

Europa-Kolleg Hamburg

Institute for European Integration

**Discussion Paper
No 1/13**

**Der Kontext als Schlüssel für ein
angemessenes Verständnis der Integration
durch Recht in Europa am Beispiel der
aktuellen Grundrechtsprechung des EuGH**

Andreas Grimmel

Juli 2013

**Europa-Kolleg Hamburg
Institute for European Integration**

Das *Europa-Kolleg Hamburg* ist eine privatrechtliche Stiftung. Die Stiftung hat den Zweck, die Forschung und akademische Lehre im Bereich der europäischen Integration und der internationalen Zusammenarbeit zu fördern.

Das *Institute for European Integration*, wissenschaftliche Einrichtung an der Universität Hamburg, bildet den organisatorischen Rahmen für die wissenschaftlichen Aktivitäten des Europa-Kollegs.

In den Discussion Papers werden Forschungsergebnisse, teilweise auch in vorläufiger Form, vorgestellt. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung der Autoren und geben deren persönliche Auffassung wieder und nicht notwendigerweise diejenige des *Institute for European Integration*. Anregungen und Kritik sind direkt an die jeweiligen Autoren zu richten.

Herausgeber:

Europa-Kolleg Hamburg
Institute for European Integration
Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke) (Director of Studies)
Dr. Konrad Lammers (Research Director)
Windmühlenweg 27
22607 Hamburg, Germany
<http://www.europa-kolleg-hamburg.de>

Zitiervorschlag:

Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Discussion Paper No 1/13,
<http://www.europa-kolleg-hamburg.de>

Der Kontext als Schlüssel für ein angemessenes Verständnis der Integration durch Recht in Europa – am Beispiel der aktuellen Grundrechtsrechtsprechung des EuGH

Andreas Grimmel*

Abstract

In einem bedeutenden Teil der integrationstheoretischen Literatur wird die Ansicht vertreten, der Europäische Gerichtshof (EuGH) sei als ein politischer Akteur zu konzipieren und zu verstehen. Diese Annahme spiegelt jedoch eher bestimmte politikwissenschaftliche Erklärungsmuster als die Handlungsgründe im europäischen Recht wider. Hier wird daher für einen Ansatz argumentiert, der das europäische Recht als einen spezifischen – lokal, temporal und funktional differenzierten – Kontext mit einer eigenen Form der Rationalität und insofern auch einem eigenen Modus der Integration auffasst und analysiert. Anhand von aktuellen Fallstudien zur Grundrechtsjudikatur des Gerichtshofs in Viking, Laval, Kadi und Brüstle wird gezeigt, wie eine Kontextanalyse zu einem angemessenen Verständnis der Integration durch Recht in Europa führen könnte.

Schlagworte: EuGH, Integration durch Recht, Grundrechtsjuridikatur

* Dr. Andreas Grimmel ist Research Fellow am Europa-Kolleg Hamburg und Lehrbeauftragter am Institut für Politikwissenschaft der Universität Hamburg. Dieser Text ist erschienen in: Europarecht, Heft 2, 2013; <http://www.europarecht.nomos.de/archiv/2013/heft-2/>

Korrespondenzadresse:

Andreas Grimmel

e-mail: post@andreas-grimmel.de

I. Einleitung

Die Grundrechte galten lange Jahre als „weicher“ und geradezu randständiger Bereich des Europarechts. Dies hat sich spätestens seit der Verabschiedung der Grundrechtecharta und der Debatte um die Konstitutionalisierung der Europäischen Union geändert. Nicht dass die Grundrechte zuvor gänzlich unbeachtet geblieben wären.¹ Der Europäische Gerichtshof hatte bekanntlich früh – ab Ende der 1960er Jahre – begonnen diese aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen und der EMRK herauszuschälen und ihnen zu immer weiterer Geltung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene verholfen. Gleichwohl bestimmten die Grundrechte das Rechtsgeschehen der Gemeinschaft rückblickend weit weniger als die Ausgestaltung der Grundfreiheiten, das Wettbewerbsrecht oder die Wirtschafts- und Währungspolitik. Dies spiegelte sich auch in den integrationstheoretischen Debatten wider, die den Einigungsprozess von Beginn an begleiteten und die sich vor allem an Fragen der politischen Kompetenzverschiebung – von der nationalen auf die supranationale Ebene – abarbeiteten, hierbei auch die Rolle des Gerichtshofs in diesem Prozess thematisierten, nur selten jedoch seine Grundrechtsjudikatur in den Mittelpunkt stellten.

Dieses Desinteresse der Integrationstheorie an dem durch den EuGH wahrgenommenen Grundrechtsschutz ist in den letzten Jahren einer deutlich kritischen Diskussion der Rechtsprechung, aber auch der Institution als solcher gewichen. Der Grund hierfür liegt jedoch nicht etwa darin, dass der EuGH sich der Grundrechte – auch vor dem Hintergrund einer nunmehr vollständig rechtsverbindlichen Grundrechtecharta – inflationär, in immer neuen Fällen bedienen und so, gewollt oder ungewollt, auf eine Konstitutionalisierung hinarbeiten würde. Viel eher sind die Grundrechte der EU in den letzten Jahren zunehmend und unausweichlich mit anderen Zielen der Europäischen Union und ihrer Rechtsordnung in Konflikt geraten. Die daraus entstehenden Spannungen sind von der Politik bislang nur unzureichend aufgelöst worden und bestehen in Form von Unklarheiten, aber auch eklatanten Regelungslücken fort. Da dies aber letztlich dem Erfordernis einer geschlossenen Rechtsordnung widerspricht, dem Europa heute unterliegt,² wird der EuGH nicht selten im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren oder

¹ Man denke an die in Turin unterzeichnete Europäische Sozialcharta (1961), die Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten, die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (beide 1989) und den 2000 in Nizza proklamierten und seit dem Vertrag von Lissabon geltenden Grundrechtskatalog.

² Dies gilt zumindest für die Politikfelder supranationaler Vergemeinschaftung.

Nichtigkeitsklagen mit – ihrem Wesen nach – politischen Fragen konfrontiert. Deren Klärung kann er sich, anders als die Politik, die diese Fragen unbeantwortet gelassen hat, grundsätzlich nicht entziehen. So kommt es, dass an sich politische Entscheidungen regelmäßig zu gerichtlichen werden.

Dass es sich hierbei um eine kritikwürdige Praxis handelt, die wohl am ehesten vor dem Hintergrund der stückwerkartigen Genese der Gemeinschaftsrechtsordnung und auch der daraus resultierten institutionellen Verflechtungen verständlich wird, steht außer Frage. Nicht, dass es keinen Schnittbereich gäbe, in dem sich Aufgaben der Rechtsetzung mit solchen der Rechtsprechung mischten. Doch sind die sich im Kern stellenden Fragen, mit denen der EuGH heute vielfach konfrontiert wird, häufig zu fundamental, als sie abschließend von einem obersten Gericht auf Fallbasis entschieden werden sollten. Es sind Fragen, die einem demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozess zugänglich gemacht werden müssten, um sie befriedigend lösen zu können, die aber, aufgrund der noch immer mangelnden Problemlösungsfähigkeit der *politischen* Gemeinschaft – die sich in den letzten Jahren im Zuge der Osterweiterung der EU noch verschärft hat – nicht oder nur unzureichend beantwortet werden konnten und mit einer gewissen Systematik den Gerichten zur Klärung überlassen werden.

Diese verstetigte Praxis ist durchaus auch in den nationalen Rechtsordnungen nicht unbekannt. Allerdings potenziert sie sich auf europäischer Ebene durch die komplizierten Strukturen der Entscheidungsfindung, die Vielheit der Perspektiven und sicherlich auch Interessen um ein Vielfaches. Die Kritik hieran trifft nun aber bisweilen nicht nur die politischen Institutionen und ihre Vertreter. Vor allem dem Gerichtshof werden seine Urteile nicht selten als „judicial activism“,³ d. i. illegitime *politische* Einflussnahme qua Richterrecht, ausgelegt und so explizit oder implizit in Frage gestellt.

³ G. Harpaz, Judicial Review by the European Court of Justice of UN ‘Smart Sanctions’ Against Terror in the Kadi Dispute, *European Foreign Affairs Review* 2009, S. 88; A. Moravcsik, Liberal Intergovernmentalism and Integration – A Rejoinder, *Journal of Common Market Studies* 1995, S. 624.; vgl. auch A. Arnall, Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond?, *Maastricht Faculty of Law Working Papers* 2012 (3); kritisch hierzu A. Grimmel, Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice, *European Law Journal* 2012, S. 518–535.

Wie lässt sich diese, besonders in der Politikwissenschaft persistente, Wahrnehmung des EuGH als „politisches Gericht“⁴ und „aggressive engine of integration“⁵ erklären, zumal deren wissenschaftliche Überprüfbarkeit in der Praxis kaum möglich erscheint? Schließlich weist die bloße empirische Tatsache einer Ausweitung und Ausdifferenzierung des europäischen Rechts noch nicht auf ein entsprechendes Interesse des rechtsauslegenden Gerichts und seinen Vertretern hin. Und der möglicherweise aufschlussreiche Blick auf die im Richterzimmer stattfindenden Verständigungs- und Deliberationsprozesse muss dem Wissenschaftler – freilich aus guten Gründen – verwehrt bleiben. Fernerhin muss man sich vor Augen führen, dass die „politischen“ Fragen den EuGH in aller Regel nicht über Nacht erreichen, sondern erst nach langen Jahren der schwelenden rechtlichen Ungewissheit. Das Naheliegende, so müsste man glauben, wäre also, den Gesetzgeber in der Pflicht für die Beseitigung rechtlicher Unklarheiten zu sehen. Warum ist es nun aber gerade der EuGH, der in den letzten Jahren zunehmend zum „Prügelknaben“⁶ politisch-legislativer Versäumnisse avanciert ist und dessen Legitimität immer offener angezweifelt wird? Und schließlich: Wie ließe sich der im *und* durch Recht stattfindende Integrationsprozess, aber auch das Handeln des EuGH angemessen aus einer theoretisch-analytischen Perspektive verstehen?

Das vermeintliche Problem eines „juristischen Aktivismus“, so wird hier argumentiert, stellt sich bei näherer Betrachtung als eines der Theoriebildung und ihres zu weitreichenden Erklärungsanspruches heraus. Um Letzteres zu beheben, müsste eine Abkehr von diesem Anspruch und zugleich eine Öffnung für die Kontexte des Handels vollzogen werden. Dies kann in einem ausdifferenzierten Wissenschaftsbetrieb, in dem hoch spezialisiertes Bereichswissen generiert wird, allerdings nur durch eine wirklich interdisziplinäre Annäherung und Kooperation gelingen, die unlängst gefordert wurde,⁷ aber bislang eher ein Lippenbekenntnis geblieben als Realität geworden ist. Zunächst wird jedoch zu zeigen sein, wie die derzeitige Debatte durch eine verzerrende Wahrnehmung des EuGH als ein politischer Akteur geprägt wird, um daraufhin eine Erklärung für diese Perzeption zu versuchen und sodann eine alternative Betrachtungsweise

⁴ I. Ward, *A Critical Introduction to European Law*, 3. Aufl., 2009, S. 81.

⁵ R. D. Kelemen, *The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union*, *Journal of European Public Policy* 2012, S. 51.

⁶ U. Fastenrath, *Prügelknabe EuGH*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4.6.2009, S. 8.

⁷ R. Dehousse, *Law, Political Science and EU Legal Studies. An Interdisciplinary Project? Law as Politics*. *European Union Politics* 2002, 123–127.

vorzuschlagen, die dem Kontext des Rechts in seiner funktionalen, temporalen und lokalen Ausgestaltung Rechnung trägt.

II. Als der EuGH zu einem Akteur der Politik erklärt wurde

In einem bedeutenden Teil der integrationstheoretischen Literatur, die sich mit dem EuGH und seiner Rolle im Prozess der europäischen Einigung beschäftigt, wird die Annahme, der Gerichtshof sei ein politischer oder politisch handelnder Akteur unter anderen – wie etwa Kommission oder Rat – heute kaum noch hinterfragt. Ein kurzer Überblick soll hier genügen, um dies zu belegen:⁸ Stone Sweet etwa attestiert dem EuGH unlängst eine hoch-politisierte und pro-integrative Rechtsprechung.⁹ Granger sieht in ihm einen Motor der Integration,¹⁰ und Alter versucht in mehreren Studien nachzuweisen, dass eine bedeutende politische Macht in den Händen des Gerichtshofs liegt¹¹ und dieser z. T. „radical legal doctrines“¹² entwickelt habe, um seinen Interessen zur Umsetzung zu verhelfen. Kurz: Der EuGH nutze seine institutionelle Stellung aus, um ein autonom gesetztes Integrationsziel zu verwirklichen und seinen eigenen Gestaltungsspielraum zu erweitern¹³ – ohne dafür jemals berechtigt worden zu sein. In der Konsequenz verschärfe der Gerichtshof das ohnehin vorhandene Demokratiedefizit der EU, zumal sich der in Luxemburg praktizierte Aktivismus generell einer Kontrolle durch die Mitgliedstaaten entziehe.¹⁴ „Usurpation statt Delegation“,¹⁵ so Höpner, sei die Formel, mit der sich das Handeln des Gerichts beschreiben ließe.

⁸ Eine ausführliche Darstellung findet sich bei A. Grimmel, Integration and the Context of Law. Why the European Court of Justice is not a Political Actor, *Les Cahiers européens de Sciences Po* 2011 (3); *ders.* (Fn. 3).

⁹ A. Stone Sweet, The Judicial Construction of Europe, 2004; *ders.*, The European Court of Justice and the judicialization of EU governance, *Living Reviews in European Governance* 2010, S. 27.

¹⁰ M.-P. Granger, States as Successful Litigants before the European Court of Justice. Lessons from the ‘Repeat Players’ of European Litigation, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2006, S. 27.

¹¹ K. J. Alter, Law and Politics in Europe and Beyond, in: *dies.* (Hrsg.), *The European Court’s Political Power*, 2009, S. 287.

¹² *Dies.*, The Evolving International Judiciary, *Annual Review of Law and Social Science* 2011, S. 399.

¹³ Siehe S. J. Kenney, Beyond Principles and Agents. Seeing Courts as Organizations by Comparing Référéndaires at the European Court and Law Clerks at the U.S. Supreme Court, *Comparative Political Studies* 2000, S. 597.

¹⁴ Siehe M. Höpner, Warum betreibt der Europäische Gerichtshof Rechtsfortbildung? Die Politisierungshypothese, MPIfG Working Paper 2010 (2), S. 26; in diesem Sinne auch F. W. Scharpf, Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen, *Mitbestimmung* 2008 (7/8), S. 18–23; *ders.*, Legitimität im europäischen Mehrebenensystem, *Leviathan* 2009, S. 244–280.

¹⁵ M. Höpner, Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politischer Kontrolle bedarf, MPIfG Working Paper 2008 (12).

In besonderer Weise bedenklich ist die Tatsache, dass sich die These einer generellen Politisierung der EU-Rechtsprechung längst nicht mehr auf die Institution beschränkt. So werden inzwischen auch die Vertreter des Gerichts, seine Richter und Richterinnen, zu politischen Akteuren erklärt¹⁶ und auf „strategic behavior ... in the face of political constraints“¹⁷ untersucht.

Selbst im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird heute bisweilen die Auffassung vertreten, der EuGH habe, zumindest zeitweise, eine „integrationist agenda aggressively and with political acumen“¹⁸ durchgesetzt. Und Rasmussen spricht in rechtshistorischer Perspektive sogar von einem „activist turn“¹⁹ des EuGH, der sich auf die Übernahme und Umsetzung föderalistischer Ideen zurückführen lasse. Auch wenn man nicht so weit gehen muss wie Höpner, der es inzwischen als in den unterschiedlichen Fachdebatten „unumstritten“ ansieht „dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) das europäische Recht als ‚Motor der Integration‘ expansiv interpretiert und damit faktisch Integrationspolitik“²⁰ betreibe, so wird doch ersichtlich, dass der Gerichtshof regelmäßig im Zwielficht zwischen Recht und Politik verortet wird.

Wie kommt es also zu dieser spannungsgeladenen Einschätzung des Gerichtshofs, die zugleich immer auch ein Krisenbefund sein muss oder zumindest ernste Zweifel an der Legitimität und der Rechtmäßigkeit der Institution und seiner Urteile wecken sollte?²¹ Um eine Antwort geben zu können, bedarf es zunächst eines näheren Blicks auf die bisherige politikwissenschaftliche Beschäftigung mit dem europäischen Recht und seinen Akteuren. Denn diese hat das Bild der

¹⁶ Siehe etwa *Stone Sweet* (Fn. 9), S. 37.

¹⁷ *C. Carrubba / M. Gabel / C. Hankla*, Judicial Behavior and Political Constraint. Evidence from the European Court of Justice, *American Political Science Review* 2008, S. 449; vgl. auch *Kelemen* (Fn. 5).

¹⁸ *V. Perju*, Reason and Authority in the European Court of Justice, *Boston College Law School, Legal Studies Research Paper Series* 2009 (170), S. 330.

¹⁹ *M. Rasmussen*, The Origins of a Legal Revolution. The Early History of the European Court of Justice, *Journal of European Integration History* 2008, S. 92.

²⁰ *Höpner* (Fn. 14), S. 3; vgl. auch *ders.*, Kein soziales Defizit, *Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.): Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem*, *Internationale Politikanalyse* 2009, S. 30.

²¹ Denn ein politisch agierendes Gericht ist alles andere als im Sinne der Gewaltentrennung und kann auf Dauer nur zu einer Delegitimierung der Rechtsgemeinschaft führen. Nicht anders sind auch die häufiger werdenden öffentlichen Aufrufe zu erklären, die eine Einhegung der „Macht des Gerichtshofs“ fordern (besonders viel beachtet *R. Herzog / L. Gerken*, Europa entmachtet uns und unsere Vertreter, *Welt am Sonntag*, 14.2.2007, S. 8-9; *dies.*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof. Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten werden ausgehöhlt. Die immer fragwürdigeren Urteile aus Luxemburg verlangen nach einer gerichtlichen Kontrollinstanz, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8.9.2008, S. 8; *M. Everson*, Is the European Court of Justice a legal or political institution now? Increasingly controversial rulings threaten to further erode the credibility of an institution founded on noble principles, [guardian.co.uk](http://www.guardian.co.uk), 10.8.2010, online verfügbar unter: <http://www.guardian.co.uk/law/2010/aug/10/european-court-justice-legal-political>.

Integration durch Recht durch ihre Erklärungsmuster und theoriegeleiteten Studien entscheidend mitgeprägt. Die zentrale These ist, dass bei der integrationstheoretischen Auseinandersetzung mit dem Gerichtshof ein entscheidender Fehler unterlaufen ist, der sich allerdings als durchaus konsequent im Lichte des derzeitigen weitreichenden Erklärungsanspruchs darstellt – dass Ersterer also aus Letzterem resultiert. Das politikwissenschaftliche Forschungsvorhaben war nämlich seit Beginn der Integrationsbewegung von dem Glauben und der Ambition getragen, eine Theorie zu entwickeln, die sämtliche Bereiche der Integration erklären kann. Es galt einen „One-Fits-All-Ansatz“ zu entwickeln und mit ihm die grundlegenden Gesetze europäischer Integration aufzudecken. Die Einigung Europas konnte diesem Bestreben nach auch nur als ein *einheitliches* Phänomen begriffen werden.

Da nun über viele Jahre vor allem die politischen Zusammenhänge der Gemeinschaft untersucht wurden (der EuGH tauchte bis zu Beginn der 1990er Jahre in der politikwissenschaftlichen Forschung ganz einfach nicht auf), kann es kaum verwundern, dass – dem Allgemeingültigkeitsanspruch der Theorie folgend – vornehmlich ein politisches Erklärungskonzept auf den EuGH angewandt wurde, um auch dessen Handeln zu erklären. *Politische* Erklärungen wurden eins-zu-eins auf einen *rechtlichen* Kontext und die in ihm handelnden Akteure übertragen. Dies vernachlässigte jedoch, dass europäische Integration niemals nur ein politischer Einigungsprozess war oder jemals sein konnte, sondern in einer Vielzahl, ganz unterschiedlicher Kontexte – jeder durch seine ganz eigene kontextspezifische Rationalität und typische Form der Integration charakterisiert – parallel stattgefunden hat und weiterhin stattfindet.

Gegen den Versuch des Transfers bewährter theoretischer Erklärungen ist sicherlich zunächst einmal und grundsätzlich nichts einzuwenden. Dadurch jedoch, dass der Europäische Gerichtshof einfach unter die bestehenden Theorien subsumiert wurde, schrieb man ihm zugleich eine Form der Rationalität zu, die nicht die seine ist.²² Da nämlich die Erklärungsmuster ursprünglich für genuin politische Akteure und die zwischen ihnen stattfindenden Prozessabläufe entwickelt wurden, erschien nun auch der Gerichtshof von vornherein in einem politischen Licht, obgleich prima facie doch eher von einer rechtlich-juristischen Handlungsorientierung

²² Hierzu eingehend *Grimmel* (Fn. 8).

auszugehen wäre.²³ Er wurde mithin zu einem Akteur erklärt, der seine Präferenzen und Interessen strategisch rasonierend gegen den Widerstand konkurrierender Akteure (vor allem die Staaten oder andere EU-Institutionen) durchzusetzen versucht.²⁴ Ein hinreichender Nachweis dafür, dass dies der Fall ist, dass der EuGH also tatsächlich ein Akteur der Politik ist und eine integrative Zielsetzung verfolgt, wurde aber bislang nicht erbracht. Jedenfalls lässt die bloße Tatsache einer sich über die Zeit ausweitenden und vertiefenden europäischen Rechtsprechung (die vor dem Hintergrund einer voranschreitenden Integration nicht verwundern kann) keinesfalls den Schluss auf eine entsprechende, pro-integrative Motivation des Gerichts und seiner Vertreter zu. Letztere konnte sich überdies in neueren empirischen Studien auch nicht belegen lassen.²⁵

Wie deutlich diese perzeptive Weichenstellung gleichwohl noch immer das Bild des EuGH in einer Vielzahl von Analysen vorprägt und zu welchen offensichtlich fragwürdigen Deutungen dies bisweilen führt, lässt sich in einer Sonderausgabe des *Journal of European Public Policy* („*Perpetual Momentum? Reconsidering the Power of the European Court of Justice*“) aus dem Jahr 2012 ersehen. Dort versucht R. Daniel Kelemen in einem Artikel mit dem Titel „The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union“ zu zeigen, weshalb sich der EuGH – obgleich eine „aggressive engine of integration“²⁶ – gegen Maßnahmen, die auf die Einhegung seiner Macht durch die Mitgliedstaaten zielen (sog. court curbing mechanisms), immunisieren konnte; und dies, zumal entsprechende Reaktionen im Lichte seiner progressiv-expansiven Rechtsprechung zu erwarten wären, bislang aber weitgehend ausgeblieben sind.

Die Antwort hierauf sieht Kelemen paradoxerweise gerade in der bemerkenswert hohen Zustimmung, die das Gericht in der öffentlichen Wahrnehmung genießt und die ihm einen erheblichen Spielraum für das Hineinregieren in nationale Domänen eröffneten. Und in der Tat, schaut man sich die regelmäßigen Erhebungen des Eurobarometers zu dem Vertrauen der Bürger

²³ Vgl. J.-M. Josselin / A. Marciano, How the Court Made a Federation of the EU, *The Review of International Organizations* 2007, S. 72.

²⁴ Diese Argumentationsfigur lässt sich im Kern bereits in den frühen politikwissenschaftlichen Arbeiten zum EuGH aus den 1990er Jahren – neorationalistische genauso wie neofunktionalistische/supranationalistische und (liberal) intergouvernementalistische – nachweisen und muss in neueren Studien mitgedacht werden, wenn von einem „politischen Gericht“ die Rede ist.

²⁵ Vgl. I. Solanke, ‘Stop the ECJ?’ An Empirical Assessment of Activism at the CJEU, *European Law Journal* 2012, S. 764–784; M. Malecki, Do ECJ judges all speak with the same voice? Evidence of divergent preferences from the judgments of chambers, *Journal of European Public Policy* 2012, S. 59–75.

²⁶ R. D. Kelemen, The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union, *Journal of European Public Policy* 2012, S. 51.

in die einzelnen europäischen Institutionen an, auf die sich Kelemen bezieht, so ist es der EuGH, der hier, vor allen übrigen EU-Institutionen, den Spitzenplatz einnimmt (siehe Abb. 1, unten).²⁷ Es ist sicherlich nicht zu weit gegriffen, darin eine positive Bestätigung für die Arbeit des Gerichtshofs zu sehen. Dies gilt umso mehr, als der EuGH weit weniger Möglichkeiten der öffentlich-medialen Selbstdarstellung genießt als die genuin politischen Institutionen, wie Parlament, Kommission oder Rat. Jedenfalls lassen die Zustimmungsraten vonseiten der Bürger kaum den Schluss zu, es handele sich um ein Gericht, das ganz offensichtlich und regelmäßig seinen Ermessensspielraum überschritten und sich somit delegitimiert habe.

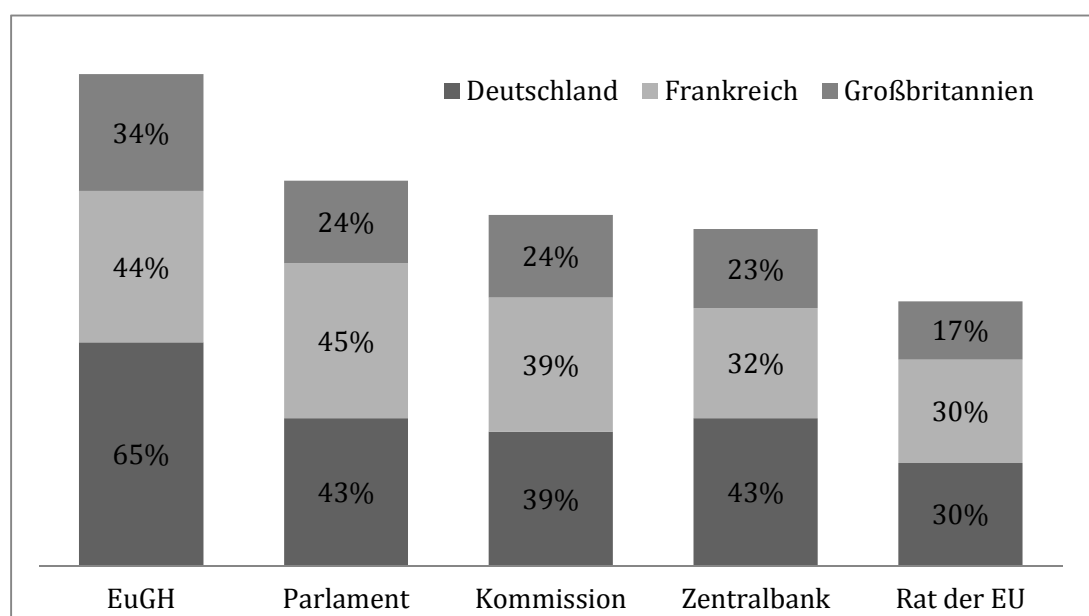


Abb. 1: Vertrauen in die europäischen Einrichtungen in Deutschland, Frankreich und Großbritannien (Quelle der Daten: Eurobarometer 06/2010 u. 05/2011)

Kelemen legt jedoch genau diesen Schluss nahe, wenn er ausführt, dass das Vertrauen, welches dem Gerichtshof und seinen Vertretern von Bürgerseite entgegengebracht wird, vor allem eines widerspiegelt: die günstige strategische Lage, in der sich der Gerichtshof vis-à-vis den Nationalstaaten und den übrigen EU-Organen befindet und die ihm zugleich ein Durchregieren

²⁷ Hier nur für die „großen Drei“, Deutschland, Frankreich und Großbritannien, dargestellt.

per Gerichtsentscheid ermögliche. Die „wahren“, politisch-gestalterischen Intentionen seiner Rechtsprechung, die freilich kaum Grund zu Vertrauen in die Institution geben könnten, seien also letztlich nicht von den Bürgern erkannt worden. So wird der große öffentliche Zuspruch für den EuGH und seine Judikatur, dem im Übrigen ein bedenklich niedriges Vertrauen in den Rat der Europäischen Union gegenübersteht, lediglich als eines erkannt: eine Möglichkeit der Abschirmung gegen Kritik eines vermeintlich verstetigten Richterrechtsaktivismus.²⁸ Das Näherliegende allerdings, nämlich, dass dies tatsächlich Ausdruck der Begründetheit und Legitimität der Rechtsprechung sein könnte, wird hingegen durch die Prämisse einer politischen Akteursschaft von vornherein ausgeschlossen.

Man mag diese Umdeutung der auffallend hohen Zustimmung in einen strategischen Vorteil für europäische „Politics in Robes“²⁹ für fernliegend halten. In Wirklichkeit ist diese Art der politisierenden Interpretation jedoch Ausdruck einer breiten und verfestigten Perzeption in der integrationstheoretischen Beschäftigung mit dem EuGH, die den Blick auf die Grundlagen und Umstände der Rechtsprechung verstellt und symptomatisch für den Stand insbesondere des politikwissenschaftlichen Diskurses in Hinblick auf das europäische Recht ist: Urteile werden als politische Entscheidungen, Urteilsbegründungen als Verlautbarungen mit perlokutionärer Absicht und juristische Beratungen bestenfalls als Aushandlungsprozesse wahrgenommen und entsprechend ausgedeutet. Es zeigt sich hieran, dass das Recht an sich, in seinem materiellen Gehalt, seinen spezifischen Rationalisierungsformen und zugleich als autonomer Kontext des Handelns in den integrationstheoretischen Debatten, heute keine oder kaum eine Rolle spielt. Es wird aus einer Außenperspektive betrachtet und primär als abhängige Variable von unabhängigen Akteursinteressen verstanden. Eines ist das Recht in der politikwissenschaftlich-integrationstheoretischen Beschäftigung bislang jedenfalls nicht: eine eigenständige Institution – Max Weber hätte von einer „Wertsphäre“ gesprochen –, die einen spezifischen und zugleich verbindlichen Rahmen der Verständigung und des Handelns abgibt und die insofern als Erklärungsfaktor ernst genommen werden muss. Als erster Schritt wäre daher eine Öffnung der Integrationstheorie für den Kontext des Rechts geboten und auch absolut notwendig, um zu einem angemesseneren Verständnis der Rolle des Rechts und seiner Akteure im

²⁸ Vgl. auch *D. R. Kelemen*, *The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union*, Paper prepared for presentation at the European Union Studies Association Biennial Convention, Boston, MA, 2011.

²⁹ *Grimmel* 2011 (Fn. 8).

Integrationsprozess zu gelangen. Anders gesagt, es gilt das Recht zu verstehen, bevor man die Integration durch Recht erfassen kann.

III. Warum der Kontext als Analyseebene verstehensnotwendig ist:

Die Grundrechtsrechtsprechung des EuGH in Viking, Laval, Kadi und Brüstle

Nun ließe sich argumentieren, es handele sich bei den geschilderten Problemen des Transfers von politischen Erklärungsmustern auf den Bereich des Rechts lediglich um solche der Theoriebildung. Und sicherlich sind sie dies originär auch. Sie werden aber zunehmend auch zu Problemen des Fortgangs der europäischen Integration, insoweit die Theorie das Bild prägt, das wir vom europäischen Recht haben und so unlängst zu einem offenen und medial-öffentlichen Aufbegehren gegen den EuGH und seine Rechtsprechung führt.³⁰ Dabei ist die Kritik im Kern durchaus nicht unbegründet. Doch sie geht in eine falsche Richtung bzw. richtet sich an den falschen Adressaten und verstellt so den Blick auf die tatsächlich drängenden Aufgaben und Probleme, für deren Lösung in der Tat nicht die europäische Judikative zuständig sein sollte. Genauer, der EuGH wird für Entscheidungen und Versäumnisse verantwortlich gemacht, die tatsächlich außerhalb seines Kompetenzbereichs liegen sollten, mit denen er sich aber im Lichte bereits länger bestehender Rechtsunsicherheit unausweichlich konfrontiert sieht.

Die Diskussion um die Grundrechtsrechtsprechung der letzten Jahre ist hierfür, wenn nicht das einzige, so doch ein herausragendes Beispiel und exemplarisch für die offenen Fragen und Unzulänglichkeiten, unter denen die Rechtsgemeinschaft heute leidet. Dies lässt sich an einigen besonders kontrovers diskutierten Fällen der letzten Jahre anschaulich illustrieren: *Viking*,³¹ *Laval*,³² *Kadi*³³ und *Brüstle*.³⁴ Diese werden hier im *Kontext* betrachtet (siehe auch Abb. 2, unten). Das dahinter stehende analytische Konzept einer *Kontextrationalität*, die das Denken und

³⁰ Siehe Fn. 21.

³¹ EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*), *Slg.* 2007, I-10779.

³² EuGH, Rs. C-341/05 (*Laval*), *Slg.* 2007, I-11767.

³³ EuGH, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (*Kadi und Al Barakaat*), *Slg.* 2008, I-6351; siehe auch EuG, Rs. T-315/01 (*Yassin Abdullah Kadi / Rat u. Kommission*), *Slg.* 2005, II-3649; EuG, Rs. T-306/01 (*Ahmed Ali Yusuf / Rat u. Kommission*), *Slg.* 2005, II-3533.

³⁴ EuGH, Rs. C-34/10 (*Brüstle*), noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

Handeln in einem bestimmten Sinnzusammenhang prägt, ist an anderer Stelle³⁵ ausführlich behandelt worden und soll daher nur in aller Kürze umrissen werden.

1. Die kontextuelle Bestimmtheit der Rationalität des Rechts

Wenn hier von einem Kontext gesprochen wird, so ist damit immer ein in dreifacher Hinsicht differenzierter Raum der Verständigung und des Handelns zu verstehen: Zunächst einmal sind Kontexte *funktional* durch die Summe ihrer spezifischen (z. B. rechtlichen) Regeln bestimmt und so zugleich voneinander unterschieden. In modernen funktional differenzierten Gesellschaften sind Recht und Politik etwa – zumindest idealtypisch – unterscheid- und abgrenzbar. Des Weiteren handelt es sich auch um *lokal* abgegrenzte und abgrenzbare Sinnzusammenhänge der Übereinstimmung von Praxis, Sprache und den Regeln ihrer Verwendung. Das Gemeinschaftsrecht ist insofern von anderen nationalen, internationalen oder auch spezifischen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und -systemen verschieden und nicht mit diesen gleichzusetzen. Schließlich unterliegen die in einem Kontext geltenden Regeln, aufgrund von Weiterentwicklungsprozessen und der Notwendigkeit beständiger Reproduktion, einem beständigen *temporalen* Wandel. Recht verändert sich im Laufe der Zeit genauso unaufhaltsam, wie die damit assoziierte Praxis (auf das europäische Recht und den Prozesscharakter der Einigung trifft dies in besonderer Weise zu).

³⁵ A. Grimmel, Die Transformation des Rationalitätsbegriffs in Wittgensteins Philosophie der Sprache, Zeitschrift für philosophische Forschung 2010, S. 301–322; siehe insbes. auch *ders.*, Europäische Integration im Kontext des Rechts, 2013.

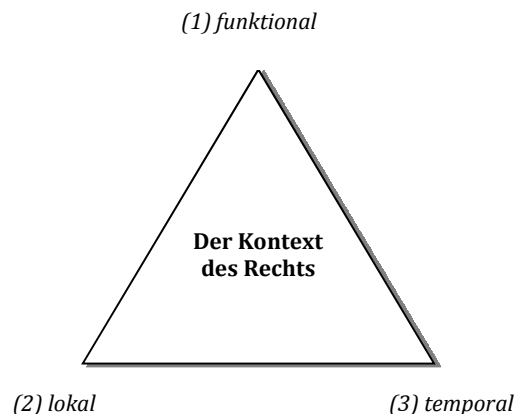


Abb. 2: Der Kontext des Rechts (eigene Darstellung)

Hieraus ergeben sich sodann drei Grundbedingungen für Rationalität im Kontext – und insofern auch kontextuell begrenzte, intersubjektive Versteh- und Rechtfertigbarkeit:³⁶ Damit Handeln in einem bestimmten Sinnzusammenhang, wie dem des europäischen Rechts, als kontextrational begründet und folglich auch *im Sinne des Rechts* akzeptanzfähig³⁷ angesehen werden kann, muss es sich zunächst und ganz grundsätzlich immer auf die kontextspezifischen Regeln der rechtlich-juristischen Interpretation und Argumentation, die zugleich das Recht von anderen gesellschaftlichen Kontexten – insbesondere auch der Politik – unterscheidet, zurückführen lassen. Darüber hinaus muss es im Sinne einer geteilten und genuin *europäischen* Rechtspraxis verstehbar sein, und endlich bedarf es der Anschlussfähigkeit an frühere und andere aktuelle Rechtsentwicklungen.³⁸

Der hier vertretene Ansatz ist insofern neu und auch nicht mit der älteren Law-in-Context-Schule zu verwechseln, wie sie von Cappelletti et al. begründet wurde.³⁹ Der Fokus liegt nämlich gerade nicht auf der Rolle des Rechts in einem durch und durch politischen Integrationsprozess und auf

³⁶ Denn sofern man von einem Akteur behaupten kann, er handle rational, so ist dies spätestens seit der Moderne immer Begründung und Rechtfertigung für sein Handeln zugleich; vgl. hierzu eingehend auch U. Steinvorth, Was ist Vernunft? Eine philosophische Einführung, 2002, S. 51.

³⁷ Zu dem Begriff der „Akzeptanzfähigkeit“ siehe insbesondere auch K.-D. Borchardt, Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Randelzhofer / Scholz / Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 29–43; ders.: Europarecht, 7. Aufl., 2002.

³⁸ S. K. Schmidt argumentiert recht überzeugend im Sinne einer historisch-institutionellen Pfadabhängigkeit der EuGH-Rechtsprechung; vgl. dies., Who cares about nationality? The pathdependent case law of the ECJ from goods to citizens, Journal of European Public Policy 2012, S. 8–24.

³⁹ Vgl. M. Cappelletti / M. Seccombe / J. H. H. Weiler (Hrsg.), Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience, 1985.

der Frage “[how law] defines many of the political actors and the framework within which they operate, controlling and limiting their actions and relations.”⁴⁰ Vielmehr zielt die Beschäftigung mit dem Kontext darauf ab, die „Black Box“ des Rechts zu öffnen und zu verstehen und zu beschreiben, nach welchen konstitutiven und regulativen Regeln⁴¹ ein rechtlicher Sinnzusammenhang funktioniert; wie dieser sich von anderen Handlungskontexten unterscheidet; wie er sich im Laufe der Zeit verändert; und schließlich, wie er bestimmte Anforderungen an Akteure und die Begründung ihres Handelns stellt. Denn durch den Eintritt in den Kontext des Rechts nimmt jeder Akteur – auch ein politischer – eine rechtliche Rolle oder *actorness* ein und ist dadurch zwangsläufig an bestimmte Regeln der allgemeinen Verständigung und Geltendmachung von Ansprüchen gebunden, die sich nur aus dem Kontext heraus verstehen lassen. Auf diesem Wege sollte auch eine nicht-dogmatische Beurteilung der Grundrechtsrechtsprechung des EuGH anhand eines Maßstabes ermöglicht werden, der das Recht im Allgemeinen und das europäische Recht im Speziellen als ein „weitgehend selbsttragendes Rechtssystem“⁴² begreift und zugleich nicht von vornherein eine rechtsfremde Rationalität zum Maß der Analyse macht.

Dass der EuGH in seiner Geschichte Urteile hervorgebracht hat, die kritikwürdig sind, weil sie wenig überzeugend oder gar ungenügend begründet sind, steht hierbei außer Frage. Dasselbe trifft aber im Grunde genommen auf jedes Gericht und besonders auf die nationalen Verfassungsgerichte zu – und das, obgleich diese in der Regel auf sehr viel übersichtlichere und zugleich gefestigtere rechtliche Grundlagen für ihre Urteile zurückgreifen können. Insgesamt scheint es sich hierbei also zunächst einmal um ein Phänomen des (gerichtlichen) Entscheidens zu handeln – und nicht um ein genuin europäisches. Eine illegitime „judicial legislation“⁴³ ist aus diesem Faktum gleichwohl noch nicht ableitbar, wenn auch nicht ausgeschlossen. Der Nachweis dafür könnte sich jedoch nur im *Kontext des Rechts* erbringen lassen. Denn nur hier lassen sich Hinweise für Konsistenz und Inkonsistenz des Handelns im Recht finden, die zugleich auf eine

⁴⁰ A. a. O., S. 4.

⁴¹ Die Unterscheidung geht auf John Searle zurück: Konstitutive Regeln ermöglichen eine bestimmte Praxis erst, indem sie für einen bestimmten Handlungskontext vorgeben, welches Handeln gemäß den Regeln zulässig und welches unzulässig ist. Regulative Regeln geben vor, wie man in einem bestimmten sozialen Kontext handeln muss, damit dies als „gut“, „richtig“ oder „angemessen“ gilt oder zu einem vorher festgelegten Ziel führt (vgl. hierzu eingehend J. R. Searle, *Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay*, 1983).

⁴² B. Beutler, *Vom Beruf Europas zur Verfassungsgebung*, in: Wahl (Hrsg.): *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, 2008, S. 100.

⁴³ F. W. Scharpf, *The Joint-Decision Trap Revisited*, *Journal of Common Market Studies* 2006, S. 852.

andere als eine rechtliche Rationalität hindeuten könnten und nicht primär Fragen der Rechtsdogmatik sind. Zumindest kann – jedenfalls solange man die Eigenständigkeit des Rechts nicht aberkennt – der Rekurs auf eine politische Erklärung oder Handlungskapazität des EuGH und seiner Vertreter nur subsidiär sein, d. h. nur Geltung beanspruchen, wenn eine kontextinterne Erklärung nicht mehr zu tragen vermag.

Mit Blick auf die Genese der europäischen Grundrechte ist nun zunächst einmal die Tatsache bezeichnend, dass diese bis zu dem Vertrag von Lissabon in den Verträgen keine explizite Formulierung gefunden haben⁴⁴ – und dies, obgleich die Grundrechte, spätestens nach *Van Gend & Loos*⁴⁵ und *Costa/ENEL*,⁴⁶ integraler Bestandteil der europäischen Rechtsgemeinschaft werden *mussten*. Schließlich ist in dem Schutz der Grundrechte unzweifelhaft ein Kernbereich der europäischen Verfassungsstaatlichkeit zu sehen,⁴⁷ der durch die Kompetenzverlagerung nach Brüssel eine Entsprechung im Europarecht finden musste. Anders gesagt, mit der Entscheidung eine immer enger werdende Union zwischen den Völkern Europas zu schaffen und diese mit weitreichenden supranationalen Befugnissen auszustatten, sind die Grundrechte zu einem zentralen und unerlässlichen Teil des Europarechts geworden – und zwar völlig unabhängig davon, ob die Staaten diese nun explizit in den Verträgen niederlegten oder nicht. Dies gilt heute insbesondere auch vor dem Hintergrund einer zu schaffenden Unionsbürgerschaft. Dass der EuGH also die Befugnis zur Schöpfung und Anwendung der Grundrechte hatte und dass diese notwendig war, scheint mir weitgehend unstrittig. In der neueren Debatte richtet sich die Kritik jedoch auch weniger dagegen, *dass* der Gerichtshof die Grundrechte in seiner Rechtsprechung berücksichtigte, sondern *wie* er dies tat und welche (politischen) Konsequenzen sich daraus ergeben.

Besonders *Viking* und *Laval* sind vonseiten der Rechts- und Politikwissenschaft sehr kritisch aufgenommen wurden.⁴⁸ Im Kern wurde bemängelt, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung

⁴⁴ Abgesehen von der grundlegenden, wenngleich auch sehr allgemeinen vertraglichen Anerkennung der Grundrechte durch den Vertrag von Amsterdam, Art. 6 EUV.

⁴⁵ EuGH, Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos*), Slg. 1963, 1.

⁴⁶ EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1251.

⁴⁷ Siehe *B. Beutler / R. Bieber / J. Pipkorn / J. Streil*, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 5. Aufl., 2001, S. 352.

⁴⁸ Siehe etwa *C. Barnard*, *Viking and Laval – An Introduction*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007-2008, S. 463–492; *A. Bückler*, Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen – Der Vorhang zu und viele Fragen offen, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2008, S. 212–215; *W. Däubler*, Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht. Die Auswirkungen der Rechtsprechung des

eigenmächtig[#] über Fragen des „sozialen Europas“ entscheide, obgleich ihm diese Kompetenz nicht zustehe. In *Laval* etwa habe er ganz offenkundig „Stoppschilder“ übergangen.⁴⁹ Darüber hinaus habe er in seiner Rechtsprechung auf die „Wiederbelebung ordo-liberaler Ideen“⁵⁰ hingewirkt, indem er nämlich die Grundfreiheiten und nicht etwa die Grundrechte „an den ersten Platz“⁵¹ gesetzt habe.⁵² Oder, noch deutlicher, in *Viking* und *Laval* habe der Gerichtshofs „mit großem Engagement eigenständige Rechtsfortbildung, mit anderen Worten: Integrationspolitik“⁵³ betrieben.

Eine ähnliche Einschätzung kommt auch in *Kadi* zum Ausdruck – wenn auch hier weitaus weniger kritisch. Das Urteil in dieser Rechtssache wurde vor allem als ein Akt der harten äußeren Abgrenzung der Rechtsgemeinschaft gegenüber völkerrechtlichen Verpflichtungen und als unzulässige Prüfung von normenhierarchisch höherrangigem Recht gesehen. Isiksel diagnostiziert etwa wohlwollend, wenn auch begrifflich unzutreffend „zivilen Ungehorsam“⁵⁴ und van den Herik u. Schrijver erkennen einen gutgemeinten, aber dennoch nicht rechtmäßigen „rebellischen Akt“⁵⁵, der am Ende das gesamte System der kollektiven Sicherheit der Vereinten

Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, BMAS-Symposium, abgehalten am 26.6.2008; *J. Jahn*, Europarichter überziehen ihre Kompetenzen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, S. 1788–1789; *C. Joerges*, Bemerkungen zu dem Gutachten von Franz C. Mayer, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem. Internationale Politikanalyse* 2009, S. 35–37; *C. Joerges / F. Rödl*, Informal Politics, Formalised Law and the ‘Social Deficit’ of European Integration. Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*, *European Law Journal* 2009, S. 1–19; *R. Rebhahn*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – Der Fall *Viking*, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 2008, S. 109–117; *H. Wißmann*, Zwischenruf – *Viking* und *Laval*. EG-Grundfreiheiten über alles?, *Arbeit und Recht* 2009, S. 149–151; *E. Kocher*, *fnsplit*

[#] Das „Soziale“ in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem. Internationale Politikanalyse* 2009, S. 38–41; *M. Höpner*, Das soziale Europa findet nicht statt, *Mitbestimmung* 2008, S. 46–49.spezial

⁴⁹ Siehe *Kocher* (Fn. 48), S. 40.

⁵⁰ Vgl. *S. Sciarra*, *Viking* and *Laval* – Collective-Labour Rights and Market-Freedoms in the Enlarged EU, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2007-2008, S. 119.

⁵¹ *Rebhahn* (Fn. 48), S. 115.

⁵² Vgl. auch *T. Novitz*, A Human Rights Analysis of the *Viking* and *Laval* Judgments, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2007-2008, S. 561; *N. Reich*, Fundamental freedoms v. fundamental rights – Did *Viking* get it wrong?, *Europarättslig Tijdskrift* 2008, S. 869; *Barnard* (Fn. 48), S. 264.

⁵³ *M. Höpner*, Kein soziales Defizit, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem. Internationale Politikanalyse* 2009, S. 30.

⁵⁴ *N. T. Isiksel*, Fundamental Rights in the EU after *Kadi* and *Al Barakaat*, *European Law Journal* 2010, S. 563 ff.

⁵⁵ *L. van den Herik / N. Schrijver*, Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security – The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of *Kadi* and *Al Barakaat*, *International Organizations Law Review* 2008, S. 330.

Nationen infrage stellen könnte.⁵⁶ Harpaz spricht mit Blick auf Kadi sogar von kluger *Realpolitik*.⁵⁷ Dass in der Begründung des Urteils im Kern grundrechtlich geschützte Positionen standen, gerät hierbei nur allzu schnell zur Nebensache.

Auch die jüngere und bislang weniger in den Fachdebatten beachtete Rechtssache *Brüstle* dürfte den Glauben an europäische „Politics in Robes“ bestärkt haben. Schließlich ging es im Kern um keine geringere Frage, als die nach dem Beginn menschlichen Lebens und ob embryonale Stammzellen in diesem Sinne aufzufassen sind, was zugleich die Patentierung einer entsprechenden Herstellungsmethode ausschließen würde.

Unbestritten handelt es sich bei allen vorstehenden Fällen um solche mit einem gewissen gestalterischen Einfluss bzw. solche, in denen die Möglichkeit für eine gerichtliche Einflussnahme im Sinne eines pro-integrativen, europarechtsexpansiven oder durch welche Interessen auch immer motivierten Gestaltungsspielraums gegeben war. Der Schluss, es handele sich hierbei um politische Entscheidungen, die auf die Domäne des Staates ungerechtfertigterweise durchgreifen – ein Schluss, der sich gerade in den vorliegenden Fällen zwingend aus den zuvor dargestellten integrationstheoretischen Annahmen ergeben muss und der sich auch in der teils drastischen Kritik an der Rechtsprechung widerspiegelt – wäre aber zugleich nicht zu rechtfertigen. Hiergegen sprechen mehrere Gründe, die sich in den vorliegenden Entscheidungen aus der Einbettung in den kontextuellen, d. i. temporalen, funktionalen und lokalen, Entstehungszusammenhang der Urteile herausarbeiten lassen. Bei näherem Hinsehen stellen sich die Entscheidungen vielmehr als, in sämtlichen Dimensionen des Rechtskontextes, rational begründet und insofern als akzeptanzfähig dar. Zugleich – und dies ist der eigentliche Punkt – wird ersichtlich, dass es unabdingbar ist, den jeweiligen Handlungskontext zu berücksichtigen, um zu einer angemessenen Einschätzung der gerichtlichen Urteile zu gelangen.

⁵⁶ Siehe *L. M. Hinojosa Martínez*, *Bad Law for Good Reasons. The Contradictions of the Kadi Judgment*, *International Organizations Law Review* 2008, S. 356; *J. Santos Vara*, *The Consequences of Kadi. Where the Divergence of Opinion between EU and International Lawyers Lies?*, *European Law Journal* 2011, S. 252.

⁵⁷ *Harpaz* (Fn. 3), S. 88.

2. Auslöser, Konstanz und Kohärenz der Rechtsprechung: Die temporale Dimension

Zunächst einmal lässt sich feststellen, dass der Auslöser für die Rechtsprechung in sämtlichen Fällen außerhalb des Einflusses des EuGH lag. Genauer gesagt, die *Entscheidung über die Entscheidung* – ein konstitutives Merkmal der Politik, nicht aber des Rechts – war zu keiner Zeit in den Händen des Gerichts, sondern ergab sich aus Entwicklungen und Umständen, auf die das Gericht keinerlei Einfluss hatte. So bemerkt der Präsident des Gerichtshofs, *Vassilios Skouris*, zurecht: „Der Europäische Gerichtshof, wie jedes Gericht, ... hängt vollständig von den Fällen oder Fragen ab, die ihm vorgelegt werden. Es gibt zwar die Herren der Verträge, [dies sind die Mitgliedstaaten,] wir sind aber nicht die Herren der Verfahren. Die konkreten Verfahren kommen von außen.“⁵⁸ Dies trifft allerdings nicht nur auf die direkte Abhängigkeit des Gerichtshofs von anhängigen Verfahren zu, sondern darüber hinaus auch auf die generelle Bedingtheit der möglichen Rechtssachen durch bestimmte, gerade in der Gemeinschaft klärungsbedürftige Themen und Fragestellungen. Auch diese liegen nämlich – und diese Einsicht ist keineswegs banal – generell nicht in den Händen des EuGH, sondern ergeben sich besonders aus politischen Entscheidungen oder Versäumnissen angesichts einer notwendigen Entwicklung der Gemeinschaft.⁵⁹

In *Viking* und *Laval* etwa waren in erster Linie die Erweiterungsrunden der Jahre 2004 und 2007 der Anstoß für eine ganze Reihe aufkommender Rechtsfragen gewesen. Denn durch die Aufnahme der neuen Mitglieder im Osten Europas hatten sich die alten Hochlohnmitgliedstaaten nicht nur einen gigantischen neuen Markt für den Absatz ihrer Produkte und Dienstleistungen erschlossen, sondern zugleich auch gegenüber Arbeitskräften geöffnet, deren Lohnniveau wie auch Arbeits- und Sozialstandards bislang deutlich niedriger gewesen waren. Da nun die Gewerkschaften in Europa noch immer eher national als transnational organisiert sind und zumal eine umfassende Absicherung sozialer Standards auf supranationaler Ebene bislang fehlt, war und ist ein „race to the bottom“⁶⁰ zu befürchten, der weniger die Unternehmen, aber vor allem die Bürger der alten Mitgliedstaaten treffen würde. Dass in dieser spannungsreichen Situation, die in *Laval* zusätzlich durch die unzureichende Umsetzung der EG-Richtlinie 96/71

⁵⁸ V. Skouris, Interview geführt am 7.4.2011, Luxemburg.

⁵⁹ Dies gilt sicherlich weit weniger für die vielen „Routineentscheidungen“ als für diejenigen Rechtssachen, die einen hohen Interpretations- und Begründungsbedarf mit sich bringen. Doch sind es gerade Letztere, die zugleich die meiste Kritik auf sich ziehen und die als Ausdruck der Politisierung des Gerichtshofs gesehen werden.

⁶⁰ N. Lindstrom, Service Liberalization in the Enlarged EU. A Race to the Bottom or the Emergence of Transnational Political Conflict?, *Journal of Common Market Studies* 2010, S. 1307.

(„Arbeitnehmerentsenderichtlinie“) verschärft wurde, sehr rasch grundrechtlich relevante Fragen aufkommen würden (in *Viking* und *Laval* ging es um das Recht auf Streik und andere Arbeitskampfmaßnahmen), konnte kaum verwundern.

Kadi war Resultat zweier sich parallel vollziehender und bis heute andauernder Prozesse: zum einen, die stetig zunehmende Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und zum anderen die Tendenz zur Abgabe bestimmter exekutiver Handlungsbefugnisse an supranationale und internationale Institutionen. Der tatsächliche Auslöser für die Nichtigkeitsklage, die den EuGH schließlich erreichte, war die Tatsache, dass die Vereinten Nationen sich im Zuge der Terrorismusbekämpfung auf Maßnahmen geeinigt hatten, die sich nicht mehr primär gegen Staaten richteten, sondern gegen natürliche und juristische Personen und dass die Gemeinschaft diese Exekutivakte umsetzte. Hierbei stellte sich also ganz konkret die Frage nach dem genauen Verhältnis der beiden Rechtskreise bzw. Rechtsebenen (Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht) zueinander und auch nach den Möglichkeiten der gerichtlichen Überprüfbarkeit solcher Umsetzungsakte anhand der Maßstäbe des Gemeinschaftsrechts. Auch in *Kadi* lag also die Entscheidung über die Entscheidung nicht in den Händen des Gerichts.

In *Brüstle* schließlich waren es Fortschritte im Bereich der Gentechnik, die eine Fülle von hochkomplexen ethisch-politischen Fragen aufwarfen, die aber weder von den Staaten noch von der Gemeinschaft bislang hinreichend beantwortet wurden und die im Rahmen des Patentrechts den Gerichtshof erreichten. Zwar hatten sich Parlament und Rat bereits im Jahr 1998 auf die „Biopatentrichtlinie“ (98/44/EG) einigen können. Allerdings wurde die zentrale Frage nach dem Beginn menschlichen Lebens offen gelassen. Und das, obwohl deren Beantwortung zur Entscheidung praktisch aller Streitigkeiten in Hinblick auf die Vereinbarkeit eines anzumeldenden Patentes mit den ethischen Vorgaben der Richtlinie unerlässlich war.

Des Weiteren kann, anders als in den Analysen, die einen Richterrechtsaktivismus annehmen, in den vorliegenden Fällen zwar eine *Konstanz und Kohärenz der Rechtsprechung*, sicherlich nicht jedoch eine lineare inhaltliche (Vor)Bestimmung der Rechtsentscheidungen oder gar ein „natural trend of favouring the expansion of the EC’s competences“⁶¹ ausgemacht werden. So stellen sich *Viking* und *Laval* im Nachhinein weitaus weniger europäisierend und folgenreich für die mitgliedstaatliche Souveränität dar, als zunächst befürchtet. Das Urteil in der Rechtssache *Laval*

⁶¹ N. Lavranos, Protecting European Law from International Law, *European Foreign Affairs Review* 2010, S. 282.

etwa wird für die meisten Mitgliedstaaten, nämlich diejenigen mit einem gesetzlich festgelegten Mindestlohn, keine Konsequenzen haben. Aus der mehr als zurückhaltenden *Brüstle*-Entscheidung lässt sich ebenfalls nur schwerlich ein Schub der Vergemeinschaftung ableiten. Und gerade in der Rechtssache *Kadi*, die quasi spiegelbildlich zu der frühen und weitreichenden Rechtsprechung in *van Gend & Loos* und *Costa/ENEL*, die Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung nach außen herausstellt,⁶² lässt sich eben kein „eurocentric approach“⁶³ herauslesen. Tatsächlich stellt der EuGH explizit die Bindung an Wortlaut und Ziel von VN-Beschlüssen durch die umsetzenden Gemeinschaftsorgane heraus.⁶⁴ Die Rede von der „autonomen Rechtsordnung“ darf jedenfalls nicht als Isolationismus oder die Überordnung des Unionsrechts über das Völkerrecht aufgefasst werden.⁶⁵ Bei näherer Betrachtung stellt sich das Urteil des EuGH viel eher als äußerst völkerrechtsfreundlich heraus, zumal die Hauptverantwortung für die internationale Friedenssicherung ausdrücklich in den Händen des Sicherheitsrates belassen wird und dessen Urteilsspielraum gem. Art 39 UN-Charta unangetastet bleibt. Darüber hinaus weist der EuGH darauf hin, dass die Gemeinschaftsorgane den Wortlaut und die Ziele des umzusetzenden UN-Beschlusses zu beachten haben.⁶⁶ Auch muss die Entscheidung des Gerichts als im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsvereinbarungen stehend gesehen werden, was wiederum eine hohe Kohärenz mit den rechtlich verankerten Zielen der Vereinten Nationen bedeutet.⁶⁷

Zudem darf nicht übersehen werden, dass es dem EuGH durchaus möglich ist, seine Urteile in einer beträchtlichen Menge von früheren Rechtsentscheidungen zu verorten. Der hierbei durch die Einbettung in einen längeren historischen Rechtsprechungszusammenhang entstehende

⁶² Vgl. hierzu *D. Curtin / C. Eckes*, The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe, *International Organizations Law Review* 2008, S. 368.

⁶³ *R. Pavoni*, Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ Kadi Judgment. A Misplaced Argument Hindering the Enforcement of International Law in the EC, *Yearbook of European Law* 2009 (2010), S. 635.

⁶⁴ Siehe Rz. 296 des Urteils; vgl. *K. Schmalenbach*, Bedingt kooperationsbereit. Der Kontrollanspruch des EuGH bei gezielten Sanktionen der Vereinten Nationen, *Juristenzeitung (JZ)* 2009, S. 41 f.; *J. Santos Vara*, The Consequences of Kadi. Where the Divergence of Opinion between EU and International Lawyers Lies?, *European Law Journal* 2011, S. 265.

⁶⁵ So etwa *A. Aust*, Kadi – Ignoring International Legal Obligations, *International Organizations Law Review* 2009, S. 293–298; vgl. *J. d’Aspremont / F. Dopagne*, Kadi. The ECJ’s Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders, *International Organizations Law Review* 2008, S. 376.

⁶⁶ Siehe Fn. 64.

⁶⁷ *M. Scheinin*, Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law?, *Yearbook of European Law* 2009 (2010), S. 638 ff., 645 ff.

„collage effect“⁶⁸ – d. i. der Verweis auf unterschiedliche „historische“ Rechtsentscheidungen und Doktrinen – ist dabei alles andere als Ausdruck eines eigentümlichen europarechtlichen und durch das Common Law geprägten Rechtsprechungsstils; auch wenn er gelegentlich so wahrgenommen wird. Vielmehr garantiert die Möglichkeit der Verknüpfung mit bereits bestehenden Urteilen ein notwendiges Maß an Konstanz und Kohärenz der Rechtsprechung, das zugleich deren Überprüfbarkeit sichert und eine politische Korrektur erlaubt. Es wäre falsch, diese Praxis der Rückbindung an bereits bestehende Rechtssachen als „juristische Leibesübung“ abzutun und die rückverweisenden Begründungen im Rahmen einer theoriegeleiteten Analyse des EuGH und seiner Rechtsprechung unberücksichtigt zu lassen. In jedem Fall wird, in Ansehung dieser Einbettung in ein dichtes Netz früherer und verwandter Entscheidungen, deutlich, dass die Urteile des EuGH die Politik nicht überraschend und unvorbereitet getroffen haben dürften. Die Vielzahl an Präzedenzen, auf die der EuGH in Viking, Laval und Kadi zurückzugreifen konnte, dokumentiert dies eindrücklich. So müssen gerade diese besonders umstrittenen Urteile in der temporalen Dimension des Kontextes als, wie Shuibhne richtig herausstellt, „in legal terms at least, predictable and rational“ gelten, zumal „... they fit coherently within the internal market framework applied consistently by the Court“.⁶⁹

Hiergegen ließen sich zwei Einwände vorbringen: zum einen, dass die Politik ganz einfach aufgrund der bekannten Verflechtungen ^{nicht in der Lage gewesen sei,} auf die politischen Erforderlichkeiten zu reagieren und den EuGH auf diesem Wege von einer allzu ausufernden Rechtsprechung abzuhalten. Dieser Einwand wäre aber offenbar unbegründet, da die Kläger im Rahmen der Vorabentscheidungsverfahren und Nichtigkeitsklagen einen Anspruch auf Rechtsschutz und -sicherheit haben müssen. Zum anderen – und dies wiegt sicherlich **schwerer** – **könnte sich entgegen lassen, dass ganz einfach keine Notwendigkeit für den Gerichtshof** bestanden habe, derart weitreichende Entscheidungen zu treffen. Dies bringt uns zu der funktionalen Dimension des Kontextes.

⁶⁸ L. Azoulay, The Court of Justice and the Social Market Economy. The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization, Common Market Law Review 2008, S. 1339; kritisch hierzu etwa Barnard (Fn. 48), S. 492.

⁶⁹ N. N. Shuibhne, Settling Dust? Reflections on the Judgements in Viking and Laval, European Business Law Review 2010, S. 685; vgl. auch A. Potz, Arbeitskampf und Niederlassungsfreiheit. Zum Spannungsverhältnis zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten, Das Recht der Wirtschaft 2008, S. 92–95.

3. Die Regeln des Rechts als Grenze zur Politik: Die funktionale Dimension

Hier lässt sich zunächst fragen, ob der Gerichtshof in der Ausübung seiner Kompetenzen die Grenzen des Rechts eingehalten hat und auch, ob überhaupt eine Berechtigung zur Rechtsfortbildung bzw. -schöpfung vorlag, oder ob die Richter und Richterinnen in den vorliegenden Fällen die Schwelle zur Politik übertraten. Hierzu ist zu bemerken, dass sich die Berechtigung zur fortbildenden Rechtsprechung – neben der in Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV festgeschriebenen Aufgabe der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“⁷⁰ insbesondere auch aus der Tatsache herleiten lässt, dass im Rahmen der EU nicht nur zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, sondern auch gegenüber den europäischen Bürgern eine unmittelbare Rechtsbeziehung geschaffen wurde.⁷¹ Gerade in Bereichen, in denen Lücken im Individualrechtsschutz zu entstehen drohen, ist der EuGH zum Handeln aufgerufen. Die Kritik einer generell fehlenden rechtlich-expliziten Legitimation seitens der Staaten für solche Akte der Rechtswahrung⁷² kann vor diesem Hintergrund und insbesondere mit Blick auf die Grundrechte jedenfalls nicht gelten. Nicht nur, weil der Gemeinschaftsvertrag niemals nur ein „traité loi“, sondern immer ein „traité cadre“⁷³ war, aber vor allem auch, weil dem Transfer politischer Entscheidungen eine entsprechende Supranationalisierung judikativer Kompetenzen zwingend folgen musste – ungeachtet dessen, ob der Gesetzgeber dies anerkannte oder nicht.

Genau aus diesem Grund dürfen Akte der Rechtsfortbildung oder -schöpfung auch nicht von vornherein als Akte politischen Entscheidens gewertet werden. In Fällen, in denen eine offenbare Schiefelage droht, die den Zielen der Rechtsordnung und der Gemeinschaft widerspricht und die zumal, wie in den vorliegenden Fällen, das Niveau des grundrechtlichen Individualrechtsschutzes auszuhöhlen droht, ist der EuGH aufgerufen tätig zu werden. Dieses ist dann aber eher ein Akt der „Rechtswahrung“, wie Generalanwältin Kokott mit Blick auf die

⁷⁰ Demzufolge geht das zu wahrende Recht über das positive Recht der Verträge hinaus. Ferner spricht auch Art. 340 Abs. 2 AEUV von den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“ und deren Gewinnung durch die Rechtsprechung des EuGH geleistet wird.

⁷¹ Vgl. J. Habermas, Zur Verfassung Europas. Ein Essay, 2011, S. 59.

⁷² Siehe z. B. M. Höreth, Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court, 2008.

⁷³ B. Beutler / R. Bieber / J. Pipkorn / J. Streil, Die Europäische Gemeinschaft. Rechtsordnung und Politik, 3. Aufl., 1987, S. 40; W. Simson / J. Schwarze, Europäische Integration und Grundgesetz. Maastricht und die Folgen für das deutsche Verfassungsrecht, S. 26; dies., Europäische Integration und Grundgesetz. Maastricht und die Folgen für das Deutsche Verfassungsrecht, in: Benda / Maihofer / Vogel (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 75.

Grundrechtsrechtsprechung des Gerichtshofs feststellt,⁷⁴ als ein Akt illegitimer Kompetenanzmaßung.

Das schließt eine faktisch unzulässige Ausweitung der Kompetenzen des EuGH freilich nicht aus. Eine solche Überschreitung der Grenze zur Politik lässt sich aber gerade in den vorliegenden Fällen nicht feststellen. Eher ist hier tatsächlich von Fällen der Rechtswahrung auszugehen. So drohten gerade in *Kadi* durch die Verlagerung politisch-administrativer Entscheidungen auf die internationale Ebene Lücken im Individualrechtsschutz zu entstehen, die sicherlich weniger die Staaten, als die Bürger der EU betroffen hätten.⁷⁵ Schließlich darf nicht vergessen werden, dass die vom Sicherheitsrat beschlossenen sog. smart sanctions bislang keiner hinreichenden grundrechtlichen Kontrolle im Rahmen der Vereinten Nationen zugänglich sind. So bestand ganz konkret die Gefahr einer Aushöhlung von Grundrechtspositionen, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör und eine effektive gerichtliche Kontrolle. Aber auch in *Viking*, *Laval* und *Brüstle* war der EuGH über Vorabentscheidungsverfahren mit Fragen konfrontiert worden, deren Antwort sich nicht direkt aus den Verträgen oder den sekundärrechtlichen Bestimmungen „herauslesen“ ließ, deren Klärung jedoch aus mindestens zwei Gründen unabdingbar war:

Zum einen bestand eine formale Entscheidungsnotwendigkeit, die sich aus dem bloßen Faktum ergab, dass Fragen im Rahmen ordentlicher Verfahren an den EuGH herangetragen wurden, die weder auf nationaler (wie in *Viking*, *Laval* und *Brüstle*) noch auf internationaler Ebene (wie in *Kadi*) geleistet werden konnten. Zudem hat der Gerichtshof generell keine Möglichkeit, Fälle aufgrund einer unbestimmten Rechtslage zurückzuweisen, d. i. die Rechtsprechung zu verweigern („*déni de justice*“).⁷⁶ Zum anderen und von diesen formalen Bedingungen abgesehen, war aber, in Anbetracht der drohenden Rechtsunsicherheiten, auch eine inhaltliche Notwendigkeit der Rechtsfortbildung gegeben: In *Viking* und *Laval* war das Kernproblem das Verhältnis von Grundrechten (kollektive Maßnahmen bzw. Arbeitskampfmaßnahmen) einerseits

⁷⁴ J. Kokott, Interview geführt am 12.4.2011, Luxemburg.

⁷⁵ Vgl. auch E. Cannizzaro, Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights. Some Remarks on the ECJ Decision in the *Kadi* Case, Yearbook of European Law 2009 2010, S. 597; S. Menz / T. B. Scholz, The *Kadi*-case or the Legal Protection of Persons Included in the European Union “Anti-terror List”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2009, S. 68.

⁷⁶ Aus der sich daraus zugleich ergebenden Pflicht zur Rechtsgewährung hat der EuGH übrigens zu keiner Zeit ein Geheimnis gemacht. Vielmehr hat das Gericht auf das damit verbundene Erfordernis der Rechtsfortbildung und -schöpfung bereits im Jahr 1957, in der Rechtssache „Algera“ hingewiesen. Dort heißt es: „Um sich nicht dem Vorwurf einer Rechtsverweigerung auszusetzen, ist der Gerichtshof ... verpflichtet, diese Frage von sich aus unter Berücksichtigung der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln zu entscheiden“ (EuGH, verb. Rs. 7/56 und 3-7/57, Slg. 1957, 118).

und Grundfreiheiten (hier Freizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit) andererseits, deren praktischer Ausgleich im Zuge der gleichzeitigen Erweiterung und Vertiefung der Union immer drängender wurde und sich längst nicht mehr aufschieben ließ. Rückblickend zeigt sich dies in besonders drastischer Weise in Laval und der Insolvenz des klagenden Unternehmens, die letztlich auf die lange schwelende rechtliche Unsicherheit zurückzuführen ist. In Brüstle lässt sich ein ähnliches Erfordernis einer inhaltlichen Regelung nachweisen: Dort hatte man sich zwar auf eine grundlegende Richtlinie geeinigt, um den im Zuge der biotechnologischen Entwicklungen aufkommenden Fragen gerecht zu werden. Doch verfuhr man offenbar bei der Abfassung der Richtlinie nach dem in Brüssel durchaus geschätzten Prinzip der „*konstruktiven Ambiguität*“⁷⁷ und ließ den zentralen Begriff, nämlich den des „menschlichen Lebens“ offen. So wurde eine konkretisierende Auslegung durch den EuGH unumgänglich, sollte die Richtlinie nicht in ihrem Kern bedeutungslos sein. In Kadi war es schließlich das ungeklärte Verhältnis der Rechtskreise zueinander, das eine Grundsatzentscheidung notwendig machte.

Aus der Tatsache, dass in den vorliegenden Fällen durchaus von einer gewissen formalen wie auch inhaltlichen Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung gesprochen werden kann, sollte sicherlich noch nicht geschlossen werden, dass diese vom EuGH auch in angemessener Weise geleistet wurde. Diese Frage kann und soll an dieser Stelle mit Blick auf den gesetzten Fokus nicht abschließend beantwortet werden. Hier geht es schließlich ausdrücklich nicht um eine rechtsdogmatische Bewertung oder gar eine Rechtsprechungskritik, sondern um die aus integrationstheoretischer Sicht zentrale Frage, ob von einer rechtskontextuellen Begründetheit der Rechtsentscheidungen ausgegangen werden kann. Um diese Frage beantworten zu können, ist es notwendig, auch die lokale Dimension des Kontextes miteinzubeziehen.

4. Die Konstitution der Rechtsgemeinschaft: Die lokale Dimension

Europa ist nicht nur in seiner politisch-historischen Konstitution, sondern auch als Rechtsgemeinschaft „*sui generis*“. Die Rechtsprechung auf europäischer Ebene sollte daher nicht an den Maßstäben etablierter und ausdifferenzierter nationaler Rechtsordnungen oder aber der

⁷⁷ Hierbei wird eine derart bedeutungsoffene Formulierung bevorzugt, so dass die Zustimmung der Beteiligten Parteien sichergestellt werden kann, weil im Nachhinein ein Maximum an Deutungsmöglichkeiten bleibt und so zunächst einmal keine direkten Verpflichtungen entstehen.

des Völkerrechts gemessen werden. Besonderes Merkmal der europäischen Rechtsordnung ist gerade ihre Eigenständigkeit und Abgrenzbarkeit von nationalem wie auch internationalem Recht. Direkte Vergleiche mit anderen regionalen Rechtsordnungen und ihren obersten Gerichten (wie etwa dem Gerichtshof der Andengemeinschaft)⁷⁸ greifen insofern zu kurz, als deren lokal, durch die Einbettung in ein ganz bestimmtes historisch-kulturell geprägtes Rechtssystem bestimmten „rules of recognition“⁷⁹ andere sind; sich zumindest nicht unvermittelt auf den EuGH übertragen lassen. Dass dieser Umstand bislang nicht hinreichend von der Forschung berücksichtigt wurde und Rechtskontexte miteinander vermischt wurden, die sich in ihrer Ausgestaltung kaum direkt vergleichen lassen, mag zu einiger Kritik am EuGH und seiner Rechtsprechung beigetragen haben. Etwa ist der Europäische Gerichtshof immer wieder mit dem US Supreme Court verglichen worden,⁸⁰ ohne jedoch zu berücksichtigen, dass dieser ungleich viel stärker in das politische System integriert ist.

Problematisch hieran ist weniger die Einsicht, dass der EuGH ebenfalls von den politischen Realitäten abhängig ist und insofern nicht gänzlich getrennt von diesen betrachtet werden kann. Was durch den direkten Vergleich verschimmt, ist die spezifisch europäische Art und Weise der Interdependenz von Recht und Politik. Der Europäische Gerichtshof ist nämlich wie kaum ein anderes Gericht in ein lückenhaftes und generell unfertiges Rechtssystem eines in weiten Teilen supranationalen Zusammenschlusses eingebettet, dessen Rechtsnatur je nach Handlungsfeld eher föderal oder konföderal erscheint und von dem niemand mit Bestimmtheit sagen kann, in welche Richtung es sich letztlich entwickeln wird. Zugleich ist dieses System – und auch dies unterscheidet es von anderen Rechtsordnungen – kategorisch durch historisch bedingte, architektonische Schwächen und eine generelle Vielfalt der Perspektiven auf das Recht bestimmt.

Betrachtet man nun die Grundrechtsrechtsprechung der letzten Jahre, so treten hier einige entscheidende Merkmale zutage, die sich als lokale Besonderheiten der Rechtsgemeinschaft

⁷⁸ Siehe *K. J. Alter*, *The Evolving International Judiciary*, *Annual Review of Law and Social Science* 2011, S. 387–415; *K. J. Alter / L. Helfer*, *Nature or Nurture? Judicial Lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice*, *International Organization* 2010, S. 563–592.

⁷⁹ *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, 1961.

⁸⁰ Siehe etwa *J. A. Caporaso / S. Tarrow*, *Polanyi in Brussels. Supranational Institutions and the Transnational Embedding of Markets*, *International Organization* 2009, S. 613; *J. Komarek*, *Precedent and Judicial Lawmaking in Supreme Courts. The Court of Justice Compared to the US Supreme Court and the French Cour de Cassation*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2008-2009, S. 399–433; *Höreth* (Fn. 72), *Kenney* (Fn. 13).

herausstellen lassen und die zugleich systematisch die Arbeit des EuGH prägen. Zunächst einmal sind die sog. *Leading Cases*, mit denen sich der Gerichtshof auseinandersetzen hat, in der Regel auch Fälle, in denen hinreichend klare Bestimmungen fehlen und z. T. sogar offene Widersprüche bestehen. Da diese Unzulänglichkeiten und Ungewissheiten jedoch oftmals vom Gesetzgeber nicht aufgelöst werden, ist der EuGH gezwungen, die damit in Verbindung stehenden Fragen und Grundsatzentscheidungen im Rahmen anhängiger Verfahren zu klären. In *Kadi* etwa konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Einbindung der Europäischen Union und seiner Mitgliedstaaten in das internationale Rechtssystem der Vereinten Nationen – dessen Auf- und Ausbau man schließlich selbst über Jahrzehnte hinweg parallel zur europäischen Einigung vorangetrieben hatte und dessen primäre Adressaten immer noch die Nationalstaaten sind – nicht auch früher oder später auch die Rechtsgemeinschaft betreffen würde, wenn diese im Rahmen der GASP tätig wird (das Erfordernis einer Klarstellung des Verhältnisses von supranationalem zu internationalem Recht dürfte seit den Anfängen der GASP bekannt gewesen sein). Und auch in *Brüstle* musste man davon ausgehen, dass eine Richtlinie, die in ihren zentralen Begrifflichkeiten nicht hinreichend konkret wird, einen Auslegungsbedarf nach sich zieht. Besonders *Viking* und *Laval* jedoch waren Ausdruck einer seit längerem bestehenden Spannung zwischen dem „sozialen Europa“ und dem „Europa des Marktes“. Dass diese durch die Osterweiterungen hochkochen würde, war in Brüssel und Straßburg kein Geheimnis. Eine Lösung konnte dennoch nicht erreicht werden. So oblag es am Ende dem EuGH, die notwendige Abwägung zwischen den in Konflikt geratenen Grundrechten und Grundfreiheiten zu leisten. In gewisser Weise ist es bezeichnend, dass dem EuGH im Nachgang der Entscheidung vorgeworfen wurde, dass in seiner Rechtsprechung das Verhältnis der beiden Rechtsgüter „eher dunkel“⁸¹ geblieben sei; woran sich sogleich die Frage anknüpft, warum die Entscheidungslast hier überhaupt bei der Judikative und nicht bei der Exekutive und Legislative vermutet wird. Besonders interessant und offensichtlich widersprüchlich ist aber die Tatsache, dass der EuGH zugleich auch für seinen Aktivismus und seine politische Einflussnahme gescholten wird.⁸²

Auch wenn die Kritik im Kern durchaus berechtigt ist, weil in der Europäischen Union den Gerichten systematisch Entscheidungen aufgebürdet werden, die zu weitreichend und zu umfassend sind, als diese von einem Gericht auf der Basis von Fällen – also auch außerhalb der

⁸¹ *Rebhahn* (Fn. 48), S. 114.

⁸² Siehe a. a. O., S. 117; *Sciarra* (Fn. 50), S. 119.

Mechanismen einer demokratischen Deliberation – entschieden werden sollten, so trifft sie doch den falschen Adressaten. Denn der EuGH kann sich diesen Entscheidungen im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren und Nichtigkeitsklagen nicht entziehen – ob er dies will oder nicht (ein „déni de justice“ gibt es schließlich auch in schwierigen Fragen nicht). Zu argumentieren, der EuGH sollte einfach nicht derart weitreichende Entscheidungen fällen und sich selbst in der Formulierung seiner Urteile beschränken, kann freilich nicht überzeugen. Schließlich müssen die Verfahrensbeteiligten eine rechtlich adäquate Entscheidung erwarten können und nicht eine solche, die lediglich eine Minimallösung darstellt. Rechtssicherheit und auch Rechtsvertrauen könnte eine solche Rechtsprechung jedenfalls nicht herstellen.

Das eigentliche Problem liegt also an anderer Stelle, nämlich im europapolitischen Kontext und in der Konstitution des Rechts. Insofern ist es auch symptomatisch für die bruchstückhafte, schrittweise und lange Zeit auf dem Rücken des Marktes vorangetriebene Integration: Im Fortgang dieses Prozesses sind nämlich Aufgaben der Politik immer häufiger zu Problemen der Rechtsanwendung gemacht geworden. Dass dies so ist, liegt aber weniger an der expansiven Logik der europäischen Rechtsprechung oder einer integrationspolitischen Agenda des Gerichtshofs, sondern viel eher an der wohlbekanntem, mangelnden Problemlösungsfähigkeit der politischen Institutionen. Dies kommt auch in den offenen Worten der langjährigen Europaparlamentarierin und ehemaligen Justizministerin Österreichs, Maria Berger, zum Ausdruck, die heute Richterin am EuGH ist und sowohl den legislativen wie auch judikativen Prozess überblickt:

Wir haben immer wieder Bestimmungen auszulegen, von denen ich noch weiß, warum diese so vage sind [und] ... einen großen Auslegungsbedarf nach sich ziehen; weil sie irgendwann um zwei Uhr in der Frühe in einem mühsamen Kompromiss zwischen Parlament und Rat, im Vermittlungsausschuss, entstanden sind, wo man irgendeinen Formelkompromiss gefunden hat und schon mit eingerechnet hat: ‚OK, wir haben da jetzt eine Formel und beide Seiten verstehen etwas anderes darunter, und wir können uns nur darauf einigen, dass wir das hineinschreiben und der Gerichtshof wird es schon eines Tages auslegen‘.⁸³

Der Trend der Verlagerung schwieriger Fragen von Brüssel und Straßburg nach Luxemburg hat sich nun in den letzten Jahren durch den sich abzeichnenden Konstitutionalisierungsprozess, aber vor allem auch durch die Erweiterungsrunden, merklich verschärft. So sind im Zuge dessen

⁸³ *M. Berger*, Interview geführt am 5.4.2011, Luxemburg.

Probleme virulent geworden, die zwar lange zuvor bekannt waren, deren Lösung aber bis dahin immer noch vertagt werden konnte. Und auch die Schaffung einer Unionsbürgerschaft, deren Bedeutung und Rechtsstatus mehr als diffus geblieben sind, hält einiges juristisches Konfliktpotenzial in Hinblick auf die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten ihrer Adressaten bereit. Es ist offenbar das Schicksal des Gerichtshofs, mit der „legacy of unresolved tensions“⁸⁴ – man sollte vielleicht treffender von politischen Altlasten sprechen – fertig werden zu müssen und dafür zugleich in Haft genommen zu werden. Im Kern ist aber nicht der EuGH und seine Rechtsprechung das zentrale Problem, sondern das noch immer lückenhafte und urwüchsige Vertragswerk⁸⁵ und die Konstitution der europäischen Politik.

IV. Schluss

Was sind also die Konsequenzen, die sich in Hinblick auf die theoretische Beschäftigung mit der europäischen Integration durch Recht ziehen lassen? Auch wenn die hier unternommene kontextuelle Betrachtung einer begrenzten Auswahl von Grundrechtsfällen sicherlich kaum in der Lage sein wird, jegliche Zweifel an der „Politisierungshypothese“ zu zerstreuen, so hat sich doch im Gang der Untersuchung deutlich gezeigt, dass der Kontext des Rechts verstehensnotwendig für die Integration durch Recht in Europa ist. Diesen auszublenden oder als nachrangig anzunehmen, muss zwangsläufig zu einer unvollständigen und verzerrenden Wahrnehmung auf die Rechtsgemeinschaft führen.

Auf den ersten Blick ist dies eine recht bescheidene Einsicht. Bei näherer Betrachtung und mit Blick auf die Akteurszentrierung vor allem der politikwissenschaftlichen Theoriebildung impliziert es jedoch eine Kehrtwende in der Integrationsforschung und der Art und Weise, wie das europäische Recht und der Europäische Gerichtshof hier bisweilen konzipiert werden. Aus einer kontextuellen Perspektive geht es nämlich nicht mehr primär um die Abhängigkeit der Integration von den Interessen der daran beteiligten Akteure, sondern um das Recht selbst. Das europäische Recht muss demnach als unabhängiger Kontext der Integration begriffen werden, der nach anderen Regeln funktioniert als Politik und Ökonomie und insofern einen spezifischen Modus der Integration aufweist.

⁸⁴ Joerges / Rödl (Fn. 48), S. 2.

⁸⁵ Vgl. auch Wißmann (Fn. 48), S. 151.

Sodann würde auch sichtbar werden, dass bestimmte Akteure und Interessen – auch wenn diese durchaus eine Rolle spielen mögen – niemals der Kern einer gelungenen und zukunftsfähigen Integration Europas im und durch Recht sein können; dass dieser Kern viel eher bereits in einer Übereinstimmung bestehen muss, und zwar darüber, welches Handeln im europäischen Recht als kontextrational begründet und akzeptanzfähig gilt. Und eben diese Entscheidung kann niemals einzelnen Akteuren obliegen, sondern ist bereits Ausdruck einer Gemeinschaft des Rechts und der darin bestehenden Gemeinsamkeiten. Eine kritische Auseinandersetzung mit der Rolle, die die Rechtsprechung im Prozess der europäischen Integration bisweilen spielt, schließt dies gar nicht aus. Im Gegenteil, eine konstruktive Kritik, die die tatsächlich drängenden Probleme – die m. E. allerdings eher im politischen als im rechtlichen Europa gesehen werden müssen – herausstellt und immer der erste Schritt zu deren Lösung sein muss, sollte erst auf dieser Basis sinnvoll möglich werden und zugleich auch zu einer Versachlichung der Diskussion um Legitimität und Einfluss der europäischen Gerichte beitragen.

Die gescholtene „expansive Logik“ der Rechtsprechung könnte sich in Wirklichkeit als legitime Rechtspflege und Vervollständigungstendenz einer unvollständigen und zugleich transklusiv verschränkten Rechtsordnung⁸⁶ präsentieren und müsste nicht von vornherein als politisch motivierte Interessenpolitik wahrgenommen werden. Die eigentliche Arbeit, die den Beleg für die eine oder andere These liefern könnte, steht jedoch noch aus, da die theoriegeleitete Forschung bislang versucht hat, die Integration durch Recht zu verstehen, ohne den Kontext des Rechts zu verstehen.

⁸⁶ Zum Begriff der „Transklusion“ in der Rechtswissenschaft erstmals *B. Beutler*, Die Werte der Europäischen Union und ihr Wert, *Appel / Hermes / Schönberger* (Hrsg.), *Öffentliches Recht im offenen Staat*, S. 650; mit Blick auf die daraus erwachsenden grundrechtlichen Verflechtungen *A. Bogdandy / M. Kottmann / C. Antpöhler / J. Dickschen / S. Hentrei / M. Smrkolj*, *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, *Common Market Law Review* 2012, S. 489–519; vgl. auch *Grimmel* 2013 (Fn. 35).