

FRANK SCHORKOPF

Grundgesetz  
und Überstaatlichkeit

*Jus Publicum*

167

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 167





Frank Schorkopf

# Grundgesetz und Überstaatlichkeit

Konflikt und Harmonie in den auswärtigen  
Beziehungen Deutschlands

Mohr Siebeck

*Frank Schorkopf*, geboren 1970; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und London School of Economics; 1997 Erste Juristische Staatsprüfung; 1997–1998 wiss. Mitarbeiter beim Europäischen Parlament; 1998–2001 wiss. Mitarbeiter am Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre der Universität Hamburg; 1999 Promotion; 2001 Zweite Juristische Staatsprüfung; 2001–02 wiss. Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg; 2002–05 wiss. Mitarbeiter beim Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts im Dezernat von BVR Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio; seit Juni 2005 wiss. Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Juli 2007 Habilitation durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Bonn.

e-ISBN PDF 978-3-16-151248-3  
ISBN 978-3-16-149480-2  
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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

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

## Vorwort

Deutschland gehört zu den einflußreichsten Staaten der Gegenwart. Zugleich ist der deutsche Bundesstaat in allen lebensweltlichen Bereichen in einem Maße mit überstaatlichen Strukturen verbunden, daß die Frage nach dem Fortbestand der Souveränität dieses politischen Gemeinwesens gestellt wird. Hoheitliches Handeln scheint grundsätzlich nur noch in einem Flechtwerk aus sachlichen Zwängen, politischen Rücksichtnahmen und rechtlichen Notwendigkeiten möglich zu sein. Auf diesem Entwicklungspfad ist das nationale Verfassungsrecht für die Politik zuweilen eher ein Hindernis als ein Handlungsmaßstab. Wenn das Öffentliche Recht auch unter diesen Bedingungen den staatlichen Willen freiheitsgerecht begrenzen soll, dann muß die Rechtswissenschaft nach der maßstabsbildenden Kraft der Verfassung gegenüber dem auf überstaatlicher Ebene betätigten einzelnen und auch kumulierten Staatenwillen fragen.

Der deutsche Verfassungsstaat und sein Recht sollen mit der vorliegenden Arbeit aus dieser Problemperspektive und aus den Widersprüchen der Internationalisierung der Staatenbeziehungen erfaßbar werden. Im Mittelpunkt der Argumentation steht ein Verständnis des modernen Verfassungsstaates im Kraftfeld von Universalität und Partikularität. Danach ist der Schlüssel für die freiheitsgerechte Organisation politischer Herrschaft in der Ausbildung einer überstaatlichen Gewaltenbalance zu suchen, die vom staatlichen Harmoniewillen, aber auch von Konfliktbereitschaft geprägt ist.

Die Studie ist von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Sommersemester 2007 als Habilitationsschrift angenommen worden. Das Manuskript ist auf dem Stand vom Februar 2007. Es ist am Lehrstuhl meines Lehrers, Herrn Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, in einem vitalen akademischen Umfeld entstanden. Wesentliche Anregungen für die Thematik habe ich als sein wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts erhalten; mit einzelnen Fragen konnte ich mich bereits am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht befassen. Die Mühe des Zweitgutachtens hat Herr Prof. Dr. Dr. Rudolf Dolzer auf sich genommen.

Den Familienmitgliedern und Freunden, die mir ihre Zeit geschenkt haben, um meine Thesen zu diskutieren und das Manuskript vorab in Teilen oder vollständig zu lesen, gebührt an dieser Stelle mein besonderer Dank.

*Bonn, im Juli 2007*

*Frank Schorkopf*



# Inhaltsverzeichnis

Einführung . . . . .	1
I. Internationalisierung als Entwicklungsschritt zur vollkommenen Herrschaftsordnung? . . . . .	2
II. Bausteine des Staatsrechts: Staatsorganisationsrecht – Grundrechte – Außenstaatsrecht. . . . .	8
III. Staatlichkeit und Differenzgebot. . . . .	13
IV. Widerstreit von Partikularität und Universalität . . . . .	17
V. Vorschau . . . . .	21
Erstes Kapitel: Kontinuität und Wandel in den völkerrechtlichen Verhältnissen des Bundes: die reflektierte Verfassung . . . . .	25
§ 1 Bekenntnis zur Internationalität . . . . .	26
I. Rechtsstatus Deutschlands: Neugründung oder Reorganisation? . . . . .	26
II. Vom deutschen zum europäischen Rechtsdenken . . . . .	29
§ 2 Bundesrecht und Völkerrecht . . . . .	33
I. Gewohnheitsrecht und Staatenwille . . . . .	33
II. Die Völkerrechtsklausel der Weimarer Reichsverfassung . . . . .	35
1. Einfluß der Wiener Völkerrechtsschule in den Beratungen über die Weimarer Reichsverfassung . . . . .	35
2. Allgemeine Grundsätze des Völkerrechts und Haager Friedenskonferenz . . . . .	37
3. Verfassungsentwürfe und U.S.-amerikanisches Vorbild . . . . .	40
4. Deutsche Völkerrechtsklausel in der Rechtspraxis . . . . .	46
III. Auf dem Weg zu einem Grundgesetz . . . . .	48
1. Das Konzept des Deutschen Büros für Friedensfragen und die Beratungen auf Herrenchiemsee. . . . .	48
2. Grundsatzdiskussion im Parlamentarischen Rat . . . . .	53
a) Anerkennung der Rechtsgrundsätze und Abkehr von der Transformationslehre. . . . .	53
b) »Das stählerne Gehäuse des Staates durchdringen« . . . . .	58

§ 3	Eintritt des Bundes in ein Staatensystem und die Friedenssicherung	61
I.	Abgabe von Souveränitätsrechten an übernationale Einrichtungen . . . . .	62
II.	Gedanke der Gegenseitigkeit . . . . .	63
III.	»Recht vor Macht« – obligatorische Streitschlichtung . . . . .	67
§ 4	Deutsche Einheit und endgültige Rückkehr in die Völkergemeinschaft . . . . .	69
§ 5	Neuausrichtung des Außenstaatsrechts . . . . .	75
Zweites Kapitel: Problemlagen der Überstaatlichkeit . . . . .		83
§ 6	Resonanz von Rechtsstatsachen . . . . .	83
§ 7	Kommunikation staatlicher Rechtsordnungen . . . . .	90
I.	Binnengerichtetes Handeln der Staatsgewalt . . . . .	91
1.	Auslandsfolgen und mehrdimensionale Rechtsmaßstäbe. . . . .	91
2.	Rechts- und Amtshilfe zugunsten fremder Hoheitsträger . . . . .	94
3.	Anwendung ausländischen Rechts im Kollisionsfall . . . . .	99
II.	Grenzüberschreitendes Handeln der Staatsgewalt . . . . .	109
1.	Extraterritoriale Anwendung des Rechts. . . . .	109
2.	Grundrechtsbindung deutschen Verwaltungshandelns im Ausland . . . . .	118
3.	Schutz der Staatsangehörigen . . . . .	129
§ 8	Rezeption überstaatlichen Rechts. . . . .	134
I.	Völkerrechtliche Verträge. . . . .	134
1.	Aufwertung einer Rechtsquelle unter veränderten Rahmenbedingungen. . . . .	134
2.	Vertragsschlußverfahren und parlamentarisches Regierungssystem . . . . .	137
3.	Vom statischen zum dynamischen Vertragsrecht . . . . .	140
4.	Politischer Konsens statt Rechtsbindungswille . . . . .	143
II.	Supranationales Recht . . . . .	146
III.	Handlungen von Vertragsorganen . . . . .	152
1.	Evolutive Sekundärrechtssetzung. . . . .	152
2.	Rechtskontrolle und Relativierung der Bindungswirkung . . . . .	156
3.	Außenpolitische Gestaltung unter dem Effektivitätsgebot? . . . . .	163
IV.	Völkergewohnheitsrecht und das Problem des zwingenden Völkerrechts . . . . .	165
1.	Art. 25 GG als normativer Anker eines völkerrechtlichen Mindeststandards. . . . .	165

2. Partikulares ius cogens als allgemeine Regel des Völkerrechts. . . . .	170
 Drittes Kapitel: Ordnungsideen für die Überstaatlichkeit . .	175
§ 9 Einheitserwartungen an Recht und Politik im Herrschaftsraum . .	177
I. Ordnungsidee des Verfassungsstaates . . . . .	177
II. Entwicklungen und Rückwirkungen . . . . .	181
§ 10 Universalität: Die Organisation des Gemeinschaftsinteresses . . .	187
I. Transnationale Staatenbildung . . . . .	189
II. Neuer Konstitutionalismus . . . . .	195
1. Konstitutionalisierung ohne Konstitution . . . . .	197
2. Funktionelle Differenzierung und Teilverfassungen . . . .	204
3. Plurale Selbstorganisation im Netzwerk . . . . .	210
III. Verantwortungsvolles Regulieren und Verwalten – Governance . . . . .	213
§ 11 Partikularität: Der Staat in der Staatengesellschaft. . . . .	220
I. Offene Staatlichkeit . . . . .	221
1. Kooperative Außenbeziehungen als staatlicher Normalzustand . . . . .	221
2. Begrenzte Offenheit als bewußter Gegensatz . . . . .	229
II. Einseitiges Staatshandeln . . . . .	233
§ 12 Wiederkehr des Theorienstreits um Monismus und Dualismus . .	237
 Viertes Kapitel: Freiheit und Selbstbestimmung in der Überstaatlichkeit . . . . .	243
§ 13 Normativität der Verfassung und Überstaatsräson . . . . .	244
I. Seinsgebundenheit des Verfassungsstaates . . . . .	244
II. Internationalisierung als Selbstzweck staatlichen Handelns? III. Zerbrechlichkeit überstaatlicher Strukturen und Sicherung ihrer Effektivität . . . . .	246
250	
§ 14 Mechanik einer überstaatlichen Gewaltenbalance . . . . .	254
I. Harmoniewille und Konfliktbereitschaft . . . . .	255
II. Akzeptanz der Selbstbehauptung als Korrektiv . . . . .	259
III. Konkretisierungen. . . . .	262
1. Europäische Integration unter dem Zustimmungs- vorbehalt. . . . .	262

2. Militärische Intervention und fehlendes Mandat . . . . .	268
3. Rechtshilfe im Zivilverfahrensrecht und Förderung von Sekundärzwecken . . . . .	275
§ 15 Teilhabe und Mitwirkung an überstaatlicher Herrschaft – institutionelle Folgerungen. . . . .	284
I. Bundestag und Bundesregierung im parlamentarischen Regierungssystem . . . . .	285
II. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	292
Schluß . . . . .	297
Literatur- und Quellenverzeichnis . . . . .	305
I. Literatur . . . . .	305
II. Quellen . . . . .	350
Sach- und Personenverzeichnis . . . . .	351

## Einführung

Am 6. März 1888 beriet der Reichstag über die Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages, der einen Übelstand in der Hochseefischerei beseitigen sollte. Die Regierungen der an die Nordsee angrenzenden Staaten hatten zahlreiche Beschwerden erhalten, wonach die Fischer zur Trunksucht verleitet und zur Unredlichkeit verführt würden, weil sie sich veranlaßt sähen, gegen Schnaps die Erträge ihrer Fänge und ihre Gerätschaften zu veräußern. Als Verursacher waren Marketenderschiffe ausgemacht worden, die, zu einem großen Teil unter deutscher Flagge fahrend, auf hoher See Branntwein verkauften oder eintauschten.<sup>1</sup> Daraufhin hatten im Juni 1886 Vertreter der an der Nordsee-Fischereikonvention beteiligten Staaten auf Einladung der niederländisch königlichen Regierung Verhandlungen aufgenommen, um das drängende Problem zu lösen. Den beteiligten Regierungen aus Deutschland, Belgien, Dänemark, Frankreich, dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden gelang es in der Folge, sich auf einen internationalen Vertrag zu einigen, der am 16. November 1887 im Haag unterzeichnet wurde und 1894 schließlich in Kraft trat.<sup>2</sup> Die noch heute geltenden materiellen Regelungen verbieten den Branntweinhandel und machen den Vertrieb anderer Gegenstände auf See von einer Konzession abhängig. Zuwiderhandlungen sollen von jeder Vertragspartei unter Strafe gestellt werden; ihre Verfolgung »ist durch den Staat oder im Namen des Staates zu betreiben.« Die Aufsicht wird durch die mit der Fischereiüberwachung beauftragten Schiffe der Marine der Vertragsparteien ausgeübt, deren Offiziere das Recht zu Untersuchungsmaßnahmen ungeachtet der Nationalität des beschuldigten Fahrzeugs erhalten. Widerstand gegen Anordnungen wird stets als Widerstand gegen die Staatsgewalt der Nation des Beschuldigten betrachtet.

---

<sup>1</sup> Verhandlungen des Reichstags, 54. Sitzung, Stenographische Berichte, VII. Legislaturperiode, II. Session 1887/88, 2. Band, S. 1292 B f. sowie die Denkschrift des Auswärtigen Amtes, RT-Drucks Nr. 168, ebenda, 2. Anlagenband, S. 704.

<sup>2</sup> Internationaler Vertrag vom 16. November 1887 zur Unterdrückung des Branntweinhandels unter den Nordseefischern auf hoher See nebst Protokollen vom 14. Februar 1893 und 11. April 1894, RGBl. 1894, S. 427, in Kraft getreten am 23. Mai 1894; Bek. über die Wiederanwendung vom 11. Juni 1953, BGBl. II, S. 149.

### *I. Internationalisierung als Entwicklungsschritt zur vollkommenen Herrschaftsordnung?*

Ein Beobachter aus der Gegenwart, der sich mit den grenzüberschreitenden Bezügen des Rechts befaßt und dem der Sachverhalt der »schwimmenden Schnapswirtschaften«<sup>3</sup> begegnet, könnte zu verschiedenen Schlußfolgerungen gelangen. Zunächst ließe sich das Fallbeispiel als Kuriosität in der Geschichte der internationalen Rechtsbeziehungen einordnen, dessen analytischer Wert nebensächlich ist und deshalb keine weitere Diskussion rechtfertigt. Diese Einschätzung wäre möglicherweise aber auch vorschnell, wurde doch ein völkerrechtlicher Vertrag geschlossen, der weiterhin Geltungskraft hat. Die Erfahrung zeigt, daß hinter den Rechtslösungen marginaler Gesellschaftsprobleme zuweilen Grundsatzfragen stehen können. So ließe sich der historische Sachverhalt dahin gehend interpretieren, daß bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert erste Hinweise auf eine Überforderung des Staates zu entdecken sind. Keine der beteiligten Vertragsparteien schien das Problem für sich alleine lösen zu können, sei es durch Verbote und Ermahnungen gegenüber den Fischern, wenn sie aus ihren Heimathäfen für mehrere Wochen zum Fang ausliefen, sei es durch eine Durchsuchung der Marketenderschiffe, deren Reeder von der Handelsfreiheit Gebrauch machten und im übrigen eine wichtige Versorgungsfunktion auf hoher See erfüllten. Erst durch den völkerrechtlichen Vertrag konnte ein grenzüberschreitendes Handelsverbot für Branntwein in Kraft gesetzt und ein engmaschiges Netz zu dessen maritimer Durchsetzung geknüpft werden. Der Beispielsfall könnte den Beobachter aber auch zu der entgegengesetzten Einsicht bringen, daß jene Epoche möglicherweise – weniger als angenommen – von einem souveränitätsbewußten Neben- und Gegeneinander der Staaten geprägt gewesen ist. Es waren schließlich die souveränen Machtstaaten des europäischen Gleichgewichtssystems,<sup>4</sup> die sich dafür entschieden, mit anderen Staaten zusammenzuarbeiten und sich gegenseitige Zwangsbefugnisse gegenüber den unter ihrer Flagge fahrenden Schiffen zuzugestehen. Ist aber dieser Typus von Staatlichkeit nicht gerade der negative Bezugspunkt, den es nach einer verbreiteten Ansicht zu überwinden galt und an dem die weitere Formveränderung der Staatlichkeit heute noch zu messen ist? Wenngleich die letztgenannte Lesart des Falles diese Ansicht nicht widerlegt, so stellt sie sie doch zumindest in Frage. Die aktuelle Beschreibung des Staates setzt nämlich ältere Herrschaftsstrukturen voraus, die rückblickend häufig anders verstan-

<sup>3</sup> Denkschrift des Auswärtigen Amtes, Anm. 1, S. 704.

<sup>4</sup> *Otto Hintze*, Wesen und Wandlung des modernen Staates, in: Sitzungsberichte der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1931, S. 790 (795 ff.); aus europäischer Perspektive *Jörg Fisch*, Europa zwischen Wachstum und Gleichheit 1850–1914, Handbuch der Geschichte Europas, Bd. 8, 2002, S. 327 ff.; aus der Sicht der Völkerrechtsgeschichte *Stephan Verosta*, »Europäisches Gleichgewicht«, in: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Aufl. Bd. 1, 1960, S. 487 ff.

den werden. Mit anderen Worten: der Zweifel erinnert daran, daß jede Gegenwart eine passende Vergangenheit braucht.<sup>5</sup>

Welche dieser Sichtweisen dem Branntweinfall gerecht wird und ihn aus der Rückschau richtig einordnet, läßt sich nicht bestimmen. Lediglich die tatsächlichen und rechtlichen Ereignisse sind einer prüfenden Betrachtung zugänglich. Darüber hinaus eignet sich der exemplarische Blick in die europäische Völkerrechtsgeschichte dazu, die herrschende Erzählung über die Bedeutung und Zukunft des Staates zu irritieren. Die Institution »Staat« wird in der Gegenwart in ihrer Bezogenheit auf den extraterritorialem Raum beschrieben. Es herrscht ein weitreichender Konsens in der Gesellschaft, daß sich die Kausalbeziehungen zwischen Personen und Ereignissen zeitgleich und über große Entfernungen hinweg mehr und mehr verändern, daß bestehende und vertraute Unterscheidungen der Lebenswelt aufgehoben und neue Differenzierungen gesetzt werden. In dieser Beschreibung ist die Vorstellung angelegt, daß sich in einem gegebenen Raum der jeweilige Bezugspunkt der Handelnden über die Zeit hinweg verändert und sich aus diesem dynamischen Prozeß heraus Folgen für den eigenen Standort und die Beziehungen zu anderen Personen ergeben können. Aus der Perspektive des Bürgers verschiebt sich durch diesen Prozeß das Verhältnis von Recht und Politik bezogen auf seinen staatlichen Herrschaftsraum.

Das staatstheoretische Grundmodell entwirft den Staat als autonome Institution mit einer scharfen Abgrenzung von Innen und Außen. Der Staat wird nach außen durch Grenzen definiert, die mit geodätischer Präzision ein Territorium bestimmen;<sup>6</sup> die an Abstammung oder Geburtsort anknüpfende Staatsangehörigkeit begründet einen Status, der für das Aufenthaltsrecht eines Menschen auf dem abgegrenzten Territorium entscheidend ist. In diesem Modell kann die Staatsgewalt auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich frei von äußeren Herrschaftsansprüchen selbstbestimmt ausgeübt werden. Die Freiheit des Staates von Fremdbestimmung ist seine äußere Souveränität.<sup>7</sup> Mit dieser Differenzierung ist das Nebeneinander verschiedener Träger hoheitlicher Gewalt auf demselben Territorium grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings umfaßt die Autonomie auch die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang es zu einem Austausch zwischen der Innen- und der Außenwelt kommt. Das Spektrum reicht von der monadenhaften Geschlossenheit der Autarkie, des kulturell, politisch und militärisch von seiner Umwelt unabhängigen, aus der Weltwirtschaft herausgelösten Staates,<sup>8</sup> bis zur

---

<sup>5</sup> Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, S. 444 f.

<sup>6</sup> Zur Entwicklung von der Grenzmark zur Grenzlinie *Daniel-Erasmus Khan*, *Die deutschen Staatsgrenzen*, 2004, S. 21 ff.

<sup>7</sup> Georg Nolte, *Zum Wandel des Souveränitätsbegriffs*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 6. April 2005, Nr. 79, S. 8.

<sup>8</sup> Ferdinand Fried, *Autarkie*, 1932, S. 41.

integrierten Offenheit eines Staates, dessen Existenz und Wohlfahrt davon abhängen, daß Menschen, Ideen, Kapital und andere Güter von außen auf sein Territorium gelangen. Die Entscheidung über eine Öffnung ist für den deutschen Verfassungsstaat durch das Grundgesetz sowie – in geringerem Umfang – durch das Völkerrecht vorherbestimmt. Bezogen auf das Maß der Öffnung ist sie politischer Natur. Der moderne Verfassungsstaat, der für die im westlichen Denken verwurzelte Gesellschaft heute notwendig die parlamentarische Demokratie gewährleistet, schließt – bei näherer Betrachtung – gleichwohl jeden Dezisionismus in dieser Frage aus. Denn die Bürger haben mit ihrer Organisationsentscheidung für den Staat zwar die Differenz von Innen und Außen gesetzt. Es entspricht jedoch nicht der individuellen Freiheitserwartung, daß sie dadurch zugleich auf die nunmehr grenzüberschreitende Kommunikation im Rahmen sozialer Beziehungen, von Handel, Wissenschaft oder Kultur verzichten haben. Im freiheitlichen Staat sind diese grenzüberschreitenden Handlungen bis hin zu der Entscheidung, das eigene Land zu verlassen oder den Unternehmenssitz zu verlagern, sogar von den Grundrechten geschützt.<sup>9</sup>

In diesem Grundmodell, das zur Vereinfachung Aspekte einer föderalen Ordnung außer Betracht läßt, gewährleistet die Verfassung eine Einheit von Recht und Politik.<sup>10</sup> Der Einheitsbegriff bezeichnet hier den auf einen partikularen Raum bezogenen Verantwortungszusammenhang zwischen der politischen Entscheidung und ihrer rechtlichen Umsetzung. Der politische Herrschaftsanspruch wird von der Verfassung umfassend reguliert.<sup>11</sup> Das Recht gibt dazu einerseits Maßstäbe und Verfahrensregeln vor und übersetzt andererseits die normativen Entscheidungen in sein Funktionssystem, regelt Lebenssachverhalte, formuliert Ge- und Verbote und schafft durch seine vertraute Form und Diktion zusätzliche Legitimation. In die Bildsprache übersetzt können Recht und Politik als zwei Kreise gedacht werden, die idealtypisch deckungsgleich sind. Die Kreise sind räumlich gebunden, weil sie auf das staatlich radizierte Territorium bezogen sind. Nur der verfassungsmäßig betätigte Wille des Parlaments kann Recht werden und das bestehende Recht verfügt stets über die parlamentarische Legitimation. Diese Einheit wird in der vom Souverän getragenen Verfassung verkörpert und durch sie garantiert.

---

<sup>9</sup> *Volker Epping*, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 162 ff.; speziell zum *ius emigrandi* *Ulrich Scheuner*, Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands, in: Festschrift Richard Thoma, 1950, S. 199 ff.

<sup>10</sup> *Hasso Hofmann*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 53 ff.

<sup>11</sup> Ausschließlich die Verfassung berechtigt die zur Herrschaftsausübung legitimierten Personen, eine außerhalb der verfassungsrechtlichen Ordnung getroffene Entscheidung kann weder Gefolgschaft verlangen, noch ist sie mit den staatlichen Zwangsmitteln durchsetzbar; vgl. *Dieter Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 145 (154).

Bereits mit dem Staat in der Staatenwelt wird diese prinzipielle Kongruenz von Recht und Politik in Frage gestellt. Mit der Internationalisierung geht sie vollends verloren.<sup>12</sup> Die Kreise treten auseinander, weil Recht und Politik auch in anderen Räumen – innerhalb von internationalen Organisationen oder auf Staatenkonferenzen – gesetzt und betrieben werden.<sup>13</sup> Daraus kann für den Bürger das Empfinden folgen, daß das Leben in gesteigertem Maße über den relativen Nahbereich hinaus von regionalen oder globalen Ereignissen beeinflusst wird,<sup>14</sup> ohne daß sich gleichermaßen die Möglichkeiten erweitern, Einfluß zu nehmen und Verantwortung zuzuordnen. Die sozialen Veränderungen, die auch aus der technischen Entwicklung folgen, werden dem Staat zugerechnet. Sie werden häufig als Staatsversagen wahrgenommen und thematisiert. Es heißt, der Staat könne bestimmte Probleme – etwa die zivilisatorischen Umweltbelastungen, die grenzüberschreitenden Wanderungsbewegungen und die Integritätssicherung von Bevölkerung und Territorium – nicht mehr alleine lösen. »Trotz seiner Blütezeit hat der Nationalstaat versagt.«<sup>15</sup> Tragfähige Lösungsansätze ließen sich nur durch grenzüberschreitende Zusammenarbeit, im Verbund mit anderen Staaten und Organisationen finden.

Vor diesem Hintergrund wird der »Staat« als Ordnungsidee in Frage gestellt.<sup>16</sup> Die Befürworter des Staates müssen sich rechtfertigen und sind dabei mit der Hypothek etatistischer Pathologien belastet, die aus ihrer historischen Wirklichkeit das Imperfekte der Staatlichkeit nachzuweisen scheinen. Eine Reihe von Denkansätzen versucht statt dessen, alternative Ordnungsideen zu formulieren, den tradierten Kanon der Staats- und Verfassungstheorie der empirischen Basis anzupassen. Diese Ordnungsideen unterscheiden sich in der Zahl und der Gestalt der Zwischenschritte, die auf dem Weg zu einem neuen

---

<sup>12</sup> Der Ausdruck »international« benennt im folgenden tatsächliche und rechtliche Ereignisse zwischen mehreren Subjekten, bei denen es sich in der Regel um Staaten handelt. Folglich steht die dynamisierte Form »Internationalisierung« für den Prozeß zunehmender Kommunikationsbeziehungen, vgl. zu den Motiven für die auf *Jeremy Bentham* zurückgehende Wortschöpfung *Ferdinand von Martitz*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Bd. I, 1888, S. 400 ff.

<sup>13</sup> *Thomas Vesting*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, VVDStRL 63 (2003), S. 41 (59 f.), der die Ursache für den Einheitsverlust in der Lösung des öffentlichen Rechts vom Staat sieht.

<sup>14</sup> Für diese wechselseitige Abhängigkeit hat sich aus der politischen Theorie heraus der Begriff »Interdependenz« etabliert, *Hans Huber*, *Weltweite Interdependenz*, 1968; *Robert O. Keohane/Joseph S. Nye*, *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, 3. Aufl., 2001; für eine frühe Beschreibung der tatsächlichen Abhängigkeit eines Staates von allen anderen Staaten mit dem Begriff »intépendance« siehe auch *Franz von Liszt*, *Völkerrecht*, 6. Aufl., 1910, S. 2.

<sup>15</sup> *Karl W. Deutsch*, *Nation und Welt*, in: ders., *Nationenbildung – Nationalstaat – Integration*, 1972, S. 202 (214).

<sup>16</sup> Zum Staat als Ordnungsidee und Ordnungsinstrument *Andreas Anter*, *Die Macht der Ordnung*, 2004, S. 202 ff.

Ordnungsmodell liegen. Sie haben jedoch eines gemeinsam: sie versuchen, die Einheitserwartungen zu erfüllen, indem sie die verlorene Einheit wiederherstellen. Über den Bezugspunkt für diesen Willen besteht hingegen keine Einigkeit. Die einen wollen die frühere Einheit im Nationalstaat durch die in einem Verfassungsverbund integrierten Staaten substituieren, die anderen sehen die Chance, das mit langem Atem verfolgte Ziel der »Einheit des rechtlichen Weltbildes«<sup>17</sup> zu erreichen.

Die weitreichendsten Denkansätze beruhen auf dem ideengeschichtlichen Fundament des Universalismus. Eine universelle Ordnungsidee erhebt Anspruch auf Allgemeingültigkeit, das heißt es werden losgelöst von Zeit und Ort für jedermann einsehbare Prinzipien formuliert. Die Einheit liegt in der einen Welt. Aus der hier interessierenden Perspektive handelt es sich bei diesen Prinzipien um das, was als westliche Wertegemeinschaft bezeichnet wird und in der Trinität von Menschenrechten, Demokratie und *rule-of-law* ideal verkörpert zu sein scheint.<sup>18</sup> In der Tradition der Aufklärung stehend, wird der menschlichen Vernunft zugetraut, *die* allgemeingültigen Regeln für die Ausübung hoheitlicher Gewalt, unabhängig von ihrer Organisationsform, aufzufinden. Damit stehen diese postmodernen Denkansätze in einer bis in die antike Philosophie zurückreichenden Tradition, nach der theoretisches Erkennen einer Vielheit von Geschehnissen auf eine Einheit zurückgeführt wird – eine Einheit, die es erlaubt, die beobachteten Einzelheiten zu verstehen.<sup>19</sup>

Der zitierte Branntweinfluss erinnert daran, daß die Prämisse dieser Überlegungen nicht unreflektiert akzeptiert werden sollte. Die Problembeschreibungen der Gegenwart, die unter Hinweis auf eine stetig zunehmende Internationalisierung eine in gleichem Maße abnehmende Handlungsfähigkeit des Staates feststellen, konstruieren ihr Argument als einen Steigerungszusammenhang. Die Sprache bedient sich temporalisierender Begriffe, mit der die Erwartung erzeugt wird, daß die in einem begrenzten Zeitabschnitt behandelten Ereignisse in einem prozeßhaften Verlauf voranschreiten. Mit der Prozeßerwartung wird die Illusion erzeugt, in der Gegenwart seien Probleme schwieriger und die Komplexität höher als in der Vergangenheit. Der Wunsch nach einer eindimensionalen Lösung entsteht, die das Alte beiseite schiebt und die Zahl der Handlungsmöglichkeiten in der Gegenwart verringert. Eine solche argumentative Konstruktion, die auf langfristig angelegte Entwicklungspfade zurück-

---

<sup>17</sup> Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923; dazu Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht*, 2001, S. 69 ff.

<sup>18</sup> Udo Di Fabio, *Grundrechte als Werteordnung*, *Juristenzeitung* 59 (2004), S. 1 (5 ff.); Christian Calliess, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?* *Juristenzeitung* 59 (2004), S. 1033 (1038 ff.); Amitai Etzioni, *Auf dem Weg zu einer globalen Wertegemeinschaft*, 2004, S. 6 ff.

<sup>19</sup> Wolfgang Stegmüller, *Das Universalienproblem einst und jetzt*, 1957.

greift, ist in der Idee der Aufklärung rückgebunden, daß der Geschichte ein Fortschritt zur menschlichen Vervollkommnung innewohnt.<sup>20</sup> Sie stößt trotz ihrer vernunftgeleiteten Rückbindung auf ein Erkenntnisproblem. Denn die wertenden Aussagen über die Problemfülle und Komplexität der Gegenwart werden in einen historischen Zusammenhang gestellt, der sich dem Beobachter in der Regel nicht aus eigener Anschauung erschließt und nur sehr unzureichend rekonstruierbar ist.

Die mit dem Fortschrittsgedanken verschränkte Steigerungsrhetorik bedient sich eines Determinismus, der aus der gesellschaftlichen Dynamik der »Globalisierung« ein Argument für die Überwindung des Staates als Organisationsform politischer Herrschaft macht. Sie legt das unausgesprochene Leitbild einer historischen Staatlichkeit zugrunde, in der die überstaatliche Zusammenarbeit eine Ausnahme war, die unter den tradierten Bedingungen nicht zur Regel werden konnte.<sup>21</sup> Da die »Globalisierung« und ihre rechtliche Einhegung jedoch Wirklichkeit seien, müsse es zu einer grundlegenden Formveränderung von Staatlichkeit kommen. Die regionalen und internationalen Staatenkooperationen sowie die Bindung an überstaatliches Recht werden vor diesem Hintergrund immer auch als Entwicklungsschritte hin zu alternativen Organisationsformen hoheitlicher Gewalt verstanden.

Ein solches Stadienmodell der Internationalisierung, in dem Nationalisierung und »Globalisierung« als zwei Etappen einer konsekutiven Entwicklung aufgefaßt werden, macht skeptisch. Bereits für den Zeitraum von 1860 bis 1914 relativierte die technische Evolution die räumliche Distanz und das zeitliche Nacheinander,<sup>22</sup> setzten die Erfindung der Eisenbahn, des Dampfschiffs und des Automobils, des Telegraphen und der Kühlung von Waren neue Standards, weshalb rückblickend von dieser Zeit als der »ersten Phase der Globalisierung«<sup>23</sup> gesprochen werden kann. Trotz der zweifelsohne bestehenden Unterschiede zur Gegenwart, die insbesondere im Stand der Technik sichtbar werden, läßt jene Vergangenheit den Schluß zu, daß die Nationalstaaten des späten

---

<sup>20</sup> Reinhard Koselleck, Fortschritt, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, S. 351 (397 ff.).

<sup>21</sup> Mit dem Begriff »Überstaatlichkeit« werden im folgenden alle Rechtssachverhalte verschmolzen, die ihren Ursprung nicht in klassischer, territorial radizierter Staatlichkeit haben. Dabei wird nicht zwischen Rechtsquellen unterschieden. Enger, im heutigen Sinne von Supranationalität, die Begriffswahl bei *Heinhard Steiger*, *Staatlichkeit und Überstaatlichkeit*, 1966, S. 15, passim; bezogen auf die Völkerbundidee *Heinrich Gomperz*, *Die Idee der überstaatlichen Rechtsordnung*, 1920.

<sup>22</sup> *Frances Cairncross*, *The Death of Distance*, 2. Aufl., 2003; *David Harvey*, *The Condition of Postmodernity*, 1989, S. 260 ff., mit dem seinerseits technisierenden Begriff der »Raum-Zeit-Kompression«.

<sup>23</sup> *Richard Baldwin/Philippe Martin*, *Two Waves of Globalisation: Superficial Similarities, Fundamental Differences*, in: Horst Siebert (Hrsg.), *Globalization and Labor*, 1999, S. 3 ff.

19. Jahrhunderts verwickelten Sachverhalten gegenüberstanden,<sup>24</sup> die ein bis dahin unbekanntes Maß an Komplexität mit sich brachten. Das Währungssystem des Goldstandards, die soziale Frage, die Sicherung von Absatzmärkten und der Nahrungsmittelversorgung, der Umgang mit Wanderungsbewegungen sowie die Integrität ihres Territoriums waren solche Herausforderungen, die im übrigen vom Rechtssystem mitverursacht wurden und zugleich von diesem bewältigt werden mußten. Allein für den Zeitraum zwischen der Wiener Schlußakte von 1815 und dem Jahr 1924 wird die Zahl der abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge auf 16.000 geschätzt.<sup>25</sup> Jeder Vertrag wollte befolgt, verwaltet und mit anderen Verträgen abgestimmt sein. Das Maß der Internationalisierung des Rechts spiegelte sich in den systematischen Entwürfen und idealen Konzeptionen, die die Juristen jener Zeit unternahmen.<sup>26</sup>

In Anbetracht dieser Irritationen ist es auch für die Rechtswissenschaft eine bemerkenswerte Feststellung, wenn die neuere historische Forschung die Abschottungspraktiken des klassischen Nationalstaates nicht mit dessen innerer Verfaßtheit erklärt, sondern darin das Ergebnis globaler Interaktion sieht. Die Suche nach Partikularität und den Elementen einer unveränderlichen nationalen Identität sei nicht das bedrohte Relikt einer vorglobalen Weltordnung gewesen, sondern ein Effekt der Prozesse grenzüberschreitender Zirkulation.<sup>27</sup> Das Verhältnis von Verfassungsstaat und Internationalisierung läßt sich nicht aus einem Denken des Nacheinanders, sondern nur der Gleichzeitigkeit begreifen.

## II. Bausteine des Staatsrechts: Staatsorganisationsrecht – Grundrechte – Außenstaatsrecht

Gegen das Wahrnehmungsmuster einer Internationalisierung als Fortschritt läßt sich die These setzen, daß im Rechtsdenken bis in die jüngere Vergangenheit nur ein verengter Ausschnitt von Staatlichkeit wahrgenommen wurde. Erst in den letzten Jahrzehnten vervollständigt sich Stück für Stück der Blick

<sup>24</sup> Für die deutsche Perspektive ausführlich *Cornelius Torp*, Die Herausforderungen der Globalisierung. Wirtschaft und Politik in Deutschland 1860–1914, 2005, S. 51 ff.; ein Bild der Lage der europäischen Mächte zwischen 1900 und 1914 zeichnet *Niall Ferguson*, Krieg der Welt, 2006, S. 59 ff.

<sup>25</sup> *Ludwig Bittner*, Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden, 1924, S. 13.

<sup>26</sup> *Ferdinand von Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Beiträge zur Theorie des positiven Völkerrechts der Gegenwart, Bd. I 1888 und Bd. II 1897; *Franz von Holtzendorff* (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts, auf Grundlage europäischer Staatspraxis, 4 Bd. 1885–1889; *Karl Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. I 1910; die Entwicklung des internationalen Rechts unter dem Einfluß einzelner Rechtsgelehrter seit 1870 beschreibt *Martti Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations, 2002, S. 98 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>27</sup> So die Hauptthese der Monographie von *Sebastian Conrad*, Globalisierung und Nation im Deutschen Kaiserreich, 2006, S. 9f. und 20ff.

auf das verfassungsrechtliche Gesamtkonzept von Staatlichkeit, zeigen sich die Bausteine des Staatsrechts im modernen Verfassungsstaat.

Der erste Baustein ist das Recht der Organisation von Staatlichkeit, das die Abgrenzung von Innen und Außen mit den entscheidenden Fragen nach der Souveränität des Staatsverbandes, seinem inneren Aufbau, der Kompetenzverteilung, den Verfahren zur Willensbildung und Rechtssetzung sowie der Legitimation von Herrschaft konstituiert. In der deutschen Verfassungsgeschichte läßt sich dieser Baustein idealtypisch dem Deutschen Kaiserreich zuordnen; er war über den Wechsel der Staatsform hinaus auch noch für die Weimarer Republik prägend. Der zweite Baustein tritt nach der Diktaturerfahrung in den Mittelpunkt des staatsrechtlichen Denkens. Zentraler Erkenntnisgegenstand werden die Grundrechte, die den Freiheitsraum des Bürgers gegenüber dem Staat als subjektives Recht abstecken. Mit ihnen wurde – in ihrer ursprünglichen Idee – eine Institution zum Schutz individueller Freiheit geschaffen. In der neueren deutschen Verfassungsgeschichte seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland nimmt die Entwicklung und Ausdifferenzierung des Grundrechtsdenkens – die prozessuale Durchsetzung im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit eingeschlossen – breitesten Raum ein.<sup>28</sup> Der dritte Baustein bewegt sich seit Ende der 1980er Jahre aus dem Schatten der Spezialthematiken heraus und ist auf dem Weg, zu dem zentralen Aufmerksamkeitsfeld des staatsrechtlichen Denkens zu werden. Die rechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Sachverhalte und die Auswirkungen der europäischen und internationalen Zusammenarbeit auf das staatliche Recht werden nicht mehr nur als am Rande liegende Herausforderungen erkannt und diskutiert.<sup>29</sup>

Mit diesen drei Bausteinen, die bis in die juristische Ausbildung hinein das staats- und verfassungsrechtliche Denken strukturieren,<sup>30</sup> entsteht das Gesamtbild der Verfassungsstaatlichkeit. Seine Bestandteile sind von Beginn an die tragenden Säulen dieses Herrschaftstypus.<sup>31</sup> In ihrer Bedeutung wurden sie jedoch erst nach und nach wahrgenommen. Nach dem anfänglichen Nebeneinander, das im klassischen Schema der dreigeteilten Gewalten überlagert wurde, ist eine wechselseitige Bezogenheit sichtbar geworden, wurden Verbindungsli-

---

<sup>28</sup> *Walter Schmidt*, Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, S. 188 ff.

<sup>29</sup> *Rainer Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: ders., *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 411 ff., der von einer Abfolge vom »binnenorientierten zum außenorientierten Öffentlichen Recht nach 1949« spricht; *Mattias Ruffert*, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, 2004.

<sup>30</sup> Diese Unterscheidung spiegelt sich in der allgemeinen Systematisierung des universitären Lehrbetriebs und des Lehrbuchmarktes im Staatsrecht in die drei Teile: Staatsorganisationsrecht als »Staatsrecht I«, Grundrechte als »Staatsrecht II« und die internationalen Bezüge des Grundgesetzes als »Staatsrecht III«.

<sup>31</sup> *Winfried Brugger*, *Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 126 (2001), S. 337 (354 ff.): »Die drei Säulen des modernen Verfassungsstaates«.

nien entdeckt und von der Rechtswissenschaft entwickelt. Denn sowohl die Grundrechte als auch die überstaatliche Zusammenarbeit sind mit den jeweils zeitlich vorangehenden Bausteinen inhaltlich verschränkt, haben geradezu aus einem dialektischen Zusammenhang heraus an Bedeutung gewonnen. Die individuellen Freiheitsrechte oder Grundrechte hatten auch im deutschen Staatsrecht des Kaiserreichs ihren Platz, sie wurden als einfachrechtliche Schranken für die verwaltende Tätigkeit verstanden.<sup>32</sup> Doch erst nach der Weimarer Republik und der nationalsozialistischen Diktatur wurde ihre staatsrechtliche Funktion als Widerlager hoheitlicher Gewalt, insbesondere auch der Gesetzgebung, auf breiter Grundlage anerkannt. Daraus entstand eine Diskussion über die Reichweite des Grundrechtsschutzes im Spannungsfeld zu den Gestaltungsmöglichkeiten einer demokratisch legitimierten Repräsentation des parlamentarischen Mehrheitswillens und der von ihm abhängenden Exekutive.

Auch die völkerrechtlichen Verhältnisse des Gesamtstaates wurden bereits von der Deutschen Reichsverfassung angesprochen, wenngleich sich diese Regelungen auf den Abschluß völkerrechtlicher Verträge und auf die existentielle Frage von »Krieg und Frieden« beschränkten. Nach der Niederlage des Ersten Weltkrieges und dem damit zusammenhängenden Verfassungsumbruch widmete die Weimarer Reichsverfassung der Einbeziehung des Völkerrechts in das Verfassungsrecht besondere Aufmerksamkeit. Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ist dann nach allgemeiner Auffassung der Leitgedanke der offenen Staatlichkeit, das heißt der empathischen Zuwendung zu überstaatlichem Recht und internationaler Zusammenarbeit systematisch in das deutsche Verfassungsrecht aufgenommen worden.<sup>33</sup> Dennoch werden erst heute verstärkt Fragen gestellt, die die Auswirkungen internationalrechtlicher Sachverhalte auf das nationale Verfassungsrecht betreffen. Es wird etwa danach gefragt, welche Schutzwirkung die deutschen Grundrechte in Anbetracht des Handelns überstaatlicher Träger hoheitlicher Gewalt haben, wieviel Souveränität der Staat behalten sollte und wieviel er davon überstaatlichen Verbänden übertragen will oder – noch weitreichender –, ob der Staat in Anbetracht der »Internationalisierung« überhaupt noch souverän ist.<sup>34</sup>

Mit der hier vorgeschlagenen Erzählung von der Funktion und Bedeutung des Staatsrechts läßt sich die internationale Zusammenarbeit der Staaten auf der Grundlage des Rechts weniger als systemfremde Neuheit, sondern viel-

<sup>32</sup> *Georg Meyer/Gerhard Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, S. 953 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>33</sup> Siehe dazu ausführlicher Seite 13 ff.

<sup>34</sup> *Juliane Kokott*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), S. 7 (21 ff.); *Ulrich Fastenrath*, Die »Internationalisierung« des deutschen Grundgesetzes – wie weit trägt die Entgrenzung des Verfassungsstaats?, in: Rainer Pitschas/Shigeo Kisa (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung im Spiegel des deutschen und japanischen Staats- und Verwaltungsrechts, 2002, S. 37 ff.

mehr als ein in der bisherigen Diskussion zu gering beachteter Teilaspekt der Verfassungsstaatlichkeit verstehen. Die These, daß das nationale Verfassungsrecht die neueren Entwicklungen nur unzureichend erfassen könne, verliert dadurch an Evidenz. Sie wird ihrerseits begründungsbedürftig. Ihr wird in einer an das Sein gebundenen Rechtswissenschaft die Begründungslast für die vorgeschlagenen Neukonzeptionen auferlegt.

Die Rechtswissenschaft hat sich diesem dritten Baustein des Staatsrechts – der unter dem Begriff des Außenstaatsrechts zusammengefaßt werden kann – mittlerweile verstärkt zugewendet. Dieses Zuwenden erfolgte auf Grund der besonderen Rahmenbedingungen der neueren deutschen Verfassungsgeschichte im Bereich der regionalen – europäischen – Zusammenarbeit. Während das rechtswissenschaftliche Denken über grenzüberschreitende Sachverhalte sich bereits im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts in den Spezialdisziplinen des internationalen Privatrechts und des Völkerrechts etablieren konnte, haben die drei Kernfächer des Rechts erst im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses auf die Herausforderung durch nichtstaatliches Recht in der Breite reagiert. Nacheinander und der tatsächlichen Rechtsentwicklung zeitlich nachfolgend wurden eine Europäisierung des Verwaltungs-,<sup>35</sup> des Zivil-<sup>36</sup> und des Strafrechts<sup>37</sup> festgestellt und diskutiert. Der archimedische Punkt für die Breitenwirkung im öffentlichen Recht ist der Abschluß des Vertrages zur Gründung der Europäischen Union im Jahr 1992 und das ihm knapp ein Jahr später nachfolgende Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.<sup>38</sup> Seitdem hat die Zahl der deutschsprachigen Monographien und Lehrbücher zum europäischen Recht erheblich zugenommen,<sup>39</sup> differenzierte Lehrveranstaltungen wurden flächendeckend eingeführt und die Prüfungsstoffe europäisiert. Einzelne sehen das öffentliche Recht und das Europarecht bereits als so weit miteinander verschränkt, daß der Lehrstoff des Staatsrechts problemorientiert aus beiden Perspektiven parallel dargestellt wird.<sup>40</sup> Andere sehen das Stadium er-

---

<sup>35</sup> *Thomas von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold* (Hrsg.), Der europäische Verwaltungsverbund, 2005.

<sup>36</sup> *Wulf-Henning Roth*, Europäisches Recht und nationales Recht, in: Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. II, 2000, S. 847 ff.; *Ernst Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996.

<sup>37</sup> *Helmut Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001; siehe auch die Beiträge auf der außerordentlichen Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrer in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004), S. 275–510.

<sup>38</sup> BVerfGE 89, 155 ff. – Maastricht.

<sup>39</sup> Eine Beobachtung zweiter Ordnung unternehmen *Armin von Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat 40 (2001), S. 3 ff.; *Martin Nettesheim*, EU-Recht und nationales Verfassungsrecht, in: Jürgen Schwarze/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Europarecht Beiheft 1/2004, S. 7 ff.

<sup>40</sup> *Jörn Ipsen*, Staatsrecht I, 16. Aufl., 2004.

reicht, in dem sich die wissenschaftlichen Bemühungen in einer »Europawissenschaft« verselbständigen.<sup>41</sup>

Seit einigen Jahren richtet die Rechtswissenschaft ihr Hauptaugenmerk auf weitere überstaatliche Sachverhalte. Dabei wird das Europarecht seinerseits in den größeren Zusammenhang einer Internationalisierung gestellt, weil sich zeigt, daß auch die Europäische Union, soweit sie sich zusammen mit ihren Mitgliedstaaten nicht ohnehin des völkerrechtlichen Instrumentariums bedient, in überstaatliche Zusammenhänge auf der Grundlage des Völkerrechts eingebunden ist.<sup>42</sup> Der in den zurückliegenden Jahrzehnten aufgebaute dialektische Zusammenhang zwischen Staats- und Europarecht wird durch die Erkenntnis relativiert, daß es weniger darum gehen kann, den Anspruch auf einen konkurrierenden oder exklusiven Verfassungsstatus – je nach Perspektive – durchzusetzen oder abzuwehren.<sup>43</sup> Stattdessen ist die Frage nach dem Verlust individueller Freiheit und kollektiver – nationaler – Selbstbestimmung durch die internationale Zusammenarbeit allgemein in den Vordergrund gerückt.

Die Staatsrechtslehre lenkt deshalb ihre Ressourcen zusehends auf das Phänomen des Transnationalen, auf den Staat im überstaatlichen Raum. Exemplarisch dafür ist die letzte Auflage des Handbuchs des Staatsrechts, das als Gradmesser für das Selbstverständnis und den Forschungsstand des öffentlichen Rechts steht. In dessen Band über die Grundlagen des Staates wurde ein Beitrag neu aufgenommen, der sich mit der »überstaatlichen Verflechtung« in Europa und darüber hinaus auseinandersetzt.<sup>44</sup> Auch eine größere Zahl neuerer Monographien erstreckt das Erkenntnisinteresse über die vertraute Form regionaler Zusammenarbeit hinaus auf die Wechselwirkungen zwischen den Völkerrechtssubjekten, die Voraussetzungen und Regeln für ihre Zusammenarbeit und die Maßstäbe, nach denen die Rechtmäßigkeit eines überstaatlichen Hoheitsaktes im Inland beurteilt werden kann. Die Untersuchungen setzen häufig bei traditionellen Institutionen des Staatsrechts an, wie der Souveränität,<sup>45</sup> der Gewaltenteilung<sup>46</sup> oder der auswärtigen Gewalt,<sup>47</sup> oder sie nehmen

<sup>41</sup> Gunnar-Folke Schuppert (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005.

<sup>42</sup> Thomas Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*, 2003.

<sup>43</sup> Armin von Bogdandy, *Zweierlei Verfassungsrecht – Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?*, *Der Staat* 39 (2000), S. 163 (167 ff.); ders. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, insbesondere die Beiträge des zweiten Teils, S. 847 ff.

<sup>44</sup> Christian Hillgruber, *Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Bd. II, 2004, § 32, S. 929–990.

<sup>45</sup> Stephan Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998; Utz Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004; Christian Seiler, *Nationale Souveränität*, 2005.

<sup>46</sup> Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005.

<sup>47</sup> Eine Modernisierung des Begriffs der »auswärtigen Gewalt« unternimmt Volker Rö-

ältere Strömungen der Rechtswissenschaft wie das internationale Verwaltungsrecht<sup>48</sup> oder das Denken in Kollisionsregeln<sup>49</sup> auf, die übernommen, in die Zeit gestellt und teilweise fortentwickelt werden. Die Rechtswissenschaft beginnt abermals wahrzunehmen, daß der Staat als Organisationsform politischer Herrschaft von Anfang an mit einer Außendimension konzipiert ist. »Auf allen Gebieten seines Daseins und Wirkens ist der Einzelstaat bedingt durch die Gesamtheit der anderen.«<sup>50</sup> Es scheint, als lägen die drängenden Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts in diesen Bedingungsbeziehungen.

### III. Staatlichkeit und Differenzgebot

Aus der Perspektive des öffentlichen Rechts wird das Erkenntnisinteresse auf das außenrechtliche Programm des Verfassungsstaates gelenkt. In Deutschland hat sich auf diesem Feld der Leitgedanke der offenen Staatlichkeit etabliert. Dieser Denkansatz hat seinen sprachlichen und geistigen Fluchtpunkt in der These von der »Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit«, die *Klaus Vogel* in die staatsrechtliche Debatte eingeführt hat.<sup>51</sup> In seiner im Jahr 1964 erschienenen Studie betrachtete er die einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes mit internationalen Bezügen als Ausdruck eines Gesamtkonzepts in bewußter Abgrenzung zu den älteren deutschen Verfassungen. Das Leitbild des Grundgesetzes bei der Setzung von internationalem Recht, bei dessen Anwendung und Vollstreckung sowie bei der politischen Mitwirkung auf der internationalen Ebene, sei der offene Staat. Der offene Staat wende sich gegen die in der Dogmengeschichte wirkmächtige Lehre vom Staat als isoliertem Individuum; er sei nunmehr bereit, sich grundsätzlich einer internationalen Ordnung ein- und unterzuordnen.

Konturenschärfe gewinnt der offene Staat aus der Differenz zu seinem Gegenteil, dem geschlossenen Handelsstaat.<sup>52</sup> Mit diesem hatte *Johann Gottlieb Fichte* im Jahr 1800 das frühsozialistische Modell eines Staates entworfen, in dem es für den Bürger keine grenzüberschreitende Kommunikation geben sollte, damit die öffentliche Hand die gerechte Güterverteilung zur Wohl-

---

ben, Außenverfassungsrecht, 2005 (Manuskript); mit eher traditioneller Ausrichtung *Ger- not Biehler*, Auswärtige Gewalt, 2005.

<sup>48</sup> *Christian Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001; emphatisch jüngst *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Herausforderung der Verwaltungswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, *Der Staat* 45 (2006), S. 315 (332 ff.).

<sup>49</sup> *Christoph Ohler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005; *Veith Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005.

<sup>50</sup> *Georg Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, S. 93.

<sup>51</sup> *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

<sup>52</sup> Zu dieser Motivation bei der Begriffsbildung *Klaus Vogel*, Anm. 51, S. 33; *ders.*, Wortbruch im Verfassungsrecht, *Juristenzeitung* 52 (1997), S. 161 (163).

standsmaximierung sicherstellen könne.<sup>53</sup> Was aus der Exegese des Grundgesetzes unter den Bedingungen der Verfassungsordnung des westdeutschen Teilstaates entstanden ist, erhebt nach der Begriffsrezeption durch Teile der Rechtswissenschaft<sup>54</sup> mittlerweile den Anspruch auf Verallgemeinerung. Mit der offenen Staatlichkeit ist ein Typusbegriff entstanden, der nicht nur die deutsche Verfassungsordnung der Gegenwart beschreibt, sondern für die Staats- und Verfassungstheorie anschlussfähig geworden ist.

Die Konkretisierung der Inhalte eines außenrechtlichen Programms über den Begriff der offenen Staatlichkeit ist gleichwohl mit einem Problem konfrontiert. Denn der Begriff der »Offenheit« steht in einem sozialphilosophischen Zusammenhang, dessen assoziativer Kraft sich ein staats- und verfassungstheoretisches Denkmodell kaum entziehen kann. Mit dem Wort »Offenheit« wird eine Reihe zusätzlicher positiver Bedeutungen transportiert: So steht die offene Hand im kulturellen Gedächtnis der Menschheit für eine Friedensgeste, für die Einladung, ein Angebot anzunehmen; wer gegenüber etwas »offen« ist, der ist nicht endgültig festgelegt und betont das Vorläufige seiner bisherigen Position; das »Offene« ist häufig für die Allgemeinheit, zum allgemeinen Nutzen bestimmt.<sup>55</sup> Ein offenes Gesellschaftssystem schwört übergeordneten Weltbildern ab und lässt sich auf die komplexe Dynamik der Wirklichkeit ein, indem es zusammen mit den Beteiligten nach der besseren Lösung eines Problems sucht.<sup>56</sup> Die gesellschaftliche Metapher der »Offenheit« steht

---

<sup>53</sup> *Johann Gottlieb Fichte*, Der geschlossene Handelsstaat. Ein philosophischer Entwurf als Anhang zur Rechtslehre und Probe einer künftig zu liefernden Politik, 1800, Werke III, S. 420f.: »Ist es [...] der wahre Zweck des Staates, allen zu demjenigen, was ihnen als Theilhabern der Menschheit gehört, zu verhelfen, und nun erst sie dabei zu erhalten: so muss aller Verkehr im Staate auf die oben angegebene Weise geordnet werden; so muss, damit dies möglich sey, der nicht zu ordnende Einfluss des Ausländers davon abgehalten werden; so ist der Vernunftstaat ein ebenso durchaus geschlossener Handelsstaat, als er ein geschlossenes Reich der Gesetze und Individuen ist. [...] Bedarf ja der Staat eines Tauschhandels mit dem Auslande, so hat lediglich die Regierung ihn zu führen.«

<sup>54</sup> *Peter Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Festschrift für Helmut Schelsky, 1978, S. 141 ff.; *Rolf Grawert/Bernhard Schlink/Rainer Wahl/Joachim Wieland* (Hrsg.), Offene Staatlichkeit, Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde, 1995; *Udo Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998; *Stephan Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998; *Jost Delbrück*, 50 Jahre Grundgesetz – 50 Jahre internationale Offenheit der Staatlichkeit, in: 50 Jahre Grundgesetz, 2000, S. 65 ff.; *Rainer Wahl*, Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen, Juristische Schulung 43 (2003), S. 1145 ff.; *Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle* (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt 2006; *Bardo Fassbender*, Der offene Bundesstaat, 2007; für die politikwissenschaftliche Rezeption *Wolfgang Wessels*, Die Öffnung des Staates, 2000, S. 53 ff.; mit philosophischem Zugang *Wolfgang M. Schröder*, Grundrechtsdemokratie als Raison offener Staaten, 2003.

<sup>55</sup> Deutsches Rechtswörterbuch, hrsg. von der Königlich-Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 10, 1997–2001, S. 250 ff.

<sup>56</sup> *Karl Raimund Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, (dt. 1958) 8. Aufl. 2003, Bd. I, insbesondere S. 201 ff.; zu dieser Parallele näher im dritten Kapitel Seite 227 f.

ferner in einer Parallele zu der Bedeutung der Naturwissenschaft als offener Wissenschaft, deren Entwicklungsrichtung unplanbar und der Evolution ergeben ist.<sup>57</sup> In Anbetracht dieser Gedankenketten legt die Begriffswahl es nahe, daß in einem offenen Staat Freiheit, Toleranz, Weltläufigkeit, Friedenswille und Völkerfreundschaft einen bestimmenden Platz einnehmen. Dagegen wird »Geschlossenheit« mit der gedanklichen Vorstellung von Enge, Isolation, Egoismus, Selbstgenügsamkeit und Militanz verbunden. Der geschlossene Staat ist deshalb rückwärts gewandt und anti-modern, ihm ist eine Tendenz zur Wildheit und zum Totalen zuzutrauen.<sup>58</sup> Die staats- und verfassungstheoretische Schlußfolgerung läge nahe, im Rechtssystem alles zu vermeiden, was einen Staat in die Nähe dieser Eigenschaften bringen könnte. Daher sei es beispielsweise für einen offenen Staat angezeigt – so wird argumentiert –, für den Erwerb der Staatsgehörigkeit nicht an das Abstammungsprinzip (*ius sanguinis*), sondern an das Territorialitätsprinzip (*ius soli*) anzuknüpfen.<sup>59</sup> Aus der ökonomischen Perspektive der Außenhandelstheorie wird schließlich der Versuch unternommen, das Maß der Offenheit einer Volkswirtschaft anhand eines weit ausgreifenden Kriterienkataloges zu quantifizieren, um die internationale Leistungsfähigkeit einer Marktwirtschaft beurteilen zu können.<sup>60</sup>

Bei der Beurteilung des Erkenntniswertes dieser Gedanken ist zu berücksichtigen, daß sich der konstruierte Gegensatz von offenem und geschlossenem Staat schlußendlich in einer Paradoxie auflöst. Denn der Weltstaat ist seinerseits ein geschlossenes Universalsystem.<sup>61</sup> Diese Paradoxie macht darauf aufmerksam, daß mit dem Begriff »Offenheit« auf einen relativen Zustand Bezug genommen wird, der das Andere notwendig voraussetzt. Entsteht der Weltstaat, der sich auf seiner Integrationsebene nur noch von den Dingen jenseits der Erdkugel unterscheidet, dann ist es zur Identität der Staaten gekommen; die einzelnen Staaten sind ununterscheidbar geworden.

Die Leistungsfähigkeit und damit die Existenzberechtigung einer Theorie der offenen Staatlichkeit muß deshalb das Problem der Differenzierung erkennen, will sich ihr Erklärungswert nicht im Peripheren erschöpfen.<sup>62</sup> Wer den modernen Staat auf der Grundlage des Begriffspaares »offen« und »geschlos-

<sup>57</sup> *Stephen Toulmin*, Die evolutionäre Entwicklung der Naturwissenschaft, in: Werner Diederich (Hrsg.), Theorien der Wissenschaftsgeschichte, 1974, S. 249 (265 ff.).

<sup>58</sup> *Peter Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Festschrift für Helmut Schelsky, 1978, S. 141 (144).

<sup>59</sup> *Jost Delbrück*, Das Staatsvolk und die »Offene Republik«, in: Festschrift Rudolf Bernhardt, 1995, S. 777 ff.

<sup>60</sup> *Axel Dreher*, Does Globalization Affect Growth? Evidence from a new Index of Globalization, *Applied Economics* 38 (2006), S. 1091 ff. mit dem Vorschlag für einen ökonomische, politische und soziale Aspekte einbeziehenden Globalisierungsindex.

<sup>61</sup> *Josef Isensee*, Die vielen Staaten in der Einen Welt – eine Apologie, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaft* 1 (2003), S. 7 (22).

<sup>62</sup> *Udo Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 31.

sen« begreifen will, der muß Unterscheidungen in Form von physischen und gedanklichen Grenzziehungen zulassen. Er muß Antworten auf die Fragen geben, wo eine Differenzierung vorgenommen wird und wer über Ort und Umfang der Grenze verbindlich entscheidet. Mit einem sozialphilosophisch aufgeladenen Leitgedanken der offenen Staatlichkeit wird das für den Staat konstituierende und identitätsstiftende Differenzierungsgebot jedoch denknötwendig in Frage gestellt. Wenn der Sinn und Zweck des Elements der Offenheit in der Hinwendung nach außen, in den Raum jenseits der Unterscheidungslinien besteht, dann muß die Funktion einer fortbestehenden Differenz – die Ausdruck der Geschlossenheit ist – erklärt werden, dann wird der durch eine Differenzierung begründete Status zum rechtfertigungsbedürftigen Privileg: Aus welchen Gründen sollten die unbedingte Einreise und der unbefristete Aufenthalt im Staatsgebiet Nicht-Staatsangehörigen verweigert, warum das Wahlrecht nicht auf alle von politischer Herrschaft Betroffenen erweitert werden? Warum dürfen Ein- und Ausfuhr einer Ware beschränkt werden, obwohl deren geographische Herkunft kein Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung sein soll? Weshalb sollte der Staat ausreichende Kapazitäten für die Nahrungsmittelproduktion und Leistungen der Daseinsvorsorge gewährleisten, wenn im verbundenen Ausland entsprechende Überkapazitäten vorhanden sind? Weshalb erhält eine steuerbegünstigende Zwecke verfolgende Körperschaft nur dann eine Steuervergünstigung, wenn sie inländische Gemeinwohlzwecke fördert, ihr Sitz und ihr Aktionsfeld jedoch zulässigerweise auch im Ausland liegen können? Warum sollte ein westlicher Industriestaat Maßnahmen ergreifen, um die nationale Geburtenrate zu erhöhen, wenn die Welt als Ganzes mit dem Problem der Überbevölkerung konfrontiert ist?

Eine staats- und verfassungstheoretische Argumentation, die die Dialektik der offenen Staatlichkeit prinzipiell ablehnt oder nicht ausreichend berücksichtigt, wird in jeder Präferenz für die partielle Schließung lediglich eine Gefährdung der Offenheit sehen. Die mit der Staatsangehörigkeit verbundenen Berechtigungen werden zur Diskriminierung anderer. Der beschränkte Warenverkehr gerät zum Protektionismus. Der Erhalt der Versorgungsbasis für lebenswichtige Güter steht für Mißtrauen gegenüber dem Ausland. Die auf die inländische Gemeinwohlförderung beschränkte Steuervergünstigung ignoriert das Gebot der Solidarität, und das Nachdenken über den demographischen Wandel bewegt sich am Rande des Ethno-Nationalismus. Zählt ein politisches Gemeinwesen – wie die Bundesrepublik Deutschland – die offene Staatlichkeit gar zu den Identitätselementen ihrer Verfassungsstaatlichkeit, bewegt sich eine solche skeptische Position sogar in die Nähe der Verfassungswidrigkeit. Sie droht, die Identität des Staates zu beschädigen. Wer schließlich die offene Staatlichkeit als Element eines Steigerungszusammenhanges, als Wegmarke in der fortschreitenden Entwicklung der Organisationsformen politischer Herrschaft begreift, der wird jede Differenzbetonung darauf hin ab-

horchen, ob sie als ein Rückfall in überwundene Entwicklungsstadien einzuordnen ist.

#### *IV. Widerstreit von Partikularität und Universalität*

Diese Konfliktlinie im staatsrechtlichen Denken läßt sich an der Rezeption der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anschaulich beobachten. In einem Verfassungsbeschwerde-Verfahren wandte sich ein Vater gegen die letztinstanzliche Entscheidung des Familiengerichts, durch die ihm der begehrte Umgang mit seinem leiblichen Sohn verwehrt wurde. Er rügte insbesondere eine Mißachtung des Völkerrechts und die aus seiner Sicht mangelhafte Umsetzung eines Urteils des Straßburger Gerichtshofs, das wenige Monate zuvor in seiner Sache ergangen war und nach dem ihm mindestens der Umgang mit seinem Kind zu ermöglichen sei.<sup>63</sup> Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hob die angegriffene fachgerichtliche Entscheidung wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip auf.<sup>64</sup> Das Familiengericht habe das im Fall des Beschwerdeführers ergangene Urteil des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs nicht in ausreichendem Maß gewürdigt. Damit habe es gegen die verfassungsrechtliche Pflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen, die Europäische Menschenrechtskonvention in der Auslegung durch den Gerichtshof bei seiner Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

Was diesen Verfassungsrechtsstreit aus der großen Zahl von Verfahren heraushebt und für den behandelten Zusammenhang interessant macht, ist der Umstand, daß das Bundesverfassungsgericht die Bindungswirkung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft hat. Die Berücksichtigung hat danach zum einen im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu erfolgen, zum anderen haben die staatlichen Organe bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung insbesondere dann einzubeziehen, wenn im nationalen Recht mehrpolige Grundrechtspositionen betroffen sind.<sup>65</sup> Die verfassungsrechtliche Begründung für diesen Lösungsansatz setzt bei der theoretischen Konzeption der offenen Staatlichkeit unter dem Grundgesetz an. Aus der hier zunächst bedeutsamen Rezeptionsperspektive ist ein Begründungsgedanke hervorzuheben: »Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende

---

<sup>63</sup> EGMR, No. 74969/01, Urteil vom 26. Februar 2004 – Görgülü, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 31 (2004), S. 700 ff.

<sup>64</sup> BVerfGE 111, 307 ff. – Görgülü.

<sup>65</sup> BVerfGE 111, 307 (327 f.).

Souveränität. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist.<sup>66</sup>

In den zahlreichen Stellungnahmen zu dieser verfassungsgerichtlichen Entscheidung forderten die zitierten Formulierungen vor allem kritische Anmerkungen heraus. Die Kritik argumentiert mit prinzipiellen Erwägungen, die ein interessantes Bild von einer weit verbreiteten staatsrechtlichen Auffassung zu den völkerrechtlichen Verhältnissen des Bundes zeichnen. Aus der völkervertraglichen Verpflichtung des Staates auf die Europäische Menschenrechtskonvention wird eine unbedingte Bindung des Verfassungsstaates an deren Gewährleistungen in der Auslegung des Gerichtshofs konstruiert. Die Vertragspartei wird in einer ausschließlich reaktiven Position gesehen, in der sie die Judikate eines internationalen Gerichtshofs entgegenzunehmen und innerstaatlich umzusetzen hat. Verstößt die Durchführung einer Entscheidung gegen die Verfassung und läßt sich dieser Verstoß nicht durch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts auflösen, ist die Verfassung zu ändern.<sup>67</sup> Teilweise wird deshalb vorgeschlagen, die potentiellen Kollisionslagen von vornherein dadurch zu entschärfen, daß die Konvention von ihrem Geltungsrang als einfaches Bundesgesetz auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben wird, sei es durch eine entsprechende Verfassungsauslegung<sup>68</sup> oder durch ausdrückliche Änderung des Grundgesetzes.<sup>69</sup> Aus dieser Perspektive des Rechtsgehorsams heraus hat sich der Staat durch den Abschluß und die Ratifikation des völkerrechtlichen Vertrages weiterer Einflußmöglichkeiten prinzipiell entledigt. Über die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten, auf einen kompetenzwidrigen Akt der überstaatlichen Institution zu reagieren, mit dem internationalen Gerichtshof in ein Rechtsgespräch einzutreten, wird nicht eingegangen.

Der Ansatz hätte in dem zitierten Fall des um sein Umgangsrecht streitenden Vaters durchaus nahe gelegen. Denn das Bundesverfassungsgericht gab dem Beschwerdeführer in der Sache recht. Es ist seinem Rechtsschutzbedürfnis, über den Anlaßfall hinaus, mit weiteren Entscheidungen gegenüber den Behörden und Fachgerichten – im Sinne des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – nachgekommen.<sup>70</sup> Zwar wird dieser Umstand von der Kri-

<sup>66</sup> BVerfGE 111, 307 (319).

<sup>67</sup> *Jens Meyer-Ladewig/Herbert Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an die Urteile des EGMR, *Neue Juristische Wochenschrift* 58 (2005), S. 15 (17); *Karl Doebring*, Europäische Menschenrechtskonvention ohne Verfassungsrang, in: *Festschrift für Reinhard Mußnug* 2005, S. 305 ff., mit einer völkerrechtlichen Beurteilung der Rechtsfolgen.

<sup>68</sup> *Jochen A. Frowein*, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 2, 1987, S. 1763 (1768 ff.).

<sup>69</sup> *Eckart Klein*, Anmerkung, *Juristenzeitung* 59 (2004), S. 1176 (1178).

<sup>70</sup> Siehe dazu die Kammerentscheidungen des Ersten Senats des Bundesverfassungsge-

tik lobend erwähnt, wie insgesamt dem Ansatz zugestimmt wird, daß nationale Verstöße gegen die Europäische Menschenrechtskonvention nunmehr mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden können.<sup>71</sup> Doch gerade mit dem zustimmenden Blick auf diese Entwicklungen wird der zitierte Abschnitt aus den Entscheidungsgründen als unnötiges obiter dictum,<sup>72</sup> als Mißverständnis,<sup>73</sup> als anachronistisch im Verhältnis zum aktuellen Paradigmenwechsel im Völkerrecht<sup>74</sup> oder gar als Überbleibsel »eines überkommenen nationalstaatlichen Chauvinismus«<sup>75</sup> eines Gerichts betrachtet, das sich noch auf dem Weg nach Europa befinde und deshalb Nachsicht verdiene.<sup>76</sup>

Das Unbehagen über die Wortwahl der Entscheidung läßt sich besser verstehen, wenn der Gesamtkontext der Thematik in den Blick genommen wird. Hierzu zählt zum einen der Hinweis auf die funktionelle Vorbildfunktion des Bundesverfassungsgerichts für die Durchsetzung der Menschenrechte in anderen nationalen Rechtsordnungen.<sup>77</sup> Denn was ist der Schutz der eigenen verfassungsrechtlichen Grundlagen im Ergebnis wert, wenn andere Nationen dadurch mit denselben Argumenten die Menschenrechte mißachten? Zum anderen wird ein Zusammenhang mit der allgemeinen Lage des Völkerrechts hergestellt, aus dessen Perspektive heraus die Entscheidung als eigenmächtige Handlung im Sinne eines allgemeinen Unilateralismus erscheinen könnte. Bei-

---

richts, Beschluß vom 28. Dezember 2004–1 BvR 2790/04, BVerfKE 4, 339 ff., Neue Juristische Wochenschrift 58 (2005), S. 1105 ff.; Beschluß vom 5. April 2005–1 BvR 1664/04, Neue Juristische Wochenschrift 58 (2005), S. 1765 ff.; Beschluß vom 10. Juni 2005–1 BvR 2790/04, Neue Juristische Wochenschrift 58 (2005), S. 2685 ff.

<sup>71</sup> *Frank Hoffmeister*, Germany: Status of European Convention on Human Rights in Domestic Law, *International Journal of Constitutional Law* 4 (2006), S. 722 (726 ff.); *Christoph Grabenwarter*, Das mehrpolige Grundrechtsverhältnis im Spannungsfeld zwischen europäischem Menschenrechtsschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, S. 193 (197 ff.); *Heiko Sauer*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65 (2005), S. 35 (65 f.).

<sup>72</sup> *Hans-Joachim Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 31 (2004), S. 683 (699).

<sup>73</sup> *Jochen A. Frowein*, Die traurigen Missverständnisse, in: *Liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, S. 279 ff.

<sup>74</sup> *Robert Chr. van Ooyen*, Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 2006, S. 33.

<sup>75</sup> *Hans-Heiner Kühne*, Europäische Methodenvielfalt und nationale Umsetzung von Entscheidungen Europäischer Gerichte, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 152 (2005), S. 195 (208).

<sup>76</sup> *Marten Breuer*, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du's mit Straßburg?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 24 (2005), S. 412 (414); *Rainer Hofmann*, The German Federal Constitutional Court and Public International Law, *German Yearbook of International Law* 47 (2004), S. 9 (37), der die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unter anderem ad personam mit mangelndem Völkerrechtsverständnis auf der Richterbank erklärt.

<sup>77</sup> *Luzius Wildhaber*, Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 32 (2005), S. 689 ff.; siehe auch die Äußerungen in: *Der Spiegel*, Nr. 47 vom 15. November 2004, S. 50 ff.