams Kritik der Menschenrechte, in: *ders.*, Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Auflage, 1984, S. 158-174.

25 Bentham and the Mystification of Laws, 36, Modern Law Review 16, 17 (1973).

26 EuGH 20.9.2001, Slg. 2001 I, 6297 Rn. 19 Courage.

ausgehöhlt, wenn ihre Anwendung von der Feststellung vorteilhafter oder nachteiliger entfernter ökonomischer Wirkungen abhängig gemacht wird, die nicht zum Tatbestand der berechtigenden oder verpflichtenden Normen gehören. Der »more economic approach« in der Wettbewerbspolitik hat darin seine über Artt. 81, 82 hinausgehende Bedeutung. Angesichts der gegenwärtigen Diskussion ist es notwendig, das Selbstverständliche zu betonen: Die Rechte der Einzelnen, zumal die Rechte als Teil der Wettbewerbsregeln, sind unter Berücksichtigung auch ihrer ökonomischen Funktion im Wettbewerbsystem auszulegen und anzuwenden.

II. Alternative Sanktionen in multilateralen völkerrechtlichen Verträgen

Die ökonomische Analyse multilateraler völkerrechtlicher Verträge bestätigt die juristische und ökonomische Rationalität der Grundfreiheiten als subjektiver Rechte. Der EuGH hat ihre unmittelbare Anwendbarkeit und ihren Vorrang auch vor späteren Maßnahmen der Mitgliedstaaten stets mit der besonderen Wirksamkeit der Kontrolle begründet, die von der Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen ausgeht.²⁷ Die politische und wirtschaftliche Stärke dieses Systems ergibt sich daraus, dass die von den Mitgliedstaaten übernommenen Pflichten, ihre Auslegung und Durchsetzung nicht mehr den unmittelbar betroffenen Staaten überlassen ist. Der Vergleich mit anderen multilateralen völkerrechtlichen Verträgen zeigt, dass es bisher keine ähnliche Transformation von völkerrechtlichen Pflichten in gerichtlich durchsetzbare Individualrechte gegeben hat. Alternative Zwangsmittel sind kollektive Sanktionen. Sie scheitern häufig an der Vielfalt kollidierender staatlicher Interessen. Insbesondere kann die Beteiligung an Sanktionen die Beziehung zum sanktionierten Staat beeinträchtigen. Dieser Befund gilt auch für die WTO.²⁸ Die Geschichte der Menschenrechtskonventionen ist die Geschichte ihrer mangelnden Wirksamkeit.

III. Grundfreiheiten

Die Gründe, aus denen subjektive Rechte im Allgemeinen und die Grundfreiheiten im Besonderen kritisiert werden, verweisen auf ihre wichtigsten Errungenschaften. Das gilt zunächst für die weit verbreitete, weil scheinbar plausible Kritik an ihrer nur negativen Wirkung. Negative Rechte werden einer positiven Integration entgegengesetzt, die sie behinderten oder erschwerten. Die in Übereinstimmung mit klassischen Grundrechten negatorische (»negative«) Wirkung der Grundfreiheiten ist eine Ursache ihrer Wirksamkeit. Vertragswidrige

27 EuGH 5.2.1963, Slg. 1963, 5, 26 van Gend und Loos; 15.7.1964, Slg. 1964, 1251, 1270, Costa/ENEL.

28 Näher *Goldsmith/Posner*, The limits of international law, Oxford 2005, p. 135.

Beschränkungen werden verboten, ohne dass der EuGH kompensatorische Anpassungsmaßnahmen berücksichtigen oder treffen muss. Diese Möglichkeit unterscheidet ein marktwirtschaftliches von einem planwirtschaftlichen System. In sozialistischen Planwirtschaften haben Wirtschaftsgerichte bei unvorhergesehenen Entwicklungen ausschließlich über die Anpassung der Wirtschaftspläne zu entscheiden. In marktwirtschaftlichen Systemen setzt ein aus den Grundfreiheiten folgendes Verbot von staatlichen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs zunächst Markt und Wettbewerb in Funktion. Das gilt einschränkungslos jedoch nur für das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Ausnahmen greifen nur ein, soweit sie im Gemeinschaftsrecht selbst normiert sind.

Bei den unterschiedslos anwendbaren, in Grundfreiheiten eingreifenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen sind die von der Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgründe des überwiegenden öffentlichen Interesses der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Ich verzichte darauf, die hier erheblichen Konflikte und Interessenlagen zu erörtern. Ivo Schwartz hat sie in dem Vortrag, den er an der Hamburger Universität aus Anlass seiner Ehrenpromotion gehalten hat, umfassend analysiert.²⁹ Ein wichtiges Ergebnis sei hervorgehoben: Systemwettbewerb ist kein Ersatz für Rechtsangleichung.

Die Dienstleistungsrichtlinie vom 12. Dezember 2006 hat das politische Spannungsverhältnis zwischen der Anwendung der Grundfreiheiten durch die Rechtsprechung in Einzelfällen und der Generalisierung der in dieser Rechtsprechung enthaltenen Grundsätze durch Richtlinien offen gelegt.³⁰ Die von Parlament und Rat schließlich verabschiedete Richtlinie signalisiert ein Politikversagen der Gemeinschaftsinstitutionen und der Mitgliedstaaten. Die Richtlinie weicht im Gegensatz zum Vorschlag der Kommission in ihrem Art. 16 vom Ursprungslandprinzip ab. Sie verstößt damit gegen das vom EuGH in ständiger Rechtsprechung normierte Prinzip, dass Waren oder Dienstleistungen, die nach dem Recht eines Vertragsstaates rechtmäßig auf den Markt kommen, die Vermutung der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt für sich haben. Keine Institution der Gemeinschaft und kein Mitgliedstaat war bereit, das primäre Richterrecht gegen den Gemeinschaftsgesetzgeber zu verteidigen. Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH entscheidet, wenn er Gelegenheit erhält, über die Vereinbarkeit der Richtlinie mit seiner Rechtsprechung zu entscheiden.

H. Die Metamorphosen des Privatrechts

Privateigentum und Privatautonomie werden in der Tradition von Karl Marx und seiner modernen Epigonen auf Instrumente in der Hand der jeweils Herrschenden

²⁹ Schwartz, Rechtsangleichung und Rechtswettbewerb im Binnenmarkt, Zum europäischen Modell, EuR 2007, 194-207.

³⁰ Richtlinie 2006/123 EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EG 27.12.2006 L 376/36.

oder Mächtigen reduziert. In vielen Mitgliedstaaten galt öffentliches oder gesellschaftliches Eigentum an Unternehmen als wirksames Instrument, das öffentliche Interesse gegen die Privatwirtschaft zur Geltung zu bringen. Im Binnenmarkt sind Privatrechte und Wettbewerb dagegen zu normativen Maßstäben für die Beurteilung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand geworden.

In den Verhandlungen über den Vertrag von Rom einigte man sich angesichts des verschiedenen Gewichts und der verschiedenen rechtlichen Stellungen öffentlicher Unternehmen und öffentlicher Sektoren in den Mitgliedstaaten auf einen Formelkompromiss: Der Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt (Art. 295 EGV); aber die Vorschriften des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, sind auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten anwendbar (Art. 86 I EGV). Der EuGH hat den mit politischen Hypotheken belasteten latenten Konflikt von Binnenmarkt und Eigentumsordnung entschärft. In ständiger Rechtsprechung heißt es, dass der Vertrag in die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten nicht eingreife, auf die Ausübung des Eigentums aber die Regeln des Vertrages anwendbar seien. Repräsentativ sind die auf die Kapitalverkehrsfreiheit gestützten Urteile zu »goldenen Aktien«. Sie behalten den Mitgliedstaaten, die öffentliche Unternehmen privatisiert haben, ein Vetorecht für Grundlagenentscheidungen vor. Der EuGH hat die vom Generalanwalt Colomer vorgeschlagene eigentumsrechtliche Rechtfertigung dieser gesetzlichen Staatsvorbehalte verworfen: Die Eigentumsordnung könne den Grundfreiheiten nicht entgegengehalten werden.³¹

Diese Rechtsprechung fügt sich in ein System ein, in dem die Regeln für die Wirtschaftstätigkeit des Staates an Maßstäbe gebunden werden, die für das Handeln privatwirtschaftlicher Unternehmen charakteristisch sind. Über die gemeinschaftsrechtliche Eigenschaft des Staates und seiner Untergliederungen als Unternehmen wird unabhängig von den verschiedenen Rechts- und Organisationsformen entschieden, die für sie in den Mitgliedstaaten gelten. Das Vergabe- und Beihilfenrecht bindet die Mitgliedstaaten an Regeln, die aus dem Vergleich mit privatrechtlichen und privatwirtschaftlichen Transaktionen abgeleitet sind.

Der in dieser Gesetzgebung und Rechtsprechung vorausgesetzten systematischen Bedeutung des Privatrechts im System unverfälschten Wettbewerbs entspricht in der Gemeinschaft kein Bewusstsein für eine entsprechende normative Bedeutung von Privatrecht und Vertragsfreiheit für Selbstgesetzgebung und Selbstständigkeit der Einzelnen. Die Institutionen der Gemeinschaft scheinen im Gegenteil anzunehmen, bei dem Privatrecht handle es sich um einen Bereich, der sich ohne erheblichen politischen Widerstand regulieren und reglementieren lasse. Ich nenne den perfektionierten Verbraucherschutz und die Gleichbehandlungsrichtlinien auf Grund von Art. 13 EGV. Hier wie sonst ist der Weg vom Schutz des Bürgers zur Betreuung und Beaufsichtigung kurz. Der Eindruck, dass diese Regulierungen Privatautonomie und Wahlfreiheit der Bürger wenig beeinträchtigen, ist unzutreffend. Die gemeinschaftsrechtlich geförderten Organisati-

³¹ EuGH 4.6.2002, Slg. 2002 I 4781 Kommission/Frankreich.

onen der Zivilgesellschaft nehmen die ihnen gewährten Klagebefugnisse intensiv wahr. Im Bewusstsein des guten Gewissens, das die Wahrnehmung moralisch begründeter Eingriffsrechte vermittelt, bleiben Eingriffe in die Privatsphäre häufig außer Betracht. Der Grund, aus dem die genannten Regulierungen hier erwähnt werden, ist der politische Zusammenhang mit der im Einzelnen dargestellten Fundamentalkritik wirtschaftlicher Grund- und Freiheitsrechte. Die Geltung von Menschenrechten auf der Ebene des Privatrechts und im Verhältnis der Bürger zueinander wird häufig mit der Notwendigkeit begründet, Schutz gegenüber den wirtschaftlich Mächtigen zu gewähren, ohne dass diese Machtstellung zum Tatbestand der Norm gehört.

J. Imperialistischer Kapitalismus

I. Industriepolitik

Die Politik offener Märkte und des Freihandels bildeten den pazifistischen Ausgangspunkt der europäischen Integration. Binnenmarkt und Wettbewerbssystem haben diesen Ausgangspunkt hinter sich gelassen. Der kapitalistische Imperialismus, wie ihn Max Weber definiert, bleibt jedoch die große Herausforderung im Inneren ebenso wie im Außenverhältnis der Gemeinschaft. Seine Kennzeichen sind die staatliche oder gesellschaftliche Kontrolle von Schlüsselindustrien und die daraus folgende politisch gestützte ökonomische Expansion im grenzüberschreitenden Wettbewerb zwischen den einzelnen politischen Gemeinwesen. In bemerkenswerter Voraussicht hat Max Weber hinzugefügt, dass diese Tendenz sich unter Bedingungen einer staatssozialistischen Wirtschaftsordnung kaum ändern werde. Zusammenfassend heißt es: »Der imperialistische Kapitalismus war von jeher die normale Form der Wirkung kapitalistischer Interessen auf die Politik und mit ihr des politischen Expansionsdrangs.« Auf absehbare Zeit müsse die Prognose weiter zu seinen Gunsten lauten.³²

Der Realitätsbezug dieser Diagnose ist offensichtlich. Es geht bei dem Verhältnis von Recht und Politik in der Wirtschaftsunion nicht nur und nicht einmal in erster Linie um den Einfluss von Wirtschaftsinteressen auf die Gemeinschaftspolitiken. Grundlegender ist ein Politikverständnis, das in den Wirtschaftspotentialen eines Landes einen Teil der Weltgeltung des Staates und in mächtigen Unternehmen strategische Instrumente sieht. Die EG hat zeitweise versucht, diese Art von Politik zu vergemeinschaften. In einem Programm zur Industriepolitik werden multinationale Unternehmen mit europäischem Kontrollzentrum gefordert, um in Europa und auf den Weltmärkten den Wettbewerb mit den Giganten aus Übersee aufzunehmen.³³ Die Initiativen dieser Art sind bisher nicht strukturbestimmend, sie verweisen jedoch auf einen durch Recht nicht domestizierten Teil

von Politik in Europa. Gemeinschaftsrechtlich konzentriert sich ein Teil dieser Konflikte auf Art. 86 Abs. 2 EGV. Die hier nur zu erwähnenden Stichworte sind service public und Daseinsvorsorge. In der Telekommunikation ist die Technik dem Wettbewerb nachhaltiger zu Hilfe gekommen als es die Wettbewerbspolitik vermocht hätte. Seit dem EGKS-Vertrag verhindert jedoch die Widerständigkeit der Mitgliedstaaten eine gemeinsame Energiepolitik. Für die Energiewirtschaft ist ein Prozess kennzeichnend, in dem das wettbewerbliche Umfeld den politischen Kampf um Vormachtstellungen nicht einschränkt, sondern intensiviert. Faktisch fortbestehende nationale Monopole, die vom Binnenmarkt und insbesondere von der Kapitalsverkehrsfreiheit Gebrauch machen, können in dezentral organisierte privatwirtschaftlich betriebene Wettbewerbsmärkte eindringen, während der eigene Markt faktisch geschlossen bleibt. Der Erwerb eines gerade privatisierten Energieunternehmens in einem neuen Mitgliedstaat durch ein öffentliches Unternehmen aus einem alten Mitgliedstaat muss Zweifel an der Konsistenz der Gemeinschaftspolitiken begründen. Machtstrategien, zumal nationale Marktstrategien, bleiben nicht unbeantwortet. Das gilt unabhängig davon, ob sie im Einzelfall defensiv oder expansiv sind. Es gehört zu den Zwecken des Gemeinschaftsrechts, solche sich gegenseitig verstärkenden nationalen Rivalitäten nach allgemeinen Regeln zu ordnen. Der Grundsatz, dass der Binnenmarkt unabhängig von kompensierenden Unvollkommenheiten durchzusetzen ist, begrenzt jedoch die hier in Betracht kommenden gemeinschaftsrechtlichen Reaktionen. Es gibt keine Rechtfertigungsgründe für Ausnahmen vom Gemeinschaftsrecht, die auf verschiedene Grade der Privatisierung oder Regulierung gestützt sind. In Betracht kommt jedoch die Möglichkeit, die Auswirkungen beherrschender Stellungen auf einem nationalen Markt auf anderen Märkten in die Betrachtung einzubeziehen.

In wichtigen Wirtschaftsbereichen, nämlich in der Rüstungswirtschaft und in der Raumfahrt, ist die Dominanz mitgliedstaatlicher Interessen ungebrochen. Die in Aussicht genommene gemeinsame Verteidigungspolitik hat der weitgehenden Bereichsausnahme für die Rüstungswirtschaft in Art. 296 EGV zusätzliche Bedeutung verliehen.³⁴ Langjährige politische Bemühungen, Art. 296 zu streichen, sind erfolglos geblieben. In der Rüstungswirtschaft und in der Raumfahrt zeichnet sich der Weg zu intergovernmentaler Industriepolitik ab. Es handelt sich nicht, wie Markus Kerber gezeigt hat, um ein Nischenproblem.³⁵ Wir haben es vielmehr in der Terminologie von Max Weber, mit einer verteidigungspolitisch wie wirtschaftlich gleich wichtigen Erscheinungsform des imperialistischen Kapitalismus zu tun.

³⁴ *Karpenstein*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar 2000, Art. 296 Rn. 1 und 12.

³⁵ *Kerber*, Braucht die Rüstungswirtschaft eine Ausnahme vom Wettbewerb? Plädoyer für die Abschaffung des Artikels 296 EU-Vertrag, Europäische Sicherheit, September 2005, S. 58-61.

³² *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Fn. 14, S. 524-526.

³³ *EG-Kommission*, *Die Industriepolitik der Gemeinschaft*, 18.3.1970.

II. Grenzen des Binnenmarktes

Im Außenverhältnis der Gemeinschaft zu Drittstaaten hat es der EuGH von Anfang an abgelehnt, die Regeln des Binnenmarktes anzuwenden. WTO-Verpflichtungen der Gemeinschaft gehören wegen ihrer Natur und ihrer Systematik grundsätzlich nicht zu den Normen, an denen der EuGH die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane misst.³⁶ Das gilt selbst dann, wenn ein Verstoß der Gemeinschaft gegen WTO-Pflichten im Streitbeilegungsverfahren der WTO verbindlich festgestellt worden ist. Zur Begründung heißt es: Eine unmittelbare Anwendbarkeit würde den legislativen und exekutiven Organen der Beteiligten jede Befugnis entziehen, auf dem Verhandlungsweg Lösungen zu erreichen (Rn. 48) und – wie hinzuzufügen ist – gegebenenfalls Sanktionen anzuwenden. Die Rechtsprechung wird zum Teil heftig kritisiert.³⁷ Die Rechtsprechung verweist auf eine allgemein wichtige Frage. Zu entscheiden ist, welche Voraussetzungen neben der Justiziabilität einer Norm erfüllt sein müssen, um ihre unmittelbare Anwendbarkeit zu begründen. Im Rahmen der WTO ist die erste Frage, ob alle Mitgliedstaaten bereit sind, ihre WTO-Pflichten unter gleichen Voraussetzungen in Rechte ihrer Bürger zu transformieren. Ferner stehen in der Gemeinschaft die Grundfreiheiten nicht allein. Sie sind Teil einer Verfassung, zu der gesetzgeberische Kompetenzen, insbesondere die Rechtsangleichung gehören. Die Alternative ist nicht Festung Europa oder Freihandel. Die Alternative ist eine gemeinsame Rechtsordnung. In der EU bleibt sie selbst nach 50 Jahren ein gefährdetes Gut.

K. Wettbewerb im System verfasster Freiheit

In der Europäischen Union ist der Wettbewerb von Anfang an ein Eckpfeiler ihrer Wirtschaftsverfassung gewesen. Jetzt lernen wir vom Präsidenten der EG-Kommission José Manuel Barroso, dass er außer einigen Extremisten niemand kenne, der den Wettbewerb als solchen als hohes gesellschaftliches Ziel anerkenne (FAZ 14.8.2007). Es handelt sich wahrscheinlich um ein Echo auf die Meinung des Präsidenten der französischen Republik, dass Wettbewerb ein Mittel zu bestimmten Zwecken, aber kein Zweck an sich sei. Die zum Gemeinplatz gewordene Formel war auf der Konferenz in Brüssel 2007 offenbar ausreichend, um das System unverfälschten Wettbewerbs als Ziel der Gemeinschaft aus dem neuen Art. 3 EUV zu entfernen.

Das Verhältnis von Zweck und Mitteln ist ein alltäglicher Gegenstand der Ökonomie des Rechts und auch der Philosophie. Die Zeiten jedoch, zu denen bestimmte Zwecke für sich allein Wahrheit versprochen, sind lange vorüber.

Wenn man heute Mittel und Zwecke einander gegenüberstellt, um den Zwecken Priorität einzuräumen, dann hängt die Bedeutung der Formel allein davon ab, wer über die relevanten Zwecke entscheiden soll. In Anwendung auf den Wettbewerb können wir sicher sein, dass der Vorrang für Zwecke von denen in Anspruch genommen wird, die sich zuständig fühlen, über die Zwecke des Wettbewerbs zu entscheiden. Anzumerken ist ferner, dass diejenigen, die den Wettbewerb für einen Zweck an sich halten, damit nicht unterstellen, dass der Wettbewerb als Naturereignis hinzunehmen sei. Sie nehmen lediglich an, dass der Wettbewerb das Ergebnis von wirtschaftlichen Freiheiten ist und er nicht ausgeschlossen werden kann, ohne in die Freiheitsrechte einzugreifen, aus denen er entsteht. Unter den Extremisten, die den Wettbewerb an sich für einen Zweck halten, ist glücklicherweise der EuGH. In *Continental Can* hat der EuGH entschieden, dass das Ziel unverfälschten Wettbewerbs in Verbindung mit den Wettbewerbsregeln zwingende Geltung habe.³⁸ Artikel 81 Abs. 3 b, auf den sich der EuGH unter anderem stützt, enthält einen allgemeinen Rechtsgrundsatz. Danach können wettbewerbsbeschränkende Verträge selbst dann nicht vom Verbot freigestellt werden, wenn die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden, und wenn die Beschränkungen unerlässlich sind, den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt zu fördern. Die Erklärung liegt darin, dass der Vertrag ein Mindestmaß funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem gemeinsamen Markt für alle Waren oder gewerbliche Leistungen sichern will. Bei einem Ausschluss des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren treten aber Wirkungen ein, die mit dem System unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar sind. Damit erkennt der Vertrag an, dass der Wettbewerb als solcher gegen Marktmacht zu schützen ist³⁹.

³⁸ EuGH 13.2.1969, Slg. 1969, XV, 15 Rn. 11 *Continental Can*.

³⁹ *Mestmäcker*, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: von Caemmerer/Schlochauer/Steindorff, Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 1966, S. 322 ff.; auch in: *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Auflage 1984, S. 582, 601.

³⁶ EuGH 1.3.2005, Slg. 2005 I, 1465, 1519 Rn. 4.

³⁷ *Petersmann*, Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung, ZaöRV 65 (2205) 543, 576-580 mit umfassenden Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH.