

Die Transklusion des Rechts als Motor der europäischen Integration

Warum ein kontextualistischer Ansatz für die Integrationsforschung von Bedeutung ist und warum er notwendig ist, um zu einem angemessenen Verständnis der »Integration durch Recht« zu gelangen

Die europäische Rechtsgemeinschaft ist in ihrem Kern mehr als nur eine Menge von Gesetzen. Sie konstituiert einen eigenständigen Kontext, der durch eine spezifische Form der Problemverarbeitung und Rationalisierung den Fortgang der Integration entscheidend mitbestimmt. Um diese Ebene des Rechts theoretisch abzubilden und die »Integration durch Recht« angemessen verstehen zu können, wird hier ein kontextualistischer Ansatz vorgestellt und auf die besonders einflussreiche neuere Grundrechtsrechtsprechung des EuGH angewandt. Eine kontextualistische Perspektive erlaubt dabei zugleich den Blick auf ein Phänomen, das sich als eine »transklusive« Verflechtung beschreiben lässt und drei integrationsrelevante Prozesse bedingt: (1.) eine Vervollständigungstendenz der europäischen Rechtsordnung, (2.) eine Verlagerung von politischen Fragen auf das Recht und (3.) eine Pfadabhängigkeit der Rechtsanwendung und -fortbildung.

1. Einleitung

Das Recht ist ein entscheidender Faktor der europäischen Integration. Dies gilt nicht nur mit Blick auf die zahllosen Rechtsakte, die ihren Ursprung inzwischen auf Ebene der Europäischen Union haben und die auf eine schrittweise Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Politiken abzielen. Weitauß grundlegender ist die Tatsache, dass das Recht selbst – also unabhängig von politischen Regulierungsakten – zu einem Fortgang der europäischen Integration geführt hat und weiterhin führt. Es tut dies durch eine Form der Rationalisierung, die es zugleich von anderen Handlungskontexten unterscheidet und auch unterscheidbar macht. Diese kontextuelle Ebene ist zentral für das Verständnis und die theoretische Abbildung der Rechtsintegration in Europa. Gleichwohl ist sie in der theoriegeleiteten politikwissenschaftlichen Forschung bislang weitgehend unbeachtet geblieben.

Hier wird daher ein *methodologisch kontextualistischer* Ansatz für die politikwissenschaftliche Integrationsforschung vorgeschlagen, der nicht die Akteure des Rechts, sondern das Recht selbst in den Mittelpunkt stellt. Er geht dabei von der Prämisse aus, dass Handeln generell nur in einem bestimmten, abgrenzbaren Kontext Sinn zugeschrieben werden kann und dass die Rationalität, die die Problemverarbeitung im Recht bestimmt, im Sinne einer *Kontextrationalität* begriffen und konzipiert werden muss. Das Konzept baut mithin nicht auf einem naturalistischen

Verständnis von Rationalität auf, das Individuen und ihre Interessen in den Fokus rückt, sondern geht davon aus, dass die Kriterien und Regeln der Rationalisierung notwendigerweise kontextgebunden und insofern in ihrer Reichweite auf einen bestimmten, näher zu definierenden Sinnzusammenhang begrenzt sind. Das schließt die Existenz einer interessengeleiteten Kosten-Nutzen-Abwägung durch einzelne Akteure im Recht zwar nicht aus. Doch muss eine überzeugende Erklärung dessen, was Fritz W. Scharpf (2012) treffend das »perpetual momentum« der Integration durch Recht in Europa genannt hat, weit weniger zwingend auf dieser Prämisse aufbauen als bisher angenommen. Dies gilt umso mehr, als neuere empirische Studien (Solanke 2011; Malecki 2012; Grimmel 2013) die These einer »expansionist philosophy« (Solanke 2011: 784) des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) oder seiner Vertreterinnen und Vertreter indes nicht bestätigen können.

Es wird hier nicht in erster Linie das Ziel sein, die Grundlagen des Kontextualismus zu klären. Diese sind in der philosophischen Forschung (Cohen 1987; DeRose 2009; Ernst 2005) seit einiger Zeit als aussichtsreicher Weg zwischen Skeptizismus¹ und Invariantismus² diskutiert worden, und die Implikationen für die sozialwissenschaftliche Forschung – gerade auch in Hinblick auf den Begriff der Rationalität – sind an anderer Stelle ausführlich beschrieben worden (vgl. Grimmel 2012; 2013: Kap. 4; Kincaid 2004). Es geht viel eher darum, zu zeigen, dass eine kontextualistische Erklärung für die zweifelsohne bestehende expansive Tendenz des europäischen Rechts ein hohes Maß an Plausibilität beanspruchen kann und bis zu einem bestimmten Grad sogar eine Prognose für den Fortgang der europäischen Rechtsintegration erlaubt. Im Mittelpunkt wird hierbei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) stehen, die in der Regel als Kern der Integration durch Recht identifiziert wird. Ziel ist es jedoch, diese nicht isoliert zu betrachten, sondern im weiteren Kontext des Rechts zu verorten und zu analysieren.

Als zentral für die Integration durch Recht wird hier ein Phänomen angenommen, das erst auf der Ebene des Kontextes sichtbar wird und das sich als dreifache *transklusive* Verflechtung des europäischen Rechts beschreiben lässt. Diese spezifische Form der Verflechtung wird zunächst theoretisch in seinen verschiedenen kontextuellen Dimensionen zu beschreiben sein, um daraufhin anhand der aktuellen Grundrechtsprechung des EuGH deren praktische Bedeutung zu belegen.

2. Die Rolle des Rechts in den Theorien der europäischen Integration

Es wäre sicherlich falsch, die vielfältigen unterschiedlichen Integrationstheorien und Erklärungsmuster, die für die Rechtsintegration in Europa herangezogen und in

1 Im Sinne einer Wissenschaftsauffassung, die den Zweifel zum obersten Prinzip des Denkens erhebt und die Möglichkeit einer Erkenntnis von Wahrheit oder Wirklichkeit generell infrage stellt.

2 Der Invariantismus fasst Wissen und Bedeutung generell als situationsunabhängige und kontextinvariante Größen auf (zu den unterschiedlichen Spielarten vgl. z.B. Hawthorne 2004; Williamson 2005).

empirischen Studien genutzt wurden, miteinander gleichzusetzen oder gar zu vermischen. Was sich allerdings feststellen lässt, ist eine augenfällige Konvergenz in mindestens zwei wesentlichen Punkten: Zum einen lässt sich eine starke Fokussierung auf bestimmte Akteure feststellen (Abschnitt 2.1). Zum anderen wird das treibende Moment für eine Ausweitung und Vertiefung des europäischen Rechts in dem rationalen Handeln ebendieser Akteure gesehen (Abschnitt 2.2).

In der Integrationstheorie besteht heute ein breiter Konsens, dass diese beiden Annahmen, die sich gegenseitig bedingen, in der einen oder anderen Form von zentraler Bedeutung für die Integration durch Recht sind (Abschnitt 2.3). Ungeachtet anderer Faktoren wie institutionelle Verflechtungen (Scharpf 2006; 2012; Kelemen 2012) oder einen »transnational judicial esprit de corps« der Richterschaft (Vauchez 2011: 3; vgl. auch Rasmussen 2008) scheint eine Erklärung für das »perpetual momentum« des europäischen Rechts ohne den Bezug auf bestimmte Kosten-Nutzen-rational handelnde Akteure jedenfalls nicht möglich.

2.1. Die Akteure des Rechts

Viele Jahre tauchten weder das Recht noch dessen Akteure überhaupt in politikwissenschaftlichen Studien auf. Erst etwa dreißig Jahre nachdem der Europäische Gerichtshof in den Fällen *Van Gend & Loos* (1963) und *Costa / ENEL* (1964) zwei seiner wohl bedeutendsten Urteile gesprochen hatte, entstanden die ersten theoriegeleiteten Arbeiten, die den Einfluss der europäischen Rechtsprechung untersuchten. Hierbei wurden allerdings ausschließlich Erklärungsmuster und Annahmen aus den bereits bestehenden Großtheorien herangezogen und auf die Rechtsintegration angewandt. Vor dem Hintergrund, dass der Neofunktionalismus bis dato weitgehend elaboriert war, kann es als durchaus konsequent angesehen werden, dass dies der erste Ansatz war, der auf die Integration durch Recht übertragen wurde und infolgedessen das Bild der Rechtsintegration maßgeblich prägte.³ Allerdings spielte das Recht an sich hierbei eine deutlich untergeordnete Rolle (vgl. Armstrong 1998; ferner auch Dehousse 2002). Im Vordergrund standen – entsprechend Haas' ursprünglichen Theorieannahmen⁴ – die Akteure des Rechts, und hier wiederum diejenigen ober- und unterhalb der mitgliedstaatlichen Ebene. Vor allem der Europäische Gerichtshof, die Kommission, die nationalen Gerichte und private Kläger wurden in diesem Zusammenhang als besonders einflussreich erachtet.

Die nachfolgenden Debattenbeiträge kritisierten die neofunktionalistische Analyse zwar (für einen Überblick siehe Conant 2007), doch richtete sich die Kritik nicht gegen die starke Akteurszentrierung dieser Erklärungen, sondern eher auf die Frage, *wer* im europäischen Recht den Ton angibt und den Fortgang der Integration bestimmt. Hieran änderte letztlich auch der Versuch einer Einbeziehung sozialer

3 Vgl. Burley/Mattli (1993); Mattli/Slaughter (1998); Alter (2009); Stone Sweet (2004); Stone Sweet/Brundell (2010).

4 Grundlegend bis heute Haas (1958); ferner auch Lindberg (1963).

Zusammenhänge nichts (siehe etwa Cichowski 2007), die dem Handeln der Akteure nachgeordnet blieben und eher als Handlungsbeschränkungen aufgefasst wurden (siehe etwa Carrubba et al. 2008; Stone Sweet/Brunell 2010). So lässt sich heute feststellen, dass es in den politikwissenschaftlichen Arbeiten noch immer vor allem die Akteure des Rechts sind, die erklärend für Einfluss und integrative Wirkung der europäischen Rechtsprechung herangezogen werden (hierzu eingehend Grimm 2013: 128-136).

2.2. *Rationales Handeln im Recht*

Allerdings rückten in der politikwissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht nicht nur die Akteure selbst in den Vordergrund, sondern zwangsläufig auch Annahmen über deren Motive und die Natur ihres Handelns. So steht im Kern der unterschiedlichen Ansätze, die eine Erklärung der Integration durch Recht vorlegen, in der Regel die folgende oder eine inhaltlich vergleichbare Rationalitätsannahme:

»People are rational in the sense of being purposeful and goal-orientated. [...] All legal actors are instrumentally rational, in the sense of generally pursuing their own individual or corporate interests, however defined« (Stone Sweet 2004: 5, 37).

Rationales Handeln wird mithin als die eigentliche Triebkraft der Integration durch Recht angenommen. Zugleich meint der Begriff hier nicht mehr als die individuelle Berechnung von Handlungsalternativen, die wiederum immer bestimmte akteursgebundene Interessen voraussetzt. Das schließt zwar die Existenz und Geltung von bestimmten Normen, Regeln, Prinzipien und Verfahrensweisen und auch das Bestehen von gewissen rechtlich-institutionellen und sozialisierenden Zwängen nicht aus (vgl. Stone Sweet 2010; grundlegend bereits Kratochwil 1989). Wichtig ist jedoch zu erkennen, dass diese den Akteuren und ihren Interessen in den Erklärungen für die Integration durch Recht in der Regel nachgelagert sind (hierzu eingehend bereits de Búrca 2005: 318-322). Das Recht wird eher als ein Handlungsrahmen konzipiert, der zwar durch die dort handelnden Akteure zu einem gewissen Grad gestaltet werden kann, diese aber nicht mit Handlungsgründen versorgt. Letztere sind viel eher den Akteuren bereits eigen und durch ihre Präferenzen und ihre Fähigkeit zu rationalem Handeln bedingt.

2.3. *Der EuGH als Motor der Integration durch Recht?*

Beide Annahmen haben in den letzten Jahren zu einer breiten Forschung geführt, die den Europäischen Gerichtshof in das Scheinwerferlicht empirisch-analytischer (Solanke 2011; Malecki 2012) und vergleichender Studien (Alter/Helfer 2010; Komarek 2009; Höreth 2008) rückt und für eine »highly politicized« and »pro-integrative« jurisprudence« (Stone Sweet 2010: 27), sogar die Verfolgung eines »integrationist project« (Perju 2009: 331), zumindest aber für eine »aktivistische« Recht-

sprechung (de Witte et al. 2013; siehe auch Schmidt 2012: 8)⁵ kritisiert. So ist es letztlich nicht zu weit gegriffen, wenn Höpner konstatiert, heute sei es in der »rechtswissenschaftlichen, politologischen und soziologischen Fachliteratur [...] unumstritten«, dass es der EuGH sei, der den »Motor der Integration« darstelle, indem er das europäische Recht »expansiv interpretier[e]« (2010: 3).

Unabhängig von dem tatsächlichen Einfluss des EuGH,⁶ der Mitgliedstaaten oder anderer Rechtsakteure und auch losgelöst von der Frage, welche Interessen man diesen zuschreiben mag – was bislang in der Integrationsforschung fehlt, ist eine Untersuchung der möglicherweise integrativen Wirkung des Rechts selbst. Mit anderen Worten, es steht bisweilen nicht die Integration *durch Recht*, sondern die *durch Akteure* produzierte Integration im Bereich des Rechts im Mittelpunkt zahlreicher Fallstudien und Analysen. Um die integrative Wirkung des Rechts selbst zu untersuchen, braucht es daher einen anderen Ausgangspunkt. Ziel muss es sein, das Recht im Allgemeinen und das europäische Recht im Speziellen als eigenständige Institution und »weitgehend selbsttragendes Rechtssystem« (Beutler 2008: 100) mit einer eigenen institutionell-rechtsgebundenen Rationalität zu konzipieren und danach zu fragen, ob sich auf dieser Ebene Integrationseffekte nachweisen lassen, die nicht in erster Linie aus einem Akteurskalkül erwachsen.

3. Die Integration durch Recht verstehen, heißt den Kontext des europäischen Rechts zu verstehen

Das europäische Recht wird hier als ein Kontext verstanden, der durch spezifische Begriffe und Regeln bestimmt wird, die ihn von anderen Kontexten unterscheiden.⁷ Die Spezifik der Begriffe und Regeln, die das Recht bestimmen, ist dabei nicht deklaratorischer Natur, sondern ergibt sich – im Sinne der Gebrauchstheorie der Bedeutung Ludwig Wittgensteins⁸ – aus ihrer (regelmäßigen) Verwendung in der Sprache. Das europäische Recht wird hier insofern als ein eigenständiger und abgrenzbarer »Denk- und Handlungsraum« (Strauch 2005: 484) verstanden, der sich nicht nur durch ein ganz bestimmtes Ensemble von Normen, Verfahren, Ideen etc. auszeichnet.⁹ Vor allem ist das Recht auch ein Raum der Verständigung und der Rationalisierung von Fragestellungen und Problemen, in dem die handlungsleiten-

5 Vgl. insbes. auch die Sonderausgabe des *Journal of European Public Policy* (»Perpetual momentum? Reconsidering the power of the European Court of Justice«), Kelemen/Schmidt (2012).

6 Vgl. hierzu eingehend Grimmel (2011b).

7 Für ein kontextuelles Verständnis des europäischen Rechts argumentiert bereits Dehousse (2000).

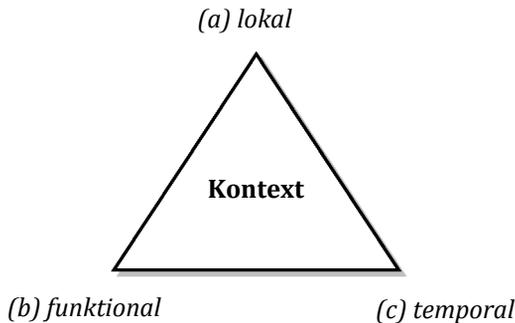
8 Siehe hierzu insbesondere Wittgenstein (1984), in der Politikwissenschaft vgl. insbes. auch Grimmel (2013; 2011a); Wiener (2008).

9 Mit Blick auf den weiteren Zusammenhang von Recht und Politik, allerdings unter einem anderen Fokus als hier, vgl. etwa die diskursethischen Erwägungen zum inneren Zusammenhang von Recht und Politik von Jürgen Habermas (1997: 167-187) und Karl-Otto Apel (1992) sowie deren System-Umwelt-Differenz bei Niklas Luhmann (1998: 60-77) und mit Blick auf historisch-soziologische Aspekte Chris Thornhill (2011).

den Begriffe und Regeln eine ganz bestimmte, sprachpraktische¹⁰ Form der Verwendung haben.¹¹

Eine solche kontextuelle Perspektive stellt also auf die tatsächliche Bedeutung von Sprache im Handeln ab. Sie geht zugleich auch davon aus, dass stabile Formen der Verständigung und Rationalisierung nicht absolut gelten, sondern nur in einem begrenzten – aber genau in dieser Hinsicht auch analysierbaren – Sinnzusammenhang entstehen können. Dieser wird im folgenden Kontext genannt und ist in lokaler (a), funktionaler (b) und temporaler (c) Dimension variabel (Abb. 1):

Abbildung 1: Die drei Dimensionen des Kontextes



a) Der Kontext des europäischen Rechts etwa ist zunächst einmal in einer *lokalen* Dimension von anderen nationalen, internationalen oder auch spezifischen mitgliedstaatlichen rechtlichen Ordnungen und Systemen verschieden. Das heißt zwar nicht, dass das europäische Recht isoliert von anderen Rechtsordnungen zu verstehen ist – insbesondere nicht von denen der Mitgliedstaaten, die vom EuGH regelmäßig als Rechtserkenntnisquelle herangezogen werden und den Hintergrund für die Auslegung und Fortentwicklung der Verträge bilden. Doch verfügt das europäische Recht über einen eigenen Bestand an Rechtsbegriffen und bestimmten Argumentationsregeln bzw. -mustern, die dieses als *europäisches* Recht identifizierbar machen und mithin räumlich abgrenzen. Formal gesehen ist die Grenze des Kontextes in seiner lokalen Dimension also zunächst einmal die Mitgliedschaft in der

10 »Sprachpraktisch« heißt in diesem Zusammenhang nichts anderes, als dass Sprache bzw. sprachliche Ausdrücke, über die wir kommunizieren und Sinn herstellen, ohne eine damit verbundene Praxis keine Bedeutung haben. Sprache ohne Tun ist inhaltsleer, und so etwas wie eine »Privatsprache« gibt es – wie Wittgenstein nachgewiesen hat – nicht. Anders herum gilt: Auch die Praxis, das Tun, hat keine Bedeutung außerhalb der Sprache und der in ihr gespeicherten Regeln und Konzepte; Wiener (2009) spricht in einem ähnlichen Zusammenhang treffend von einer »meaning-in-use« und stellt die Notwendigkeit heraus diese abzubilden; zu dem Begriff in den Internationalen Beziehungen siehe bereits Wel-des/Saco (1996: 373).

11 In rechtstheoretischer Perspektive und mit Blick auf die rechtstypischen Argumentations- und Begründungsformen vgl. etwa Alexy (1983; 1992) und Patterson (1999; 2001); mit Blick auf den EuGH insbes. Bengoetxea et al. (2001).

europäischen Rechtsgemeinschaft. Weiterhin ist es aber auch die Übernahme und Mitgestaltung von im europäischen Kontext gemeinschaftlich heraus- und fortentwickelten, praktisch wirksamen Rechtsdoktrinen, Auslegungsmethoden, Begründungsweisen, Argumentationsformen und Rechtsgewohnheiten.

b) Darüber hinaus ist Recht in modernen Gesellschaften – zumindest idealtypisch – *funktional* durch spezifische Geltungs- und Verarbeitungsregeln von anderen Kontexten unterscheid- und abgrenzbar (vgl. hierzu auch Schimank/Volkman 1999). Man muss dabei nicht so weit gehen, die Unterordnung des Handelns unter oberste Wertmaßstäbe in einem Kontext anzunehmen, wie Max Weber dies in seiner »verstehenden Soziologie« tat (grundlegend hierzu Weber 1922). Wohl muss es aber Kriterien geben, die eine Unterscheidung rechtlicher Prozesse von politischen, ökonomischen, religiösen etc. ermöglichen und eine Korrektur irrationalen oder nicht-rationalen Handelns in diesen funktional differenzierten Kontexten erlauben (Grimmel 2011a: 320). Diese werden vom Recht selbst bereitgestellt, indem es die Handelnden mit Handlungsgründen und -regeln versorgt, die auch rationales Handeln ermöglichen und für andere erkennbar machen. Die rationale Qualität des Handelns, die sich einem Akteur zuschreiben lässt, ist dabei immer Begründung und Rechtfertigung zugleich (Steinvorth 2002: 51). Schließlich können die Kriterien, die im Kontext eine Zuschreibung der rationalen Qualität des Handelns erlauben, nicht individuell bestimmbar sein. So lässt sich etwa in einem rechtlichen Verfahren *rationalerweise* auf (individuelle oder institutionelle) Interessen nur insoweit Bezug nehmen, als diese durch das jeweils geltende Recht gedeckt sind. Selbst wenn bestimmte Akteursinteressen also dem Handeln zugrunde liegen mögen, so können diese nur dann zur Begründung und Rechtfertigung herangezogen werden, wenn sie auch Bestandteil einer rechtlich-anerkannten Rationalisierung sind.

c) Schließlich unterliegen die in einem Kontext geltenden Begriffe und Regeln, allein durch deren Verwendung und ständige Anpassung an eine sich verändernde Welt, einem *temporalen* Wandel. Im Sinne der Wittgensteinschen Gebrauchstheorie der Bedeutung verformt sich die tatsächliche Bedeutung von Begriffen und Regeln des Rechts im Laufe der Zeit durch Entwicklungen in der damit assoziierten Praxis.¹² Für die Europäische Union trifft dies in besonderer Weise zu. Denn die generelle Unabgeschlossenheit und Offenheit, aber auch die schnelle (wenngleich nicht immer erfolgreiche) Weiterentwicklung, Erweiterung und Vertiefung kann schließlich als eines der markantesten Merkmale der Gemeinschaft gesehen werden. In diesem Sinne ist die Analyse des europäischen Rechts immer auch ein hermeneutisches Problem, weil das Recht und seine Rationalisierungsformen nicht unabhängig von seiner jeweiligen historischen Einbettung gesehen werden können.

Die Europäische Union ist aus dieser Perspektive nicht mehr nur als ein *Multilevel-Governance-System* zu verstehen, in dem sich politisches Handeln auf unterschiedlichen Ebenen und durch das Handeln verschiedener Institutionen vollzieht.

12 Wittgenstein entwickelt diesen Gedanken im Rahmen seines Sprachspiel-Konzepts: »Wenn sich die Sprachspiele ändern, ändern sich die Begriffe, und mit den Begriffen die Bedeutungen der Wörter« (Wittgenstein 1984: § 65).

Sie muss vor allem auch als ein »Multi-« oder sogar »Polykontext-System« begriffen werden,¹³ in dem jeder Kontext über einen eigenen Modus der Problemverarbeitung verfügt und sich durch eine bestimmte Form kontextueller Rationalität und Integration auszeichnet.¹⁴

Dieser Befund darf nicht so verstanden werden, dass sich unterschiedliche Kontexte nicht auch gegenseitig beeinflussen und eine politische Rationalität nicht auch im Recht und vice versa abgebildet würde. Im Gegenteil, hier wird argumentiert, dass in allen drei Dimensionen des Kontextes Verflechtungen nachzuweisen sind und dass ebendiese die Integration durch Recht entscheidend – wenngleich auf verschiedene Weise – beeinflussen. Selbst wenn das Bild eines Multi- oder Polykontext-Systems zunächst einmal Merkmale der Differenzierung herausstellt, so müssen die Kontexte des Handelns in einem hinreichend integrierten Gesellschaftssystem zugleich in einer Art und Weise miteinander verbunden sein, die eine Kommunikation – und nicht nur eine Irritation¹⁵ – untereinander erlaubt. Hier wird davon ausgegangen, dass diese Anschlussfähigkeit durch eine Form der »transklusiven«¹⁶ Verschränkung hergestellt ist.

4. Die Transklusionsthese

Der Begriff der *Transklusion* bezeichnet hier die indirekte, vermittelte Abbildung von Rationalisierungsformen und Ergebnissen eines Kontextes in einem anderen. Der Prozess der Abbildung erfolgt dabei durch den transkludierenden Kontext und mittels seiner eigenen sprachpraktisch¹⁷ geltenden Verarbeitungsregeln und Begriffe. Grundlage hierfür ist eine gegenseitige Verschränkung von zwei oder mehr spezifischen Kontexten, sodass eine Veränderung in einem Kontext notwendigerweise zu entsprechenden Veränderungen und Anpassungen in den übrigen Kontexten führt. Verschiedene Kontexte können dabei jeweils in ihrer funktionalen, temporalen und lokalen Dimension transkludiert werden. In jeder dieser Dimensionen ist die Beziehung von einem Kontext zu einem anderen nun weder inklusiv (im Sinne

13 Zur Polykontextualität in einem über die Europäische Union hinausgehenden Zusammenhang, vgl. auch Teubner (2011).

14 Beispielsweise mögen etwa Recht und Politik mit den gleichen oder ähnlichen Fragen und Problemstellungen konfrontiert sein. Der Schutz und die Sicherung sozialer Rechte auf europäischer Ebene etwa ist seit Längerem ein Thema, das sowohl in politischen Debatten, als auch in rechtlichen Verfahren aufkommt. Doch heißt dies nicht, dass Gerichte und ihre Vertreter/innen diese durch die eigene Überzeugung begründen, noch dass politische Akteure sich nur auf den positiven rechtlichen Rahmen berufen könnten, um Anhänger für ihre Position zu gewinnen.

15 Hierin ist ein deutlicher Unterschied gegenüber der Systemtheorie (vgl. etwa Luhmann 1998) zu sehen; vgl. in diesem Zusammenhang und ebenfalls kritisch gegenüber Luhmanns These der »Irritation«, jedoch mit Blick auf Aspekte einer Weltgesellschaft, auch Amstutz (2013) und Amstutz/Karavas (2009).

16 Der Begriff der Transklusion wurde in der Rechtswissenschaft erstmals von Beutler (2011) in die Debatten eingeführt. Er wird überdies in einer ähnlichen Bedeutung auch in der elektronischen Datenverarbeitung verwandt.

17 Siehe Fn. 10.

einer direkten Übernahme) noch exklusiv (im Sinne einer völligen Ausblendung), sondern durch einen Mechanismus der indirekten Einbeziehung der jeweils anderen Rationalisierungsformen und -ergebnisse charakterisiert. Andere Sinnzusammenhänge sind den Akteuren also, wenn sie sich in einem bestimmten Kontext bewegen, der Möglichkeit nach präsent – sie werden von ihnen mitgedacht und insofern *transkludiert*, ohne dass dabei die Möglichkeit einer unvermittelten Referenz auf außerkontextuelle Handlungsgründe bestehen würde.

Die These ist, dass es genau diese transklusive Form der lokalen (Abschnitt 4.1.), funktionalen (Abschnitt 4.2.) und temporalen (Abschnitt 4.3.) Verflechtung des europäischen Rechts ist, die unterschiedliche Integrationseffekte mit sich bringt. Letztere gehen jedoch aus dem Kontext des Rechts selbst hervor und sind nicht primär auf bestimmte Akteure oder ihre spezifischen Interessen zurückzuführen.

4.1. Lokale Transklusion

Auch wenn die Europäische Union zweifelsohne ein eigenständiges Rechtssystem konstituiert und im Rahmen der politischen und gerichtlichen Institutionen genuin europäisches Recht generiert wird, das das Leben in den Mitgliedstaaten heute maßgeblich mitbestimmt, so darf hierbei nicht übersehen werden, dass das Recht der EU nicht gänzlich unabhängig von dem Recht der Mitgliedstaaten existieren kann. Dies galt vor allem für die Anfangsjahre der Integration, in denen der Rechtsbestand der Gemeinschaft noch bedeutend mehr Lücken und Leerstellen aufwies. Dies gilt aber auch heute noch: Insbesondere der EuGH ist auf die Einbeziehung mitgliedstaatlichen Rechts angewiesen und beruft sich seit der Rechtssache *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) regelmäßig auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, die er gerade in sog. *Hard Cases*,¹⁸ bei unzureichender oder unklarer rechtlicher Regelung also, heranziehen *muss*, um dem Anspruch an einen lückenlosen Rechtsschutz gerecht werden zu können.¹⁹ Dabei sieht sich der Gerichtshof mit z.T. großen Unterschieden in der inhaltlichen Ausgestaltung einzelner Grundrechte, aber auch dem normativen Stellenwert dieser in den unterschiedlichen nationalen Verfassungstraditionen konfrontiert, die er mittels einer »wertenden Rechtsvergleichung« aufzulösen sucht. Darüber hinaus ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein wichtiger Referenzpunkt und Legitimationsquelle für die Grundrechtsentwicklung durch den EuGH. Welch zentrale Rolle der Menschenrechtskonvention hierbei zukommt, obwohl die

18 Diejenigen Fälle, in denen Rechtsfortbildung und -schöpfung notwendig werden, um eine Entscheidung zu ermöglichen.

19 So stellt der EuGH etwa in der Rechtssache *Schröder* (1989) mit Blick auf seine ständige Rechtsprechung fest: »Bei der Gewährleistung dieser Rechte [gemeint sind die Grundrechte] hat der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen, so daß in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtens anerkannt werden können, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen dieser Staaten geschützten Grundrechten« (Rz. 14 des Urteils).

EU daran nicht unmittelbar gebunden ist, stellte der EuGH bereits in Entscheidungen wie *Nold* (1973), *Hauer* (1979) oder *Hoechst* (1989) heraus. In dieser gegenseitigen Abhängigkeit und Verschränkung des Rechts in Europa, sowohl mit den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als auch mit der EMRK und ihrer Auslegung durch den EGMR, ist ein wesentlicher Unterschied sowohl zu föderalen Rechtssystemen einerseits und zum internationalen Recht andererseits zu sehen.²⁰

Entscheidend ist an dieser Stelle die Tatsache, dass das Recht, welches aus Rechtsauslegung und -fortbildung hervorgeht und das allgemein als Kern der Integration durch Recht begriffen wird, weder im Zuge einer direkten und unvermittelten Übertragung von Recht aus den Mitgliedstaaten entsteht (Inklusion), noch gänzlich ohne dieses auskommen oder sich davon abkoppeln kann (Exklusion). Vielmehr muss der Gerichtshof dafür sorgen, dass mittels einer vergleichenden Methode und durch Akte der (juristischen) Interpretation die mitgliedstaatlichen Rechts- und Verfassungstraditionen *transkludiert* werden, um die im Rahmen rechtlicher Verfahren aufkommenden Probleme und Fragestellungen entscheiden zu können und auch die erforderliche Akzeptanz – Weiler (1993: 419) spricht von einem »persuasion pull« and »compliance pull« – der Urteile sicherzustellen.

Dieses Phänomen ließ sich besonders deutlich gerade in den frühen Jahren der Integration beobachten, in denen der Gerichtshof noch auf keine unionsrechtliche Kodifizierung der Grundrechte zurückgreifen konnte und aufgrund dessen aus den mitgliedstaatlichen Verfassungen und der EMRK herleiten musste. Die Notwendigkeit der Rechtstransklusion und Rechtsfortbildung besteht aber auch heute fort. Da nämlich die gegenseitige Verschränkung der Rechtsordnungen in Europa inzwischen einen Grad erreicht hat, bei dem sich im nationalen Recht immer mehr Europarechtsbezüge ergeben und zugleich der EuGH mit immer komplexeren und weiter reichenden Fragen konfrontiert wird, so ist zu erwarten, dass sich auch weiterhin, gerade aus lokalen Transklusionseffekten, ein Impuls für eine Ausweitung und Vertiefung des europäischen Rechts ergibt. Denn die Zuhilfenahme von Rechtssystemen der Mitgliedstaaten wird oftmals notwendig, um die sich im Rahmen von aufkommenden Verfahren stellenden Fragen hineinreichend klären zu können. Der Gerichtshof muss in solchen Fällen versuchen Gemeinsamkeiten aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten herauszuschälen und diese dann in europäisches Recht transponieren. Hierbei wird das vormals nationale Recht jedoch zugleich zum Bestandteil des europäischen Rechts und kann fortan in anderen Fällen – auch ohne erneuten Rückgriff auf das Recht der Mitgliedstaaten – angewandt werden.

20 Zu den entsprechenden legitimatorischen Fragen, die an der Schnittstelle von internationaler und nationaler Gerichtsbarkeit entstehen sehr instruktiv jüngst von Bogdandy/Venzke (2014).

4.2. Funktionale Transklusion

Geht man davon aus, dass das Recht in modernen demokratischen Gesellschaften funktional von anderen Kontexten differenziert ist und auch, dass es Kriterien geben muss, die eine Unterscheidung rechtlicher Kontexte von politischen, ökonomischen, etc. und den dort stattfindenden Prozessen ermöglichen, so heißt dies nicht zugleich, dass sich das Recht völlig von diesen ablöst. Genauer gesagt *kann* das Recht andere Kontexte gar nicht exkludieren. Dies gilt besonders für die Politik. Schließlich ist die Rechtsauslegung, -anwendung und -fortbildung grundlegend von der Rechtssetzung abhängig. Gerade in der EU gilt dies aber vor allen Dingen auch für rechtliche Unklarheiten und Regelungslücken, deren Entstehung im Rahmen der hinlänglich bekannten institutionellen und politischen Verflechtungen der EU (hierzu grundlegend Scharpf 1985) und durch die z.T. schwierigen Aushandlungs- und Deliberationsprozesse begünstigt wird.

Trotz dieser generellen Abhängigkeit vom politischen Prozess kann die Rechtsanwendung entsprechende Formen der Rationalisierung jedoch nicht unvermittelt einbeziehen, also inkludieren. Dies gilt selbst dann, wenn die Fragen, die an den Europäischen Gerichtshof herangetragen werden, im Rahmen der politischen Verfahren nicht oder nicht hinreichend entschieden werden konnten und von ihrer Natur her zu fundamental sind, als dass sie abschließend von einem obersten Gericht auf Fallbasis entschieden werden sollten. Dieser Prozess lässt sich mithin am treffendsten als ein solcher der funktionalen Transklusion beschreiben. Denn rechtliches Entscheiden ist kein politisches, auch wenn die zugrunde liegenden Problemstellungen in beiden Handlungsarenen dieselben sein mögen. Aus politischen Prozessen hervorgehende Leerstellen und Unklarheiten in Rechtsakten der EU sind viel eher, sobald sie in rechtlichen Verfahren auftreten, politischen Formen der Rationalisierung weitestgehend entzogen. Sie sind Teil rechtlicher Verfahren und juristischer Verarbeitungsregeln geworden und müssen dort auf der Grundlage einer geteilten Rechtspraxis, in der gemeinsame Regeln der rechtlichen Rationalisierung Anwendung finden, verarbeitet werden.

Integrationseffekte durch funktionale Transklusion werden möglich und sind gerade dann zu erwarten, wenn Fälle den EuGH erreichen, bei denen die zur Entscheidung notwendige Rechtsgrundlage in den europäischen Verträgen, Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen unzureichend bzw. unklar ist oder aber durch die Mitgliedstaaten nicht hinreichend umgesetzt wurde. Genau in diesen Fällen nämlich wird in der Regel eine gerichtliche Klärung im Einzelfall erforderlich und führt häufig auch zu Vorabentscheidungsverfahren oder Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH oder EuG.²¹ Interessanterweise betrifft dies in der Regel gerade solche Politikbereiche, die aus unterschiedlichen Gründen strittig sind und im Gesetzgebungsprozess aufgrund von Interessengegensätzen nicht oder nicht hinreichend geregelt werden konnten. Folglich sind es gerade politische Pattsituationen oder der Rückzug auf das Prinzip der »konstruktiven

21 Gericht der Europäischen Union; vor dem Vertrag von Lissabon Gericht Erster Instanz.

Ambiguität«,²² die geeignet sind, eine rechtliche Transklusion nach sich zu ziehen. Denn ein daran anknüpfendes gerichtliches Entscheidungsverfahren kann in der Regel keine bloße Rechtsanwendung mehr zur Grundlage haben, sondern macht überdies auch eine Rechtsfortbildung erforderlich, die insofern weiter greift, als das bestehende Recht und auf diesem Wege eine Ausweitung und Vertiefung des europäischen Rechts mit sich bringt.

4.3. Temporale Transklusion

Zu jeder Zeit war das europäische Unionsrecht²³ bestimmt von den historischen Umständen, in denen es entstand. Dies galt und gilt insbesondere für die europäische Rechtsprechung, die in den frühen Jahren der Einigung etwa – durch die unmittelbare Nähe der Kriegsjahre – noch deutlich von einem juristischen Selbstverständnis getragen war, dem zufolge auch die Rechtsanwendung einen Friedendurch-Integration sicherstellen sollte.²⁴ Auch wenn hierbei kein Konsens darüber bestand, ob sich Europa damit auf ein föderales Gleis begeben hatte, so stimmte man doch mit dem ersten Kommissionspräsidenten, Walter Hallstein (vgl. etwa 1979), überein, der bereits früh erkannt hatte, dass eine Gemeinschaft aus Rechtsstaaten letztlich nur eine Rechtsgemeinschaft sein kann. Unabhängig von einem gewissen »Zeitgeist«, der sich in der Perception der Richterschaft widerspiegeln und seinen Ausdruck in der Rechtsprechung finden mag (vgl. Cohen/Vaucheze 2008; 2011), besteht hier aber auch eine inner-rechtliche temporale Abhängigkeit: Richterliches Entscheiden ist nämlich in jedem demokratischen Rechtssystem grundlegend von vorhergehenden, anderen aktuellen und am Horizont erscheinenden Rechtsfällen und Entscheidungen abhängig.²⁵ Ohne ein Mindestmaß an Kohärenz in der Rechtsprechung würden jedenfalls kaum Rechtssicherheit und das erforderliche Vertrauen in die Rechtsordnung entstehen können. Dies bedeutet zweifelsohne immer auch eine gewisse »Trägheit der europarechtlichen Masse« und eine Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung (vgl. auch Schmidt 2012). Oder wie ein Richter des EuGH es anschaulich beschreibt: »The Court is like an oil tanker. It moves extre-

22 Hierbei bevorzugt man eine derart bedeutungsoffene Formulierung, so dass die Zustimmung der beteiligten Parteien sichergestellt werden kann, weil im Nachhinein ein höchstmögliches Maß an politischen (!) Deutungsmöglichkeiten bleibt und so zunächst einmal keine direkten Verpflichtungen entstehen.

23 Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit ausschließlich die aktuell geltende Bezeichnung »Unionsrecht« verwandt – und nicht die bis zum Vertrag von Lissabon übliche Bezeichnung des »Gemeinschaftsrechts«.

24 Vgl. hierzu etwa die Auffassung von Pierre Pescatore (1972), Richter am EuGH in den Jahren 1967-1985.

25 Dies ist vor allem in dem durch Präzedenzfälle und Richterrecht geprägten *Common Law* von Bedeutung, jedoch im kontinentaleuropäischen Rechtskreis des *Civil Law* ebenfalls nicht unbedeutend. Das europäische Recht muss in gewisser Weise als ein Hybrid zwischen beiden Rechtskreisen gesehen werden, basiert also sowohl auf legislativen, exekutiven, aber eben auch zu einem bedeutenden Teil auf gerichtlichen Entscheidungen.

mely slowly, which is probably right, [because] you do not want a court going zig-zag all the time.«²⁶

Auch hier zeigt sich nun eine Logik, die sich am besten als eine (zeitliche) Transklusion beschreiben lässt: Eine Inklusion ist zum einen dadurch ausgeschlossen, dass Rechtsentscheidungen nicht einfach bestehende Urteile reproduzieren können. Denn trotz möglicherweise vergleichbarer Sachlage, ist jeder Fall anders. Und selbst auf der Grundlage von Präzedenzen ist eine interpretative Leistung erforderlich, um die Verbindung zu der aktuellen Rechtssache herzustellen. Zum anderen werden im Rahmen von Rechtsverfahren in der Regel nur diejenigen Fragen entscheidbar, die von den Streitparteien aufgebracht werden. Sich abzeichnende Problemlagen lassen sich dementsprechend zwar voraussehen, jedoch – anders als in der Politik – kaum vorwegnehmen. Eine zeitliche Exklusion – im Sinne eines punktuellen Entscheidens – ist aber ebenfalls nicht praktikabel, weil rechtliche Beschlüsse nicht völlig isoliert, ohne Rücksicht auf deren Folgen, fassbar sind. Jedenfalls lassen sich diese nicht regelmäßig entgegen der ständigen Rechtsprechung begründen. Der Prozess ist viel eher transklusiver Natur, insofern er nämlich in zeitlicher Hinsicht immer auch durch die notwendige Anbindung des Entscheidens an zuvor entschiedene, andere aktuelle oder sich am Horizont abzeichnende Rechtssachen mitbedingt ist. Die für die Integration Europas relevante Wirkung, die durch diese Form der temporalen Transklusion ermöglicht wird, ist in erster Linie stabilisierender Natur. Es lassen sich also weniger Effekte der europarechtlichen Erweiterung und Vertiefung als vielmehr bestimmte Pfadabhängigkeiten erwarten, die sich aus dem Erfordernis ergeben, eine übergreifende Kohärenz der Rechtsprechung im Lauf der Zeit zu wahren. Gleichwohl sind diese Pfadabhängigkeiten, wie an späterer Stelle gezeigt wird, in ihrer Wirkung erheblich und bestimmen die Fortentwicklung der Integration entscheidend mit.

5. Die Grundrechtsrechtsprechung des EuGH und die Vervollständigungstendenz des Rechts

Bis zu diesem Punkt ist der hier vorgeschlagene kontextualistische Ansatz weitgehend Theorie geblieben. Dass die beschriebenen transklusiven Verflechtungen tatsächlich geeignet sind, den Gang der Rechtsintegration mitzubestimmen und in welcher Form dies der Fall ist, wird in diesem Abschnitt anhand der aktuellen Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundrechte gezeigt. Besonders interessant ist eine Untersuchung dieses Gebietes der Rechtsprechung vor allem deshalb, weil es von den Mitgliedstaaten nach wie vor als ein Kernbereich ihrer Souveränität begriffen wird und, neben dem Staatsorganisationsrecht, üblicherweise ein Hauptteil moderner Verfassungen darstellt. Zudem handelt es sich bei der Grundrechtsrechtsprechung um ein Feld, in dem gerade in den letzten Jahren eine Vielzahl richtungsweisender Entscheidungen getroffen wurden, wie etwa *Viking* und *Laval* (bei-

²⁶ Anonym, persönliches Interview, geführt vom Verfasser, Luxemburg im April 2011.

de 2007), *Kadi* (2008), *Åkerberg Fransson* (2013) und die beiden jüngsten Urteile zum Datenschutz in den Rechtssachen *Digital Rights Ireland* und *Google / Agencia Española de Protección de Datos* (beide 2014). Auch wenn hier also nur ein Ausschnitt der neueren Grundrechtsrechtsprechung des EuGH diskutiert werden kann, so ist dieser, hinsichtlich der Integration durch Recht, hochrelevant. Zugleich ist es aber auch ein Bereich, der von der Integrationstheorie bislang weit weniger untersucht wurde als etwa die Rechtsprechungslinien, die explizit das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht betreffen. Hier wird, der bisherigen Argumentation folgend, die Rechtsprechung mit Blick auf die sich in lokaler, funktionaler und temporaler Dimension ergebenden Transklusionseffekte betrachtet.

5.1. Die Vervollständigungstendenz des europäischen Rechts durch lokale Transklusion

Garantie und der Schutz der Grundrechte bilden den Kern einer jeden demokratisch verfassten politisch-rechtlichen Ordnung. Dies gilt für die Mitgliedstaaten genauso wie für die Europäische Union selbst. Auch wenn Zweifel an der demokratischen Verfassung der EU angebracht sein mögen, so ist unstrittig, dass das Voranschreiten der Integration nicht zu einer Erosion demokratischer und grundrechtlicher Standards führen darf. Umso bemerkenswerter ist die Tatsache, dass die Europäische Union bis zum Vertrag von Lissabon (2009) über keinen geschriebenen Grundrechtskatalog verfügte. Schließlich waren im Laufe des Integrationsprozesses immer mehr Entscheidungsbefugnisse auf die Gemeinschaft übergegangen. Da die dort entstehenden Rechtsakte aber keiner generellen Kontrolle durch die nationalen Verfassungsgerichte mehr unterlagen, war der Transfer von politischen Befugnissen auf die europäische Ebene geeignet, eine Erosion des Grundrechtsschutzes zu bewirken.

Um einer solchen Grundrechtserosion entgegenzuwirken, begann der EuGH bereits früh in Fällen wie etwa *Stauder* (1969), *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), *Nold* (1970) oder *Hauer* (1979) mittels Rechtsvergleich und auf Fallbasis immer weitere Grundrechte aus den nationalen Verfassungen, aber auch der EMRK herauszuschöpfen und per Fallrecht zu allgemeiner Geltung zur verhelfen. Dieser »europäische Weg« der Grundrechtsgenese hat einen flickwerkartigen Charakter des Rechtsschutzes hervorgebracht. Vor allem hat er jedoch zu einer umfassenden Verschränkung mit den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen geführt. Denn um überhaupt entscheiden zu können, musste der EuGH die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten transkludieren, d.h. einbeziehen und auf europäischer Ebene abbilden, ohne diese dabei unvermittelt übernehmen zu können, zumal ein direkter Zugriff durch die Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung ausgeschlossen ist.

Die Notwendigkeit auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen zurückzugreifen, um überhaupt entscheiden zu können, zeigt sich beispielhaft in den neueren Grundsatzentscheidungen zur Nicht-Diskriminierung wie *Kücükdeveci*

(2010, Altersdiskriminierung) oder *Test-Achats* (2011, Grundsatz der Gleichbehandlung). Sie sind zugleich vorläufige Endpunkte einer langen Reihe von Urteilen in diesem Bereich, deren Ausgangspunkt die Rechtssache *Defrenne* (1976/78) bildet, in welcher der EuGH das Prinzip der Nicht-Diskriminierung (hier zwischen Frauen und Männern) als zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehörend anerkannte und ausdifferenzierte. Auch die viel kritisierten Urteile in *Viking* und *Laval*, die explizit auf die Europäische Sozialcharta (1961), die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (1989) und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts Bezug nehmen, um ein Streikrecht zu begründen, wären nicht entscheidbar gewesen, wenn der EuGH nicht auch immer wieder gemeinsam anerkannte Rechtsquellen transkludiert hätte und diese als allgemeine Grundsätze einbezogen hätte. Gleiches gilt für den Fall *Brüstle* (2011), in dem es im Kern um nicht weniger als den Schutz der Menschenwürde und das Recht auf Leben in Hinblick auf ein Verfahren zur Stammzellengewinnung ging. Auch hier wurde ein Rekurs auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten erforderlich, da beide Rechte zwar in der Grundrechtecharta kodifiziert sind, jedoch noch nicht rechtsverbindlich waren, als das Urteil gesprochen wurde.

Eine lokale Transklusion zeigt sich in der Grundrechtsrechtsprechung des Gerichtshofs also auf der einen Seite in der seit Langem bestehenden Notwendigkeit der Einbeziehung von in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechtsnormen, ohne darauf jedoch unvermittelt zugreifen zu können. Selbst das Inkrafttreten der Grundrechtecharta und der zunehmende Rückgriff darauf²⁷ wird hieran im Prinzip nichts ändern. Denn eine Vielzahl der in der Charta kodifizierten Normen hat bisher noch keine Auslegung auf Unionsebene erfahren. So ist der EuGH weiterhin auf das »Rechtswissen« der Mitgliedstaaten angewiesen, um die rechtlichen Bestimmungen inhaltlich zu füllen und auszulegen. Und in den übrigen Fällen, in denen also bereits Fallrecht geschaffen wurde (etwa bei den allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nicht-Diskriminierung), wird er kaum oder nur schrittweise von seiner in ständiger Rechtsprechung wiederholten Interpretationen und Auslegungen abweichen können.

Auf der anderen Seite besteht jedoch auch eine zunehmende Transklusion von europäischem Recht in den Mitgliedstaaten, die unabhängig von der direkten Einwirkung politisch-legislativer Rechtsakte seine Wirkung entfaltet. So sind etwa die Erwartungen, die sich auf die bereits seit Maastricht bestehende Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) und den daraus hervorgehenden Rechtsschutz richten, in den letzten Jahren deutlich gewachsen. Sie führen zu immer mehr Fällen, die eine Konkretisierung der Frage nach den damit verbundenen Rechtspositionen betreffen. So argumentieren von Bogdandy et al. (2012) etwa, dass der Auslegung und inhaltlichen Ausgestaltung des neuen »Wertartikels« (Art. 2 EUV) in Zukunft eine entscheidende Bedeutung für die Kontrolle mitgliedstaatlichen Handelns gegenüber

27 So beruft sich der EuGH etwa in den neueren Urteilen zum Datenschutz (insbes. in *Digital Rights Ireland* und *Google / AEPD*) vor allem auf die Bestimmungen der Grundrechtecharta.

seinen Bürgern zukommen könnte. Mit Blick auf den Streit um die ungarischen Verfassungsreformen der Regierung um Viktor Orbán, die vor dem EuGH etwa in der Rechtssache *Kommission / Ungarn* (2012) verhandelt wurden, spiegelt sich diese Tendenz einer zunehmenden Einbeziehung des Europarechts bereits deutlich wider.

Dabei ist die vermehrte Kontrolle staatlichen Handelns am Maßstab der Unionsgrundrechte längst keine mehr, die nur von der Europäischen Kommission – quasi von oben herab – vorangetrieben wird. Viel eher ist absehbar, dass es in den kommenden Jahren immer häufiger die europäischen Bürger selbst sein werden, die Erwartungen an einen umfassenden grundrechtlichen Schutz an die Europäische Union herantragen.²⁸ Denn unter dem Vorzeichen eines umfassenden Grundrechtsschutzes dürfen, wie der EuGH jüngst in den Entscheidungen *Åkerberg Fransson* (2013) und *Pfleger u. a.* (2014) deutlich hervorhebt, keine Fälle denkbar sein, die zwar in den Geltungsbereich des Unionsbereichs fallen, ohne dass jedoch die Grundrechte anwendbar wären. Auch hier wird in Zukunft die Unionsbürgerschaft von besonderer Bedeutung sein, da sie zwischen Bürgern und Union explizit ein Rechtsverhältnis begründet, das Pflichten, aber eben auch (Grund-)Rechte beinhaltet.

Die Wirkungskraft und Reichweite, die die Unionsbürgerschaft durch eine Verknüpfung mit den Unionsgrundrechten hierbei künftig haben könnte, lässt sich bereits an einer Rechtssache wie *Rottmann* (2010) ersehen, in der der EuGH darüber zu entscheiden hatte, ob die Rücknahme einer durch Täuschung erschlichenen Einbürgerung zum Verlust der Unionsbürgerschaft führen kann; oder in *Zambrano* (2011), wo es um die Frage der Rechtmäßigkeit der Abschiebung der Eltern eines Kindes mit Unionsbürgerschaft ging.²⁹ Als transklusiv lässt sich diese Entwicklung insofern begreifen, als die Bürger ihre Erwartungen an einen umfassenden Grundrechtsschutz – den sie bisher nur von ihrem demokratischen Rechtsstaat erwarten konnten – nun zunehmend in das Unionsrecht projizieren. Sie versetzten sich also tatsächlich in die Rolle des Unionsbürgers, um die Rechte, die ihnen in ihrem Heimatstaat möglicherweise zu Unrecht verwehrt wurden, durch die Gemeinschaft zugesprochen zu bekommen.

Im Ergebnis zeigt sich demnach eine doppelte transklusive Verschränkung, die das alte Bild zweier Rechtsebenen, die man durch eine restriktive Gesetzgebung, das Errichten von »Stoppschildern« (Kocher 2009: 40) in den Verträgen oder aber einen »judicial watchdog«³⁰ (Herzog/Gerken 2008: 8) voneinander trennen könnte, als eine Chimäre erscheinen lässt. Viel zu eng sind heute bereits die lokalen Trans-

28 Zu der Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Unionsrechts vgl. auch bereits Masing (1997).

29 In *Zambrano* war nämlich ein grenzüberschreitender Bezug allenfalls indirekt ableitbar, was allerdings nicht zur Unanwendbarkeit der Unionsbürgerschaft und einem damit verbundenen Kernbestand von Rechten führte; vgl. in diesem Zusammenhang auch bereits die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Zhu und Chen* (2004) und ferner auch die Folgerechtsprechung in *McCarthy* und *Dereci* (ebenfalls beide 2011).

30 Gemeint ist eine dem EuGH übergeordnete, wohl intergouvernementale Überwachungs- und Kontrollinstitution.

klusionen zwischen Europarecht und dem Recht der Mitgliedstaaten, als dass diese sich noch voneinander lösen ließen.

Wichtiger ist jedoch die Einsicht, dass das europäische Recht zwingend auf das Recht der Mitgliedstaaten angewiesen ist, um bestehen zu können. Mit anderen Worten, paradoxerweise muss die europäische Rechtsordnung sich dem staatlichen Recht öffnen und dieses miteinbeziehen, gerade um dem Anspruch einer eigenständigen und in sich geschlossenen rechtlichen Ordnung gerecht werden zu können. Und es ist die Transklusion des Rechts, die diesen Spagat ermöglicht. So stellt sich die expansive Tendenz des europäischen Rechts in der lokalen Dimension weniger als Ausdruck eines ungerechtfertigten Aktivismus des EuGH dar, sondern eher als eine *Vervollständigungstendenz* einer unfertigen und noch immer lückenhaften europäischen Rechtsordnung. Gerade im Bereich der Grundrechte kommt diesem Prozess dabei eine wichtige Funktion zu, nämlich einer Erosion des Rechtsschutzes entgegenzuwirken, die durch den stetigen Transfer politischer Entscheidungsmacht auf die europäische Ebene droht. Eine Eindämmung oder gar Beschneidung der Kompetenzen des EuGH erscheint vor diesem Hintergrund weder durchführbar noch wünschenswert.

5.2. Die Verlagerung von politischen Fragen auf das Recht durch funktionale Transklusion

Eine Vielzahl der Grundrechtsfälle, die in den letzten Jahren das Europarecht bestimmten, sind ganz offensichtlich das Ergebnis unzureichender gesetzlicher Regelungen gewesen, die zu einer Verlagerung von politischen Fragen auf die Rechtsanwendung geführt haben. In den zuvor genannten Rechtssachen *Küçükdeveci* und *Test-Achats* war es etwa die ungenügende Umsetzung zweier Richtlinien durch staatliche Stellen,³¹ die ein Verfahren vor dem EuGH nach sich zog.

Viking, *Laval*, *Rüffert* (2008) und *Santos Palhota* (2010) waren vor allem eine Folge der EU-Erweiterungsrunden in den Jahren 2004 und 2007, die zu einer weitgehenden Öffnung des gemeinsamen Marktes für Niedriglohnarbeit geführt hatten und in der Folge Fragen des »sozialen Europas« aufwarfen, welche aber zugleich von der Politik unbeantwortet blieben. Dies betraf indirekt auch die mitgliedstaatliche Politik. In *Laval* und *Rüffert* hätten Schweden und Deutschland nämlich durch einen Konflikt durch die Einführung von Mindestlohnsätzen entgegenwirken können, wie dies im Übrigen bereits die im Jahr 1997 in Kraft getretene »Arbeitnehmerentsenderichtlinie« (96/71/EG) vorsah. Da dies aber offenbar politisch nicht gewollt oder machbar war, entstanden Spannungen, die ihren Ausdruck zunächst in Arbeitskämpfmaßnahmen fanden (in *Laval* geschah dies etwa in Form einer gewerkschaftlich organisierten Baustellen-Blockade, um eine in Schweden tätige let-

31 Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf) und Richtlinie 2004/113/EG (Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen).

tische Baufirma zur Zahlung höherer Löhne zu bewegen), dann zu Rechtsverfahren führten und schließlich auch den EuGH über Vorabentscheidungsersuchen (gem. Art. 267 AEUV) beschäftigten.

Im Fall *Brüstle* wiederum war das Problem nicht in erster Linie eine unzureichende Umsetzung von Unionsrecht durch die Staaten, sondern die mangelnde Bestimmtheit der »Biopatentrichtlinie« (98/44/EG), die zwar die »Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken von der Patentierbarkeit« (Rn. 42) ausschloss, jedoch völlig offenließ, was unter dem Begriff des Embryos genau zu fassen ist. So wurde eine konkretisierende Auslegung durch den EuGH unumgänglich, als die Frage aufkam, ob bereits embryonale Stammzellen in den Schutzbereich der Richtlinie und der Unionsgrundrechte fallen.

In *Kadi* (2008) und *Melli Bank* (2009, 2012) schließlich drohte die Aushöhlung von Grundrechtspositionen (namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör und eine effektive gerichtliche Kontrolle) auf Ebene der Gemeinschaft und auch der Staaten. Denn durch die Verlagerung politisch-administrativer Entscheidungen auf den UN-Sicherheitsrat (hier im Falle sog. *Smart Sanctions*) zwecks der Terrorismusbekämpfung waren unweigerlich Hohlräume im Individualrechtsschutz entstanden, da das Handeln des Sicherheitsrats bislang keiner gerichtlichen Kontrolle im Rahmen der Vereinten Nationen unterliegt.

Mit Blick auf die Grundrechtsrechtsprechung der letzten Jahre lässt sich also feststellen, dass die zugrunde liegenden Probleme und Fragen erst das Recht erreichten, nachdem sie zuvor explizit Teil politischer Rationalisierung gewesen waren, jedoch hier nur unzureichend gelöst bzw. umgesetzt wurden. Es wäre folglich nicht gerechtfertigt, davon auszugehen, dass der EuGH seinen Einfluss in Bereiche ausdehnte, die eigentlich dem politischen Prozess vorbehalten bleiben mussten. Eher entstanden Situationen, in denen der EuGH handeln und insoweit Rechtsfortbildung betreiben musste, als dies geboten war, um Rechtssicherheit herzustellen. Noch deutlicher, nicht ein aktivistischer Gerichtshof und sein auf Expansion angelegtes Handeln, sondern die Versäumnisse nationaler und europäischer Politik haben zu einer Verlagerung originär politischer Fragen auf die Rechtsanwendung geführt.

Eben diese Verlagerung hat nun nicht nur, aber besonders im Bereich der Grundrechte ein bedenkliches Maß angenommen. Problematisch ist dabei weniger die Tatsache, dass der EuGH überhaupt Fragen entscheidet, denen man eine gewisse politische Dimension nicht absprechen kann. Denn dies hebt weder die idealtypische noch tatsächliche Unterscheidung von rechtlicher und politischer Rationalisierung auf – jedenfalls solange spezifische und kontexttypische Regeln und Begriffe (etwa bestimmte Formen der Argumentation im Bereich des Rechts)³² oder konstitutive Merkmale (etwa die »Entscheidung über die Entscheidung« in der Politik)³³ eine Abgrenzung ermöglichen. Und hier unterscheidet sich der Europäische Gerichtshof auch gar nicht wesentlich von den staatlichen Verfassungsgerichten.

32 Vgl. Grimm 2012: 528-534.

33 Vgl. Grimm 2013: 302-308.

Gleichwohl verfügen Letztere in der Regel über eine sehr viel übersichtlichere, gefestigtere und weniger widersprüchliche rechtliche Basis, auf denen sie ihre Urteile gründen können.

Auch sind Ausmaß und Regelmäßigkeit dieser Verlagerung von politischen Fragen auf das Recht in den Mitgliedstaaten bei Weitem nicht so ausgeprägt wie auf europäischer Ebene. Dass diesem Prozess heute nicht nur im Bereich der Grundrechte eine gewisse Systematik innewohnt, kommt in den Ausführungen der langjährigen Europaparlamentarierin und ehemaligen Justizministerin Österreichs, Maria Berger, zum Ausdruck, die im Jahr 2009 zur Richterin am EuGH ernannt wurde und sowohl den legislativen wie auch judikativen Prozess in der EU 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 dies hineinschreiben und der Gerichtshof wird es schon eines Tages auslegen«³⁴

Was sich hier im Ergebnis feststellen lässt, ist, dass nicht nur das Recht generell von den Ergebnissen der politischen Entscheidungsfindung abhängig ist und z.T. Fragen über rechtliche Verfahren transkludiert, die an sich Teil demokratischer Deliberation bleiben müssten – dies gilt für die Grundrechte, die in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat oder aber den Staatenverbund sind, ganz besonders. Zugleich hat sich die Politik in Europa auch darauf eingestellt, dass der EuGH Fälle generell nicht zurückweisen kann (es gilt ein generelles Rechtsverweigerungsverbot, franz.: *déni de justice*). Die Politik transkludiert das Recht hier also ebenfalls und insofern, als die politischen Institutionen und Entscheidungsträger damit rechnen, dass die Rechtsprechung im Rahmen von aufkommenden Fällen das klären wird, was sie im Unklaren lassen. Und sie lassen Dinge im Unklaren, weil sie wissen, dass der EuGH an ihrer statt entscheiden muss. So sind es nicht zuletzt die Unzulänglichkeiten der politischen Problemlösungsfähigkeit und die legitimen Erwartungen an die Vollständigkeit der Rechtsordnung seitens der europäischen Bürger, die den Motor der Integration durch funktionale Transklusionen am Laufen halten.

5.3. Die Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung durch temporale Transklusion

Sowohl die Vervollständigungstendenz (durch lokale Transklusion) als auch die Verlagerung von politischen Entscheidungen auf das Recht (als Ergebnis funktionaler Transklusion) sind offenbar geeignet, eine gleichzeitige Erweiterung und Vertiefung des Unionsrechts zu bewirken. Im temporalen Kontext ist eine solche Wirkung weit weniger zu erwarten gewesen und lässt sich mit Blick auf die neuere

34 Maria Berger, persönliches Interview, geführt vom Verfasser, Luxemburg, 05.04.2011.

Grundrechtsrechtsprechung auch nicht ersehen. So ist aus den jüngeren Grundsatzentscheidungen zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte wie *Estov* (2010) und *Åkerberg Fransson* nur schwerlich ein Integrationsschub herauszulesen. Auch wenn gerade letzteres Urteil z.T. mit einiger Aufregung diskutiert wurde, statuiert es doch im Kern nur die unspektakuläre Tatsache, dass das Handeln der Mitgliedstaaten »den Anforderungen genügen muss, die sich aus den in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechten ergeben« (Rn. 18), wenn der »Geltungsbereich des Unionsrechts« (Rn. 21) berührt ist.

In den viel beachteten Rechtssachen *Schecke* (2010),³⁵ *Kücükdeveci*, *Brüstle* und *Test-Achats* geht der EuGH ebenfalls nicht über die Beantwortung der Vorlagefragen hinaus, sondern belässt die Einzelfallentscheidung bei den vorliegenden nationalen Gerichten. Die weitreichenden Entscheidungen in *Kadi* und *Melli Bank* stellen sich wiederum geradezu als Spiegelbild der frühen Rechtsprechung in *van Gend & Loos* und *Costa / ENEL* dar; nur dass der EuGH dieses Mal die Autonomie der Unionsrechtsordnung nach außen feststellt. Sie sind insofern eher Fortsetzungen als Brüche mit der bestehenden Praxis – allerdings mit dem bedeutenden Unterschied, dass sich das Gericht nun auf die Unionsgrundrechte berufen konnte und die strittige Maßnahme ihren Ursprung in einem Sicherheitsratsbeschluss der Vereinten Nationen hatte. Eine ungerechtfertigte Erweiterung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts durch die Rechtsprechung lässt sich aber zumindest in dieser Hinsicht in den genannten Rechtsfällen nicht feststellen.

Was sich jedoch gerade im Bereich der Grundrechte umso deutlicher zeigt, ist eine starke und letztlich unbefriedigende Abhängigkeit von früheren Rechtsentscheidungen und -doktrinen. Diese besteht insbesondere hinsichtlich einer ungleich stärker elaborierten und dementsprechend dominanten Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, die zweifelsohne in erster Linie immer Marktfreiheiten waren. Die Grundfreiheiten des gemeinsamen europäischen Marktes wurden nämlich nicht nur sehr viel früher textlich kodifiziert als die Grundrechte, sondern auch zum Vehikel der seit Mitte der 1980er Jahre erstrebten Binnenmarktintegration gemacht. Im Gegensatz zu den Grundrechten waren die Grundfreiheiten mithin für viele Jahre das Kernstück der Integration. Entsprechend war es nicht etwa eine Grundrechtsunion, die im Jahr 1992 in Art. 2 des EG-Vertrages zum Fundament der neu zu belebenden Integration gemacht wurde, sondern »die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion«. So weist der ehemalige Präsident des Bundesarbeitsgerichts, Helmut Wißmann, völlig zu Recht darauf hin, dass es bislang die Marktfreiheiten und eben nicht die Grundrechte gewesen sind, die »das konstituierende Element der EG« (2009: 150) bildeten. Vor diesem Hintergrund kann es dann aber auch nicht wirklich verwundern, dass der EuGH in *Viking*, *Laval*, *Riffert*, *Santos Palhota* und ähnlichen Fällen die »Grundfreiheiten an den ersten Platz« (Rebhahn 2008: 115) setzt und das Recht auf Arbeitskampfmassnahmen

35 In diesem Fall ging es um den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und die Veröffentlichung von Informationen über die Empfänger von Agrarbeihilfen.

(insbesondere Streik) lediglich als eine Schranke der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit konzipieren kann. Selbst wenn also die Ergebnisse der Rechtsprechung nicht zufriedenstellen, weil sie bislang ein eklatantes Ungleichgewicht zwischen einem Europa des Marktes und dem Europa der Bürger fortbestehen lassen, so ist dies besonders auch auf die politische Grundentscheidung der Anfangsjahre der Integration zurückzuführen, das neue Europa auf dem Rücken der wirtschaftlichen Integration zu errichten.

Die Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung, die dies nach sich gezogen hat, ist hierbei maßgeblich durch die rechtsimmanente Notwendigkeit bedingt, einzelne Urteile nicht im Widerspruch mit früheren oder anderen aktuellen Rechtsentscheidungen erscheinen zu lassen. So finden sich in Fällen wie *Viking*, *Laval*, *Kadi*, *Melli Bank* und *Åkerberg Fransson* bis zu 48 Verweise auf frühere Entscheidungen und die ständige Rechtsprechung. Dieses Heranziehen von unterschiedlichen Rechtsdoktrinen aus früheren Fällen ist dabei nicht ohne Kritik geblieben (siehe etwa Barnard 2008: 492). Gleichwohl ist der daraus entstehende »collage effect« (Azoulay 2008: 1339) nicht als bloße juristische Leibesübung abzutun. Vielmehr ist darin ein Kernstück der Arbeitsweise des EuGH zu erkennen, das ein unverzichtbares Maß an Rechtssicherheit, an Überprüfbarkeit und vor allem an Konstanz und Kohärenz garantiert.

Weitaus weniger bedeutsam, wenn auch nicht unwichtig, ist vor diesem Hintergrund die Transklusion und Vermeidung von möglicherweise aus der Rechtsprechung resultierenden unerwünschten Nebeneffekten. Es besteht mithin nicht nur eine Abhängigkeit von bereits entschiedenen Rechtsfällen, sondern die Rechtsprechung ist gleichsam zu einem vorausschauenden Entscheiden angehalten. Ein Beispiel für die Bedeutung einer auf künftige Fallkonstellationen gerichteten Transklusion ist die Rechtssache *Josemans / Burgemeester van Maastricht* (2010). Hier war nämlich u.a. die Frage aufgekomen, ob und ggf. inwieweit Cannabis unter den Schutz der Warenverkehrsfreiheit fällt. Eine Anerkennung entsprechender Produkte als Waren im Sinne des Unionsrechts – die der EuGH im Übrigen ablehnte – wäre zweifelsohne geeignet gewesen, weite Bereiche der mitgliedstaatlichen Drogenpolitik auszuhöhlen, und hätte infolgedessen schwer kontrollierbare Folgen gehabt. Kurz: Gerichtliches Entscheiden kann in der Regel nicht punktuell erfolgen, sondern muss bereits erwartbare Konsequenzen mit einrechnen und abwägen.

Temporale Transklusion stellt sich somit zunächst einmal als ein grundlegendes Erfordernis dar, um die Nachvollziehbarkeit und Akzeptabilität der Rechtsauslegung im Laufe der Zeit sicherzustellen und nicht gar ein schizophreses Bild der Rechtsprechung entstehen zu lassen. Sie hat gerade im Bereich der Grundrechtsprechung zu einer deutlichen Pfadabhängigkeit geführt. Zugleich tritt dadurch aber auch die Notwendigkeit einer rechtlichen und politischen Folgenkontrolle in den Vordergrund. Im Ergebnis wirken Transklusionseffekte in der zeitlichen Dimension des Kontextes weniger als treibendes Element der Integration, wohl aber werden dadurch bestimmte Wege vorgegeben und andere versperrt.

6. Schluss

Es wurde gezeigt, wie in den verschiedenen kontextuellen Dimensionen unterschiedliche, durch transklusive Verflechtung bedingte, Integrationseffekte entstehen: (1.) eine *Vervollständigungstendenz* der europäischen Rechtsordnung durch gegenseitige transklusive Verschränkung mit den mitgliedstaatlichen Rechtssystemen, (2.) ein genereller Trend zur *Verlagerung* von politischen Fragen auf das Recht bzw. die Rechtsanwendung und (3.) eine deutliche *Pfadabhängigkeit* von der über lange Jahre dominanten Rechtsprechung im Bereich der Marktfreiheiten. Gerade für den Bereich der Grundrechtsrechtsprechung kann eine solche kontextualistische Erklärung eine hohe Plausibilität für sich beanspruchen und zeichnet zugleich ein differenziertes Bild der Integration durch Recht.

Da nicht zu erwarten ist, dass sich die hier beschriebenen transklusiven Verschränkungen auflösen werden oder lassen, und da dies mit Blick auf den Grundrechtsschutz überdies auch nicht erstrebenswert erscheint, so lässt sich der Schluss ziehen, dass die Integration durch Recht im Sinne einer Vervollständigungstendenz stetig weiter voranschreiten wird; und zwar so lange, wie Fragen und Probleme auftauchen, die sich innerhalb des Rechts nur durch fortbildende Rechtsprechung hinreichend verarbeiten und rationalisieren lassen. Mit anderen Worten, es gibt tatsächlich ein »perpetual momentum of integration through law« (Scharpf 2012: 127), das mit den Gerichtsentscheidungen des EuGH in Verbindung steht. Nur resultiert dieser Prozess einer stetigen Ausweitung und Vertiefung des europäischen Rechts offenbar zu einem bedeutenden Teil aus dem Kontext des Rechts selbst und seiner lokalen, funktionalen und temporalen Verflechtung.

Auch wenn dieser Befund die Existenz und Wirksamkeit von bestimmten wirkmächtigen Akteuren und ihren Interessen also nicht negiert, so mahnt er doch Vorsicht mit Blick auf eine Überbewertung einer solchen Erklärung an. Jedenfalls lässt sich die europäische Rechtsintegration nicht auf ihre Akteure reduzieren. Dies ist ein wichtiger Punkt, gerade im Lichte der immer schärfer werdenden Kritik an der Politisierung und »aktivistischen« Rechtsprechung des EuGH, die längst nicht mehr nur die politischen Debatten bestimmt, sondern auch in der Wissenschaft kaum noch hinterfragt wird.

Unabhängig von der hiermit zugleich deutlich hervortretenden Notwendigkeit, Europa nicht nur als ein Multi-Level-Governance-System, sondern ebenso als ein Multi-Kontext-System zu denken und zu analysieren, ergeben sich aber auch Implikationen, die deutlich über die europäische Integrationsforschung hinausweisen. Denn es ist nicht zu erwarten, dass das hier beschriebene Phänomen der Transklusion nur auf das europäische Recht beschränkt ist. Viel eher kann davon ausgegangen werden, dass Transklusionseffekte den Modus der Integration in einer Vielzahl von hinreichend integrierten Systemen entscheidend mitbestimmen. Um diese jedoch angemessen verstehen zu können, müssen die Kontexte des Handelns, ihre Kontextrationalitäten und ihre gegenseitigen transklusiven Verflechtungen ernst genommen und in die theoriegeleitete Forschung einbezogen werden.

Literatur

- Alexy, Robert 1983: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a. M.
- Alexy, Robert 1992: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg.
- Alter, Karen J. (Hrsg.) 2009: The European Court's Political Power: Selected Essays, Oxford.
- Alter, Karen J./Helfer, Laurence R. 2010: Nature or Nurture? Judicial Lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice, in: International Organization 64: 4, 563-592.
- Amstutz, Marc 2013: Métissage. On the Form of Law in World Society, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 112: 2, 336-360.
- Amstutz, Marc/Karavas, Vaios 2009: Weltrecht. Ein Derridasches Monster, in: Callies, Graf-Peter/Fischer-Lescano, Andreas/Wielsch, Dan/Zumbansen, Peer (Hrsg.): Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin, 645-672.
- Apel, Karl-Otto 1992: Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik. Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?, in: Apel, Karl-Otto/Kettner, Matthias (Hrsg.): Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft, Frankfurt a. M., 29-61.
- Armstrong, Kenneth A. 1998: Legal Integration: Theorizing the Legal Dimension of European Integration, in: Journal of Common Market Studies 36: 2, 155-174.
- Azoulay, Loïc 2008: The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization, in: Common Market Law Review 45: 5, 1335-1356.
- Barnard, Catherine (Hrsg.) 2008: Viking and Laval: An Introduction, in: Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007-2008 10, 463-492.
- Bengoetxea, Joxerramon/MacCormick, Neil/Moral Soriano, Leonor 2001: Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice, in: de Búrca, Gráinne/Weiler, Joseph H. H. (Hrsg.): The European Court of Justice, Oxford, 43-85.
- Beutler, Bengt 2008: Vom Beruf Europas zur Verfassungsgebung, in: Wahl, Rainer (Hrsg.): Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, Berlin, 91-103.
- Beutler, Bengt 2011: Die Werte der Europäischen Union und ihr Wert, in: Appel, Ivo/Hermes, Georg/Schönberger, Christoph (Hrsg.): Öffentliches Recht im offenen Staat, Berlin, 635-650.
- Burley, Anne-Marie/Mattli, Walter 1993: Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration, in: International Organization 47: 1, 41-76.
- Carrubba, Clifford J./Gabel, Matthew/Hankla, Charles 2008: Judicial Behavior and Political Constraint: Evidence from the European Court of Justice, in: American Political Science Review 102: 4, 435-452.
- Cichowski, Rachel A. 2007: The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance, Cambridge.
- Cohen, Stewart 1987: Knowledge, Context, and Social Standards, in: Synthese 73: 1, 3-26.
- Cohen, Antonin/Vauchez, Antoine 2008: Back to the »Future of Europe«: A Political Sociology of EU Constitutional Saga (EUI Working Papers 33), Florence.
- Cohen, Antonin/Vauchez, Antoine 2011: The Social Construction of Law: The European Court of Justice and its Legal Revolution Revisited, in: Annual Review of Law and Social Science 7, 417-431.
- Conant, Lisa J. 2007: Review Article: The Politics of Legal Integration, in: Journal of Common Market Studies 45: S1, 45-66.
- de Búrca, Gráinne 2005: Rethinking Law in Neofunctionalist Theory, in: Journal of European Public Policy 12: 2, 310-326.
- Dehousse, Renaud 2000: L'Europe par le Droit. Plaidoyer pour une Approche Contextuelle, in: Politique européenne 1: 1, 63-83.

- Dehousse, Renaud* 2002: Law, Political Science and EU Legal Studies: An Interdisciplinary Project?, in: *European Union Politics* 3: 1, 113-136.
- DeRose, Keith* 2009: *The Case for Contextualism: Knowledge, Skepticism, and Context*, Oxford.
- de Witte, Bruno/Muir, Elise/Dawson, Mark* 2013: *Judicial Activism at the European Court of Justice: Causes, Responses and Solutions*, Cheltenham.
- Ernst, Gerhard* 2005: Radikaler Kontextualismus, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 59: 2, 159-178.
- Grimmel, Andreas* 2011a: Die Transformation des Rationalitätsbegriffs in Wittgensteins Philosophie der Sprache, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 65: 3, 301-322.
- Grimmel, Andreas* 2011b: Integration and the Context of Law: Why the European Court of Justice is not a Political Actor (Les Cahiers européens de Sciences Po 3), Paris, in: <http://www.cee.sciences-po.fr/en/publications/les-cahiers-europeens/2011/doc/388/raw;25.9.2014>.
- Grimmel, Andreas* 2012: Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice, in: *European Law Journal* 18: 4, 518-535.
- Grimmel, Andreas* 2013: *Europäische Integration im Kontext des Rechts*, Wiesbaden.
- Haas, Ernst B.* 1958: *The Uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces 1950-1957*, Notre Dame, IN.
- Habermas, Jürgen* 1997: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M.
- Hallstein, Walter* 1979: Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft. Rede anlässlich der Ehrenpromotion an der Universität Padua am 12. März 1962, in: *Oppermann, Thomas (Hrsg.): Europäische Reden*, Stuttgart, 341-348.
- Hawthorne, John* 2004: *Knowledge and Lotteries*, Oxford.
- Herzog, Roman/Gerken, Lüder* 2008: Stoppt den Europäischen Gerichtshof. Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten werden ausgehöhlt. Die immer fragwürdigeren Urteile aus Luxemburg verlangen nach einer gerichtlichen Kontrollinstanz, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 210, 8.9.2008, 8.
- Höpner, Martin* 2010: Warum betreibt der Europäische Gerichtshof Rechtsfortbildung? Die Politisierungshypothese (MPIfG Working Paper Series 10/2), Köln.
- Höreth, Marcus* 2008: Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U. S. Supreme Court, Baden-Baden.
- Kelemen, R. Daniel* 2012: The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union, in: *Journal of European Public Policy* 19: 1, 43-58.
- Kelemen, R. Daniel/Schmidt, Susanne K.* (Hrsg.) 2012: Perpetual Momentum? Reconsidering the Power of the European Court of Justice, in: *Journal of European Public Policy (Special Issue)*, 19: 1.
- Kincaid, Harold* 2004: Contextualism, Explanation and the Social Sciences, in: *Philosophical Explorations* 7: 3, 201-218.
- Kocher, Eva* 2009: Das »Soziale« in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: *FES Internationale Politikanalyse (Hrsg.): Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem*, 38-41, in: <http://library.fes.de/pdfiles/id/ipa/06391.pdf>; 25.9.2014.
- Komarek, Jan* 2009: Precedent and Judicial Lawmaking in Supreme Courts: The Court of Justice Compared to the US Supreme Court and the French Cour de Cassation, in: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2008-2009* 11, 399-433.
- Kratochwil, Friedrich V.* 1989: Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs, in: *The Cambridge Law Journal* 48: 3, 527-529.
- Lindberg, Leon N.* 1963: *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Stanford, CA.

- Luhmann, Niklas* 1998: Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M.
- Malecki, Michael* 2012: Do ECJ Judges All Speak with the Same Voice? Evidence of Divergent Preferences from the Judgments of Chambers, in: *Journal of European Public Policy* 19: 1, 59-75.
- Masing, Johannes* 1997: Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts: Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 716), Berlin.
- Mattli, Walter/Slaughter, Anne-Marie* 1998: The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints, in: *Slaughter, Anne-Marie/Stone Sweet, Alec/Weiler, Joseph H. H.* (Hrsg.): *The European Courts and National Courts*, Oxford, 253-267.
- Patterson, Dennis* 1999: Recht und Wahrheit, Baden-Baden.
- Patterson, Dennis* 2001: Normativity and Objectivity in Law, in: *William and Mary Law Review* 43: 1, 325-363.
- Perju, Vlad* 2009: Reason and Authority in the European Court of Justice, in: *Virginia Journal of International Law* 49, 307-378.
- Pescatore, Pierre* 1972: Le Droit de L'intégration. Emergence d'un Phénomène Nouveau dans les Relations Internationales selon L'expérience des Communautés Européennes, Leiden.
- Rasmussen, Morten* 2008: The Origins of a Legal Revolution: The Early History of the European Court of Justice, in: *Journal of European Integration History* 14: 2, 77-98.
- Rebhahn, Robert* 2008: Grundfreiheit vor Arbeitskampf: Der Fall Viking, in: *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 7: 3, 109-117.
- Scharpf, Fritz W.* 1985: Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, in: *Politische Vierteljahresschrift* 26: 4, 323-356.
- Scharpf, Fritz W.* 2006: The Joint-Decision Trap Revisited, in: *Journal of Common Market Studies* 44: 4, 548-564.
- Scharpf, Fritz W.* 2012: Perpetual Momentum: Directed and Unconstrained?, in: *Journal of European Public Policy* 19: 1, 127-139.
- Schimank, Uwe/Volkmann, Ute* 1999: Gesellschaftliche Differenzierung, Bielefeld.
- Schmidt, Susanne K.* 2012: Who Cares about Nationality? The Pathdependent Case Law of the ECJ from Goods to Citizens, in: *Journal of European Public Policy* 19: 1, 8-24.
- Solanke, Iyiola* 2011: Stop the ECJ? An Empirical Assessment of Activism at the CJEU, in: *European Law Journal* 17: 4, 764-784.
- Steinvorth, Ulrich* 2002: Was ist Vernunft? Eine philosophische Einführung, München.
- Stone Sweet, Alec* 2004: *The Judicial Construction of Europe*, Oxford.
- Stone Sweet, Alec* 2010: The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance, in: *Living Reviews in European Governance* 5: 2, 1-50, in: <http://european-governance.livingreviews.org/Articles/reg-2010-2/>; 19.5.2014.
- Stone Sweet, Alec/Brunell, Thomas* 2010: How the European Union's Legal System Works – and Does not Work: Response to Carruba, Gabel, and Hankla (Yale Law School Faculty Scholarship Series Paper 68), New Haven, CT.
- Strauch, Hans-Joachim* 2005: Rechtsprechungstheorie. Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz, in: *Lerch, Kent D.* (Hrsg.): *Recht verhandeln*, Berlin, 479-519.
- Teubner, Gunther* 2011: Debate and Dialogue: Constitutionalizing Polycontextuality, in: *Social & Legal Studies* 20: 2, 210-229.
- Thornhill, Christopher J.* 2011: *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge.
- Vauchez, Antoine* 2011: Keeping the Dream Alive: The European Court of Justice and the Transnational Fabric of Integrationist Jurisprudence, in: *European Political Science Review* 4: 1, 1-21.

- von *Bogdandy, Armin/Kottmann, Matthias/Anpöhler, Carlino/Dickschen, Johanna/Hentrei, Simon/Smrkolj, Maja* 2012: Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, in: *Common Market Law Review* 49: 2, 489-519.
- von *Bogdandy, Armin/Venzke, Ingo* 2014: *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Berlin.
- Weber, Max* 1922: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen.
- Weiler, Joseph H. H.* 1993: Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, in: *Journal of Common Market Studies* 31: 4, 417-446.
- Weldes, Jutta/Saco, Diana* 1996: Making State Action Possible: The United States and the Discursive Construction of ›The Cuban Problem‹, 1960-1994, in: *Millennium: Journal of International Studies* 25: 2, 361-395.
- Wiener, Antje* 2008: *The Invisible Constitution of Politics: Contested Norms and International Encounters*, Cambridge.
- Wiener, Antje* 2009: Enacting Meaning-In-Use: Qualitative Research on Norms and International Relations, in: *Review of International Studies* 35: 1, 175-193.
- Williamson, Timothy* 2005: Contextualism, Subject-Sensitive Invariantism and Knowledge of Knowledge, in: *The Philosophical Quarterly* 55: 219, 213-235.
- Wißmann, Hellmut* 2009: Zwischenruf. Viking und Laval. EG-Grundfreiheiten über alles?, in: *Arbeit und Recht* 5, 149-151.
- Wittgenstein, Ludwig* 1984: *Über Gewißheit*, Band 8. Werkausgabe, Frankfurt a. M.