

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**
===== **Band 63** =====

Juliane Kokott, Thomas Vesting

**Die Staatsrechtslehre und die Veränderung
ihres Gegenstandes: Konsequenzen von
Europäisierung und Internationalisierung**

Winfried Brugger, Christoph Gusy

**Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte
unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse**

Arno Scherzberg, Oliver Lepsius

**Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung
oder Begrenzung von Innovationen?**

Rolf Gröschner, Johannes Masing

**Transparente Verwaltung – Konturen eines
Informationsverwaltungsrechts**

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003



De Gruyter Recht

Redaktion: Prof. Dr. Beatrice Weber-Dürler (Zürich)

© Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 3-89949-123-8

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2004 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-10785 Berlin

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

Printed in Germany
Diskettenkonvertierung: Dörlemann Satz, Lemförde
Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH, 87437 Kempten
Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Inhalt

Jahrestagung 2003	5
-----------------------------	---

Erster Beratungsgegenstand

*Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes:
Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*

1. Bericht von Professorin Dr. <i>Juliane Kokott</i>	7
Leitsätze der Berichterstatte ^r in	37
2. Bericht von Professor Dr. <i>Thomas Vesting</i>	41
Leitsätze des Berichterstatte ^r s	69
3. Aussprache und Schlussworte	71

Zweiter Beratungsgegenstand

*Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte
unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*

1. Bericht von Professor Dr. <i>Winfried Brugger</i>	101
Leitsätze des Berichterstatte ^r s	148
2. Bericht von Professor Dr. <i>Christoph Gusy</i>	151
Leitsätze des Berichterstatte ^r s	189
3. Aussprache und Schlussworte	191

Dritter Beratungsgegenstand

*Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder
Begrenzung von Innovationen?*

1. Bericht von Professor Dr. <i>Arno Scherzberg</i>	214
Leitsätze des Berichterstatte ^r s	259
2. Bericht von Professor Dr. <i>Oliver Lepsius</i>	264
Leitsätze des Berichterstatte ^r s	309
3. Aussprache und Schlussworte	316

Vierter Beratungsgegenstand

*Transparente Verwaltung: Konturen eines Informations-
verwaltungsrechts*

1. Bericht von Professor Dr. <i>Rolf Gröschner</i>	344
Leitsätze des Berichterstatters	371
2. Bericht von Professor Dr. <i>Johannes Masing</i>	377
Leitsätze des Berichterstatters	437
3. Aussprache und Schlussworte	442
 Verzeichnis der Redner	 469
 Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	 471
 Satzung der Vereinigung	 559

Jahrestagung 2003

Für ihre Jahrestagung 2003 war die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Freien und Hansestadt Hamburg zu Gast und konnte – insbesondere bei dem Empfang im Hamburger Rathaus – etwas von der Weltläufigkeit dieser historischen Handelsmetropole spüren. Dass Hamburg nur sog. Schmuddelwetter zu bieten hätte, wurde jedenfalls für die ersten zwei Tage eindrucksvoll widerlegt: So konnten sich Alster, Hafen und Speicherstadt im besten Lichte zeigen. Für die gute Organisation dieser gelungenen Tagung geht unser Dank auch an dieser Stelle an die Hamburger Kollegen, vor allem an Herrn Stefan Oeter und sein aufopferungsvolles Team.

In der traditionell am Mittwoch stattfindenden Mitgliederversammlung gedachte die Vereinigung ihrer verstorbenen Mitglieder, den Kollegen Georg Brunner, Boris Meissner und Heribert Zitzelsberger. 29 Mitglieder wurden neu aufgenommen, so dass die Vereinigung nun mehr als 570 Mitglieder zählt. In diesem Zusammenhang mag erwähnt werden, dass Herr Schulze-Fielitz auf der Mitgliederversammlung ausführlich über den Stand und die Zukunftsaussichten des wissenschaftlichen Nachwuchses berichtete.

Was den wissenschaftlichen Teil der Jahrestagung angeht, so diente er vor allem der Selbstvergewisserung über Stand, Methoden und Grenzen unserer Disziplin. Frau Juliane Kokott und Herr Thomas Vesting gingen den Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung nach und untersuchten auf diese Weise die Konsequenzen der Veränderung ihres Gegenstandes für die Staatsrechtslehre. Die Kollegen Winfried Brugger und Christoph Gusy beschäftigten sich mit „Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse“ und leisteten so auch einen Beitrag zur Nachbereitung der Ereignisse des 11. September in den USA. Was Stand und Methoden des Verwaltungsrechts angeht, so untersuchten Arno Scherzberg und Oliver Lepsius die Leistungsfähigkeit des Verwaltungsrechts bei der rechtlichen Risikosteuerung, und zwar im Hinblick auf die „Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?“ Die Kollegen Rolf Gröschner und Johannes Masing zeichneten erste Konturen eines Informationsverwaltungsrechts.

Was den gesellschaftlichen Teil unserer Tagung angeht, so ist für den Empfang des ersten Abends eine Hamburger Besonderheit zu berichten;

da es in Hamburg zwei Ausbildungsstätten für den juristischen Nachwuchs gibt, genoss die Vereinigung nicht nur die Gastfreundschaft der Universität Hamburg und ihrer juristischen Fakultät, sondern auch die der Bucerius Law School, die auch Gastgeberin des „Gesprächskreises Verwaltung“ am Mittwochvormittag war, während der Arbeitskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ in den Räumen der Universität tagte. Am Donnerstagabend war die Vereinigung Gast des Senates der Freien und Hansestadt Hamburg und wurde durch ihren Ersten Bürgermeister, Herrn Ole von Beust begrüßt. Der Freitagabend im Hotel „Hafen Hamburg“ bescherte den Mitgliedern der Vereinigung nicht nur einen faszinierenden Blick auf den nächtlich beleuchteten Hamburger Hafen, sondern auch schmissige Songs der „Tailed Comedians“.

Der Sonnabend – traditionell der „Ausflugstag“ der Vereinigung – führte uns in die traditionsreiche Hansestadt Lübeck. Nach einem Empfang im Rathaus und einer kundigen Stadtführung fand die diesjährige Jahrestagung mit einem gemeinsamen Mittagessen im „Haus der Schifffergesellschaft“ ihren würdigen Abschluss.

G. F. S.

Erster Beratungsgegenstand:

**Die Staatsrechtslehre und die Veränderung
ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung
und Internationalisierung**

1. Bericht von Prof. Dr. *Juliane Kokott*, St. Gallen

Inhalt

	Seite
Einleitung	
I. Veränderungen des (europäischen) Staates	11
1. Zum Begriff Staat	11
2. Staatsvolk	12
3. Staatsgebiet	14
4. Staatsgewalt	15
a) Einheit der Staatsgewalt	15
b) Souveränität	17
5. Abschied vom souveränen Staat	21
II. Erfüllung der Staatsaufgaben im offenen Verfassungs- staat	24
1. Garantie von Freiheit und Sicherheit	24
2. Definition des Gemeinwohls	25
3. Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt	26
4. Identität, Integration	26
5. Organ der Völkergemeinschaft	27
III. Postnationale Demokratie?	28
1. Demokratiegebot	29
2. Demokratiebegriff	29
3. Weltstaat, Europaastaat	30
4. Elemente postnationaler guter Herrschaft („good governance“)	31
a) Subsidiaritätsprinzip	31
b) Demokratische Prinzipien	32
c) Kein internationaler Parlamentarismus	33
d) Optimierungsgebot, Transparenz, responsible government	33

IV. Konvergenz von Staats- und Völkerrecht, Folgen für die Staatsrechtslehre	34
V. Conclusio	35

Einleitung

„Die Epoche der Staatlichkeit geht jetzt zu Ende. Darüber ist kein Wort mehr zu verlieren. ... Der Staat als das Modell der politischen Einheit, der Staat als Träger ... des Monopols der politischen Entscheidung ... wird entthront,“¹ so *Carl Schmitt* bereits 1963. Ähnlich schließt *Ernst Forsthoff* im „Staat der Industriegesellschaft“, 1971: „Die Übersicht über die Befindlichkeiten der Bundesrepublik läßt keinen Zweifel daran zu, dass sie kein Staat im hergebrachten Sinne des Begriffs mehr ist. ... Von Souveränität im Sinne der höchsten und fortdauernden Gewalt zu sprechen wäre absurd.“² „Warum nicht den Staat als Begriff und Idee verabschieden“, fragt *Udo Di Fabio*.³

Frieden, Freiheit und Sicherheit, Demokratie, Umwelt- und Menschenrechtsschutz, gerechte Handelsbedingungen sind solche öffentlichen und herkömmlicherweise staatlichen Aufgaben von höchster Priorität, welche virulent bleiben, doch der Einfluss der *einzelnen* Staaten schwindet. Wozu, lässt sich mit *Peter Saladin* fragen, noch Staaten?⁴ und wozu so viele Staatsrechtslehrer, die den Staat sehr intensiv beforschen? Erübrigen sich, wie im Kontext des europäischen Gemeinschaftsrechts manchmal postuliert,⁵ vertraute Kategorien wie „Volk“, „Staat“ und „Souveränität“? Gerät die Staatsrechtslehre folglich ins Abseits, wenn sie nur auf den Staat und dessen Modifikationen blickt?

Wie oft bei Juristen, handelt es sich auch um eine Frage der Semantik: Je enger man den Staats- und Souveränitätsbegriff fasst, desto eher besteht Bedarf nach Anpassung. Je nach Vorverständnis und Definition von Staat und Souveränität variiert zudem das Ausmaß der Änderungen. Fest

¹ *C. Schmitt* Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Collarien, 1963, 10.

² *E. Forsthoff* Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 158.

³ Vgl. *U. Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 130: „Warum nicht den Staat als Begriff und Idee verabschieden? Warum nicht Politik und Recht wieder bewußter auseinandertreten lassen ...“ auch, historisch begründet, *W. Reinhard* Geschichte der Staatsgewalt, Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1999, 535f.: „Der moderne Staat ... existiert nicht mehr.“

⁴ *P. Saladin* Wozu noch Staaten?, Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaates in einer zunehmend überstaatlichen Welt, 1995.

⁵ *G. Schuppert* Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates, Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union, in: Heyde/Schaber (Hrsg.) Demokratisches Regieren in Europa?, 2000, 65, 70; *J. Shaw/A. Wiener* The Paradox of the ‚European Polity‘, in: Green/Cowles/Smith (Hrsg.) The State of the European Union, Bd. 5 (Risks, Reform, Resistance and Revival), 2000, 64, 76f.

steht aber, dass ausgehend vom Staat des 19. Jahrhunderts gravierende Änderungen erfolgt sind. Indiz dafür sind schon die emphatischen Bekenntnisse zur Notwendigkeit von Staaten und Souveränität einerseits und andererseits die Beschwörungen des Unterganges des souveränen Staates.⁶

Der Staat wandelt sich vom *Typus* des souveränen Gebietsherrn zum *Typus* des gegenüber verselbstständigter supranationaler Hoheitsgewalt offenen Staates. Der Verlust souveräner Staatlichkeit erfolgt dabei graduell und allmählich.⁷ Niemals war zwar der Staat völlig abgeschotteter, impermeabler und autarker Souverän,⁸ niemals aber auch war er so integrationsoffen und so wenig autark wie heute. Vor Augen stehen mir in erster Linie die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften. Im Rahmen der Europäisierung gehen die Veränderungen besonders weit. Der tief greifende Wandel des Staates und der Souveränität ist aber auch ein Phänomen der Internationalisierung. Prominente Vertreter der amerikanischen Völkerrechtswissenschaft bejahen generell und nicht auf Europa beschränkt den Wegfall des alten Souveränitätskonzepts; allenfalls ein umdefinierter Souveränitätsbegriff scheint mit dem modernen Völkerrecht noch vereinbar.⁹ Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften spielen lediglich in vielerlei Hinsicht eine Vorreiterrolle.

⁶ Emphatisch in diesem Sinne deklamiert beispielsweise *Hillgruber*. „Wer deshalb Souveränität in Frage oder gar in Abrede stellt, setzt nicht weniger als die Legitimationsgrundlage und damit die Zukunft des Völkerrechts aufs Spiel.“; *C. Hillgruber* Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, 1072, 1077; vgl. auch *C. Seiler* Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, 2003.

⁷ AA wohl *C. Möllers* Staat als Argument, 2000, 224f., 424.

⁸ *P. Kirchhof* Der Staat als Organisationsform politischer Herrschaft und rechtlicher Bindung – Kontinuität des deutschen Verfassungsstaates in Freiheitlichkeit, Weltoffenheit und demokratischer Solidarität, DVBl 1999, 637, 647.

⁹ Vgl. z.B. den damalige Präsidenten der amerikanischen Völkerrechtsgesellschaft/*ASIL L. Henkin* The Mythology of Sovereignty, ASIL Newsletter March-May 1993; und die gegenwärtige (2003) Präsidentin der ASIL *A.-M. Slaughter* International Law in a World of Liberal States, EJIL 1995, 503, 537 (Umdefinition der Souveränität). Dazu schon *H. Preuss* Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Neudruck der Ausgabe 1889, 1964, 104: „Der Souveränitätsbegriff, welchen Brie, Gierke u.a.m. aufstellen, ist mit dem modernen Rechtsstaat wie mit dem modernen Völkerrecht durchaus vereinbar; jedoch nur deshalb, weil er mit dem alten und eigentlichen Souveränitätsbegriff nicht das Wesen, sondern lediglich den Namen gemein hat.“ Zum eher naturrechtlichen gerade nicht souveränitätsorientierten Ursprung des Völkerrechts *M. Koskenniemi* The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law 1870–1960, 2002, 51 („common consciousness“, „dictates of reason and ethics“).

I. Veränderungen des (europäischen) Staates

I. Zum Begriff Staat

Mit *Paul Kirchhof* lässt sich der Staat definieren „als ein sich seiner Zusammengehörigkeit bewusst gewordenes, zum Recht fähiges Staatsvolk, das sich in einem bestimmten Gebiet zu einem körperschaftlichen Herrschaftsverband organisiert, ... eine gesetzte Ordnung hat und den Staatsorganen die letztverantwortliche Befugnis zuweist, Recht zu setzen und durchzusetzen.“¹⁰ Die traditionellen Merkmale von Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatshoheit¹¹ ergänzt *Kirchhof* durch die rechtsstaatliche und demokratische Komponente. „Dabei bleibt bewußt das Entstehen von Staaten und Verfassungen im Normativen wie im Faktischen verwurzelt.“¹² Ähnlich modifiziert das moderne Völkerrecht den Grundsatz der Effektivität der Staatsgewalt als Voraussetzung der Anerkennung von Staaten durch rechtsstaatliche, demokratische und menschenrechtliche Kriterien.¹³

Europäisierung und Internationalisierung beeinträchtigen alle drei Staatsmerkmale tief greifend: Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt.

¹⁰ *P. Kirchhof* Die Staatenvielfalt – ein Wesensgehalt Europas, FS Schambeck, 1994, 947, 951 f.

¹¹ *G. Jellinek* Über Staatsfragmente, in: Festgabe zur Feier des siebenzigsten Geburtstages Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs Friedrich von Baden dargebracht von den Mitgliedern der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, 1896, 265; *ders.* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 394 ff.; s. auch *N. MacCormick* Questioning Sovereignty, Law, State, and Nation in the European Commonwealth, 1999, 17. Kritisch gegenüber einer weiteren Verwendung der Drei-Elemente-Lehre, weil die den Elementen von der traditionellen Staatstheorie zugemessene Bedeutung zunehmend verloren geht, *P. Saladin* (Fn. 4), 35 f.

¹² *P. Kirchhof* (Fn. 10), 951 f. Zum normativen und faktischen Gehalt der Souveränität als Völkerrechtsbegriff *M. Koskeniemi* From Apology to Utopia, 1989, 192 ff. und allgemeiner *ders.* (Fn. 9), 249. Für eine strikte Trennung von Sein und Sollen hingegen *C. Seiler* (Fn. 6).

¹³ Vgl. Erklärung zu den „Richtlinien für die Anerkennung neuer Staaten in Osteuropa und in der Sowjetunion“, Beschluss der EG-Außenminister im Rahmen der Europäischen Politischen Zusammenarbeit (EPZ) vom 16. Dezember 1991, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung 1991, 1173; *S. Oeter* Selbstbestimmungsrecht im Wandel, Überlegungen zur Debatte um Selbstbestimmung, Sezessionsrecht und „vorzeitige“ Anerkennung, ZaöRV 1992, 741; *J. Frowein* The Contribution of the European Union to Public International Law, FS Ehlermann, 2002, 171. S. ferner auch Art. 49 und 6 EUV sowie Art. 3 Satzung des Europarates.

2. Staatsvolk

Das Staatsvolk¹⁴ soll auch Kultur-, Gefahren- und Verantwortungsgemeinschaft¹⁵ und durch eine gewisse (nicht notwendigerweise ethnische) Homogenität zusammengehalten sein. Aufgrund von Massenmigration erhalten jedoch „die einzelnen Staatsvölker – ‚Staatsvolk‘ hier verstanden als die in einem Staat wohnhafte Bevölkerung – eine Buntheit, wie sie Europa nie erlebt hat, wenn man bedenkt, dass praktisch alle Volksgruppen der Erde in jene Migrationsbewegungen einbezogen sind.“¹⁶ Mehrfache Staatsangehörigkeit, auch Wechsel der Staatsangehörigkeit, werden häufiger. Dies ergibt sich aus normativen Gründen – gesetzliche Hinnahme von mehrfacher Staatsangehörigkeit¹⁷ – und aus faktischen Gründen. Beispielsweise werden aufgrund gesteigerter Mobilität binationale Ehen häufiger; Ehefrauen können ihre Staatsangehörigkeit nach modernem Staatsangehörigkeitsrecht behalten, die Kinder werden regelmäßig Doppelstaatler. Die Migration beeinflusst letztlich auch das Staatsvolk als Gesamtheit der Staatsbürger.¹⁸

Darüber hinaus verliert das Institut der *Staatsangehörigkeit* an Bedeutung. Das Europäische Gemeinschaftsrecht und das internationale Wirtschaftsrecht verbieten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Das Institut der Unionsbürgerschaft leitet sich zwar aus der nationalen Staatsangehörigkeit her, nivelliert aber gleichwohl deren Bedeutung.¹⁹ Der internationale Menschenrechtsschutz knüpft, anders als der traditionelle diplomatische Schutz, gerade nicht an die Staatsangehörigkeit an. Auch das Internationale Privatrecht reagiert auf Mobilität und Migration, indem das Domizilprinzip gegenüber dem Staatsangehörigkeitsprinzip an

¹⁴ Vgl. H. Maurer Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, 190f. Zur Frage eines europäischen Volkes A. Augustin Das Volk der Europäischen Union, Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs, 2000.

¹⁵ P. Kirchhof Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, § 19 Rn. 56ff.; ders. (Fn. 8), 643.

¹⁶ P. Saladin (Fn. 4), 27.

¹⁷ Vgl. T. Franck Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice, AJIL 1996, 359, 378ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

¹⁸ Das Bild der durch Sprache, Kultur und Tradition verbundenen Gefahren- und Schicksalsgemeinschaft trägt nicht. Zu diesem Bild vgl. etwa R. Grawert Staatsvolk und Staatsangehörigkeit in: Isensee/Kirchhof (Fn. 15), § 14 Rn. 8; J. Isensee Staat und Verfassung, ebd., § 13 Rn. 112f.; K. Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, 6f. Zum Erfordernis einer gemeinsamen Identität M. Rosenfeld The European Convention and constitution making in Philadelphia, I-CON 2003, 373.

¹⁹ Vgl. Art. 17ff. EGV.

Raum gewinnt.²⁰ Das internationale Strafrecht schließlich lockert die Beziehung Heimatstaat-Individuum (und insbesondere deren Ausschließlichkeit) durch zunehmende Anerkennung und einen wachsenden Anwendungsbereich des Universalitätsprinzips und durch die erstarkende supranationale Strafgerichtsbarkeit.

Der Einzelne ist nicht mehr in dem Maße auf Schutz und Refugium seines Heimatstaates angewiesen, wie dies beim klassischen Nationalstaat noch der Fall war.²¹ Vielmehr kann sich das zum Völkerrechtssubjekt erstarkende Individuum oft selbst an Menschenrechtsschutzinstitutionen wenden und direkt internationale Streitbeilegungsmechanismen zum Schutz von Auslandsinvestitionen anrufen.²² Umgekehrt kann ein einzelner Staat seinen Bürgern heute ohnehin nur noch zum Teil ein zu friedens stellendes Maß an Sicherheit gewährleisten.²³ Ein Fundamentalkriterium des diplomatischen Schutzes, das Institut der Staatsangehörigkeit, und damit auch das Staatsmerkmal „Volk“ sind in der Krise.²⁴ Denn auf *Hobbes* zurückgreifend ließe sich ableiten, dass die Verpflichtung der Untertanen gegenüber dem Souverän nur solange dauert, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann, und nicht länger.²⁵

Der Bedeutungsverlust der Staatsangehörigkeit und die fehlende Schutzfähigkeit des einzelnen Staates mindert die Schutz- und Loyalitätsbeziehung zwischen Staat und Staatsbürger (v.a. in Europa).²⁶

²⁰ *J. Schwander* Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. 1, 2000, 95 (Rn. 187): „Weltweit ist eine Tendenz zugunsten des Domicilprinzips feststellbar. Die zunehmende Migration hat die Vorteile territorialer Anknüpfungsbegriffe und gewisse Impraktikabilitäten der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bestätigt.“

²¹ *D. Thürer* Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 97, 124f.

²² Vgl. *J. Kokott* Zum Spannungsverhältnis zwischen nationality rule und Menschenrechtsschutz bei der Ausübung diplomatischer Protektion, in: Ress/Stein (Hrsg.) Der diplomatische Schutz im Völkerrecht, Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, 1996, 45; dies. (Hrsg.) Interim Report on the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment, The International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Dehli, 2002, 259.

²³ *M. Zürn* Regieren jenseits des Nationalstaates, 1998, 96.

²⁴ Vgl. Diskussion einzelner Angehöriger der International Law Commission mit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen/ILC zu Fragen des diplomatischen Schutzes vom 29. Juli 2003 in Genf.

²⁵ *Th. Hobbes* Leviathan: or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil, herausgegeben von M. Oakeshott, 1962, 5. Druck 1978, 167: „The obligation of subjects to the sovereign, is understood to last as long, and no longer, than the power lasteth, by which he is able to protect them.“

²⁶ Ähnlich *T. Franck* (Fn. 17), 376 mwN; vgl. auch *Y. Hasebe* Why We Should Not Take Sovereignty Too Seriously, in: Jyränki (Hrsg.) National Constitutions in the Era of Integration, 1998, 113, 121f.

3. *Staatsgebiet*

Das Staatsgebiet ist der räumliche Geltungsbereich staatlicher Herrschaftsmacht, insbesondere der staatlichen Rechtsordnung.²⁷ Jeder, der sich im Staatsgebiet befindet, ist der Staatsgewalt unterworfen (positiver Aspekt der Gebietshoheit), und innerhalb des Staatsgebiets darf keine Hoheitsgewalt ausgeübt werden, die nicht von der staatlichen Regelungsgewalt abgeleitet ist (negativer Aspekt).

Die im Regelwerk der Welthandelsorganisation/WTO und den mittlerweile über 2000 Bilateralen Investitionsschutzverträgen²⁸ verkörperten Prinzipien der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung mindern auch die Bedeutung der *Gebietsgrenzen*.²⁹ Sie gelten für den Waren- und Dienstleistungs-, zunehmend aber auch für den Personenverkehr.

Die klassische Staatsaufgabe der Gewährleistung der Sicherheit nach außen mutiert von einer staatlichen zur internationalen Aufgabe. Das Grundgesetz trägt dem Rechnung, indem es Souveränitätsverzicht zugunsten kollektiver Verteidigungsbündnisse vorsieht,³⁰ insbesondere die Teilnahme an Friedenssicherungseinsätzen der Vereinten Nationen.³¹ Der *Militäreinsatz wird entterritorialisiert*. Er erfolgt nicht mehr ausschließlich zur Landesverteidigung und erst recht nicht zum Zwecke des Erwerbs von Staatsterritorium.³² Auch die innerstaatliche Gefahrenabwehr in Form der Terrorismusbekämpfung ist völkerrechtlich überlagert und faktisch auf internationale Kooperation angewiesen.

Schließlich bedeutet Staat immer weniger impermeabler Herrschaftsbereich einer bestimmten Rechtsordnung.³³ Diese Entwicklung betrifft sowohl das Staatsmerkmal Territorium als auch die Staatsgewalt. Die Staatsgrenzen werden zu *relativen Jurisdiktionsgrenzen*,³⁴ die lediglich indizieren, dass eine spezifische Rechtsordnung anwendbar ist, vorbehaltlich supranationalen und internationalen Rechts. Zu völkerrechtlich begründeten Regelungen und supranationalem Recht kommt die grenzüberschreitende Anwendung nationalen und supranationalen Rechts

²⁷ Vgl. auch G. Teubner Globale Zivilverfassungen: Alternative zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 2003, 1, 27.

²⁸ J. Kokott Interim Report (Fn. 22), 259.

²⁹ Vgl. auch D. Grimm Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 90; C. Tomuschat International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law, 2001, 166.

³⁰ Art. 24 GG.

³¹ Vgl. BVerfGE 90, 286.

³² Art. 26 GG.

³³ Vgl. auch D. Grimm (Fn. 29), § 1 Rn. 93 f.

³⁴ Vgl. P. Saladin (Fn. 4), 18.

hinzu, besonders kraft des im Wettbewerbsrecht quasi universell anerkannten Auswirkungsprinzips.³⁵ *Udo Di Fabio* spricht vom „Übergang vom territorial abgeschlossenen zum nur territorial radizierten Staat,³⁶ an anderer Stelle sogar vom „Verlust der territorialen Radizierung des Staates.“³⁷

Am spürbarsten ist der Wandel innerhalb der Europäischen Union. Dort sind die Staatsgrenzen nicht mehr physisch erfahrbar. Weggefallen sind die Grenzposten, erst recht bewaffnete Grenzwächter und Zollbeamte. Die Grenzen innerhalb der Europäischen Union behalten lediglich – begrenzte – Bedeutung für die Frage, welches Recht anwendbar und wer durchsetzungsbefugt ist.³⁸ Nach der Konzeption des Art. 23 GG ist der Staat nicht mehr Gebiets Herr, sondern Wächter darüber, dass supranationale Aufgabenerfüllung in Übereinstimmung mit dem Demokratie-, Rechtsstaats-, Sozialstaats- und Bundesstaatsprinzip erfolgt.³⁹ Gerade in Art. 23 GG kommt die *Aufgabe* der Gebietsbezogenheit der Staatsgewalt klar zum Ausdruck.

Als abgegrenzter und ausschließlicher Geltungsbereich einer bestimmten *Herrschaftsordnung* gehört das Staatsgebiet somit der Vergangenheit an.⁴⁰

4. Staatsgewalt

a) Einheit der Staatsgewalt

Die *Staatsgewalt* soll einheitlich sein.⁴¹ „Rechtliche Einheit der Staatsgewalt bedeutet, daß es im Staatsgebiet keine hoheitlichen Regelungsbe-

³⁵ Vgl. *M. Herdegen* Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2002, 35ff.

³⁶ In Bezug auf Europa *U. Di Fabio* (Fn. 3), 5.

³⁷ *U. Di Fabio* (Fn. 3), 97ff. *P. Saladin* (Fn. 4), 25 interpretiert diese Entwicklung so: „Das einzelne Staatsgebiet verliert solchermassen immer mehr seine Bedeutung als geographischer ‚Wirkungsplatz‘; an seine Stelle tritt zunächst das Gebiet einer internationalen oder supranationalen Gemeinschaft ..., später vielleicht – und hoffentlich, letztlich notwendig – das Gebiet der gesamten Erdoberfläche ...“.

³⁸ *U. Di Fabio* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 69.

³⁹ S. auch *S. Hobe* Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler und institutionalisierter Kooperation, 1998, 164.

⁴⁰ Immerhin bleibt das Staatsgebiet vornehmlich außerhalb der Europäischen Union wichtig im Zusammenhang mit den Staatsaufgaben Wohlfahrt und Daseinsvorsorge, d.h. für das Aufenthaltsrecht von Personen. Die Nationalstaaten sind weiterhin befugt, Fremde auf ihrem Territorium zuzulassen oder nicht. Menschenrechte, Ausweisungsschutz und *refoulement*-Prinzip ziehen hier nur minimale völkerrechtliche Schranken.

⁴¹ Vgl. z.B. *D. Grimm* (Fn. 29), Rn. 87.

fugnisse gibt, die der Staatsgewalt gegenüber eigenständig wären.⁴² „Kein Staat [kann] aus der einheitlichen und inhaltlich weder erschöpfend beschreibbaren noch aufspaltbaren Potenz seiner Staatsgewalt Teilbereiche mit absoluter Wirkung entlassen“.⁴³ Er könne anderen hoheitlichen Einheiten die Ausübung öffentlicher Gewalt auf einem sachlichen Teilbereich seiner Staatssphäre lediglich gestatten.⁴⁴ „Gäbe es im Staatsgebiet eigenständige hoheitliche Kompetenzen,“ so *Zippelius*, „über die kein Staatsorgan verfügen könnte, so würde der Staatsgewalt *ex definitione* die Kompetenzhoheit und damit die Souveränität fehlen.“⁴⁵

Besonders intensive Einbrüche in die Einheit der Staatsgewalt ergeben sich aufgrund des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts, selbst wenn man die Hoheitsgewalt der EG als abgeleitet versteht.⁴⁶ Denn der unmittelbare, die Einheit der Staatsgewalt negierende Durchgriff des europäischen Gemeinschaftsrechts prägt den Alltag, die Nichtanwendung kompetenzwidrigen europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Behörden ist theoretischer Ausnahmefall. Gleiches gilt für das Szenario eines Austritts aus der EU, auch wenn der EU-Verfassungsvertrag den Austritt neuerdings explizit vorsieht.⁴⁷

Das Gemeinschaftsrecht führt zu einer vielfältigen Verklammerung und Verbindung aller Staats- und Gemeinschaftsorgane.⁴⁸ Mitgliedstaat-

⁴² *R. Zippelius* Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, 63.

⁴³ *F. Erler* Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, VVDStRL 18 (1960), 7, 19.

⁴⁴ *F. Erler* (Fn. 43), 19f.

⁴⁵ *R. Zippelius* (Fn. 42), 63.

⁴⁶ Vgl. auch *R. Zippelius* (Fn. 42), 67ff. Wegen des aus autonomer Quelle fließenden, unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts besteht entgegen *C. Möllers* (Fn. 7), 253f. auch dann keine Einheit der Staatsgewalt, wenn man mit *Kelsen* Rechtsgeltung und Staatlichkeit gleichsetzt.

⁴⁷ Art. I-59 EU-Verfassungsvertrag, Entwurf i.d.F. von Thessaloniki, EuGRZ 2003, 357, 368. Zum bislang strittigen Fall eines EU-Austritts, BVerfGE 89, 155, 190 (Maastricht). Schärfstens gegen die Austrittsmöglichkeit aus der Gemeinschaft, die entgegen der nachfolgenden Entwicklung in Art. I-59 Verfassungsvertrag ein „fundamentaler Bruch des Gemeinschaftsverfassungsrechts“ sein soll, *J. Frowein* Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806, 807. Das neue Austrittsrecht könnte als Reverenz an den klassischen Souveränitätsbegriff verstanden werden, erscheint aber wegen der einschneidenden tatsächlichen (vor allem wirtschaftlichen) Verflechtungen als Lippenbekenntnis. Allerdings könnte das Austrittsrecht tatsächliche Bedeutung in einer erweiterten und durch verstärkten Rückgriff auf die Integration „à géométrie variable“ veränderten Gemeinschaft erlangen.

⁴⁸ *D. Thürer* (Fn. 21), 126; vgl. auch *E. Schmidt-Aßmann* Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: ders. u.a. (Hrsg.) Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 487, 504ff.

liche Gerichte sind auch Gemeinschaftsgerichte.⁴⁹ Das Staatsrecht der Mitgliedstaaten und das europäische Gemeinschaftsrecht bilden eine Einheit.

Weiter negiert der Durchgriff der Einzelnen durch ihren Staat, wenn sie sich an internationale Menschenrechtsgremien wenden, die Einheit der Staatsgewalt. Menschenrechtsschutzeinrichtungen mit ihrer staatskontrollierenden Funktion sind eine unabhängige, zusätzliche Gewalt mit beinahe supranationaler Kraft.⁵⁰ Umgekehrt greift die internationale Strafgerichtsbarkeit unmittelbar auf die einzelnen zu.

Ulrich Scheuner interpretierte eine derartige offene Staatlichkeit⁵¹ 1964 als Schwinden des alten Staatsbegriffs.⁵²

b) Souveränität

Die Souveränität wird vielfach als Eigenschaft der Staatsgewalt erachtet.⁵³ Was aber bedeutet der schillernde *Begriff* der „Souveränität“?

Nach *Jean Bodin*, *Six livres de la république*, bedeutet „Souveränität ... die absolute und ewige Gewalt einer Republik“,⁵⁴ die das Volk dem Mo-

⁴⁹ Vgl. *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148, 172 u. 177 mwN; *D. Grimm* (Fn. 29), § 1 Rn. 97f.; *G. Schuppert* (Fn. 5), 81. *Schuppert* bezieht sich dabei auf *Ziirn*. S. auch *J. Isensee* Gemeinnützigkeit und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Veröffentlichungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V., Bd. 26 (2003), 93, 94 unter Berufung auf *Richardi*.

⁵⁰ *F. Ermacora* Die vierte Gewalt: Eine regional-supranationale Gewalt zum Schutze der Menschenrechte, FS Leibholz, Bd. 1, 1966, 673, 689f.; *C. Grabenwarther* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 290, 344f.; *S. Hobe* (Fn. 39), 438f.; *F. Hoffmeister* Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung der Bürger, Der Staat 2001, 349.

⁵¹ Vgl. *S. Hobe* (Fn. 39); s. auch *F. Erler* (Fn. 43), 7f., der die „Grundfesten der Staatsrechtslehre“ bereits 1964 bedroht sah.

⁵² *U. Scheuner* Diskussionsbeitrag zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 106, 109. S. auch *M. Stolleis* Staatsrechtslehre und Politik, 1996, 20f.: „Dahinschwinden des Objekts“; *P. Kirchhof* (Fn. 8), 639: „Es gehört zur Geschichte des Staates, daß er totgesagt ... wird.“

⁵³ Vgl. *M. Herdegen* Völkerrecht, 2. Aufl. 2002, 199; *A. Randelzhofer* Staatsgewalt und Souveränität, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 29), § 15 Rn. 3f.; s. auch Art. 2 Ziff. 1 Charta der Vereinten Nationen. *G. Jellinek* Staatslehre (Fn. 11), 486ff. trennte zwischen Staatsgewalt und Souveränität, dagegen *S. Hobe* (Fn. 39), 426ff. Ein moderner Souveränitätsbegriff findet sich bei *I. Pernice* (Fn. 49), 162 und 190 (LS 7): „Souveränität ist nicht mehr die (monarchische) Voll-Macht des Staates oder die Urgewalt eines Mythos Volk, sondern bedeutet heute Selbstbestimmung des einzelnen als Element der Menschenwürde.“

⁵⁴ *J. Bodin* Les six livres de la République I, chapitre VIII, (Corpus des oeuvres de philosophie en langue française) 179: „La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une République“.

narchen übertragen hat.⁵⁵ Wesentlich ist der Grundsatz, dass der Fürst weder an seine eigenen Gesetze noch an die seiner Vorgänger gebunden ist.⁵⁶ *Bodins* Souveränität ist dennoch rechtlich gebunden, nämlich an Naturrecht und Völkerrecht;⁵⁷ auch muss der Fürst von ihm geschlossene Verträge einhalten und darf Gesetze nicht willkürlich derogieren.⁵⁸ In diesem nüchternen Sinne einer allgemeinen Geltung der lex posterior Regel bei Beachtung des Natur- und Völkerrechts⁵⁹ ließe sich der Fortbestand der Souveränität auch heute noch bejahen.⁶⁰ Doch nahm die Entwicklung des Souveränitätsbegriffs eine andere Richtung.

Im Völkerrecht könnte Souveränität verstanden werden als Handlungsfreiheit der Staaten, die nur durch freiwillig von den Staaten selbst eingegangene Verpflichtungen begrenzt wäre.⁶¹ Dies entspricht jedoch nicht dem gegenwärtigen Entwicklungsstand des Völkerrechts.⁶² Unbe-

⁵⁵ *J. Bodin* (Fn. 54), 185f.: „... il est bien certain que celui-là est souverain: car le peuple s'est dessaisi et despoillé de sa puissance souveraine, pour l'ensaisiner et investir: et à luy, et en luy transporté tout son pouvoir, auctorisés, prerogatives, et souveraineté ...“.

⁵⁶ *J. Bodin* (Fn. 54), 192.

⁵⁷ *J. Bodin* (Fn. 54), 192ff.: „Mais quand aux lois divines et naturelles, tous les princes de la terre y sont subjects, et n'est pas en leur puissance d'y contrevenir, ... Et par ainsi la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines, ne s'entend aucunement aux lois de Dieu et de nature ...“. Missverständlich daher *G. Roellecke* Souveränität, Staats-souveränität, Volkssouveränität FS Quaritsch, 2000, 15, 19, wonach *Bodin* die „radikale Positivität des Rechtes“ ermöglicht habe.

⁵⁸ *J. Bodin* (Fn. 54), 194: „Et par ainsi nostre maxime demeure, que le Prince n'est point subject à ses loix, ni aux loix de ses predecesseurs, mais bien à ses conventions justes et raisonnables, et en l'observation desquelles les subjects en general ou en particuliers ont interest.“

⁵⁹ Die Völker- (und Naturrechts-)unmittelbarkeit als weiteres Souveränitätsmerkmal *Bodins* klingt an, wenn *Bodin* schreibt, das erste Souveränitätsmerkmal sei die Fähigkeit, allgemeine Gesetze zu machen, und zwar „sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre“, *J. Bodin* (Fn. 54), 306.

⁶⁰ Zu Rolle des Naturrechts in neuerer Zeit vgl. *W. Maihofer* Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962; *J. Kokott* Naturrecht und Positivismus im Völkerrecht – sind wir auf dem Wege zu einer Weltverfassung?, in: *Meier-Schatz/Schweizer* (Hrsg.) Recht und Internationalisierung, 2000, 3; zum freiheitsschützenden Ursprung und zur freiheitsschützenden Funktion der Naturrechtsdoktrin *H. Lauterpacht* International Law and Human Rights, 1950, 108ff.

⁶¹ Vgl. *N. Politis* Les Nouvelles Tendances du Droit International, 1927, 18f.: „... pouvoir absolu et incontrôlable des États de se comporter, dans les relations extérieures, comme dans les affaires domestiques, selon leur bon plaisir, sans autres restrictions que celles qu'ils auraient volontairement acceptées.“

⁶² Vgl. *J. Kokott* Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, in: *Coester-Waltjen/Kronke/Kokott* (Hrsg.) Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 38, 1998, 71; *dies.* (Fn. 60), 3; jeweils mwN.

stritten impliziert Souveränität heute noch Völkerrechtsunmittelbarkeit und volle Völkerrechtssubjektivität,⁶³ Eigenschaften, die aber ohnehin jedem Staat im völkerrechtlichen Sinne zukommen. „Souveränität“ wird regelmäßig in Anspruch genommen als Abwehrrecht gegen andere Souveränitätsprätendenten und als Recht zur Durchsetzung von Ansprüchen.⁶⁴ Der Souveränitätsbegriff erfüllt im Wesentlichen rhetorische Funktionen.⁶⁵ Entsprechend kennt „die Wissenschaft vom öffentlichen Recht ... kaum eine vielschichtigere und umstrittenere Frage als die nach der Souveränität.“⁶⁶

Im Staatsrecht soll Souveränität Kompetenz zur Letztentscheidung sowie die (verloren gegangene) Einheit, „Einzigkeit“ der Staatsgewalt bedeuten. Wegen seiner charakteristischen Unbestimmtheit und wegen Missbrauchsgefahr haben Staats-, Völker- und Europarechtler schon früh und immer wieder die Aufgabe des Souveränitätsbegriffs gefordert. Der Staatsrechtler *Hugo Preuss* mag 1889 der erste gewesen sein, der die These vertrat, dass die Staatsrechtslehre „im Gespinnst des Souveränitätsbegriffs“ verfangen sei, „wie die Fliege im Gewebe der Spinne“.⁶⁷ Die „wahrhaft erdrückende Fülle höchst unterschiedlicher Definitionen des Souveränitätsbegriffs“ gehe hervor „aus dem schier verzweifelten Streben, einem in der Wirklichkeit toten Begriffs ein künstliches Scheinleben einzuhauchen ... Jener Definitionenreichtum giebt einen deutlichen Fingerzeig zur Beseitigung nicht nur des Namens, sondern auch des Wesens der Souveränität.“⁶⁸ *Hugo Preuss* forderte die Eliminierung des Souveränitätsbegriffs aus der Dogmatik des Staatsrechts⁶⁹ und seine Ersetzung durch den Begriff des Rechtsstaats.⁷⁰

⁶³ Zum völkerrechtlichen Souveränitätsbegriff z.B. *M. Koskenniemi* (Fn. 12), 206 ff.; *S. Oeter* Souveränität – ein überholtes Konzept?, FS Steinberger, 2002, 259, 275 ff.

⁶⁴ *K. Doehring*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 2000, Rn. 258.

⁶⁵ Ähnlich *M. Koskenniemi* (Fn. 9), 169.

⁶⁶ *M. Baldus* Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht, Der Staat 1997, 381.

⁶⁷ *H. Preuss* (Fn. 9), VI.

⁶⁸ *H. Preuss* (Fn. 9), 101 mit einer „kleinen Blütenlese von Souveränitätsdefinitionen“ zur Bestätigung.

⁶⁹ *H. Preuss* (Fn. 9), 135.

⁷⁰ *H. Preuss* (Fn. 9), 136 mit einer Herleitung des Begriffs der „souveraineté“ aus obrigkeitsstaatlichem Denken auf 100 ff. (z.B. 115). S. auch *M. Baldus* (Fn. 66), 383. Nach *von Bogdandy* tritt der Begriff Identität an die Stelle von Souveränität, *A. v. Bogdandy* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 156, 190, LS 8 und 9.

Der Völkerrechtler *Nicolas Politis* betrachtete bereits 1927 die Souveränität als unzulässiges, weil sinnloses und gefährliches Dogma, welches die internationale Anarchie begünstige.⁷¹

In neuerer Zeit hat *Dieter Grimm* plastisch auf die „Doppelbedrohung“ staatlicher Souveränität hingewiesen: „Sowohl die externen Grenzen der Staatsgewalt, die mit den Landesgrenzen identisch waren, als auch die internen, die durch die Differenz zur Gesellschaft markiert wurden, [werden] durchlässig, und der für die neuzeitliche Staatsbildung zentrale Begriff der Souveränität verliert seine tatsächlichen Voraussetzungen“.⁷²

Der Auffassung vom Zerfall der Souveränität⁷³ skeptisch gegenüber steht *Isensee*. Unter Berufung auf *Hegel* und *Rousseau* hält er entgegen, die Staaten gäben durch inter- und supranationale Integration „die Souveränität als solche ... nicht preis“. *Isensee* ruft – ohne nähere Betrachtung der Charta der Vereinten Nationen – einen Weltstaat vor unser geistiges Auge, um diesen sodann, ebenso wie einen „Europastaat“, vehement abzulehnen. Konzeptionelle Alternative, auch im Rahmen der Europäischen Union, scheint die Bewahrung der Nationalstaaten zu sein. Die von *Isensee* ins Feld geführte und, wie er betont, mit neuen Dimensionen der Machtausübung verbundene „gesteigerte Effizienz“⁷⁴ der Nationalstaaten besteht jedoch zur gesamten Hand der Mitgliedstaaten. Zudem ist Souveränität kein nur abstrakter, philosophischer Begriff. Die politische Wirklichkeit, die dem klassischen Souveränitätsbegriff seine Maßgeblichkeit verlieh, gibt es nicht mehr. Evident ist daher, „dass die herkömmlichen konzeptionellen Instrumentarien der Beschreibung von Staaten

⁷¹ *N. Politis* (Fn. 61), 23f.; dazu *M. Baldus* (Fn. 66), 386.

Hans-Peter Ipsen stellte 1984 fest, dass der Begriff der Souveränität selbst verunsichere, wenn er nicht unhaltbar geworden sei, *H.-P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien, 1984, 100.

⁷² *D. Grimm* Vorwort, in: ders. (Hrsg.) Staatsaufgaben, 1994, 9. S. auch *P. Saladin* (Fn. 4), 32: „... äußere und innere Entsouveränisierung des Staates.“

⁷³ Vgl. z.B. *H. Boldt* Staat und Souveränität, in: Brunner (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe, historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 6 (1990), 1, 152f.; *J. Camilleri/J. Falk* The End of Sovereignty, 1992, 256; *E. Denninger* Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, *JZ* 2000, 1121; *L. Henkin* (Fn. 9); *H. Maurer* (Fn. 14), 4; *N. MacCormick* (Fn. 11), 133; *G. Roellecke* (Fn. 57), 15; *C. Schreuer* The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law, *EJIL* 1993, 447; *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 537; *H. Steiger* Geht das Zeitalter des souveränen Staates zu Ende?, *Der Staat* 2002, 331.

⁷⁴ *J. Isensee* Die vielen Staaten in der einen Welt – eine Apologie, *ZSE* 2003, 7; zur gewandelten Souveränitätsausübung im Wege der Mitarbeit in internationalen Organisationen vgl. auch *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 534ff. („The Disaggregation of Sovereignty“).

und ihrer Interaktion der Fortbildung bedürfen.⁷⁵ *Hermann Lübke* weist zutreffend darauf hin, dass das, was „Hegel seinerzeit in der ... Reichsverfassungsschrift zur Geltung brachte, ... inzwischen tiefe Vergangenheit“ ist.⁷⁶

Ich schließe mich dem Völkerrechtler *Louis Henkin* an, der als Präsident der amerikanischen Völkerrechtsgesellschaft eine klarere und dogmengeschichtlich weniger belastete Terminologie verlangte.⁷⁷ Der Begriff der Souveränität passt nicht in die neue Struktur des konvergierenden Staats- und Völkerrechts.

5. *Abschied vom souveränen Staat*

Wegfall der Souveränität bedeutet, dass der einzelne Staat seine Ordnungsfunktion nur noch begrenzt wahrnehmen kann,⁷⁸ aber Völker- und Europarecht treten als ergänzende Teilordnungen hinzu.⁷⁹

Dualismus in Reinform, wie er von *Triepel* zur Hochzeit der Nationalstaaten entwickelt wurde, ist kaum noch anzutreffen.⁸⁰ Im Rahmen der an

⁷⁵ *H. Lübke* Geteilte Souveränität, Die Transformation des Staates in der europäischen Einigung, Information Philosophie, August 1994, 5, 12.

⁷⁶ *H. Lübke* (Fn. 75), 12. S. auch *G. Roellecke* (Fn. 57), 22: „Der Realitätsbezug der Souveränität ist verblaßt.“

⁷⁷ Vgl. *L. Henkin* (Fn. 9), Ziff. 5f.: „Surely, as applied to the modern secular state in relation to other secular states, it is not meaningful to speak of the state as sovereign. Sovereignty, I conclude, is not per se a normative conception in international law. There is a need for a clearer conception and a new vocabulary more accurate and with less ‚baggage‘.“ Ähnlich schon *H. Kelsen* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1928, 320: „Die Souveränitätsvorstellung freilich muß radikal verdrängt werden. Diese Revolutionierung des Kulturbewußtseins tut vor allem not!“ Auch die neu definierte Souveränität der gegenwärtigen Präsidentin der amerikanischen Völkerrechtsgesellschaft, *Anne Marie Slaughter*, hat nichts mit dem herkömmlichen Souveränitätsbegriff zu tun: *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 537: „Sovereignty becomes the capacity to participate in an international regulatory process. The redefinition of sovereignty in a world of liberal states pushes this redefinition one step further, devolving it onto the component institutions of individual States and giving it substantive content with regard to the relationship between these institutions and individuals and groups in transnational society.“ AA jedoch *S. Oeter* (Fn. 63), 259.

⁷⁸ Vgl. *S. Hobe* (Fn. 39), 436. Nicht entgegen steht, dass die Staaten teilweise neue Aufgaben erwerben, so im Bereich der Daseinsvorsorge. *A. Singer* Nationalstaat und Souveränität, 1993, 174.

⁷⁹ *I. Pernice* (Fn. 49), 148, 172 ff.

⁸⁰ Vgl. *H. Triepel* Völkerrecht und Landesrecht, Nachdruck von 1899, 1958; s. aber auch schon *C. Schmitt* Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 1950, 182: die dualistische Trennung von Völkerrecht und Staatsrecht nur als Fassa-

Boden gewinnenden und auch in der Lehre vom Verfassungsverbund⁸¹ zum Ausdruck kommenden monistischen Sichtweise⁸² wird dem Staat ohnehin nicht die alleinige Letztverantwortung für das Wohl und Wehe seiner Bürger übertragen. Vielmehr gilt ganz selbstverständlich das Völkerrecht auch im Staate, so dass auch die Staatengemeinschaft Verantwortung trägt.⁸³

Hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen den Staaten und den internationalen Organisationen evoziert *Saladin* gar das Bild eines Bundesstaates.⁸⁴ Der Staat wird mehr und mehr zum *Vollzieher* supra- und international vorgegebener Normen. Solche internationalen Normen entstehen teils mit, teils ohne oder gar gegen den Willen betroffener Staaten. Das gilt für Völkergewohnheitsrecht, wenn der so gebundene Staat nicht „persistent objector“ war;⁸⁵ *ius cogens* führt ebenfalls zu einer Bindung des Staates jenseits des Konsensprinzips, vertraglich vorgesehene Mehrheitsentscheidungen erübrigen die staatliche Zustimmung im konkreten Fall.⁸⁶

denangelegenheit. *J. Kaiser* Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 1, 15.

⁸¹ *I. Pernice* (Fn. 49), 148, 172ff.

⁸² Gemeint ist Monismus mit Völkerrechtsprimat. Vgl. *A. Verdross/B. Simma* Universelles Völkerrecht, 1984, 53ff.; *I. Seidl-Hohenveldern/T. Stein* Völkerrecht, 2000, 120 (Rn. 554f.). Oft wird lediglich von einer Annäherung der Theorien oder einem „gemäßigten Dualismus“ gesprochen, vgl. z.B. *O. Kimminich/S. Hobe* Einführung in das Völkerrecht, 2000, 216. Die Verfassungs- und Gerichtspraxis der Staaten öffnet sich dem Völkerrecht jedoch zunehmend, so dass das innerstaatliche Recht mehr und mehr völkerrechtlich durchwirkt wird. Vgl. *J. Kokott* From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – with Special Reference to the German Basic Law, in: Starck (Hrsg.) Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis, 1999, 71, 129ff. D.h. der Monismus mit Völkerrechtsprimat gewinnt, sowohl Dualismus – die Trennung von Völkerrecht und innerstaatlicher Rechtsordnung – als auch der überholte Monismus mit Staatsrechtsprimat verlieren. Zu einer Fortentwicklung des Monismus mit Völkerrechtsprimat *D. Thürer* Völkerrecht und Landesrecht, Thesen zu einer theoretischen Problemumschreibung, SZIER 1999, 217.

⁸³ *C. Vedder* Diskussionsbeitrag zu den Berichten von Steinberger, Klein und Thürer zum Thema: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 183.

⁸⁴ *P. Saladin* (Fn. 4), 238f.; ähnlich *C. Schreuer* (Fn. 73), 470.

⁸⁵ Zur eingeschränkten Bedeutung des Staatenkonsenses *C. Tomuschat* (Fn. 29), 50 sowie zum majoritären Element des Völkergewohnheitsrechts ebd. 325ff.

⁸⁶ Anwendung des Mehrheitsprinzips z.B. bei Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften, im Rahmen des Weltwährungsfonds, bei Beschlüssen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen.

Durch die Aufgabe der alleinigen Verantwortung für das geltende Recht wird die Souveränität nicht nur faktisch, sondern auch *rechtlich* beeinträchtigt.

Ein fundamentaler Wandel der Staatlichkeit in Europa, nämlich zum nicht mehr im früheren Sinne souveränen Staat, steht außer Zweifel.⁸⁷ Dies war wesentliches ursprüngliches Ziel der Europäischen Einigung: Kriegsvermeidung durch Souveränitätsverlust.⁸⁸ Bewusst wurden der Hohen Behörde nach dem Montanvertrag i. d. F. von 1958 ausdrücklich supranationale Befugnisse zuerkannt. Es hat keinen Sinn sich dieser Entwicklung entgegenzustellen.⁸⁹ Der souveräne Staat ist kein Selbstzweck,⁹⁰ wie extremer Nationalismus das vielleicht einmal annahm. Ebenso wenig sind Europäisierung und Internationalisierung Selbstzwecke.

Im Übrigen könnte und sollte auch eine europäische Verfassung oder ein europäischer Verfassungsvertrag die den Nationalstaaten durch die Globalisierung verloren gegangene Einheitlichkeit nicht wiederherstellen.⁹¹

Die Entsouveränisierung hat allerdings nur einen Funktionswandel des Staates, nicht dessen Untergang zur Folge.⁹² Der ehemals souveräne Nationalstaat wird zum rechtlich und faktisch gebundenen Staat innerhalb

⁸⁷ Ebenso z. B. E. Denninger (Fn. 73), 1126. S. auch D. Thürer (Fn. 21), 123; P. Saladin (Fn. 4), 217. Ähnlich, aber aufgrund der parallelen innerstaatlichen Strukturveränderungen wies Ernst Forsthoff 1971 auf „den kontinuierlichen Abbau aller auf souveräne Eigenständigkeit hindeutenden Strukturen“ hin. E. Forsthoff (Fn. 2), 165.

⁸⁸ Zur Friedensfunktion der Souveränitätsaufgabe in Westeuropa auch N. MacCormick (Fn. 11), 133.

⁸⁹ Vgl. auch M. Nettesheim Das komunitäre Völkerrecht, JZ 2002, 569, 578.

⁹⁰ D. Grimm Braucht Europa eine Verfassung?, 1994, 47; s. aber G. W. F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1833, Akademie-Verlag-Berlin 1981, 284: Staat als „Gang Gottes in der Welt“ und 313: „Man muß daher den Staat wie ein Irdisch-Göttliches verehren“. U. Haltern Völkerrecht und Liebe, in: Elm (Hrsg.) Politik und Kulturen im Globalisierungsprozess. Eine interdisziplinäre Zusammenführung, 1, 24 unter XX. (2003, im Erscheinen), wonach „das Politische den Bereich letzter Werte und letzter Bedeutungen betrifft“, wobei politische Bedeutungen „keine moralischen Bedeutungen [sind]. Sie sind ihre eigenen letzten Werte.“ Ders. Gestalt und Finalität, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 803, 845 – auch zur Finalitätsdiskussion der EU, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

⁹¹ Ähnlich D. Grimm (Fn. 29), Rn. 101; N. MacCormick (Fn. 11), 191 f.; C. Walter Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl 2000, 1.

⁹² Vgl. J. A. Camilleri/J. Falk (Fn. 73), 256: „Though the state will continue to perform important administrative and other functions, the theory of sovereignty will seem strangely out of place ...“.

eines Systems multipler Rechtssetzung und Herrschaftsgewalt.⁹³ Souveränität ist also weder notwendiges, noch ein unter allen Umständen wünschenswertes Kriterium der Staatsgewalt.⁹⁴

II. Erfüllung der Staatsaufgaben im offenen Verfassungsstaat

Staatsaufgaben lassen sich aus dem „Wesen“ des Staates und aus der Verfassung ableiten. Letztlich müssen sie zurückführbar sein auf die Bedürfnisse der Einzelnen, für die Staat und Recht bestehen. Herkömmlicherweise gehören zu den wesentlichen Staatsaufgaben⁹⁵: (1.) die Garantie von Freiheit und Sicherheit, (2.) die politische Definition des Gemeinwohls, (3.) Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt, (4.) die Identitäts- und Integrationsfunktion und schließlich (5.) die Wahrung des Völkerrechts.⁹⁶ Die genannten Staatsaufgaben werden heute weder autonom von den einzelnen Staaten definiert und ausgestaltet, diese müssen sich an die völker- und europarechtlichen Vorgaben halten, noch können die *einzelnen* Staaten die genannten Staatsaufgaben effektiv erfüllen.

1. Garantie von Freiheit und Sicherheit

Freiheit und Sicherheit nach innen und außen vermag der einzelne europäische Staat nur noch begrenzt zu garantieren. Man vergegenwärtige sich einmal die Diskrepanz zwischen dem bei Formulieren des Art. 87a Abs. 2 GG im Jahre 1968 noch vor Augen stehenden Konzept der Landesverteidigung⁹⁷ und der realen Machtlosigkeit der Bundeswehr im Falle der Landesverteidigung. Sowohl äußere Bedrohungen als auch der

⁹³ C. Walter (Fn. 91), 12. Mit G. Jellinek Staatslehre (Fn. 11), 486ff., wird also hier von der Trennbarkeit des Staatsmerkmals Staatsgewalt und der Souveränität ausgegangen.

⁹⁴ Ebenso N. MacCormick (Fn. 11), 129.

⁹⁵ Gemeint sind Aufgaben, die heute existierende, konkrete Staaten zu bewältigen haben. Auf alle Staatsaufgaben und die Intensität ihrer Dringlichkeit im Rahmen verschiedener Ansätze der politischen Philosophie kann hier nicht eingegangen werden. Zu den Staatsaufgaben vgl. C. Link Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1989), 7, 51 ff. LS 5 ff.; G. Ress Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, ebd., 56, 114 ff. LS 13 ff.

⁹⁶ Zur Staatszwecklehre H.-C. Link und G. Ress (Fn. 95), 7 und 56; zur nach Auffassung von Ress 1990 noch geringen Rolle des Völkerrechts, 113 f., LS 7.

⁹⁷ Vgl. M. Baldus in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Rn. 37 zu Art. 87a Abs. 2.

Kampf gegen im Staat operierende, international organisierte Terroristen erfordert internationale Zusammenarbeit.

Nur der Nationalstaat soll zwar nach teils vertretener Auffassung Opfer und Solidarität, etwa den persönlichen Einsatz im Krieg zur Verteidigung des Vaterlandes, verlangen können.⁹⁸ Wenn aber der Nationalstaat zur Schutzgewährung nicht in der Lage ist, leidet konsequenterweise diese Einsatzbereitschaft.

2. *Definition des Gemeinwohls*

Einen eigenständigen Rahmen für die Bestimmung des *Gemeinwohls* setzt auch das Völkerrecht,⁹⁹ jedenfalls seit Anerkennung zwingender Normen. Innerhalb dieses Rahmens bleibt den einzelnen Staaten aber Konkretisierungsspielraum. Teils sehen Kollegen sogar das Bedürfnis nach Stärkung der Staatsmacht, damit eine wirkungsvolle Selbstbestimmung trotz Globalisierung möglich sei. Der Staat sichere eine politische Definition des Gemeinwohls und damit den Primat des Politischen über Wirtschaft¹⁰⁰ und Kultur.

Das Postulat einer Stärkung des Nationalstaates, um eine politische Bestimmung des Gemeinwohls zu ermöglichen, gilt, sofern die Grundannahme zutrifft, der Nationalstaat sei in der Politik beheimatet, während die Europäischen Gemeinschaften und die WTO von der Wirtschaft herkämen.¹⁰¹ Menschenrechte und Umweltschutz, nicht ausschließlich Handelsbeziehungen, sind aber Gegenstände supra- und internationaler Politikprozesse. Deshalb ist das Postulat: Stärkung des Nationalstaates zwecks politischer Bestimmung des Gemeinwohls nicht zwingend.

⁹⁸ Vgl. *K. Doehring* Die Europäische Union aus der Sicht des Bürgers, *Zeus* 2001, 395, 397f.; *J. Isensee* (Fn. 74), 24 und 30f. Zur „Einforderung letzter Opfer“ durch den Staat s. auch *U. Haltern* Der europarechtliche Begriff des Politischen, Manuskript der Habilitationsschrift 2003, 73 (2. Kapitel, D, I. Souveränität, bei und um Fußnote 95); *ders.* Völkerrecht und Liebe (Fn. 90), unter VIII. und XIV.

⁹⁹ Vgl. z. B. *B. Fassbender* Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, *EuGRZ* 2003, 1.

¹⁰⁰ *U. Di Fabio* (Fn. 38), 20.

¹⁰¹ *P. Dagoglou* Diskussionsbeitrag zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, *VVDStRL* 23 (1966), 126f.; *F. Erler* (Fn. 43), 18: *Erler* sprach 1959 „den so genannten supranationalen Gemeinschaften ... politische Eigenexistenz“ ab. Sie seien echter politischer Grundentscheidung nicht fähig.

3. *Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt*

Angesichts der Aufgabe der Währungshoheit im Rahmen der Europäischen Union, der Verflechtung der Wirtschaften in der EU und unter dem Regime der Welthandelsorganisation/WTO mindert sich die Fähigkeit des Staates zur *Daseinsvorsorge und Schaffung von Wohlfahrt*. Bei Entwicklungs- und Schwellenländern kommt vielfach die Gestaltungskraft des Weltwährungsfonds im Wege von Auflagen hinzu.

Auch die Staatsaufgabe, die Wohlfahrt der Bürger zu gewährleisten, ist also teilweise internationalisiert, d.h. sie kann von den meisten Staaten nur in Zusammenarbeit mit anderen Staaten und im Rahmen internationaler Organisationen effektiv wahrgenommen werden.

4. *Identität, Integration*

Der Staat soll auch *kulturell-soziale Heimstatt* bieten. Er trägt so zur *Identität* des Einzelnen bei.¹⁰² Die Rechts- und Verfassungsordnung integriert darüber hinaus den Einzelnen in die Werteordnung des staatlichen Gemeinwesens.¹⁰³

Ebenso wenig wie die Staatsangehörigkeit jedoch primäre Loyalitätsbeziehung der Bürger und Einwohner eines Staatsgebiets sein dürfte, kommt dem Staat die primäre Funktion bei der Vermittlung von Identität zu. Besonders evident ist das Fehlen staatlicher Identifikations- und Integrationsfunktionen bei vielen künstlich geschaffenen afrikanischen Staaten.¹⁰⁴ Doch auch im europäischen und amerikanischen Kontext gilt: „Die Bewohner territorialer Einheiten sind ... in vielfachen Loyalitätsbeziehungen, so etwa kirchlicher, dörflicher oder ethnischer Art, eingebunden. Multiple Zugehörigkeitsbindungen sind die Regel, was auch eine europäische neben einer nationalen Identität zuläßt.“¹⁰⁵ Umgekehrt ver-

¹⁰² Vgl. S. Hobe (Fn. 39), 405 ff.

¹⁰³ P. Saladin (Fn. 4), 189 ff.

¹⁰⁴ Vgl. R. Knieper Nationale Souveränität, Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung, 1991, 162.

¹⁰⁵ Konkreter S. Hobe (Fn. 39), 408; J. Pernice (Fn. 49), 176 ff. und 191, LS 16. AA *Haltern*: Nur im Nationalstaat, nicht in der Gemeinschaft, sei die für wichtig gehaltene „Sinnbefriedigung durch Transubstantiation“ möglich, in der Gemeinschaft bleibe der Mensch entwurzelter wesensmäßig Fremder. Vgl. U. Haltern Begriff des Politischen (Fn. 98), 474 (8. Kapitel, C V a.E.); ders. Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, EJIL 2003, 14, 18; ders. Völkerrecht und Liebe (Fn. 90), 17 unter XIV: „Der Staat, nicht die internationale Gemeinschaft, ist das erotische Liebesprojekt. Gerade die Abwesenheit einer erotischen Fundierung transnationaler Gemeinschaft erklärt das geringe Identitätspotential des Völkerrechts für den Bürger.“

mitteln auch substaatliche Regionen Bindung, Identität und Heimatgefühl¹⁰⁶ – der Staat als System von miteinander verwobenen Gemeinschaften.¹⁰⁷ Auch ein im überkommenen Sinne nicht mehr souveräner Staat vermittelt immer noch Bindungen.

Weder vermag also der Nationalstaat fehlende Zugehörigkeit und Integration stets zuverlässig zu gewährleisten, noch ist der Einzelne ohne einen starken Nationalstaat notwendigerweise wurzellos, bindungslos und isoliert. Wie noch nie hat der Einzelne heute die Chance einer *selbst bestimmten Identität*, worunter Gemeinschaftswerte nicht leiden müssen.¹⁰⁸

5. *Organ der Völkergemeinschaft*

Wenngleich „das große und kurze Zeitalter der territorial geschlossenen Verfassungsstaaten zu Ende“¹⁰⁹ ist, bleiben die offenen Nationalstaaten die entscheidenden Zurechnungspunkte des wichtiger werdenden Völkerrechts.¹¹⁰

Es geht jetzt im Wesentlichen darum, zu bestimmen, welche Aufgaben von ihrem Gehalt her auf substaatlicher, staatlicher oder supranationaler Ebene zu verrichten sind. *Pernice* spricht von einem „Mehrebenensystem öffentlicher Gewalt mit jeweils sachbezogenen begrenzten Kompetenzbereichen zur arbeitsteiligen Erfüllung der jeweils anvertrauten öffentlichen Aufgaben“.¹¹¹ Zweifelhaft ist dabei, ob es überhaupt noch Staatsaufgaben, die von ihrem Wesen her auf die nationale Ebene gehören, gibt.¹¹²

Zu einem ähnlichen romantisch-nationalen Ansatz bei *Kaufmann* vgl. *M. Koskenniemi* (Fn. 9), 252 ff.

¹⁰⁶ Vgl. *R. Knieper* (Fn. 104), 162. Es bedarf allerdings einer besonderen Anstrengung der Theorie von der öffentlichen Gewalt, all diese Beziehungen unter den Gesichtspunkten demokratischer Teilhabe und Verantwortlichkeit (responsible government) zu verstehen und zu lenken. Vgl. *J. A. Camilleri/J. Falk* (Fn. 73), 25.

¹⁰⁷ *S. Hobe* (Fn. 39), 407. S. auch *J. A. Camilleri/J. Falk* (Fn. 73), 251.

¹⁰⁸ Vgl. *T. Franck* (Fn. 17), 382f.; s. auch das Plädoyer für doppelte Loyalitäten bei *J. Weiler* *The State „über alles“*, *Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, FS Everling, Bd. 2, 1995, 1651, 1687f.

¹⁰⁹ *U. Di Fabio* (Fn. 38), 50.

¹¹⁰ *U. Di Fabio* (Fn. 38), 33; *C. Tietje* *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, DVBl 2003, 1081.

¹¹¹ Vgl. *J. Pernice* in: *Dreier* (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 2, 1998, Rn. 21 zu Art. 24; zum ursprünglich aus der Politikwissenschaft stammenden Konzept des Mehrebenensystems z.B. auch *R. Wahl* *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, 426ff.

¹¹² Das wäre nur der Fall, wenn es zwingende Grenzen der Übertragung von Hoheitsgewalt gäbe. Aber selbst staatliche Grundrechte können von supra- oder internationalen

Supra- und internationalisierte Aufgaben verrichten die Staaten „zur gesamten Hand“ im Rahmen von internationalen Organisationen. Ohne fortbestehende und aktive Staaten können internationale Organisationen in ihrer gegenwärtigen Form gar nicht bestehen. Zudem fehlt es dem Völkerrecht an Vollzugsorganen. Nicht nur im europäischen Gemeinschaftsrecht, sondern auch im Völkerrecht gewinnt also die Vollzugsfunktion der Staaten ständig an Gewicht.

Die Erfüllung vieler Staatsaufgaben wird in Europa supra- und internationalisiert.¹¹³ Während insoweit der Einfluss einzelner Staaten schwindet, wird die Funktion des Staates als *Mitgestalter* und Vollzugsinstrument supra- und internationalen Rechts ständig wichtiger. Ob dies einen Zuwachs „... staatlicher Handlungsmittel bedeutet“,¹¹⁴ mag dahin stehen, jedenfalls handelt es sich um eine tief greifende Modifikation der Staatsaufgaben.

III. Postnationale Demokratie?¹¹⁵

Europäisierung und Internationalisierung mindern die Bedeutung der nationalen Parlamente.¹¹⁶ Diese Entparlamentarisierung erfolgt nicht nur zugunsten von Regierung und Ministerialbürokratie (Exekutive), sondern auch zugunsten nationaler und internationaler Gerichte.¹¹⁷ Europäisierung und Internationalisierung gefährden damit die *parlamentarische Demokratie innerhalb der Nationalstaaten*. In den Staaten und auf internationaler Ebene sind deshalb alle Möglichkeiten der Entschärfung der demokratischen Frage auszuschöpfen. Im folgenden konzentriere ich mich auf die internationale Ebene.

Wird es aber „den Ideen der Demokratie und des Rechtsstaats gelingen ..., das nationalstaatliche Gehäuse zu sprengen und sich in den nicht-

Grundrechten verdrängt werden. Vgl. *P. Saladin* (Fn. 4), 38 ff.; *S. Hobe* (Fn. 39), 130; staatspezifische Aufgaben ablehnend *A. Peters* *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, 764.

¹¹³ Ähnlich *R. Wähl* *Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*, *Der Staat* 2001, 45; vgl. auch *P. Kirchhof* (Fn. 8), 646 ff.

¹¹⁴ So *J. Isensee* (Fn. 74), 7; ähnlich *P. Kirchhof* (Fn. 8), 649.

¹¹⁵ Zum Begriff „postnational“ *I. Pernice* (Fn. 49), 148, 154 ff. mit Nachweisen.

¹¹⁶ Vgl. auch *H. Steinberger* *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, *VVDStRL* 50 (1991), 9, 39 ff.

¹¹⁷ Dazu *M. Jestaedt* *Verfassungsgerichtspositivismus, Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*, *FS Isensee*, 2002, 183.

staatlichen und nicht nationalen Erscheinungsformen öffentlicher Gewalt zu verwirklichen?“¹¹⁸

1. Demokratiegebot

Oder sind der Staat, Souveränität und Demokratie untrennbar verbunden, so dass der Abschied vom souveränen Staat auch eine Aufgabe der demokratischen Regierungsform implizieren würde?¹¹⁹ Dies wäre schon deshalb problematisch, weil Demokratie sich zur staats- und völkerrechtlich gebotenen Staatsform entwickelt. Moderne Verfassungstexte konvergieren, indem sie Grundrechte, Gewaltenteilung, Demokratie und Völkerrechtsfreundlichkeit vorsehen.¹²⁰ Nach der modernen Völkerrechtslehre ist das Demokratiegebot (zumindest) eine Völkerrechtsnorm in statu nascendi.¹²¹

2. Demokratiebegriff

„Demokratie bedeutet staatliche Herrschaft durch das Volk.“¹²² *Paul Kirchhof* präzisiert: „Wie jede Demokratie in einem vorgefundenen Staatsvolk ruht, so setzt das Entstehen und die Geltungskraft von Recht den Staat schon voraus.“¹²³ Ist aber das amerikanische Staatsvolk in diesem Sinne „vorgefunden“?¹²⁴ Und setzt die Geltung von Naturrecht, Gewohnheitsrecht, common law, notwendigerweise den Staat voraus?

Innerhalb des Nationalstaates ist Demokratie in erster Linie Herrschaft durch die Gesamtheit der Staatsbürger; im Grundsatz bedeutet Demo-

¹¹⁸ *P. Badura* Mitbericht zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, *VVDStRL* 23 (1966), 34, 38.

¹¹⁹ In diese Richtung wohl *S. Oeter* (Fn. 63), 259.

¹²⁰ *J. Kokott* (Fn. 82), 71.

¹²¹ *T. Franck* The Emerging Right to Democratic Governance, *AJIL* 1992, 46; *C. Tomuschat* (Fn. 29), 67f.; *M. Huf* Ein europäisches Grundrecht auf Demokratie?, FS Eitel, 2003, 745.

¹²² *J. Isensee* Abschied der Demokratie vom Demos, Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, FS Mikat, 1989, 705.

¹²³ *P. Kirchhof* (Fn. 10), 951.

¹²⁴ Differenziert *H. Steinberger* (Fn. 116), 23: Volkssouveränität und Selbstbestimmung setzen „nicht schlechthin voraus, daß die Einzelnen sich schon zuvor als Volk oder als Nation konstituiert haben müßten. Das Beispiel der amerikanischen Verfassungsgebung kann durchaus belegen, daß sich ein neuer selbständiger *pouvoir constituant* auch erst im Akt der Verfassungsgebung selbst begründen kann.“

kratie Herrschaft durch die Betroffenen.¹²⁵ Das wird allerdings nur in Ausnahmefällen erheblich.

3. *Weltstaat, Europastaat*

Demokratie als Herrschaft durch die Staatsbürger aber kann nur in staatlichem Rahmen funktionieren. Ein staatsbürgerbezogenes Demokratieverständnis hilft folglich im Hinblick auf die Probleme der Europäisierung und Internationalisierung nur dann weiter, wenn man den Europa- oder gar Weltstaat¹²⁶ anstrebt. Ein „Europastaat“¹²⁷ wäre jedoch ebenfalls den Einflüssen und Wandlungen aufgrund der Globalisierung ausgesetzt, wie sie für die Staaten aufgezeigt wurden. „Wir stehen am Ende des neuzeitlichen Staatsparadigmas, und sollten die Europäische Integration nicht auf dieses so geradlinig scheinendes, aber wenig Zukunft verheißendes Gleis setzen.“¹²⁸ Also werde ich nicht auf den „Europastaat“ eingehen, sondern lediglich das Konzept eines Weltstaates streifen. Aber scheidet ein Konzept eines demokratischen Weltstaates nicht schon an der Größe?

Plato nahm an, dass bei 5040 Haushaltsvorständen die quantitative Grenze demokratischer Regierungsform liege; *Sokrates* ging davon aus, Demokratie sei durch die Reichweite der nicht künstlich verstärkten menschlichen Stimme territorial begrenzt.¹²⁹ In Schweizer Landsgemeinden ist noch die direkte Demokratie lebendig. Wird derartiges Idyll „inskünftig“ abgelöst durch eine virtuelle Demokratie mit Weltparlament, da immer mehr Fragen global zu lösen, die Bürger jedoch an der Entscheidungsfindung zu beteiligen sind? Wäre so ein demokratischer Weltstaat denkbar und wünschenswert?

¹²⁵ BVerfGE 83, 37, 52: „im Ausgangspunkt zutreffend“. Dagegen *J. Isensee* (Fn. 122), 729f. Ein Ausländerwahlrecht ergibt sich nicht notwendigerweise aus der Konzeption der Demokratie als Herrschaft der Betroffenen. Aber das wahlberechtigte Staatsvolk darf nicht willkürlich bestimmt werden.

¹²⁶ Dazu *H. Steiger* Brauchen wir eine Weltrepublik?, Zugleich Besprechung von *Otfried Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, Der Staat 2003, 249.

¹²⁷ So die Terminologie von *J. Isensee* Integrationsziel Europastaat?, FS Everling, Bd. 1, 1995, 567.

¹²⁸ *U. Di Fabio* (Fn. 38), 31; ähnlich schon *H. Bülck* Diskussionsbeitrag zum Thema Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 120.

¹²⁹ *Aristoteles* Politik, Siebentes Buch, Viertes Kapitel, Übersetzung von *E. Rolfes*, 1981, 245ff. Auch *Isensee* betont, dass die Demokratie idealerweise kleinräumig, innerhalb eines weitgehend autonomen Staatsgebildes zu verwirklichen ist. *J. Isensee* (Fn. 74), 17f.

Leisner führt aus: „Der Entwicklungszug heutiger Demokratie geht nicht mehr zum ‚großen Volk‘, zur einen unteilbaren Nation der französischen Revolution. Als deutliches Ziel erscheint immer mehr die kleine völkische Einheit, als Gemeinschaft selbst in großen Nationen lebendig – in ihrer Autonomie ... In solchen Formen der Mikro-Demokratie findet heute die Volksherrschaft ihre Stärke, ihre tiefste Legitimation.“¹³⁰ Lebendige Demokratie gedeiht besser in kleinen, überschaubaren Einheiten.¹³¹ Kleinere Einheiten fördern die „corporate identity“, die Europäische Union hat Mühe, den Eindruck der Bürgernähe zu vermitteln.¹³²

Circa zwei Jahrtausende ging man im Anschluss an die griechische Polis davon aus, Demokratie funktioniere am besten in kleinen Stadtstaaten; circa zwei Jahrhunderte herrscht nun das staatszentrierte Demokratieverständnis vor. Aber weder sind alle öffentlichen Aufgaben kleinräumig, noch auf Ebene des Nationalstaats erfüllbar. Von daher gibt es keine Idealgröße für politische Gemeinwesen.¹³³ Das Selbstbestimmungs- und Demokratiegebot spricht für kleine politische Gemeinwesen, nicht zwingend für den Nationalstaat. Die Art der Aufgabe kann hingegen eine transnationale Regelung gebieten.

4. *Elemente postnationaler guter Herrschaft („good governance“)*

a) *Subsidiaritätsprinzip*

Die international anerkannten Prinzipien der Selbstbestimmung und Demokratie gebieten die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes auch auf internationaler Ebene.¹³⁴ Nur die eine supranationale oder internationale Lösung wirklich erfordernden Probleme dürfen also supra- oder international geregelt werden. Das Subsidiaritätsprinzip steht demokratiefeindlicher, unnötiger Zentralisierung sowohl zugunsten supranationaler Organisationen als auch zugunsten des Nationalstaates entgegen. Es ist also eine Anpassung demokratischer Konzepte und Institutionen an die Gegebenheit erforderlich, dass unterschiedliche Probleme optimal durch Einheiten unterschiedlicher Größe gelöst werden können, substaatlich, staatlich, supra- oder international.¹³⁵ Die meisten Staaten werden sich in

¹³⁰ W. Leisner *Der unsichtbare Staat, Machtabbau oder Machtverschleierung*, 1994, 267.

¹³¹ Vgl. R. Dahl/E. Tufte *Size and Democracy*, 1973, 2f.

¹³² K. Doehring (Fn. 98), 395; U. Haltern *Pathos and Patina* (Fn. 105), 18.

¹³³ R. Dahl/E. Tufte (Fn. 131), 135; ähnlich A. Peters (Fn. 112), 779.

¹³⁴ P. Carozza *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, AJIL 2003, 38.

¹³⁵ R. Dahl/E. Tufte (Fn. 131), 135.

beide Richtungen zu bewegen haben:¹³⁶ Stärkung regionaler Untergliederungen einerseits und Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die Europäische Gemeinschaft und auf internationale Organisationen andererseits. Entsprechend geht die vertiefte europäische Integration in Italien und Frankreich gegenwärtig mit einer weitgehenden Dezentralisierung dieser Staaten einher. Insofern beinhaltet die Entsouveränisierung auch eine Chance für Bürgernähe, Volkssouveränität und Demokratie.¹³⁷

b) Demokratische Prinzipien

Die Entwicklung dahingehend, dass wesentliche Entscheidungen auf universeller Ebene gefällt werden, ist nicht aufzuhalten. Darauf zu pochen, dass Demokratie notwendig den Staat voraussetze, kann in diesem Zusammenhang kontraproduktiv sein.

Staats- und Völkerrechtswissenschaft müssen sowohl an der richtigen Verteilung der Aufgaben auf die verschiedenen Ebenen¹³⁸ als auch an der (möglichst) demokratischen Gestaltung supranationaler Entscheidungsprozesse arbeiten.¹³⁹ Richtig führte *Peter Badura* bereits auf der Staatsrechtslehrertagung 1964 aus: „In dem Maße, wie die Ausübung öffentlicher Gewalt internationalisiert wird, nicht staatliche und nicht nationale Herrschaft an Raum gewinnt, internationalisiert sich auch die Verfassungsentwicklung und müssen die Ideen von Demokratie und Rechtsstaat ihren staatlichen und nationalen Entstehungsgrund überschreiten.“¹⁴⁰

Demokratie jenseits des Staates wurde bislang in erster Linie hinsichtlich der Europäischen Gemeinschaften wissenschaftlich thematisiert. Die vorherrschende Auffassung kommt im Maastricht-Urteil zum Ausdruck: Die demokratische Legitimation der Europäischen Union erfolge zuvörderst „durch die Rückkoppelung ... an die Parlamente der Mitgliedstaaten“; hinzu tritt aber „im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Nationen zunehmend ... die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament.“¹⁴¹

¹³⁶ *R. Dahl/E. Tufte* (Fn. 131), 136.

¹³⁷ *N. MacCormick* (Fn. 11), 135.

¹³⁸ Vgl. auch *S. Hobe* (Fn. 39), 448: „Tendenz zur aufgabenorientierten Erledigung auf der adäquaten Ebene“.

¹³⁹ Vgl. auch *C. Tomuschat* How the Classical Concept of Sovereignty has Evolved, FS Dimitrijevic, 2003, 21, 349.

¹⁴⁰ *P. Badura* (Fn. 118), 34, 38.

¹⁴¹ BVerfGE 89, 155.

Der parlamentszentrierte Ansatz ist im Rahmen der Europäischen Union wichtig. Im Rahmen der Internationalisierung ist er jedoch allenfalls beschränkt tauglich, da kein Weltstaat mit Weltparlament in Aussicht steht.¹⁴²

c) *Kein internationaler Parlamentarismus*

Folglich „... muss man den zwar vertrauten, aber wenig erfolgversprechenden Weg der Parlamentszentriertheit verlassen“ und einen Blick auf die maßgebenden „Entscheidungs- und Organisationsstrukturen werfen und sie auf die ihnen innewohnenden Legitimationspotentiale hin untersuchen; denn legitimationsvermittelnd wirken nicht nur Parlamentsakte, sondern z.B. auch Verfahren der öffentlichen Meinungsbildung, die durch Offenheits- und Transparenzregeln abgesichert werden ...“.¹⁴³ „Nur unter Inanspruchnahme aller Formen und Möglichkeiten demokratischer Legitimierung (*nicht nur der parlamentarischen*) kann unter den faktischen Gegebenheiten der Macht ... der demokratische Grundsatz optimal realisiert werden, dass alle öffentliche Gewalt ‚vom Volk‘ ausgeht“.¹⁴⁴

d) *Optimierungsgebot, Transparenz, responsible government*

Dies führt zum Postulat von *Peter Huber*, wonach supra- und internationale Demokratie vor allem strukturadäquat sein muss. Das europarechtliche und das internationale Demokratiegebot enthält ein Optimierungsgebot, das auf Ausschöpfung der Partizipationsmöglichkeiten auf allen Ebenen zielt.¹⁴⁵ Besondere Bedeutung kommt im Mehrebenensystem der Klarheit und Transparenz der Verantwortlichkeiten zu. Hinsichtlich der Verantwortlichkeiten darf es keine (vorgeschobenen) negativen Kompetenzkonflikte geben. Jede Ebene muss zu ihrer „ganze[n] harte[n]

¹⁴² Vielleicht war von manchen die Generalversammlung der Vereinten Nationen als eine solche Institution gedacht. S. auch *C. Tomuschat* (Fn. 29), 67: „the world parliamentary body“. Die Generalversammlung ist jedoch demokratisch untauglich, da sie aus weisungsgebundenen Regierungsvertretern besteht und zumal noch nicht einmal alle dort vertretenen Staaten demokratisch sind.

¹⁴³ *G. Schuppert* (Fn. 5), 72; vgl. auch *D. Grimm* Does Europe Need a Constitution?, *European Law Journal* 1995, 282, 293 ff.

¹⁴⁴ *J. Kaiser* (Fn. 80), 33; s. auch *P. Badura* (Fn. 118), 34, 38.

¹⁴⁵ *P. Huber* Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: *Drexel u.a.* (Hrsg.) *Europäische Demokratie*, 1999, 29 ff., 55, zit. nach *G. Schuppert* (Fn. 5), 74.

Verantwortung“ stehen; wider die diffuse, unsichtbare Herrschaftsausübung, ins demokratische Licht der Öffentlichkeit.¹⁴⁶

Subsidiaritäts- und Transparenzgebot sind je nach Konstellation durch direktdemokratische Entscheidungsverfahren und Klagemöglichkeiten der Einzelnen¹⁴⁷ zu ergänzen.¹⁴⁸ Zu beachten ist schließlich noch, dass Legitimation nicht ausschließlich verfahrensfokussiert zu betrachten ist¹⁴⁹ (input-Legitimation); auch ein gutes, allgemein akzeptiertes Resultat, etwa expertengeleitete Normsetzung in Übereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen [Modell der International Law Commission/ILC und des American Law Institute/ALI] ist legitim (output-Legitimation). Dies sind zumindest Ansätze zur Entschärfung des Demokratieproblems auf internationaler Ebene.

IV. Konvergenz von Staats- und Völkerrecht,¹⁵⁰ Folgen für die Staatsrechtslehre

Im Völkerrecht ist nicht mehr die Frage nach der Souveränität entscheidend, sondern die Frage, wem, in welchem Ausmaße und unter welchen Umständen (partielle) Völkerrechtssubjektivität zukommt.¹⁵¹ Das Völkerrecht nimmt mehr und mehr den Charakter eines Rechts an, welches nicht durch seinen zwischenstaatlichen Charakter, sondern dadurch gekennzeichnet ist, dass es unabhängig von seinen Quellen und seinen Adressaten auf staatsübergreifende Ordnung abzielt.¹⁵²

¹⁴⁶ *W. Leisner* (Fn. 130); *B. Bauer* Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie, Zur Rolle internationaler Organisationen im weltweiten Demokratisierungsprozess, 1998, 261; *E. Schmidt-Aßmann* Bericht über die Diskussion der Referate und die Podiumsdiskussion, in: Heyde/Schaber (Hrsg.) Demokratisches Regieren in Europa? Zur Legitimation einer europäischen Rechtsordnung, 2000, 65, 74.

¹⁴⁷ Auf internationaler Ebene z.B. die Beschwerdemöglichkeiten der Einzelnen gegen umwelt- und menschenrechtsrelevante Weltbankprojekte vor dem „inspection panel“.

¹⁴⁸ *G. Lübbe-Wolff* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246, 289, LS 9.

¹⁴⁹ Vgl. auch *H. Kelsen* Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Neudruck der 2. Aufl. 1929, 1981, 98; *A. Jyränki* Transferring Powers of a Nation-State to International Organizations: The Doctrine of Sovereignty Revisited, in: ders. (Hrsg.) National Constitutions in the Era of Integration, 1998, 61, 81.

¹⁵⁰ Vgl. bereits 1964 *H. Bülck* (Fn. 128), 120; *B.-O. Bryde* Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, 61; s. auch *P. Häberle* Diskussionsbeitrag zum Thema: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 156, 157.

¹⁵¹ Ähnlich aus historischer Perspektive *M. Koskeniemi* (Fn. 9), 172.

¹⁵² *A.-M. Slaughter* (Fn. 9), 516.

Der Gegenstand des Staatsrechts muss sich verlagern, weg vom souveränen Staat, hin zur einer Analyse der öffentlichen Gewalt. Der monistischen Herleitung allen Rechts aus der einen staatlichen Geltungsquelle steht die wachsende Vielzahl produktiver und nicht immer koordinierter Rechtssetzungsinstanzen entgegen, die das internationale Recht, aber auch private Körperschaften erzeugen.¹⁵³ Das klassische Staats- und Verfassungsrecht muss sich auf diese neue Realität einstellen, nicht nur um den Anschluss zu wahren, sondern auch um die verfassungsrechtlichen Bindungen und Sicherungen, auf die die Bürger vertrauen, angemessen und systematisch zur Geltung zu bringen.¹⁵⁴

Die weitgehende Europäisierung und Internationalisierung des Staates muss mit anderen Worten unweigerlich zu einer weiteren Europäisierung und Internationalisierung der Staatsrechtslehre führen, das sollte auch Folgen für das Pflichtfachprogramm an den Universitäten haben.¹⁵⁵ Staatsrechtslehre ohne Völkerrecht ist unvollständig, da Völker- und Europarecht den Rahmen für die insoweit nicht mehr ursprünglichen Verfassungsordnungen geben.¹⁵⁶

Die Staatsrechtslehre verliert dadurch nicht, im Gegenteil. Angesichts der Diversität der Rechtsquellen erwächst neuer Spielraum für die Judikative, aber auch für die Wissenschaft. Diversität der Rechtsquellen sowie geringere Regelungsdichte des Völkerrechts führen im Rahmen der Internationalisierung zu einer Relativierung des Positivismus.¹⁵⁷ Das Recht muss selbst intensiver über Gerechtigkeit nachdenken, seine Legitimationsvoraussetzungen in der Gesellschaft ständig reproduzieren und nicht beides nur dem Gesetzgeber überlassen.¹⁵⁸

V. Conclusio

Ich habe versucht, die Realitäten einzufangen, ein Versuch, der sicherlich bei allem Bemühen um Objektivität auch subjektiv geprägt ist. Nie-

¹⁵³ C. Möllers (Fn. 7), 421 f.

¹⁵⁴ U. Di Fabio (Fn. 38), 128.

¹⁵⁵ S. auch P. Häberle (Fn. 150), 157; ders. Der europäische Jurist, Abschiedsvorlesung an der Universität St. Gallen, gehalten am 28. Juni 2001, 2002.

¹⁵⁶ Vgl. J. Bridge The United Kingdom Constitution: Autochthonous or European?, FS Fleiner, 2003, 293 ff.

¹⁵⁷ Vgl. J. Kokott (Fn. 60), 3; zu naturrechtlichen Vorstellungen s. auch B. Fassbender (Fn. 99), 12; N. Politis (Fn. 61), 49 ff.

¹⁵⁸ U. Di Fabio (Fn. 3), 148 f., 128; vgl. auch C. Möllers/A. Voßkuhle Die Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der Internationalisierten Wissenschaften, Der Staat 2003, 321.

mandem ist es verwehrt zu versuchen, die Rückkehr zu einem mehr souveränitätsgebundenen Staats- und Völkerrecht anzustreben. Doch das ist eine rechtspolitische Entscheidung.

Maßstab für Staats-, Europa- und Völkerrecht ist der selbstbestimmte und doch gemeinschaftsgebundene Mensch,¹⁵⁹ nicht der Staat. Folglich sind die dargestellten Veränderungen und Tendenzen aus der Perspektive des Einzelnen zu werten.

Zwar kann der Staat dem Bürger in einer globalisierten Welt weniger als früher Schutz und Wohlfahrt garantieren. Aber der Einzelne ist nicht notwendig der Verlierer im Prozess der Denationalisierung, nur muss die Schutzfunktion verlagert werden.

Der Bürger ist weniger auf seinen eigenen Heimatstaat angewiesen, er ist freier. Er kann sich selbst an internationale Instanzen zum Schutz der Menschenrechte oder auch seiner Auslandsinvestitionen wenden. Staatsgrenzen verlieren ihre hemmende Wirkung und erlauben mehr Mobilität. Weiter werden in einem durch Wegfall der Grenzen und Vermischung der Bevölkerung zusammenwachsenden Europa Kriege unwahrscheinlich. In alledem liegt ein Freiheits- und Sicherheitsgewinn, der allerdings nur durch Verfestigung und Durchsetzbarkeit des internationalen Rechts verbürgt werden kann. Deshalb möchte ich meinen Vortrag trotz des Unterganges des im alten Sinne souveränen Staates optimistisch beschließen.

¹⁵⁹ Ähnlich schon *N. Politis* (Fn. 61), 69ff.; dazu *M. Koskenniemi*, (Fn. 9), 306 und allgemeiner 52, 177f.; *H. Kelsen* (Fn. 77), 128 und 143; s. auch *P. Kirchhof* (Fn. 8), 648; *R.-U. Kunze* Reconsidered: „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da.“ *Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes*, *Der Staat* 2003, 383, 394f. Kritisch *U. Haltern* *Völkerrecht und Liebe* (Fn. 90). AA *G. W. F. Hegel* (Fn. 90), 278: Indem der Staat „objektiver Geist ist, so hat das Individuum selbst nur Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit, als es ein Glied desselben ist.“ Dazu *W. Pauly*, *Hegel und die Frage nach dem Staat*, *Der Staat* 2000, 381.

Leitsätze der 1. Berichterstatterin über:

Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung

I. Veränderungen des (europäischen) Staates

1. Europäisierung und Internationalisierung beeinträchtigen die traditionellen drei Staatsmerkmale: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt tief greifend.

2. Der Bedeutungsverlust der Staatsangehörigkeit und fehlende Schutzfähigkeit des einzelnen Staates vermindern die Schutz- und Loyalitätsbeziehung zwischen Staat und Staatsbürger vor allem in Europa.

3. Das Staatsgebiet als abgegrenzter und ausschließlicher Geltungsbereich einer bestimmten Herrschaftsordnung gehört der Vergangenheit an.

4. Durch die Aufgabe der alleinigen Verantwortung für das geltende Recht wird die Souveränität nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich beeinträchtigt.

5. Ein fundamentaler Wandel der Staatlichkeit in Europa, nämlich zum nicht souveränen Staat, steht außer Zweifel.

6. Der souveräne Staat ist kein Selbstzweck, wie extremer Nationalismus das vielleicht einmal annahm. Ebenso wenig sind Europäisierung und Internationalisierung Selbstzwecke.

7. Auch eine europäische Verfassung oder ein europäischer Verfassungsvertrag könnte und sollte die den Nationalstaaten durch die Globalisierung verloren gegangene Einheitlichkeit nicht wiederherstellen.

8. Die Entsouveränisierung hat nur einen Funktionswechsel des Staates, nicht dessen Untergang zur Folge. Der ehemals souveräne Nationalstaat wird zum rechtlich und faktisch gebundenen Staat innerhalb eines Systems multipler Rechtssetzung und Herrschaftsgewalt.

II. Erfüllung der Staatsaufgaben im offenen Verfassungsstaat

9. Staatsaufgaben lassen sich aus dem „Wesen“ des Staates und aus der Verfassung ableiten. Letztlich müssen sie zurückführbar sein auf die Bedürfnisse der Einzelnen, für die Staat und Recht bestehen.

10. *Herkömmlicherweise gehören zu den wesentlichen Staatsaufgaben: (1.) die Garantie von Freiheit und Sicherheit, (2.) die politische Definition des Gemeinwohls, (3.) Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt (4.), die Identitäts- und Integrationsfunktion und schließlich (5.) die Wahrung des Völkerrechts.*

11. *Die genannten Staatsaufgaben werden heute weder autonom von den einzelnen Staaten definiert und ausgestaltet, diese müssen sich an völker- und europarechtliche Vorgaben halten; noch können die einzelnen Staaten die genannten Staatsaufgaben effektiv erfüllen.*

12. *Nur der Nationalstaat soll Opfer und Solidarität, etwa den persönlichen Einsatz im Krieg zur Verteidigung des Vaterlandes, verlangen können. Wenn aber der Nationalstaat zur Schutzgewährung nicht in der Lage ist, leidet konsequenterweise diese Einsatzbereitschaft.*

13. *Weder vermag der Nationalstaat fehlende Zugehörigkeit und Integration stets zuverlässig zu gewährleisten, noch ist der Einzelne ohne einen starken Nationalstaat notwendigerweise wurzellos, bindungslos und isoliert. Wie noch nie hat der Einzelne heute die Chance einer selbst bestimmten Identität, worunter Gemeinschaftswerte nicht leiden müssen.*

14. *Die Erfüllung vieler Staatsaufgaben wird in Europa supra- und internationalisiert. Während insoweit der Einfluss einzelner Staaten schwindet, wird die Funktion des Staates als Mitgestalter und Vollzugsinstrument supra- und internationalen Rechts ständig wichtiger.*

III. Postnationale Demokratie?

15. *Europäisierung und Internationalisierung mindern die Bedeutung der nationalen Parlamente. Diese Entparlamentarisierung erfolgt nicht nur zugunsten von Regierung und Ministerialbürokratie (Exekutive), sondern auch zugunsten der nationalen und internationalen Gerichtsbarkeit. Europäisierung und Internationalisierung gefährden damit die parlamentarische Demokratie innerhalb der Nationalstaaten.*

16. *Das Demokratiegebot ist (zumindest) eine Völkerrechtsnorm in statu nascendi.*

17. *Innerhalb des Nationalstaates ist Demokratie in erster Linie Herrschaft durch die Gesamtheit der Staatsbürger; im Grundsatz bedeutet Demokratie Herrschaft durch die Betroffenen.*

18. *Die international anerkannten Prinzipien der Selbstbestimmung und Demokratie gebieten die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes auch auf internationaler Ebene.*

19. *Die meisten Staaten werden sich in beide Richtungen zu bewegen haben: Stärkung regionaler Untergliederungen einerseits und Übertragung*

von Hoheitsbefugnissen auf die Europäische Gemeinschaft und auf internationale Organisationen andererseits. Insofern beinhaltet die Entsouveränisierung auch eine Chance für Bürgernähe, Volkssouveränität und Demokratie.

20. *Staats- und Völkerrechtswissenschaft müssen sowohl an der richtigen Verteilung der Aufgaben auf die verschiedenen Ebenen als auch an der (möglichst) demokratischen Gestaltung supranationaler Entscheidungsprozesse arbeiten.*

21. *Der parlamentszentrierte Ansatz ist im Rahmen der Europäischen Union wichtig. Im Rahmen der Internationalisierung ist er jedoch allenfalls beschränkt tauglich, da kein Weltstaat mit Weltparlament in Aussicht steht.*

22. *Das europarechtliche und das internationale Demokratiegebot enthält ein Optimierungsgebot, das auf Ausschöpfung der Partizipationsmöglichkeiten auf allen Ebenen zielt.*

23. *Besondere Bedeutung kommt im Mehrebenensystem der Klarheit und Transparenz der Verantwortlichkeiten zu. Jede Ebene muss zu ihrer ganzen, harten Verantwortung stehen. Hinsichtlich der Verantwortlichkeiten darf es keine (vorgeschobenen) negativen Kompetenzkonflikte geben.*

IV. Konvergenz von Staats- und Völkerrecht, Folgen für die Staatsrechtslehre

24. *Im Völkerrecht ist nicht mehr die Frage nach der Souveränität entscheidend, sondern die Frage, wem, in welchem Ausmaße und unter welchen Umständen (partielle) Völkerrechtssubjektivität zukommt. Das Völkerrecht nimmt mehr und mehr den Charakter eines Rechts an, welches nicht durch seinen zwischenstaatlichen Charakter, sondern dadurch gekennzeichnet ist, dass es unabhängig von seinen Quellen und seinen Adressaten auf staatsübergreifende Ordnung abzielt.*

25. *Der Gegenstand des Staatsrechts muss sich verlagern, weg vom souveränen Staat, hin zur Analyse der öffentlichen Gewalt. Der monistischen Herleitung allen Rechts aus der einen staatlichen Geltungsquelle steht die wachsende Vielzahl produktiver und nicht immer koordinierter Rechtssetzungsinstanzen entgegen. Das klassische Staats- und Verfassungsrecht muss sich auf diese neue Realität einstellen, nicht nur um den Anschluss zu wahren, sondern auch um die verfassungsrechtlichen Bindungen und Sicherungen, auf die die Bürger vertrauen, angemessen und systematisch zur Geltung zu bringen.*

26. *Die weitgehende Europäisierung und Internationalisierung des Staates muss zu einer weiteren Europäisierung und Internationalisierung der Staatsrechtslehre führen. Staatsrechtslehre ohne Völkerrecht ist unvollständig, da Völker- und Europarecht den Rahmen für die insoweit nicht mehr ursprüng-*

lichen staatlichen Verfassungsordnungen geben. Das sollte auch Folgen für das Pflichtprogramm an den Universitäten haben.

27. Angesichts der Diversität der Rechtsquellen erwächst neuer Spielraum für die Judikative, aber auch für die Staatsrechtswissenschaft. Diversität der Rechtsquellen sowie geringere Regelungsdichte des Völkerrechts führen im Rahmen der Internationalisierung zu einer Relativierung des Positivismus. Das Recht muss selbst intensiver über Gerechtigkeit nachdenken, seine Legitimationsvoraussetzungen in der Gesellschaft ständig reproduzieren und nicht beides nur dem Gesetzgeber überlassen.

V. Conclusio

28. Maßstab für Staats-, Europa- und Völkerrecht ist der selbstbestimmte und doch gemeinschaftsgebundene Mensch, nicht der Staat.

29. Zwar kann der Staat dem Bürger in einer globalisierten Welt weniger als früher Schutz und Wohlfahrt garantieren. Aber der Einzelne ist nicht notwendig der Verlierer im Prozess der Denationalisierung, nur muss die Schutzfunktion verlagert werden.

30. Der Bürger ist weniger auf seinen eigenen Heimatstaat angewiesen, er ist freier. Er kann sich selbst an internationale Instanzen zum Schutz der Menschenrechte oder auch seiner Auslandsinvestitionen wenden. Staatsgrenzen verlieren ihre hemmende Wirkung und erlauben mehr Mobilität. Weiter werden in einem durch Wegfall der Grenzen und Vermischung der Bevölkerung zusammenwachsenden Europa Kriege unwahrscheinlich. In alledem liegt ein Freiheits- und Sicherheitsgewinn, der allerdings nur durch Verfestigung und Durchsetzbarkeit des internationalen Rechts verbürgt werden kann.

Erster Beratungsgegenstand:

**Die Staatsrechtslehre und die Veränderung
ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung
und Internationalisierung**

2. Bericht von Prof. Dr. *Thomas Vesting*, Frankfurt a. M.*

Inhalt

	Seite
I. Die Beziehung zwischen Öffentlichem Recht und Staat als Ausgangspunkt	42
II. Der Rechtsstaat als Gegenstand und Resultat der Staatsrechtslehre	43
1. Die Ablösung des Machtstaats durch den Rechtsstaat . . .	43
2. Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts	45
3. Ambivalenzen der Rechtsstaatsformel	46
III. Die neuen Phänomene: Europäisierung und Internationalisierung	47
1. Die Verselbstständigung des Europarechts gegenüber dem Staatsrecht und seine Rückwirkungen	48
2. Vom Völkerrecht zum Menschheitsrecht	52
a) Die staatsrechtliche Konzeption des Völkerrechts . .	52
b) Entwicklungen ihrer Auflösung	53
3. Transnationale und internationale privat-öffentliche Regulierungsnetzwerke	56
4. Globales Recht ohne Staat	58
IV. Die Suche nach Alternativen: Offener Staat, Konstitutionalismus, Rechtspluralismus	59
1. Der offene Staat	61
2. Konstitutionalismus	62
3. Rechtspluralismus	64
V. Konsequenzen für das Staatsrecht und die Staatsrechtslehre	65

* Für Anregungen und konstruktive Kritik danke ich Karl-Heinz Ladeur, Günter Fran-
kenberg, Martin Eifert und Carsten Kremer.

I. Die Beziehung zwischen Öffentlichem Recht und Staat als Ausgangspunkt

Der Punkt, an dem die folgenden Überlegungen einsetzen, ist die Beziehung zwischen Öffentlichem Recht und Staat. Wählt man als Ausgangspunkt den Staat als Element einer Beziehung, kann es nicht einfach um die Veränderung des Staates gehen. Damit werden zugleich bestimmte Fragestellungen ausgeschlossen. Fragen des Typs wie „Nähert sich die staatliche Souveränität angesichts der Globalisierung unaufhaltsam dem Nullpunkt? War die Souveränität des Nationalstaats nicht schon im 19. Jahrhundert eine ‚Fiktion‘?“ sind dann eher in einem politik-wissenschaftlichen, nicht aber primär in einem staatsrechtlichen Referat zu beantworten.

Beginnt man also nicht mit dem Staat, sondern mit der Beziehung von Öffentlichem Recht und Staat, muss die Aufmerksamkeit auf die Veränderung einer Beziehung gelenkt werden. Die Beschreibung einer Veränderung setzt wiederum eine Grundlage voraus, gegen die die gegenwärtige Lage abgegrenzt und konturiert werden kann. Diese Grundlage kann in einem staatsrechtlichen Referat nur die Geschichte des eigenen Fachs selbst sein. Da die Staatsrechtslehre ihre Vollstufe aber nicht erst unter dem Grundgesetz erreicht hat, sondern schon im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, liegt es nahe, in einem ersten Schritt zu skizzieren, wie Öffentliches Recht und Staat im so genannten staatsrechtlichen Positivismus¹ miteinander in Beziehung gesetzt worden sind.

Es sollen daher zunächst einige der zentralen Voraussetzungen der Staatsrechtslehre des späten 19. Jahrhunderts herausgearbeitet werden. Die Grundlagen, die im staatsrechtlichen Positivismus gelegt worden sind, wirken bis heute nach; auch 1949 ist in der Geschichte des Öffentlichen Rechts in dieser Hinsicht kein grundlegender Einschnitt.² Deshalb lassen sich die Veränderungen, die durch Prozesse der Europäisierung

¹ Der Begriff soll hier in einem weiten Sinn verwendet werden und nicht nur Autoren wie *C.F. Gerber* und *P. Laband*, sondern auch *O. Mayer* und *G. Jellinek* einschließen. Zu den Einzelheiten vgl. nur *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, 276 ff.; *W. Pauly* Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, 92 ff.; *M. Friedrich* Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 222 ff., 235 ff.

² Etwa im Sinne eines Übergangs vom Staatsrecht zum Verfassungsrecht. Davon geht z. B. *R. Wahl* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, aus. Wenn dieser Übergang hier relativiert wird, soll damit nicht behauptet werden, dass etwa die Vorstellung des „Vorrangs der Verfassung“ keinen Unterschied zum Staatsrecht des 19. Jahrhunderts oder der Weimarer Republik ausmachen würde. Der Unterschied ist aber m.E. nur gradueller Natur.

und Internationalisierung ausgelöst werden (und bereits ausgelöst worden sind), ohne Rekurs auf die Anfänge des eigenen Fachs weder einordnen noch in ihrer Bedeutung für die Gegenwart richtig einschätzen.

II. Der Rechtsstaat als Gegenstand und Resultat der Staatsrechtslehre

1. Die Ablösung des Machtstaats durch den Rechtsstaat

Der Begriff, an dem sich der staatsrechtliche Positivismus orientierte, war der Begriff des Rechtsstaats.³ Mit dem Niedergang und Ende der altständischen Gesellschaft konnte das Öffentliche Recht nicht mehr in der Tradition eines *jus publicum* fundiert werden. Die liberale Gesellschaft zwang auch das Öffentliche Recht dazu, nach neuen Begriffen und Theorien zu suchen. Die Suche nach dem Neuen bedeutete freilich auch im 19. Jahrhundert nicht, das Neue einfach aus dem Nichts zu schaffen. Das Neue ist immer ein Neues zwischen der Identität der Tradition und dem Bruch mit dieser. Auch der Begriff des Rechtsstaats war das Produkt einer solchen Oszillation, einer Suchbewegung, in der sich die Staatsrechtslehre von den Konstruktionen der Vergangenheit absetzte.

Der Begriff des Rechtsstaats richtete sich vor allem gegen den neuzeitlichen (voluntaristischen) Souveränitätsbegriff, gegen den „Machtstaat“.⁴ Für den staatsrechtlichen Positivismus lag das entscheidende Merkmal dieser Tradition in der Schrankenlosigkeit des Herrscherwillens.⁵ Des-

³ Stolleis (Fn. 1), 258 ff., 276 ff. Zum Rechtsstaatsbegriff vgl. einerseits *E.-W. Böckenförde* Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders. (Hrsg.) Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 65 ff. („materieller Rechtsstaat“) und andererseits *J. Maus* Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: M. Tohidipur (Hrsg.) Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 1, 1978, 13 ff. („formaler Rechtsstaat“).

⁴ Der Machtstaat (bzw. Polizeistaat) strebte nach absoluter, unbeschränkter Gewalt und war daher für den Rechtspositivismus überhaupt kein möglicher Gegenstand eines systematischen Staatsrechts. Vgl. nur *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre (1928), unv. Nachdruck 1959, 325; *O. Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 (1923), unv. Nachdruck 1969, 38, 39, spricht von der „schrankenlos gewordene(n) öffentliche(n) Gewalt“ des Polizeistaats, mit dem das Recht nichts zu tun hat. Noch *E. ForsthoFF* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1966, 40, pflichtet *O. Mayer* bei: „Die Verwaltung des Polizeistaates war kein möglicher Gegenstand einer systematischen Rechtswissenschaft.“

⁵ Die Annahme, dass die absolutistischen Herrscher in einem rechtsfreien Raum (schrankenlos) hätten agieren können, entsprach selbstverständlich nicht den historischen Tatsachen, macht die Zielrichtung der Rechtsstaatsformel aber umso deutlicher. Das Recht war als lokales und interregionales Gewohnheitsrecht, als Königsrecht, Feudalrecht, Stadtrecht, kanonisches Recht, als *lex mercatoria* und nicht zuletzt als römisches Zivilrecht schon längst vorhanden, mit eigenen Gerichtsbarkeiten ausgestattet, ja teilweise sogar schon schriftlich fixiert, als der souveräne Staat sich als neue politische Ord-

halb zielte der Rechtsstaat genau auf die Eliminierung jener Momente von Willkür, die aus der im Souveränitätsbegriff angelegten strikten Trennung von Recht (*ius*) und Gesetz (*lex*) resultierten. Die Unterscheidung von Recht und Gesetz ermöglichte es nämlich schon *Bodin* den Gesetzesbegriff aus der teleologischen Rechtsauffassung der altständischen Gesellschaft zu lösen⁶ – und das Gesetz statt in einer notwendigen Wahrheit, dem Willen Gottes, in einer kontingenten Wahrheit, dem Willen des Königs, zu fundieren.⁷

Gegen diesen Bruch, den die Lehre vom souveränen Staat gegenüber der traditionellen Rechtsauffassung bewirkte, setzte der Rechtspositivismus aber nicht einfach auf Ethik und Moral. Vielmehr votierte der staatsrechtliche Positivismus für einen Rationalitätsanspruch, der in der Rechtsform selbst verankert wurde. Mit Hilfe der Verknüpfung von Öffentlichem Recht und Staat sollten alle, Staat und Verwaltung zurechenbaren Handlungen an ein von Moral und Religion emanzipiertes, aber regelhaftes, und systematisches und in diesem Sinne positives Staatsrecht gebunden werden.

Der Rechtsstaat war also weniger ein Prinzip des geltenden Rechts,⁸ sondern vor allem eine strategische Orientierungsformel. Das Ziel des Rechtsstaatsbegriffs bestand darin, sämtliche staatlichen Willensäußerungen in einem Rechtssystem zusammenzufassen und dieses System wie einen Automaten verlässlich und vorhersehbar zu programmieren. Das galt insbesondere für solche Handlungen, die in die Privatrechtsgesellschaft hineinwirkten und „Freiheit und Eigentum“ berührten. Anders ge-

nung zu konsolidieren begann; und gerade die Konsolidierung des souveränen Staates selbst basierte wiederum ganz maßgeblich auf rechtlichen Mitteln, nicht zuletzt auf einem neuartigen Verständnis des Öffentlichen Rechts, das sich an den Universitäten nach 1650 als *jus publicum* und Reichspublizistik zu etablieren begann. Zur Geschichte des modernen Rechts *H.J. Berman* Recht und Revolution, 1991; zur Reichspublizistik *Stolleis* (Fn. 1), 225 ff.

⁶ Vgl. *J. Bodin* Sechs Bücher über den Staat (1583), Band I-III, 1981, 205; vgl. *H. Quaritsch* Staat und Souveränität, 1970, 39 ff., 243 ff.; *P. Kondylis* Konservatismus, 1986, 72 ff. Rechtlich! Politisch blieb der Fürst weiterhin an Konsens und Staatsräson gebunden. *Jel-linek* (Fn. 4), 328, spricht in diesem Zusammenhang zu Recht vom „potentiell schrankenlose(n) Staat der *juristischen* Theorie“ (Hervorhebung von mir, T.V.).

⁷ Daher voluntaristisch: nach der Einsicht Descartes', dass Gott die mathematischen Wahrheiten genauso konstituiert habe, wie ein König Gesetze gebe.

⁸ Wie der Rechtsstaat heute normalerweise bezeichnet und in seinen dogmatischen Ausprägungen – als Gewaltenteilung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Bestimmtheitsgebot usw. – in den Lehrbüchern zumeist unter Einschluss der Wiedergabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dargestellt wird. Vgl. nur *C. Degenhart* Staatsrecht I, 18. Aufl., 2002, 233 ff.; *J. Ipsen* Staatsrecht I, 13. Aufl., 2001, 177 ff.; *H. Maurer* Staatsrecht I, 3. Aufl., 2003, 215 ff.

wendet: Die Ordnungsleistung des positiven Staatsrechts sollte gegenüber den historisch gewachsenen Institutionen, der Verwaltung und Regierung als „Schranke“, d.h. zum Schutz der Privatrechtsgesellschaft, in Anschlag gebracht werden. Die Zielsetzung des staatsrechtlichen Positivismus bestand also darin, das im (voluntaristischen) Souveränitätsbegriff der frühen Neuzeit angelegte Willkürmoment in ein systemabhängiges Staatsrecht umzuleiten.⁹

2. *Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts*

Deshalb lag der Akzent der Staatsrechtslehre ganz auf der Darstellung der Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts. In der Unterstellung der Einheit der Rechtsordnung, die für *Laband* so lückenlos war wie die Ordnung der Natur,¹⁰ suchte der staatsrechtliche Positivismus Anschluss an die Tradition der Naturphilosophie und des Naturrechts. In dieser Tradition war die Systemabhängigkeit allen wissenschaftlichen Denkens seit *Descartes* selbstverständlich geworden. Hatte dort zunächst die Gründung und Durchsetzung eines einheitlichen Raums des Politisch-Rechtlichen im Vordergrund gestanden,¹¹ ging es dem staatsrechtlichen Positivismus jedoch um die Trennung von Politik und Recht. Konstituierte das positive Recht vor allem bei *Hobbes* einen von aller Tradition befreiten souveränen Willen, der aber zugleich ein politischer Herrscherwille war und blieb,¹² betont der staatsrechtliche Positivismus gerade die Unabhängigkeit des Öffentlichen Rechts von aller Politik. Das Öffentliche Recht sollte wie bei *Hobbes* unabhängig von der Natur und ihr inhärenter moralischer Prinzipien konstruiert werden. Aber im Unterschied zu *Hobbes* setzte der staatsrechtliche Positivismus sehr viel stärker auf das Recht im Unterschied zur Politik, wie sich etwa an der scharfen Kritik der „Genossenschaftslehre“ zeigte.

Worauf beruhte die Autonomie des Staatsrechts nun aber genau? Die Antwort auf diese Frage lautet: Auf der Produktion rechtswissenschaft-

⁹ Also den „vorrechtlichen Machtstaat“ zum „Rechtsstaat“ zu formen, wie *Stolleis* (Fn. 1), 453 schreibt.

¹⁰ *P. Laband* Das Budgetrecht (1871), Nachdruck 1971, 75.

¹¹ Zu den Ambivalenzen des politischen Raumbegriffs vgl. *H. Heller* Staatslehre, in: *Draht/Stammer/Niemeyer/Borinsky* (Hrsg.) Gesammelte Schriften, Bd. 3, Staatslehre als politische Wissenschaft, Leiden 1971, 239 ff. und den Eintrag *Raum, politischer* in: *J. Ritter/K. Gründer* (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 8, 1992, 122 ff.

¹² Zu dieser Ambivalenz im liberalen Denken von *Hobbes*, *Locke* und der schottischen Aufklärung vgl. *K.-H. Ladeur* Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 21 ff.; *ders.* Das selbstreferenzielle Kamel: Die Emergenz des modernen autonomen Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 177 ff., 178 f.

licher Theorien und Begriffe in Form von geschriebener und gedruckter Literatur, also auf der Staatsrechtslehre selbst. Man könnte gerade am Beispiel der Diskussion über die juristische Person zeigen, wie sehr es dem staatsrechtlichen Positivismus um die Selbstbegründung des Öffentlichen Rechts ging.¹³ Im Vordergrund stand das Recht als symbolische Ordnung, das Recht als Zeichensystem, als „geistiger“ Kommunikationszusammenhang.¹⁴ Durch die Produktion rechtswissenschaftlicher Literatur und ihre allmähliche Verankerung in der sozialen Wirklichkeit sollte vor allem die Beziehung des Staates zu den „Gewaltunterworfenen“ als geschriebenes Rechtsverhältnis, als Beziehung von (juristischer) Person zu (juristischer) Person konstruiert werden – und darin das sprachlose Gewaltverhältnis der Vergangenheit ablösen.¹⁵ Die Wirklichkeit des Rechtsstaats lag mit anderen Worten in seiner medialen Realisierung; und die Themen dieses selbst tragenden Unternehmens hießen: Herrschaft des Gesetzes, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und (individueller) Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte.

3. *Ambivalenzen der Rechtsstaatsformel*

Allerdings erfolgte die Akzentsetzung auf die Einheit und Autonomie des Öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert unter der Voraussetzung eines sich formierenden Nationalstaats. Das hatte eine nicht auflösbare Ambiva-

¹³ Wie *Laband* in der Auseinandersetzung um die Auffassung des Staates als einer juristischen Person des Öffentlichen Rechts im Staatsrecht von 1887 anmerkte, habe der Staat als juristische Person zwar keine reale physische Existenz, er existiere als „Rechtsvorstellung“, aber er sei „wirklich“ und nicht lediglich eine „Fiktion“. So wie die Natur Menschen schaffe, aber keine natürlichen Personen, so gebe es auch in der sozialen Natur keine wirklich existierende Gesamtperson, kein Rechtssubjekt Staat. Aber so wie das Zivilrecht aus den Individuen Personen mache, d.h. Rechtssubjekte, so schaffe das Öffentliche Recht mittels der Konstruktion der juristischen Person einen rechtlich verselbstständigten Träger kollektiver Rechte und Pflichten. Vgl. nur *P. Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1894, 94 (Fn. 1).

¹⁴ *Laband* bemüht einerseits die Sprache der Bewusstseinsphilosophie und nennt den Staat eine „Rechtsvorstellung“, ein Produkt aus „dem Reich der Gedanken“; zugleich soll der Staat als juristische Person etwas Wirkliches sein. Trotz dieser Inkonsistenzen kann es aber nicht zweifelhaft sein, dass *Laband* das Recht als wirkliche autonome Ordnung dachte. *Laband* fehlten allenfalls die theoretischen Mittel, den Sachverhalt, der ihm vor Augen stand, so zu formulieren, dass gedankliche Vorstellung und (sprachliche) Wirklichkeit keinen Widerspruch mehr bildeten, sondern eine Einheit. Hier wird diese Einheit als (Rechts-)Kommunikation bezeichnet.

¹⁵ Zur Verschriftlichung des Rechts vgl. nur *J. Goody* Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, 1990, 211 ff.; *P. Goodrich* Languages of Law, London 1990 (Common Law); *M.-Th. Fögen* Römische Rechtsgeschichten, 2002, 82 ff.

lenz der Rechtsstaatsformel zur Folge: Der Rechtsstaat sollte den Machtstaat vereinnahmen. Die Kehrseite dieser Vereinnahmungsstrategie war jedoch, dass das Öffentliche Recht auf den Staat als Nationalstaat fixiert blieb. War der Rechtsstaat als symbolische Ordnung, als Rechtsordnung, „eine Einrichtung des Rechts“,¹⁶ fungierte er in seiner Zentrierung auf den Nationalstaat als Chiffre einer politischen Instrumentierung des Rechts.

Damit wurde der Rechtsstaat Bestandteil eines politisch-territorialen Ordnungsanspruchs. Er wurde zum Element einer politischen Raumordnung, in der die Ordnungsleistung des Öffentlichen Rechts letztlich aus einem räumlichen Substrat, dem auf einem fest umrissenen politischen Territorium vorhandenen „Gewaltmonopol“, abgeleitet wurde. Daraus resultiert eine bis heute nicht aufgelöste Paradoxie: Die Selbstbegründung des Staatswillens als Komponente eines *rechtlichen* Kommunikationszusammenhangs wurde mit einer *politisch-staatlichen* Fremdbegründung kurzgeschlossen. Politisch-territoriale Ordnung und Rechtsordnung bildeten in der Orientierungsformel Rechtsstaat eine Einheit, obwohl sie dies der Sache nach niemals waren.

Der Rückgriff auf den staatsrechtlichen Positivismus hat gezeigt: Der Klammerbegriff Rechtsstaat hatte im 19. Jahrhundert die Aufgabe, das Öffentliche Recht vom traditionellen Souveränitätsbegriff zu lösen, es als autonome Ordnung zu begründen und die Beziehung zwischen Staat und Untertan in eine rechtsförmige (vertextete) Beziehung zwischen juristischen Personen zu transformieren. Darin war die Staatsrechtslehre ganz Rechtslehre.¹⁷ Allerdings vollzog sich die Transformation des Machtstaates in den Rechtsstaat vor dem Hintergrund eines sich ausbildenden Nationalstaates. Beide Ebenen, Recht und Staat, zu verknüpfen, gelang deshalb nicht ohne innere Widersprüche, aber vor diesem Hintergrund war es zumindest schlüssig, das Öffentliche Recht auf den Staat zu zentrieren. Es war einleuchtend, Öffentliches Recht als Staatsrecht zu betreiben und die akademische Disziplin, unter der man dies tat, als Staatsrechtslehre zu bezeichnen.

III. Die neuen Phänomene: Europäisierung und Internationalisierung

Lässt sich diese Tradition angesichts der neuen Phänomene der Europäisierung und Internationalisierung fortsetzen? Inwiefern ist die stillschweigende Prämisse der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, poli-

¹⁶ N. Luhmann *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 415.

¹⁷ Für *Laband* vgl. nur den Brief an *Gerber* vom 8. 3. 1880 – abgedruckt bei *Pauly* (Fn. 1), 160; für *Jellinek* vgl. nur *ders.* (Fn. 4), 367 ff.; für *Mayer* vgl. *ders.* (Fn. 4), 54 ff.

tisch-territoriale Ordnung und Rechtsordnung als Einheit denken zu können, heute hinfällig geworden? Die Klärung dieser Frage soll beispielhaft in vier Zusammenhängen erfolgen.

1. *Die Verselbstständigung des Europarechts gegenüber dem Staatsrecht und seine Rückwirkungen*

Durch das Europarecht wird eine Rechtsordnung jenseits der staatlichen Hoheitsgewalt geschaffen und begründet, die gleichwohl auf dem Territorium eines jeden Mitgliedstaates gilt und auf dessen jeweilige Rechtsordnung einwirkt.¹⁸ Zur Übertragung von Hoheitsrechten gem. Art. 23 Abs. 1 GG (wie zuvor Art. 24 Abs. 1 GG) gehört vor allem die Übertragung von Rechtserzeugungs- und Rechtsanwendungskompetenzen auf Gemeinschaftsorgane. Ganz gleich, wie man die Übertragung derartiger Kompetenzen konstruiert:¹⁹ Es lässt sich schwerlich bestreiten, dass das geltende Gemeinschaftsrecht nur noch in sehr eingeschränktem Maß auf die einzelstaatlichen Übertragungsakte (und den darin gespeicherten Willen) zurückgeführt werden kann. In der europarechtlichen Literatur wird die Verselbstständigung des EG-Rechts gegenüber den einzelstaatlichen Akten der Kompetenzübertragung sogar ausdrücklich akzentuiert, wenn das EG-Recht als neue oder eigene Rechtsordnung bezeichnet wird,²⁰ der nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sogar ein Anwendungsvorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten zukommen soll.²¹

¹⁸ Vgl. allg. *R. Wahl* Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland – Die Europäisierung des öffentlichen Rechts, *Der Staat* 38 (1999), 495–518; *ders.* (Fn. 2), 22.

¹⁹ Zwei Vorstellungen konkurrieren: die Übertragung im Sinne des (endgültigen) Verzichts auf die Ausschließlichkeit staatlicher Hoheitsgewalt und die (vorübergehende) Suspendierung staatlicher Rechte. Für eine echte Übertragung z.B. *M. Zuleeg* AK-GG, 3. Aufl. (2001), Art. 24 Rn. 4, Art. 23 Rn. 45; dagegen z.B. *R. Scholz* in: *Maunz/Dürig/Herzog* (Hrsg.) Grundgesetz (Stand 2002), Art. 23, Rn. 51 und *I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl* Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, 1996, 260f.; zum Meinungsstand vgl. auch *D. König* Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, 50ff.; *Wahl* (Fn. 2), 20ff.

²⁰ In Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 ff., 25) nannte der EuGH die Gemeinschaft wohl erstmalig als „eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts“. Vgl. dazu nur *Zuleeg* (Fn. 19), Art. 23 Rn. 19; *S. Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 54ff.; *S. Hobe* Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 348f. jeweils mwN aus der Rechtsprechung des EuGH.

²¹ Vgl. nur *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), 182f.; *Zuleeg* (Fn. 19), Art. 23 Rn. 34 mwN aus der Rechtsprechung des EuGH; *ders.* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen,

Die Verselbstständigung des EG-Rechts gegenüber dem Staatsrecht der Mitgliedstaaten tritt insbesondere dann klar und deutlich hervor, wenn europäisches Sekundärrecht in einer zirkelhaften Bewegung der Selbstbegründung von Kompetenzen durch Organe der EG selbst geschaffen wird. So wurden beispielsweise nicht unwesentliche Schritte auf dem Weg zur Marktöffnung im Telekommunikationsbereich vielfach auf den früheren Art. 90 Abs. 3 EGV gestützt.²² Diese Vorschrift, die die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen regelt, gibt der EG-Kommission eine eigenständige Gestaltungskompetenz, die den Erlass von Richtlinien einschließt. Diese Richtlinienkompetenz ist als „Delegation“ von Rechtsetzungsbefugnissen nur unzulänglich beschrieben. Sie wird lediglich durch eine Zweckformel, ein Finalprogramm begrenzt, nämlich das gemeinschaftsrechtliche Integrationsziel der Gewährleistung eines wirksamen, unverfälschten Wettbewerbs.²³

Damit soll nicht behauptet werden, dass die Organe der Gemeinschaft in solchen Fällen tun und lassen könnten, was sie wollen. Sie sind natürlich an politischen Konsens gebunden. Rechtlich definieren sie ihre Handlungsmöglichkeiten jedoch weitgehend selbst, da sich Finalprogramme rechtlich nur schwer strukturieren und kontrollieren lassen. Das belegt auch die Geschichte der europäischen Rundfunkregulierung.²⁴

VVDStRL 53, 154, 159 ff.; aus dem neueren Schrifttum vgl. nur *A. Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 309 ff.; *W. Schroeder* Das Gemeinschaftsrechtssystem, Jus Publicum Bd. 86 (2002), 104 ff.

²² Jetzt: Art. 86 Abs. 3 EGV. Das betrifft beispielsweise die Richtlinie der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendgeräte 88/301/EWG und die Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste 90/388/EWG. Vgl. zu dieser Entwicklung in den 70er- und 80er-Jahren allg. *H. v.d.Groeben* Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. (1991), Art. 90, Rn. 83 ff.; zur neueren Entwicklung vgl. nur *W. Hoffmann-Riem* Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 191 ff.

²³ Vgl. *I. Pernice* in: Grabitz (Hrsg.) Kommentar zum EWG-Vertrag, 1983, Art. 90 Rn. 2; *v.d.Groeben* (Fn. 22), Art. 90, Rn. 1.

²⁴ Die europäische Fernsehrichtlinie ist, nachdem sich die Kommission mit Hilfe des Grünbuchs „Fernsehen ohne Grenzen“ selbst für diesen Bereich zuständig erklärt hatte, durch eine äußerst großzügige Interpretation der Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 EG) in mehreren Urteilen des EuGH möglich worden. Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM (84) 300 endg. Fernsehen ohne Grenzen, Brüssel 1984; dazu etwa *M. Holznapel* Rundfunkrecht in Europa. Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnung, 1996, 123 ff.; kritisch *M. Stock* Europäisches Medienrecht im Werden – Probleme und Chancen, RuF 37 (1989), 180 ff., 182 ff. Zur Rolle des EuGH vgl. nur *N. Petersen* Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag, Die Einwirkung des europäischen Rechts auf die Ausgestaltung der nationalen Rundfunkordnung, 1994, 21 f.; *Holznapel* ebd., 123 ff.; *T. Vesting* Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, 256 ff., 269 ff.; aus dem neue-

Bereits diese beiden Beispiele zeigen, wie sehr der EG-Vertrag im Laufe seiner Existenz eine Eigendynamik jenseits des mitgliedstaatlichen Ableitungszusammenhangs entwickelt hat. Diese Eigendynamik resultiert nicht zuletzt aus der Rechtsprechung des EuGH.²⁵ Die Rechtsprechung des EuGH orientiert sich ganz an den funktionalen Erfordernissen einer transnationalen Rechtsordnung, aber gerade nicht an einem „supranationalen“ Willen. Damit wird eine an sektoralen Funktionserfordernissen orientierte Differenz von Text und Interpretation freigesetzt, die in der Praxis zu einer laufenden „Rechtsfortbildung“ des Europarechts führt. Diese Rechtsfortbildung wirkt dann auf das nationalstaatliche Recht zurück und europäisiert dieses seinerseits.²⁶

Die Beeinflussung und der Umbau des Staatsrechts durch Europarecht lassen sich etwa im Bereich der Grund- und Menschenrechte beobachten. Dafür steht nicht nur die Europäische Menschenrechtskonvention. Auch die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes ist heute stark vom Europarecht geprägt, sowohl von den Grundfreiheiten des EG-Vertrages als auch von europäischen Grundrechten. Dieser Trend wird sich durch die Grundrechtscharta und die Entwicklung der Unionsrechte weiter fortsetzen.²⁷

ren Schrifttum C. Roeder Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung, 2001. Telekommunikations- und Medienrecht sind zugleich Beispiele für eine Vorstrukturierung der Handlungsmöglichkeiten der Legislativorgane des Nationalstaats, entweder, wie im Fall der Telekommunikation, auf Bundesebene oder, wie im Fall des Rundfunks, auf Landesebene.

²⁵ Es geht nicht so sehr um eine „open-texture“ Situation (im Sinne *Harts*), wie etwa *Schroeder* (Fn. 21), 49, glaubt, sondern eher um eine institutionell unvermeidbare „preference for Europe“, wenn man einmal ein europäisches Gericht gegründet hat.

²⁶ Dieser Prozess verläuft durchaus netzwerkartig, nicht aber, wie viele Europarechtler glauben, von „oben“ nach „unten“: Die authentische Interpretation des EG-Rechts obliegt zwar in erster Linie den EG-Organen, vor allem dem EuGH. Dennoch wird durch das Europarecht eine Verknüpfung unterschiedlicher „Rechtskreise“ notwendig, deren jeweilige Eigenlogik jetzt aufeinander abgestimmt werden muss. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass der mittelbare Vollzug, die Ausführung des EG-Rechts durch nationale Verwaltungsbehörden, in der Praxis den Großteil der Fälle ausmacht (vgl. auch Fn. 88).

²⁷ Vgl. nur *B.-O. Bryde* Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, *Der Staat* 42 (2003), 61 ff.; *C. Tietje* Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, *DVBl* 2003, 1081; *H.-W. Rengeling* Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993. Durch die Einwirkungen des Europarechts ist es auf dieser Ebene beispielsweise zu einer Ausdehnung des Kreises der Grundrechtsberechtigten gekommen (Lohnleichheit, Freizügigkeit), aber auch zur Erhöhung des mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutzes (Umweltschutzvorschriften, PCP-Verbot).

Dass man hinsichtlich der Europäisierung mit Fug und Recht von einem Umschlag von Quantität in Qualität sprechen kann, wird auf der Ebene des Verwaltungsrechts vielleicht noch deutlicher.²⁸ Das Verwaltungsrecht, das bei *Otto Mayer* nicht zufällig den Namen „Deutsches Verwaltungsrecht“ trug, ist heute in hohem Maße durch Europarecht geprägt. Im Besonderen Verwaltungsrecht gilt dies nicht nur für das Medien- und Telekommunikationsrecht. Die Konsequenzen der Europäisierung zeigen sich genauso deutlich im Umweltrecht,²⁹ im Energierecht³⁰ und im Wirtschaftsrecht, hier insbesondere im Bereich des Subventionsrechts und der Beihilfe.³¹

Darüber hinaus sind inzwischen sämtliche Kernbereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts in das „Gravitationsfeld“ des Europarechts geraten.³² Dafür stehen etwa die Einwirkungen des Europarechts auf die Rechtsquellenlehre, auf das Verwaltungshandeln, das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungsrechtsschutz. Auch das Verwaltungsprozessrecht³³ und das Staatshaftungsrecht³⁴ haben sich unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts verändert. Das nationale Verwaltungsrecht ist in-

²⁸ Vgl. allgemein nur *F. Schoch* Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, 1 ff.; *ders.* Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung – einschließlich Verwaltungsverfahrenrecht und Rechtsschutz, VBIBW 1999, 241 ff.; *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 1998, 29 ff., 307 ff.; *Kadelbach* (Fn. 20); *Th. v. Danwitz* Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996.

²⁹ *F. Schoch* Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 ff.; *W. Köck* Das Pflichten- und Kontrollsystem des Öko-Audit-Konzepts nach der Öko-Audit-Verordnung und dem Umweltauditgesetz, VerwArch 1996, 644 ff.; *R. Steinberg* Probleme der Europäisierung des deutschen Umweltrechts, AöR 1995, 549 ff.

³⁰ *H.-P. Schneider* Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, 384 ff.

³¹ Zum Wirtschaftsrecht vgl. *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht in einer offenen Staatlichkeit, FS Vogel, 2000, 21 ff.; zu Subventionsrecht und Beihilfe vgl. den Überblick bei *P. Badura* in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, 245 ff., 313 ff., 317 ff.; *D.H. Scheuing* Europäisierung des Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 34 (2001), 107 ff.

³² *V. Danwitz* (Fn. 28), 190 ff., 334; vgl. auch allg. *Kadelbach* (Fn. 20), 296 ff., *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), 31 f.

³³ *P.M. Huber* Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, BayVBl 2001, 577 ff.; *W. Buck* Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, 2000; *F. Schoch* Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 279 ff.; *C.D. Classen* Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996.

³⁴ *F. Schoch* Europäisierung des Staatshaftungsrechts, FS Maurer, 2001, 759 ff.

zwischen durchgehend mit Komponenten des Europarechts durchsetzt. Es ist jedenfalls nicht mehr möglich, das auf dem Territorium der Bundesrepublik geltende Verwaltungsrecht als deutsches Verwaltungsrecht zu bezeichnen: als das eigentümliche Recht der Beziehung zwischen verwaltem Staat und seinem ihm dabei belegendem Untertan.³⁵ Das Zeitalter *Otto Mayers* ist endgültig verstrichen. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auch von einer „Ent-Territorialisierung“ des Verwaltungsrechts gesprochen.³⁶

2. *Vom Völkerrecht zum Menschenheitsrecht*

a) *Die staatsrechtliche Konzeption des Völkerrechts*

Nach herkömmlicher (und noch heute weit verbreiteter) Auffassung ist das Völkerrecht ein Derivat des Staatsrechts. Es ist Völkerrecht im Sinne eines „Verkehrsrechts“, das die Beziehungen *zwischen* souveränen Nationalstaaten normiert.³⁷ Noch heute wird das Völkervertragsrecht entsprechend dieser Tradition als „Hauptrechtsquelle“ des Völkerrechts angesehen.³⁸ Dazu passt, dass die Geltung des Völkergewohnheitsrechts (der zweiten allgemein akzeptierten Quelle des Völkerrechts) zumindest in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts nie ganz unumstritten war.³⁹

Bereits darin zeigt sich, dass das Völkerrecht durch die Grundaxiome des staatsrechtlichen Positivismus bestimmt worden ist und bis heute bestimmt wird. So wie die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft auf der Innenseite des Staates in der Regel als Unterordnung des Individuums unter den Staat interpretiert wurde, als Subordination, war auch die begriffliche Opposition Innen/Außen in Form der Hierarchie gebaut.

³⁵ *Mayer* (Fn. 4), 14. Verwaltung ist für *Mayer* „Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, außerhalb der Justiz.“

³⁶ Vgl. *C. Tietje* Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, 174 ff.; *Vesting* (Fn. 24), 254 f.; *von Danwitz* (Fn. 28), 414 f.; *E. Schmidt-Aßmann* Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl 1993, 924, 936. In ähnlicher Weise wird in der politikwissenschaftlichen Literatur der „Inter-Relations“ schon seit einiger Zeit vom Ende der Territorien gesprochen. Vgl. nur *B. Badie* La Fin de territoires, Paris, 1995.

³⁷ *A. W. Heffter* Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 7. Aufl., Berlin 1882, 3; dazu *B. Fassbender* Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, EuGRZ 2003, 2.

³⁸ Vgl. nur *K. Ipsen* Völkerrecht, 1999, 92 ff.

³⁹ Vgl. nur *H. Triepel* Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, 95 ff., 99, für den Völkergewohnheitsrecht nur das ist, was „als Bestandtheil einer rechtsetzenden Vereinbarung“ auftritt oder in eine solche Vereinbarung zwischen Staaten zurückgeführt werden kann.

Staatsrecht und Völkerrecht wurden im späten 19. Jahrhundert zwar als zwei strikt verschiedene Rechtsordnungen gedacht.⁴⁰ Der Unterschied von Völkerrecht und Staatsrecht fand seine Einheit jedoch im Staatsrecht. Der Staat war die Basis, auf dem das Völkerrecht ruhte. Die Geltung des Völkerrechts gründete in der Unabhängigkeit und Einheit *einer* Verträge schließenden und diese bestimmenden Staatsgewalt.⁴¹

b) *Entwicklungen ihrer Auflösung*

Der Trend einer Lösung des Öffentlichen Rechts vom Nationalstaat lässt sich auch im Völkerrecht nachweisen.⁴²

Die Grenzen der traditionellen Zentrierung des Völkerrechts auf den Staat werden zunächst in der Einbindung der Staaten in ein dichtes Netz von Verträgen sichtbar. Obwohl die Staaten Urheber der Verträge sind, hat die zwischenstaatliche Kooperation mittlerweile eine solche Dichte erreicht, dass sich die Stellung der Staaten innerhalb dieses Netzwerks von Verträgen und den daraus hervorgegangenen Institutionen⁴³ selbst verändert hat. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die Kooperation zwischen den Staaten nicht mehr ausschließlich über die Staatsspitze bzw. die auswärtige Gewalt erfolgt, sondern sich in variablen Strukturen zwischen Ministerien, Verwaltungen, Regulierungsbehörden, Gerichten usw. festsetzt.

⁴⁰ Grundlegend *Triepel* (Fn. 39), 11 ff. (Völkerrecht und Landesrecht als Gegensätze); dazu aus jüngerer Zeit ausführlich *Tietje* (Fn. 36), 86 ff., 94 ff.

⁴¹ *Triepel* (Fn. 39), 27 ff., 63 ff. (Völkerrecht entsteht durch „Vereinbarung“ zwischen Staaten); ähnlich bereits *Heffler* (Fn. 37), 5, 23 („Völkerverträge“ der „Staatsgewalten“); eine Ausnahme ist hier *Jellinek* (Fn. 4), 378 f., der davon ausgeht, dass das Völkerrecht nur formell im Willen der vertragsschließenden Einzelstaaten gründet, materiell aber einem „Etwas“ entspricht, „das über den Einzelstaat hinausgeht“; dazu *Tietje* (Fn. 36), 71 ff.; zur Lage des Völkerrechts um 1900 vgl. auch *F. Herrmann* Das Standardwerk, 2001, insb. 175 ff. Der h.M. entsprach es, dass das Völkerrecht auch als akademisch-universitäre Disziplin um 1900 kaum mehr als ein Supplement des Staatsrechts war. Vgl. dazu *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, 88 f.

⁴² Dazu allg. *J. Delbrück* Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, in: *Tietje/Kraft* (Hrsg.) Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Heft 3; *ders.* Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 2001, 1 ff., 26 ff.; *D. Thürer* Modernes Völkerrecht, ZaöRV 2000, 557 ff.; *P. Zumbansen* Die vergangene Zukunft des Völkerrechts, KJ 34 (2001), 46 ff.; *Hobe* (Fn. 20).

⁴³ Die vielen internationalen Organisationen, die aus den völkerrechtlichen Verträgen hervorgegangen sind, man denke nur an den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (UN) oder die verschiedenen Organisationen zur gerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten (wie z.B. den ständigen Haager Gerichtshof), legen davon Zeugnis ab. Ihre Zahl betrug 1998: 48350. Vgl. dazu *Tietje* (Fn. 36), 116 ff.

Diese Dynamik treibt das Völkerrecht über ein Staatenkooperationsrecht hinaus zu einem autonomen Staatengemeinschaftsrecht, das seinerseits in die staatlichen Territorien hineinwirkt.⁴⁴ In diesem Staatengemeinschaftsrecht sind die Staaten nicht mehr nur „Herren der Verträge“, sondern – um im Bild zu bleiben – zugleich ihre „Knechte“.

Ein Beispiel dafür ist das Recht der Welthandelsorganisation (WTO). Wurde der grenzüberschreitende Freihandel zu Zeiten des staatsrechtlichen Positivismus noch als von der Erlaubnis des Nationalstaates abhängig gedacht,⁴⁵ bringt das WTO-Recht jetzt genau umgekehrt die Nichtdiskriminierung freier Märkte als zentralen Rechtsgrundsatz gegen die Staaten in Anschlag.⁴⁶ Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wirkt sich zumindest auch mittelbar in den Mitgliedstaaten aus. Zwar verfügt die WTO über keine explizit eingeräumten Rechtsetzungskompetenzen. Die Verselbstständigung des WTO-Rechts zeigt sich aber deutlich im Streitbeilegungsverfahren (*Dispute Settlement Understanding*, Art. III Abs. 3 WTO). Vor allem das Berufungsgremium, der *Appellate Body*, verfügt über eine eigenständige Kompetenz der „adjudication“.⁴⁷ Damit setzt auch das WTO-Recht eine Dynamik funktionsorientierter Rechtsfortbildung frei, ähnlich wie sich die Rechtsprechung des EuGH nicht in reiner Rechtsanwendung, der Deduktion aus Regeln, erschöpft.⁴⁸

⁴⁴ In diese Richtung denkend etwa *Thürer* (Fn. 42), 557ff., 595ff.; *B. Simma* From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil des Cours* 281 (1999), 221 (233); *Tietje* (Fn. 36), 180; zusammenführend *B. Fassbender* UN Security Council Reform and the Right of Veto, *The Hague/London/Boston* 1998, 50ff. Kritisch dazu aus demokratietheoretischer Perspektive *S. Oeter* Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer Verfassung der Freiheit, in: *Brunkhorst/Kettner* (Hrsg.) *Globalisierung und Demokratie – Wirtschaft, Recht, Medien*, 2000, 208ff.; *ders.* Souveränität – ein überholtes Konzept?, *FS Steinberger*, 2002, 259ff., 298.

⁴⁵ Zu dieser Abhängigkeit und ihren Ambivalenzen *Delbrück* (Fn. 42 – Staatsbild), 8.

⁴⁶ Das Gebot der Nichtdiskriminierung wird u.a. in der Form von Meistbegünstigung und Inländerbehandlung gegen die Staaten geltend gemacht.

⁴⁷ *J.P. Trachtman* The Domain of WTO Dispute Resolution, *Harvard International Law Journal* 40 (1999), 333ff. Der im deutschen Schrifttum vielfach anzutreffende Vergleich des Streitbeilegungsverfahrens mit einem Gericht trifft die Funktion des *Appellate Body* nur teilweise.

⁴⁸ Vgl. *Trachtman* (Fn. 47), 338. Auch wenn *Panel* und *Appellate Body* an die herkömmlichen Regeln der Auslegung des Völkerrechts und damit an die Interpretationsregeln der Wiener Konvention gebunden sind (Art. 3 Abs. 2 DSU), ist diese Unterscheidung in der Praxis des *Appellate Body* fließend geworden. Gründe sind u.a.: die unvermeidbare Lückenhaftigkeit der WTO-Verträge selbst und andere „Unschärferelationen“ des WTO-Rechts, insbesondere das Verhältnis von WTO-Recht zu sonstigem (Völker-)Recht. Zum WTO-Recht vgl. nur *A. v. Bogdandy* Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandels-

Auch im humanitären Völkerrecht lassen sich Tendenzen einer Lösung des Völkerrechts vom Staat und seiner Rückwirkung auf das Staatsrecht feststellen.

Auslöser für diese Verselbstständigungstendenzen ist einmal die unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklung der Weltregionen. Darauf hat das humanitäre Völkerrecht mit der Ausarbeitung sozialer Menschenrechte in Form der Anerkennung sozialer Mindeststandards und einem Recht auf Entwicklung reagiert.⁴⁹ Daneben haben die schon seit längerem sichtbare Veränderung des Krieges, die Veränderung der weltpolitischen Lage seit 1989 sowie der Umgang mit Diktatoren und „Schurkenstaaten“ dem humanitären Völkerrecht zu wachsender Bedeutung verholfen. Dies hat in Rechtsprechung und Literatur u. a. zur Anerkennung bestimmter Verpflichtungen eines Staates gegenüber allen anderen Staaten geführt (sog. *erga omnes*-Pflichten), beispielsweise in Form des Verbots des Angriffskrieges, des Völkermordes, der Sklaverei oder der Rassendiskriminierung.⁵⁰ Eine andere Fallgruppe ist die Anerkennung zwingenden Völkerrechts (*jus cogens*) vor allem in Form des Folterverbots,⁵¹ des Rechts auf Leben⁵² oder einer sich abzeichnenden Beschränkung des staatlichen Immunitätsschutzes bei schweren Menschenrechtsverletzungen.⁵³

Neben der Forderung nach weltwirtschaftlicher „Gerechtigkeit“ entwickelt sich im Völkerrecht also offensichtlich ein weiterer globaler rechtlicher Kode der „Humanität“, der die staatliche Mediatisierung des

organisation, 1. Teil: Entkopplung von Recht und Politik, KJ 2001, 267; R. Uerpmann Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565, 569; Delbrück (Fn. 42 – Staatsbild), 13 ff.; M. Herdegen Internationales Wirtschaftsrecht, 2002, 120 ff. Um die Autonomie und Eigendynamik des WTO-Rechts rechtswissenschaftlich besser abbilden zu können, erscheint es durchaus plausibel, den Begriff des Völkerrechts in diesen Zusammenhängen aufzugeben und durch den Begriff des transnationalen (Wirtschafts-)Rechts zu ersetzen. In diese Richtung etwa C. Tietje Transnationales Wirtschaftsrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft – Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht 4 (2002), 404 ff.; kritisch z. B. Herdegen ebd., 26.

⁴⁹ E. Riedel Menschenrechte der dritten Dimension, EuGRZ 1989, 9 ff.

⁵⁰ Ausgangspunkt ist hier der *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970; weitere Nachweise bei Fassbender (Fn. 37), 6 f.

⁵¹ Vgl. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment of 10 Dec. 1998, case no. IT-95-17/I-T, paras. 153, 154, in: ILM 38 (1999), 317 (349).

⁵² C. Tietje/S. Hobe Schießbefehl an der DDR-Grenze und ius cogens, Archiv des Völkerrechts 32 (1994), 130 ff.

⁵³ EGMR, Urteil vom 21. 11. 2001 – Al Adsani, EuGRZ 29 (2002), 403 ff.; C. Maierhöfer Der EGMR als „Modernisierer“ des Völkerrechts? – Staatenimmunität und ius cogens auf dem Prüfstand, EuGRZ 29 (2002), 391–398.

Völkerrechts mehr und mehr durchbricht und selbst das Staatsrecht beeinflusst.⁵⁴ Stellt man höhere Ansprüche an sprachliche Genauigkeit geht es im humanitären Völkerrecht gar nicht mehr um Völkerrecht, sondern um Menschenheitsrecht, um das humanitäre Recht der Weltgesellschaft.⁵⁵

3. *Transnationale und internationale privat-öffentliche Regulierungsnetzwerke*

Der Eindruck einer Aufweichung der Exklusivität der Staatszentrierung des Völkerrechts verstärkt sich weiter, wenn man die Zunahme der Bedeutung solcher Regulierungsnetzwerke in die Betrachtung einbezieht, an deren Norm- und Regelbildung neben staatlichen auch nicht-staatliche Akteure wie Nichtregierungsorganisationen (NGOs), Verbände, Sachverständige, *agencys* usw. beteiligt sind. Gerade NGOs sind heute vielfach in transnationalen Rechtsbildungsprozessen involviert und übernehmen dort funktional die Rolle, die im Nationalstaat politischen Parteien und Verbänden zukommt (ja teilweise nehmen NGOs selbst die Rolle von Staaten ein).⁵⁶ Das zeigt etwa der Einfluss von *Greenpeace* bei der Entwicklung solcher umweltrechtlicher Institutionen wie der Verschmutzungszertifikate. Ein anderes Beispiel ist der Einfluss von *amnesty inter-*

⁵⁴ Im Ergebnis löst sich damit die seit der Französischen Revolution sichtbare Paradoxie der Zwillingsexistenz von Menschenrechtsidee und Nationalstaatsprinzip zugunsten der Menschenrechte auf. In diese Richtung etwa *A. Paulus* Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht – Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001, 358; *C. Tomuschat* International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a new Century, *Receuil des Cours* 281 (1991), 9–438; *Fassbender* (Fn. 37), 6f.; in der Tendenz ähnlich *S. Kadelbach* Zwingendes Völkerrecht, 1992, 320 – „Positionen“ für die „Rechtssubjekte Staat, Gruppe, Einzelner“.

⁵⁵ Vor allem die Verselbstständigungstendenzen im humanitären Völkerrecht werden in der Literatur als Beleg für eine grundsätzlichere Umstellung des Völkerrechts von zwischenstaatlichem Koordinationsrecht auf Staatengemeinschaftsrecht oder das Recht der internationalen Gemeinschaft angesehen. Vgl. z.B. *Paulus* (Fn. 54), 285 ff. Diese Richtung als gemeinwohlorientierte Normkategorien generalisierend z.B. *Fassbender* (Fn. 37), 16 mwN, der von einer „zeitgemäßen Rechtsordnung interdependenter Völker einer Menschheit“ spricht. Zu den Menschenrechten als Faktoren des Rechts der Weltgesellschaft *Luhmann* (Fn. 16), 574 ff.

⁵⁶ Dazu *Tietje* (Fn. 36); *Hobe* (Fn. 20), 309 ff.; *Wahl* (Fn. 2), 43; *K. Günther/S. Randeria* Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung, in: *Werner Reimers Stiftung* (Hrsg.) Suchprozesse für innovative Fragestellungen in der Wissenschaft, Heft 4 (2001), 63 ff.; aus der neueren politikwissenschaftlichen Literatur vgl. nur *R.A. Higgott* (ed.), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, London/New York 2000.

national auf die Standards von Menschenrechten, z.B. im Bereich der Folterung mit Wissen oder unter dem Schutz staatlicher Organe.⁵⁷

Vergleichbare Entwicklungen lassen sich im internationalisierten Verwaltungshandeln beobachten. Hier zeichnet sich ab, wie durch Prozesse der Internationalisierung nicht nur die territorialen Staatsgrenzen destabilisiert werden, sondern zugleich die für das liberale Staatsrecht konstitutive Grenzziehung zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten unterlaufen wird.

Das Muster lässt sich folgendermaßen beschreiben: Ausgangspunkt des internationalisierten Verwaltungshandelns sind Kooperationen zwischen internationalen und nationalen Verwaltungsbehörden. Dabei entsteht regelmäßig ein ausgeprägtes Kommissionswesen, dessen Arbeit die Einbeziehung technisch-wissenschaftlichen Sachverständs erforderlich macht. Da die Normen und Standards, die in diesen transnationalen Regulierungsnetzwerken entstehen – ähnlich wie in der „Komitologie“ auf europäischer Ebene⁵⁸ – einem starken Einfluss privater Regelbildung ausgesetzt sind, wird die Grenze zwischen dem Privaten und dem Öffentlichen undicht.

Ein Beispiel für die Produktion von Standards, die in privat-öffentlichen Netzwerken eines internationalen Kommissionswesens geschaffen und von hier aus auf Völkerrecht, WTO-Recht, Gemeinschaftsrecht und nationales Verwaltungsrecht einwirken, liefert die Standardisierung des Lebensmittelrechts durch die Codex Alimentarius-Kommission.⁵⁹ Diese Standards entfalten zwar keine unmittelbare völkerrechtliche Wirksamkeit, gleichwohl ist in der einschlägigen Literatur aber die faktische normative Wirkkraft der Codex Alimentarius-Standards unbestritten.⁶⁰ So

⁵⁷ *Hobe* (Fn. 20), 322ff.; vgl. allg. auch *A. Bianchi* Globalization of Human Rights: The role of Non-state Actors, in: G. Teubner (Hrsg.) *Global Law Without a State*, Aldershot u.a. 1997, 179ff.

⁵⁸ Gemeint sind die technisch-wissenschaftlichen Ausschüsse und Agenturen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Vgl. *G. Lübke-Wolff* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246ff., 268ff.; *C. Joerges/J. Falke* (Hrsg.) *Das Ausschußwesen der Europäischen Union*, 2000, 17ff.; *C. Joerges* *Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance*, in: ders./E. Vos (Hrsg.) *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, 1999, 3ff.

⁵⁹ Die Codex Alimentarius-Kommission befasst sich mit der Standardisierung des Lebensmittelrechts und hat bis heute etwa 200 Lebensmittelstandards verabschiedet sowie mehr als 3000 Standards für maximale Pestizidrückstände – vgl. nur *Tietje* (Fn. 36), 301ff.

⁶⁰ *Tietje* (Fn. 36), 313 mwN; *C. Joerges* „Gutes Regieren“ im Binnenmarkt, in: *Joerges/Falke* (Fn. 58), 349, 373ff.