JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES ÖFFENTLICHEN RECHTS DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 66

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter

Mohr Siebeck

Prof. Dr. Dr. h.c. Susanne Baer, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. Christoph Schönberger, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. Christian Waldhoff, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. Christian Walter, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-155781-1 / eISBN 978-3-16-159057-3
ISSN 0075–2517

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

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

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

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Einheitliches Recht und Vielfalt der einzelstaatlichen Rechtskulturen

Angelika Nussberger: „Schmelztiegel Europa". Wie europäische Richter mit einer Stimme sprechen (oder auch nicht) 1

Christoph Grabenwarter: Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig-Kommission 21

Oliver Jürgen Junge: Vielfalt und Einheit von Recht und Verfassung in der Europäischen Union und imperialen Ordnungen 43

Ann-Katrin Kaufhold: Einheit in Vielfalt durch umgekehrten Vollzug? Zur Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts durch europäische Institutionen . 85

Fabian Wittreck: Staatliche und geistliche Gerichtsbarkeit 111

Katharina Reiling, Maria Daniela Poli, Gustavo Manuel Díaz González und Nada Pauer: Richtlinienumsetzung in dezentralisierten Mitgliedstaaten 145

Abhandlungen und Aufsätze

Thomas Gross: Der Missbrauch der Menschenwürde als Schranke der Meinungsfreiheit 187

David Kuch: Die Freiheit der Person: Grundrecht und Grundrechtsvoraussetzung 205

Ferdinand Weber: Überstaatlichkeit als Kontinuität und Identitätszumutung. Eine historisch-dogmatische Grundlegung 237

Paulina Starski und Leander Beinlich: Der Amtshaftungsanspruch und Auslandseinsätze der Bundeswehr. Eine verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Betrachtung aus Anlass des Kunduz-Urteils des Bundesgerichtshofs 299

Debatte: Demokratie in Zeiten der Migration

Anuscheh Farahat: Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft. Verfassungsrechtliche Eckpunkte 337

Markus Kotzur: We the People on the move. Wie Migrationsbewegungen demokratische Herrschaftsorganisation herausfordern und verändern 371

Dietrich Murswiek: Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes 385

Astrid Wallrabenstein: Wahlrecht und Mobilität 431

Ulrich K. Preuss: Migration und Demokratie. Das Volk, die Demokratie und die Fremden 459

Porträts und Erinnerungen

Bernhard Schlink: Erinnerung an Adalbert Podlech 471

Wolfgang Clement: „Nec temere, nec timide". Zum Gedenken an Horst Ehmke 483

Peter Häberle: Gedächtnisblatt für Horst Ehmke 487

Fritz W. Scharpf: Horst Ehmke kontrafaktisch: Prinzipien der Verfassungsinterpretation im Europarecht? 495

Kurt Graulich: Horst Ehmkes Aufsatz „Demokratischer Sozialismus und demokratischer Staat" (1974) – Like a bridge over troubled water 509

Frieder Günther: „Renegatentum" als Lebensprinzip. Horst Ehmke und die alte Bundesrepublik 521

Entwicklungen des Verfassungsrechts

I. Gliedstaatliches Verfassungsrecht

Markus Möstl: Innerbundesstaatliche Verfassungsvergleichung. Ein Bericht aus Deutschland 531

Arno Wettlaufer: Zur Verfassungsreform in Hessen 565

Werner Reutter: Politik und Verfassung in Schleswig-Holstein 617

II. Verfassungsrecht in Europa

Adam Bodnar: Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland 639

Marta Breichová Lapčáková: Europäisches Recht in der Judikatur des Verfassungsgerichts der Slowakischen Republik 663

Peter Bussjäger: Verfassungsrecht im Kleinstaat. Zur Entwicklung der Verfassungsrechtsdogmatik in Liechtenstein 683

III. Verfassungsrecht außerhalb Europas

Andreas Timmermann: „Der Krausismus" in Argentinien und die Radikalen um Hipólito Yrigoyen (1850–1933) 701

Xiaodan Zhang: Die exekutive Rechtsetzung des Staatsrats der VRCh und ihre dialektische Funktion im sozialistischen Rechtsstaat Chinas 731

Schwerpunktthema: Einheitliches Recht und Vielfalt der einzelstaatlichen Rechtskulturen

„Schmelztiegel Europa“

Wie europäische Richter mit einer Stimme sprechen (oder auch nicht)

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Angelika Nußberger M.A.
Vizepräsidentin des EGMR Straßburg/Köln*

Inhalt

I. Argumentationsstil und Diskussionskultur als Teil des Beratungsgeheimnisses 1
II. Modelle richterlichen Entscheidens 3
III. Individuelle Vorprägungen 5
1. Berufliche Erfahrung 5
2. Alter und Erfahrungshorizont 6
3. Geschlecht 7
4. Politische Einstellung 8
IV Rechtskulturelle Vorprägungen 8
1. Die Rolle des Richters – Teamplayer vs. Einzelkämpfer 11
2. Fokus der Entscheidung – Einzelfallgerechtigkeit vs. Stimmigkeit des Gesamtsystems 14
3. Juristischer Diskurs – die Bedeutung von Fußnoten und Verweisen 17
V. Schmelztiegeleffekte 19

I. Argumentationsstil und Diskussionskultur als Teil des Beratungsgeheimnisses

Kleine Unterschiede in der Strichführung verraten, ob eine Handschrift aus deutscher, französischer oder englischer Feder stammt. Aus der Form und Geschmeidigkeit der Schriftzüge lassen sich auch Rückschlüsse auf das Alter des Schreibers ziehen,

* Die Autorin ist die seit 2011 für Deutschland gewählte Richterin und Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder und binden den Gerichtshof in keiner Weise. Intention ist, die in dem Band enthaltenen wissenschaftlichen Analysen zum Thema „Einheitliches Recht und Vielfalt der Rechtskulturen“ um einen subjektiven Erfahrungsbericht zu ergänzen.

nicht aber unbedingt darauf, ob das lateinische Alphabet das zuerst Erlernte war oder aber ob das Schreiben zunächst mit der kyrillischen, armenischen oder georgischen Schrift geübt worden ist. Auch kann man nicht sicher wissen, manches Mal aber raten, ob der Schreiber Rechts- oder Linkshänder ist. Was sind individuelle Charakteristika, was ist kulturbedingt? Es lässt sich nicht leicht zu trennen. Keine Handschrift gleicht der anderen, aber manche Handschriften sind einander erkennbar ähnlicher als andere.

So ist es auch mit dem Rechtsdenken. Konzepte, Strukturen, Ideen, Argumentationsweisen, Schlussfolgerungen, all das, was man unter den Oberbegriff „juristischer Stil" fassen könnte,[1] ist ein Konglomerat aus Erlerntem, kulturell Vorgeprägtem und individuell Geformtem.

Am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kommen die 47 Richterinnen und Richter aus 47 verschiedenen europäischen Staaten[2] und repräsentieren unterschiedliche Rechtskulturen.[3] Dennoch können die 17 Richter der Großen Kammer oder die 7 Richter der Kammer als Kollektiv mit einer Stimme sprechen und gemeinsam „europäische Urteile" verfassen.

Sie können es, aber sie wollen es nicht unbedingt. Kollektiv entscheiden ist nicht die einzige Option. Nicht selten zeigen die Urteile mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten, erweisen sich als eine Art Patchwork.

Daher wäre ein Blick hinter die Kulissen von großem Interesse. Wie sieht die Werkstatt aus? Wie ist es möglich, auch dann einen gemeinsamen Ansatz zu formulieren, wenn man eine Frage aus ganz unterschiedlichen Blickwinkeln, auf der

---

[1] Nach *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. 62 ff., S. 67 ff., ist der „Stil" einer Rechtsordnung der entscheidende Faktor, um verschiedene Rechtsordnungen in Rechtskreise zusammenzufassen. Als „stilbildende Faktoren" sehen die Autoren die historische Herkunft und Entwicklung einer Rechtsordnung, die in ihr vorherrschende Denkweise, besondere kennzeichnende Rechtsinstitute, die Art der Rechtsquellen und ihrer Auslegung sowie ideologische Faktoren an. Im Folgenden wird nur das zweite Element, konkret die gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegende juristische Denkweise, herausgegriffen.

[2] In der gegenwärtigen Besetzung ist auch der Liechtensteiner Richter Schweizer Staatsbürger; mehrere Richter haben mehr als nur eine Staatsangehörigkeit. In der ursprünglichen Fassung der Konvention von 1950 war es ausgeschlossen, dass zwei Richter Staatsangehörige desselben Staates sind. Diese Regelung wurde aber mittlerweile abgeschafft.

[3] In der Geschäftsordnung des Gerichtshofs (Rules of the Court) wird zwar nicht von verschiedenen „Rechtskulturen", wohl aber von verschiedenen „Rechtssystemen" gesprochen (Artikel 24 Abs. 2 (e), 25 Abs. 2 Rules of the Court), allerdings ohne zu klären, an welchen Kriterien die Unterschiede festgemacht werden und inwieweit sich die am Gerichtshof vertretenen nationalen Rechtsordnungen in verschiedenen „Systemen" zusammenfassen lassen (siehe dazu unten IV). Gruppierungsversuche (als „Rechtskreis", „Rechtsfamilie", „Rechtstradition") liegen der Rechtsvergleichung als Wissenschaft zugrunde; vgl. zu frühen Ansätzen *A. Esmein*, Le droit comparé et l'enseignement du droit, in: Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents I (1905), 445 ff. 451, der den romanischen, germanischen, angelsächsischen, slawischen und islamischen Rechtskreis voneinander abgrenzt; aus neuerer Zeit *Patrick Glenn*, Legal Traditions of the World, Oxford, 4. Aufl. 2010 – hier sind die Unterkategorien Chthonic Law, Talmudic Law, Civil law, Islamic Law, Common Law, Hindu Law, Asian Law; ähnlich die „Klassiker" *René David/Camille Joffret-Spinosi/Marie Goré*, Les grands systèmes des droit contemporains, 2. Aufl. Paris 2016 und *Zweigert/Kötz*, a.a.O. Fn. 1. Um die in der Wissenschaft strittige Gruppenbildung von Rechtskulturen oder Rechtssystemen soll es aber im Folgenden nicht gehen.

Grundlage unterschiedlicher Vorverständnisse betrachtet? Warum erreicht man in manchen Fällen ein einstimmiges Ergebnis, in anderen Fällen aber nicht?

Darüber, wie Urteile entstehen, ist aufgrund des Beratungsgeheimnisses der Mantel des Schweigens gebreitet.[4] Dies ist grundsätzlich gut so, wird damit doch das Recht, frei nachzudenken und, wenn nötig, auch die Meinung frei zu ändern, gesichert. Nachteil ist, dass das Gericht wie eine Blackbox erscheint, in die auf der einen Seite die Argumente der Parteien – von Bürger und Staat – eingegeben werden und auf der anderen Seite die Urteile herauskommen. Dies gilt für nationale wie internationale Gerichte gleichermaßen. Für letztere aber ist es noch spannungsreicher, sind sie doch ein Schmelztiegel unterschiedlicher Rechtskulturen, bei denen es erst recht wichtig wäre zu verstehen, auf welche Weise sich die Engführung der verschiedenen Rechtstraditionen vollzieht.

Der über Argumentationsstil und Diskussionskultur gebreitete Schleier wird allerdings am EGMR durch die Vielzahl von Sondervoten, die zu den Urteilen verfasst werden, etwas gelüftet. Aus den Sondervoten mag man Rückschlüsse, wenn nicht auf die Beratungen, so doch auf die für wichtig befundenen Argumente ziehen.

II. Modelle richterlichen Entscheidens

Die Frage nach der Meinungsbildung in Kollektiven stellt sich nicht nur mit Blick auf internationale oder nationale Gerichte, sondern ist ein allgemeiner Gegenstand der Forschung. Gerade bei Gerichtsentscheidungen aber gibt es grundsätzlich unterschiedliche Modelle, das mehr individualistisch geprägte „Seriatim-Modell“ und das mehr kollektivistisch geprägte „Per Curiam-Modell“. Ersteres ist typisch für das Common Law, letzteres für das kontinentaleuropäische Recht.[5] Beide Schulen sind am EGMR vertreten.[6] Gerade auch vor diesem Hintergrund ist die Modellbildung und Überlagerung der verschiedenen Traditionen am Straßburger Gericht als Teil der historischen Entwicklung, in der sich die unterschiedlichen Formen immer wieder angenähert und voneinander abgegrenzt haben, bedeutsam.

Beim „Seriatim-Modell“ in seiner Ursprungsform wird nicht der Versuch unternommen, aus verschiedenen Rechtsmeinungen eine gemeinsame Meinung zu formen und damit die Unterschiede einzuebnen und Kompromisse auszuhandeln, sondern vielmehr werden die einzelnen Stimmen in ihrer Eigenart belassen und lediglich aneinandergefügt. Das „Urteil“ ist damit nichts anderes als eine Addition der sich aus den jeweiligen individuell verantworteten Rechtsanalysen ergebenden Resultate. Wolfgang Ernst fasst den Ausgangspunkt der angelsächsischen Rechtstradition folgendermaßen zusammen: „Jeder Richter ist hier für sich Träger der rechtspre-

[4] Nach Art. 3 Rules of the Court hat jeder Richter vor Beginn seiner Arbeit am Gericht feierlich zu erklären, „die Beratungen geheim zu halten“.

[5] Vgl. zu den historischen Hintergründen und Unterschieden zwischen den beiden Modellen *Wolfgang Ernst*, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, Tübingen 2016; *ders.*, Abstimmen über Rechtserkenntnis, JZ 2012, 637; *Gertrude Lübbe-Wolff*, Cultures of Deliberations in Constitutional Courts, in: P. Maraniello (Hg.), Justicia Constitucional, Buenos Aires 2016, S. 37, 42.

[6] Das Vereinigte Königreich und Irland sind klassische Common Law Systeme, Malta und Zypern haben als ehemalige britische Kolonien Elemente des Common Law in ihre Rechtssysteme integriert.

chenden Gewalt, jeder Richter spricht den Parteien das Recht, wobei nur die Wirkung seines Spruchs auf den Streitgegenstand davon abhängt, wie die anderen Richter über denselben Streit urteilen."[7] Der britische Richter Tom Bingham sieht in dieser Form des Entscheidens wichtige Vorteile:

„… this practice fosters beneficial development of the law and avoids unsatisfactory compromises which result in a final judgment commanding the wholehearted support of no one."[8]

Nach seiner Meinung gibt es allerdings zwei wichtige Voraussetzungen für ein positives Resultat. Zum einen müsse bei aller Verschiedenheit der einzelnen Stellungnahmen das Gesamtergebnis klar sein. Zum anderen dürfe die Rechtsfortbildung nicht über bestimmte Grenzen hinausgehen, da sonst die Rechtssicherheit und damit die Rechtsstaatlichkeit des Entscheidens gefährdet sei.[9]

Die Urteile des EGMR fügen sich dagegen *a priori* in die kontinentaleuropäische Rechtskultur ein und folgen dem „Per Curiam Modell". Dies wird *ex negativo* aus der Bestimmung der Konvention zu Sondervoten (Art. 45 Abs. 2 EMRK) deutlich:

„Bringt ein Urteil ganz oder teilweise nicht die übereinstimmende Meinung der Richter zum Ausdruck, so ist jeder Richter berechtigt, seine abweichende Meinung darzulegen."

Diese Normierung der Ausnahme setzt als „Normalfall" voraus, dass ein Urteil „die übereinstimmende Meinung der Richter" zum Ausdruck bringt. Grundannahme ist daher, dass die Richter in ihren Urteilen einen von allen getragenen Kompromiss formulieren.

Allerdings sind Ausnahmen vorgesehen, und damit nähert sich das „Per Curiam-Modell" eben doch dem „Seriatim-Modell" an. Wer nicht zustimmen will, kann dies explizit zum Ausdruck bringen. Dass in der Praxis des Gerichtshofs bei den Urteilen der Großen Kammer einstimmige Entscheidungen die Ausnahme und Entscheidungen mit Sondervoten die Regel sind, zeigt gleichermaßen die Tendenz weg vom kollektiven hin zum individuellen Entscheiden, eine Entwicklung, die man, je nach Perspektive, als Autoritätsverlust beklagen oder als Emanzipation der Mitglieder der Spruchkörper begrüßen kann.

Nun sind die Mechanismen, nach denen aus dem notwendigerweise im Ausgangspunkt vorliegenden Meinungspluralismus kohärente Urteile erarbeitet werden, die nicht nur alle Argumente aufnehmen, sondern sie auch noch zu einem schlüssigen Ganzen verarbeiten, subtil, teils explizit geregelt, teils von langer praktischer Übung geprägt, und doch immer wieder in Frage gestellt. Nicht darum aber soll es im Folgenden gehen; diese Mechanismen wurden an anderer Stelle ausführlich analysiert.[10] Vielmehr ist hier von Interesse zu reflektieren, welche Faktoren die unterschiedlichen Ansätze bei der Entscheidungsfindung bedingen, einer Entscheidungsfindung, die nicht „frei" ist, sondern das geschriebene Recht zur Anwendung bringen soll.

---

[7] *W. Ernst*, Abstimmen über Rechtserkenntnis, S. 637 ff., S. 639.

[8] *T. Bingham*, The Rule of Law, London 2010, S. 45.

[9] Ebenda, S. 45.

[10] Siehe *Angelika Nußberger*, Designing collegiate courts' decision making processes – The fine-mechanics of judicial majoritarianism. The European Court of Human Righs, in: Wolfgang Ernst, Beate Gsell, Birke Haecker, Collective Judging in Comparative Perspective: Counting Votes and Weighing Opinions, Cambridge 2018.

Die folgenden Beobachtungen sind nicht Ergebnis einer wissenschaftlichen Analyse, sondern sind – vergleichbar der „erlebten Geschichte“ – „erlebtes Recht“. Vorgestellt werden subjektive Beobachtungen während der siebenjährigen Arbeit am EGMR, wobei allerdings das Beratungsgeheimnis dem Erzählen und Reflektieren Grenzen zieht.[11]

Zu unterscheiden sind individuelle und rechtskulturelle Vorprägungen des Entscheidenden, auch wenn trennscharfe Grenzziehungen nicht möglich sind.

III. Individuelle Vorprägungen

1. Berufliche Erfahrung

Niemand am EGMR wird Richter ohne ein langes „juristisches Vorleben“. Dementsprechend ist die „déformation professionnelle“ unverkennbar, ein Faktor, der auch bei anderen Höchstgerichten, insbesondere bei Verfassungsgerichten, sichtbar ist. Auch dort gibt es nicht einen „klassischen“ Karriereweg, vielmehr wird bei den Berufungen gerade auch Wert auf Vielfalt gelegt. Vergleichbar zum Bundesverfassungsgericht dominieren auch am EGMR zwei Berufsgruppen: Richter und Rechtswissenschaftler. Dies ergibt sich bereits aus der Konvention, die als Voraussetzung für das Richteramt normiert (Art. 21 Abs. 1 EMRK):

„Die Richter müssen hohes sittliches Ansehen genießen und entweder die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sein.“

Die Berufungskriterien sind allerdings offen formuliert. Es ist nicht Voraussetzung, Richter an einem Höchstgericht des Herkunftsstaats zu sein, um berufen zu werden, sondern lediglich, die dafür erforderlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Dennoch waren und sind unter den Richtern am EGMR nicht wenige, die bereits Präsidenten an nationalen Verfassungsgerichten und Obersten Gerichten waren, bevor sie an den EGMR kamen.[12] Auch der Begriff „Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf“ ist offen formuliert und erfordert nicht zwingend eine universitäre Stellung. Darunter gefasst wird auch die dritte am EGMR vertretene Berufsgruppe der Rechtsanwälte, die oftmals, aber nicht nur aus kleinen Mitgliedsstaaten kommen, in denen es in der Regel keine eigenen Universitäten gibt und die Richterschaft zahlenmäßig sehr klein ist.[13] Für die Auswahl kann auch das Ansehen der jeweiligen Berufsgruppe in den

[11] Vgl. zu weiteren subjektiven Berichten über die Arbeit am Gericht aus der Sicht ehemaliger Richter/Präsidenten *Jean-Paul Costa*, La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté, Paris 2013, *Loukis G. Loucaides*, Reflections of a former European Court of Human Rights Judge on his Experiences as a Judge, Roma Rights Journal 2010, S. 61 ff.

[12] So war etwa die finnische Richterin Pauliine Koskelo Präsidentin des finnischen Obersten Gerichts, der litauische Richter Egidius Kuris Präsident des litauischen Verfassungsgerichts, der aserbeidschanische Richter Khanlar Hadziev Präsident sowohl des Obersten Gerichts Aserbeidschans als auch des Verfassungsgerichts Aserbeidschans.

[13] Vgl. z.B. den ehemaligen Präsidenten Dean Spielmann, der vor seiner Berufung an den EGMR Rechtsanwalt in Luxemburg war; ebenso kam der ehemalige Vizepräsident aus Andorra Josep Casadevall aus der Rechtsanwaltschaft. Dasselbe trifft für die aktuelle Richterin aus San Marino, Kristina

entsprechenden Entsendestaaten ausschlaggebend sein. Gerade in den so genannten „Neuen Demokratien" hatte die Justiz oftmals einen eher schlechten Ruf, während man den Vertretern aus der Rechtsanwaltschaft eher Vertrauen entgegenbringt. In der Tat waren auch einige der an den EGMR berufenen Richter bereits als Menschenrechtsanwälte aktiv gewesen und hatten große Verfahren an den EGMR gebracht.[14] Neben Richtern, Rechtsanwälten und Professoren gibt es noch einzelne, die zuvor in anderer Funktion, etwa als Regierungsvertreter oder als Vertreter einer internationalen Organisation, tätig waren.[15] Die jeweilige berufliche Sozialisierung im Herkunftsstaat ist ein Faktor, dessen Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte.[16]

2. Alter und Erfahrungshorizont

Prägend ist auch das Alter der an den EGMR Gewählten, nicht nur aufgrund der damit verbundenen Erfahrung, sondern vor allem aufgrund der Zugehörigkeit zu von historischen Ereignissen in Europa je unterschiedlich geprägten Generationen. Hatten die ersten Generationen von Richtern noch erfahren, was Krieg bedeutet – oftmals waren sie selbst in der einen oder anderen Funktion involviert gewesen[17] -, war nach dem Beitritt der mittel- und osteuropäischen Staaten die Sozialisierung in den jeweiligen kommunistischen Regimen ausschlaggebendes Merkmal. Der erste für die Russische Föderation gewählte Richter Vladimir Tumanov, Jahrgang 1926, war jahrelang Inhaber des Lehrstuhls für „bourgeoises Recht", Autor von Büchern wie „Contemporary bourgeois legal thought. A Marxist evaluation of the basic concepts" (1974) gewesen, danach aber Präsident des neu geschaffenen russischen Verfassungsgerichts geworden, bevor er als erster russischer Richter an den EGMR berufen wurde. Auch andere aus dieser Generation hatten nach der Wende in ihren Heimatländern wichtige neue Funktionen übernommen. Wieder andere – die Generation der nach 1970 Geborenen – waren so jung, dass die Erfahrung des Kommunismus nur noch ihre Kindheit und Jugend prägte.[18] Unabhängig vom Alter hatten dagegen alle

---

Pardalos, zu. Vielfach kamen aus Kleinststaaten aber auch Richter (z.B. Pere Pastor-Villanova aus Andorra, Isabelle Berro-Lefèbre und Stéphanie Mourou-Vikström aus Monaco, Vincent de Gaetano aus Malta, Carlo Ranzoni aus Liechtenstein).

[14] Ein Beispiel wäre der bulgarische Richter Yonko Grozev, der etwa im Fall Hasan und Chaush v. Bulgarien (Nr. 30985/86, 26. Oktober 2000) vor dem EGMR plädiert hatte.

[15] Siehe z.B. den früheren Gerichtspräsidenten Nikolas Bratza, der Vertreter der Britischen Regierung von dem Gerichtshof war, oder den aserbeidschanischen Richter Latif Huseynov, der Präsident des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher Behandlung war; kritisch zur Wahl der Richter an den EGMR *Norbert Paul Engel*, Mehr Transparenz für die Wahrung professioneller Qualität bei den Richterwahlen zum EGMR, EuGRZ 2012, S. 486 ff., *Koen Lemmens*, (S)electing Judges for Strasbourg: A (Dis)appointing Process, in: Michal Bobek, Selecting European judges, Oxford 2015, S. 95–119, *David Kosar*, Selecting Strasbourg Judges: A Critique, in: idem, S. 120–161.

[16] Vgl. Zur Sozialisierung der Richter in ihrer jeweiligen „judicial community" *John Bell*, Judiciaries within Europe. A Comparative Review, Cambridge 2006, S. 13–34.

[17] Vgl. statt vieler etwa die eindrückliche Biographie eines der „Väter" der Konvention und französischen Richters *Pierre-Henri Teitgen*, Faites entrer le témoin suivant 1940–1958, Rennes 1988, in der er seinen Weg von der Résistance zum Vorkämpfer für Menschenrechte beschreibt.

[18] Siehe beispielsweise den albanischen Richter Ledi Biancu (Jahrgang 1971), die ukrainische Rich-

aus den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien stammenden Richter, wenn auch in unterschiedlichem Maß, Erfahrung mit Bürgerkrieg und Gewalt gemacht.

Alter und beruflicher Werdegang sind immer prägende Faktoren für an Höchstgerichte berufene Richter. Für ein europäisches Gericht wie den EGMR sind diese grundsätzlich neutralen Faktoren aber in besonderer Weise mit historischem und rechtskulturellem Kolorit angereichert. Eine Jugend in Island in den 60er Jahren ist nicht mit einer Jugend in Armenien zur selben Zeit vergleichbar. Ebenso wenig lässt sich richterliche Tätigkeit in einem Land wie etwa Großbritannien der richterlichen Tätigkeit in einem anderen Land – etwa Aserbeidschan oder Moldawien, aber auch Deutschland oder Frankreich – unbedingt gleichsetzen.

3. Geschlecht

Bis zur Einrichtung des ständigen Gerichtshofs wurden nur sehr wenige Frauen als Richterin an den EGMR berufen.[19] In der ursprünglichen Zusammensetzung des Gerichtshofs im Jahr 1959 fand sich keine einzige Frau;[20] bei der Neubesetzung im Jahr 1998 wurden für zu diesem Zeitpunkt 39 Mitgliedsstaaten acht Frauen berufen.[21] Um diesem Ungleichgewicht entgegenzuwirken, wurde die Regel eingeführt, dass die von den Regierungen der Mitgliedsstaaten vorgelegten Listen sowohl Kandidatinnen als auch Kandidaten enthalten müssen.[22] Dies brachte manche, insbesondere kleine Mitgliedsstaaten, in die Verlegenheit, über längere Zeit überhaupt keine Liste vorlegen zu können[23] – legendär ist die zweijährige Verzögerung der Vorstellung einer Frauen und Männer enthaltenden Liste aus Malta – führte aber im Ergebnis doch im Laufe der Jahre zu einer ausgeglicheneren Besetzung des Gerichts; gegenwärtig (Stand 1.1.2018) stehen 15 Richterinnen 32 Richtern gegenüber, wobei allerdings das Präsidium des Gerichts fast paritätisch besetzt ist.[24]

---

terin Ganna Yudkivska (Jahrgang 1973), die georgische Richterin Nona Tsotsoria (Jahrgang 1973) oder die estnische Richterin Julia Laffranque (Jahrgang 1974).

[19] Helga Pedersen für Dänemark (1971–1980), Elisabeth Palm für Schweden (1988–2003) und Denise Blindschedler-Robert für die Schweiz (1975–1981).

[20] Zur Zusammensetzung des Gerichtshofs im Jahr 1959 vgl. *Ed Bates*, The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford 2010, S. 182.

[21] Siehe *Bates* (a.a.O. Fn. 20), S. 467.

[22] Vgl. Empfehlung Nr. 1429 (1999) der Parlamentarischen Versammlung; die Bestimmung, dass beim Vorschlag der Regierung beide Geschlechter vertreten sein müssten, wurde in der Anordnung 558 (1999) an den Wahlausschuss nochmals hervorgehoben: “to make sure that in future elections to the Court member states apply the criteria which it has drawn up for the establishment of lists of candidates, and in particular the presence of candidates of both sexes“.

[23] Aufgrund der Negativerfahrungen erlaubten Resolutionen 1426 (2005) und 1627 (2008), nachdem die Regel ursprünglich zwingend war, Ausnahmen. Danach würden „single-sex lists of candidates“dann akzeptiert, wenn das Geschlecht der auf der Liste genannten Kandidaten unterrepräsentiert ist (weniger als 40 %) oder außergewöhnliche Umstände vorliegen.

[24] Vgl. auch Artikel 14 Rules of the Court: „In relation to the making of appointments governed by this and the following chapter of the present Rules, the Court shall pursue a policy aimed at securing a balanced representation of the sexes“; zu der Problematik vgl. auch die Erläuterungen bei *Kosar* (a.a.O. Fn. 15), S. 129 ff.

4. Politische Einstellung

Anders als bei manchen nationalen Verfassungsgerichten ist Parteizugehörigkeit kein Kriterium, nach dem die Richter ausgesucht würden. Zum einen kommen viele Richter aus Rechtssystemen, die aufgrund der Erfahrungen während der Zeit des Sozialismus Parteizugehörigkeit als Ausschlussgrund für die Berufung ins Richteramt ansehen; in jedem Fall wird sie negativ gewertet. Zum anderen wären aber Parteibestimmungen wie „links" – „rechts" bei der Vielzahl der im Europarat vertretenen politischen Kulturen sowieso nicht nur konturlos, sondern irreführend.

Regierungsnähe ist ebenso wie Parteizugehörigkeit ein Kriterium, das einer Berufung an den EGMR grundsätzlich entgegensteht. Dies ist allerdings ein Dilemma, müssen doch die Kandidaten für das Richteramt von der Regierung vorgeschlagen werden. Allerdings ist zwischen „von der Regierung akzeptiert" und „die Positionen der Regierung vertretend" doch ein großer Unterschied. Das Panel zur Überprüfung der Kandidaten hat jedenfalls zu denjenigen, die der Regierung allzu nahe standen, in der Regel ein negatives Votum abgegeben. Nicht immer konnten die entsprechenden Kandidaturen aber im Ergebnis verhindert werden.[25]

Die der richterlichen Tätigkeit vorausliegenden, im weitesten Sinn als „politisch" anzusprechenden Überzeugungen werden von einer Vielzahl von Faktoren bestimmt; im Ergebnis lassen sie sich mit Blick auf die Auslegung von Grund- und Menschenrechten auf einer Skala mit den Eckpunkten „besser mehr Staat" – „besser weniger Staat" verorten.

Wie Richter denken und abstimmen, ist aber grundsätzlich geheim. In den Urteilen angegeben wird nur das Abstimmungsergebnis.[26] Allerdings schreiben die dissentierenden Richter in aller Regel zu Urteilen eine abweichende Meinung und offenbaren so – ganz bewusst – ihre Position im spezifischen Fall. Ein derartiges „Bekenntnis" ist aber – wie auch beim Bundesverfassungsgericht – nicht zwingend vorgeschrieben; wer mit seinen Überlegungen anonym bleiben will, kann anonym bleiben.[27]

IV. Rechtskulturelle Vorprägungen[28]

Dass es geographische und rechtskulturelle Unterschiede zwischen den in der EMRK zusammengefassten Rechtssystemen gibt, wird in der Entscheidungspraxis des

---

[25] Vgl. die Kritik bei *Kosar* (a.a.O. Fn. 15), S. 159ff., der unter der Überschrift „The Ugly" über die politischen Hintergründe bei der Wahl der Richter in der Parlamentarischen Versammlung berichtet.

[26] Bei Unzulässigkeitsentscheidungen wird nur zwischen „einstimmig" und „mit einer Mehrheit" unterschieden.

[27] Vgl. z.B. EGMR (GK) *Paradiso und Campanelli v. Italien* vom 24.1.2017, Nr. 25358/12: Hier wurde mit 11 zu 6 Stimmen festgestellt, dass Art. 8 EMRK nicht verletzt sei. Dennoch fügten nur fünf Richterinnen und Richter dem Urteil eine abweichende Meinung an.

[28] Wie bereits erwähnt (siehe oben Fn. 3), ist die Terminologie –„Rechtskultur", „Rechtskreis", „Rechtstradition" nicht nur uneinheitlich, sondern spiegelt auch ein unterschiedliches wissenschaftliches Verständnis wider. Im Folgenden wird – abweichend von der Terminologie des Konvention – der Begriff „Rechtskultur" (und nicht „Rechtssystem" – „legal system, système de droit) verwendet, da dies in der deutschen Rechtssprache weniger missverständlich erscheint.

EGMR keineswegs geleugnet. Vielmehr werden diese Faktoren in den Regelungen der Geschäftsordnung des Gerichtshofs ausdrücklich berücksichtigt. So wird zur Zusammensetzung der Sektionen bestimmt:

„The composition of the Sections shall be geographically and gender balanced and shall reflect the different legal systems among the Contracting Parties.“[29]

Ähnlich ist auch die Bestimmung zum Losverfahren bei der Bestimmung der Zusammensetzung der Großen Kammer:

„The modalities for the drawing of lots shall be laid down by the Plenary Court, having due regard to the need for a geographically balanced composition reflecting the different legal systems among the Contracting Parties.“[30]

Welche „unterschiedlichen Rechtssysteme“ damit gemeint sind, ist weder in der Konvention noch in der Geschäftsordnung des Gerichtshofs festgelegt. Zweifellos war man sich bei der Ausarbeitung der Konvention der Unterschiede zwischen den großen europäischen Rechtstraditionen, insbesondere zwischen dem Common Law und dem kontinentaleuropäischen Recht, sehr wohl bewusst.[31] Allgemein anerkannt war auch die besondere Prägung der ehemals sozialistischen Staaten, die als „Transformationsstaaten“ dem Konventionssystem nach 1990 beitraten. Darüber ob, und wenn ja, in welcher Weise, weitere Untergruppen von Rechtssystemen zu bilden sind, besteht dagegen keine Einigkeit; anders als in der Wissenschaft[32] ist es aber kein Gegenstand einer Grundsatzdiskussion am Gericht. Die „ausgeglichene Zusammensetzung“ sowohl bei den Sektionen[33] als auch beim Losverfahren für die Große Kammer[34] wird so eher nach pragmatischen als nach wissenschaftlich fundierten Kriterien erreicht. Zudem wird die Zusammensetzung alle drei Jahre geändert, um Verkrustungen entgegenzuwirken.[35]

Von Interesse ist vor diesem Hintergrund, ob, und wenn ja, wie die individuelle bzw. die rechtskulturelle Vorprägung der Richterinnen und Richter auf die Entscheidungsfindung in Kammer und Großer Kammer Einfluss nimmt. Relevant kann dies zum einen sein bei der inhaltlichen Beurteilung von Rechtsinstituten, die für

[29] Vgl. Art. 25 Abs. 2 Rules of the Court.

[30] Art. 24 Abs. 2 (e) Rules of the Court.

[31] Interessanterweise war die angebliche Dominanz des angelsächsischen Rechtsdenkens im Konventionssystem eines der Argumente Frankreichs, um die EMRK trotz der intensiven Beteiligung an der Ausarbeitung – im Gegensatz zu allen anderen Gründungsstaaten des Europarats – zunächst nicht zu ratifizieren (die Ratifikation der 1950 zur Zeichnung aufgelegten Konvention erfolgte erst 1974); vgl. *Bates* (a.a.O. Fn. 20), S. 177 Fn. 24.

[32] Siehe die Nachweise Fn. 3.

[33] Die 47 Richterinnen und Richter des Gerichtshofs sind in fünf Sektionen mit neun oder zehn Mitgliedern eingeteilt, innerhalb derer die Entscheidungsformationen, die Spruchkammern mit sieben Mitgliedern, gebildet werden; dazu im Einzelnen *Nußberger* (a.a.O. Fn. 10).

[34] Der Großen Kammer gehören *ex officio* der Präsident des Gerichtshofs, die beiden Vizepräsidenten sowie die drei Sektionspräsidenten und der „nationale Richter“ (der Richter aus dem Staat, gegen den sich die Beschwerde richtet) an. Die übrigen Richterinnen und Richter der Großen Kammer werden per Los aus verschiedenen Gruppen gezogen; die Einteilung dieser (nicht öffentlich bekannt gegebenen) Gruppen erfolgt auf der Grundlage von Geographie und Rechtssystemen.

[35] Siehe als Beispiel für eine ausgeglichene Zusammensetzung die fünfte Sektion des Gerichtshofs, in der die Richterinnen und Richter aus Deutschland, Frankreich, Österreich, Irland, Norwegen, Lettland, Bulgarien, Aserbeidschan und Georgien vertreten sind (Stand Januar 2018).

bestimmte Rechtskreise als charakteristisch anzusehen sind, aus der Außensicht aber möglicherweise befremdlich anmuten. Ein prominentes Beispiel wären etwa Entscheidungen von Geschworenengerichten, die in der Regel nicht begründet werden.[36] Rechtskulturell bedingt kann auch die Akzeptanz oder Ablehnung der strafrechtlichen Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten und das damit verbundene Vertretungsrecht der Rechtsanwälte sein.[37] Ähnliches gilt für die Regeln zur Zulassung der Aussagen von in der Hauptverhandlung abwesenden Zeugen.[38] Allerdings muss das Kriterium der Vertrautheit mit einem Rechtsinstitut nicht unbedingt auch zu einer bestimmten konventionsrechtlichen Beurteilung führen, hat doch die Rechtsprechung des Gerichtshofs gerade das Potential, lange gepflegte Traditionen in Frage zu stellen.[39] Der Anstoß dazu kann ebenso wie von „Insidern" wie von „Außenstehenden" kommen.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auch nicht auf die Beurteilung bestimmter Rechtsinstitute, an denen sich die (rechtskulturellen) Geister scheiden mögen, sondern vielmehr auf Grundeinstellungen zur richterlichen Entscheidungsfindung als solcher. Relevant ist, inwieweit auf bestimmte – fast „philosophisch" zu nennende – Grundfragen implizit oder explizit unterschiedliche Antworten gegeben werden. Dies gilt insbesondere für die Frage nach Rolle und

[36] Vgl. EGMR (GK) Urteil vom 16.11.2010 *Taxquet v. Belgien* (Nr. 926/05): hier entschied die Große Kammer, dass das faire Verfahren verletzt war, da der wegen Mordes Angeklagte nicht verstehen konnte, warum ihn die Geschworenenkammer schuldig fand; der Gerichtshof verweist dabei explizit auf die unterschiedlichen Modelle in Europa: „The member States may be divided into three categories: those without any form of jury trial or any model of lay adjudication in criminal matters; those using a collaborative court model of lay adjudicators sitting and deliberating alongside professional judges in criminal matters; and those which have opted for the ‚traditional' jury model in criminal matters."(§44). Die Regierung kritisiert, die Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfe nicht zu einer Einebnung der Unterschiede der Rechtssysteme führen und betont: „The Government noted, firstly, that European legal systems were marked by considerable diversity: some did not have, or no longer had, a system of lay adjudication, while others did, but its operation, in particular the role entrusted to the jury and the way in which it functioned, differed from one State to another." (§ 67). Besonders deutlich die Stellungnahme der irischen Regierung: „In the Irish Governement's submission, the system of jury trial in Ireland was the unanimous choice of accused persons and human-rights advocates and was viewed as a cornerstone of the country's criminal system. There had never been a complaint that the system lacked transparency or infringed on or inhibited the rights of the accused. The system inspired confidence among Irish people, who were very attached to it for historical and other reasons." (§ 76). Das Urteil war allerdings einstimmig.

[37] EGMR vom 8.11.2012 *Neziraj v. Deutschland* (Nr. 30804/07); vgl. dazu die Analyse von *Thomas Weigend*, „Das erledigt mein Anwalt für mich." – Hat der Angeklagte ein Recht darauf, sich in der Hauptverhandlung vertreten zu lassen?, in: FS für Kristian Kühl, 2014, S. 947–962.

[38] In dem Urteil EGMR (GK) vom 15.12.2011 Al Khawaja und Tahery v. Vereinigtes Königreich (Nr. 26766/05 22228/06) ändert der Gerichtshof seine Rechtsprechung aufgrund der Erläuterung des britischen Supreme Court, der ausführt, dass die Besonderheiten des Common Law nicht richtig verstanden worden seien: „The sole or decisive rule had been introduced into the Strasbourg case-law in Doorson (…) without discussion of the underlying principle or full consideration of whether there was justification for imposing the rule as an overriding principle applicable equally to continental and common-law jurisdictions. Indeed, the rule seemed to have been created because, in contrast to the common law, continental systems of criminal procedure did not have a comparable body of jurisprudence or rules governing the admissibility of evidence." (Urteil des Supreme Court, zitiert in § 58).

[39] Vgl. etwa die Rechtsprechung zur Konventionswidrigkeit der Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern im Erbrecht; EGMR vom 13.6.1979 *Marckx v. Belgien* (Nr. 6833/74) sowie die Nachfolgefälle.

Selbstverständnis des Richters, nach der Auslegung des Rechts, nach der Einschätzung der Bedeutung von Rechtsdoktrin und nach dem Verständnis von juristischem Diskurs.

1. Die Rolle des Richters – Teamplayer vs. Einzelkämpfer

In wohl jeder Rechtskultur gibt es einerseits Einzelrichter, andererseits Spruchkörper, die aus mehreren Richtern zusammengesetzt sind. Sobald eine Mehrzahl von Richtern entscheidet, stellt sich die Frage, ob mehr Wert auf Individualität gelegt oder aber das kollektive Entscheiden betont wird. Ersteres Modell wird typischerweise mit der britischen Tradition verbunden, in der, wie zuvor erläutert, jeder Richter individuell „Träger der rechtsprechenden Gewalt“ ist. Dies impliziert beim Prozess des Entscheidens die Aufforderung, auf der eigenen Meinung zu beharren und sie konsequent von Anfang bis Ende durchzudenken und vorzuführen. Kompromissbereitschaft wäre aus dieser Perspektive ein Zeichen von ungebührlichem Nachgeben und Schwäche. Grundannahme ist, dass die klar formulierte Stellungnahme des Einzelnen besser ist als ein Konglomerat von Ideen. Ganz anders, wenn man die Entscheidung in den Händen des Kollektivs liegend sieht und die Autorität des Einzelnen sich nur aus seiner Zugehörigkeit zu eben jener zur Entscheidung berufenen Gruppe ergibt. Hier ist Kompromissbereitschaft die – positiv gewertete – Grundvoraussetzung, um überhaupt zu einer Entscheidung zu kommen. Das Miteinander wird als befruchtend angesehen. Grundannahme ist, dass das gemeinsam gefundene Ergebnis besser ist als es die Reflexion eines Einzelnen je sein könnte.

Die Haltung zu dieser Frage bestimmt das Selbstverständnis als Richter. Ist man Teil einer homogenen (nationalen) Entscheidungskultur, die historisch gewachsen ist und in der alle Entscheidungsträger „durch dieselbe Schule gegangen sind“, wird man nicht mit fremd anmutenden Rollenverständnissen konfrontiert, mag man sich darüber auch keine Gedanken machen. Anders ist dies an einem europäischen Gericht, an dem unterschiedliche Sichtweisen aufeinander treffen und „gelebt“ werden – im Nachgeben oder Beharren auf der eigenen Position, in der Bereitschaft, im Zweifel die eigene Meinung in einem Sondervotum zum Ausdruck zu bringen oder aber darauf um eines einstimmigen Ergebnisses willen zu verzichten. Manche mögen bestrebt sein, mit ihrer Handschrift das Urteil mitzuschreiben ohne aber darauf Wert zu legen, dass die eigene Handschrift am Ende noch erkennbar ist. Für andere ist das Urteil der Kammer eher eine Kulisse, um davor die eigenen Ausführungen kundzutun; für sie ist die Arbeit am Text des Urteils von geringerer Bedeutung.

Studien zur rechtsvergleichenden Betrachtung der unterschiedlichen Entscheidungsmodelle, einerseits des eher individualistischen „Seriatim-Modells“, andererseits des eher kollektiv ausgerichteten „Per Curiam-Modells“, erläutern die Auswirkungen auf Verhandlung und Abfassung des Urteils. Im – idealtypischen – „Seriatim-Modell“ ist eine Verhandlung im Grunde verzichtbar; das aus Einzelmeinungen zusammengesetzte Urteil wird von den Richtern je einzeln abgefasst.[40] Im „Per Curiam-Modell“ dagegen ist die Verhandlung von ausschlaggebender Bedeutung. Das

[40] *Ernst* (a.a.O. Fn. 5), S. 641.

Urteil wird in der Regel von einem Berichterstatter vorbereitet und gemeinsam überarbeitet.[41] Letzteres ist, wie bereits erläutert, auch die Vorgehensweise am EGMR.

Die – nach außen dokumentierte – Einstellung zu Sondervoten kann so eine implizite Antwort auf die Frage nach dem (Selbst)verständnis als Richter auf der Grundlage der beiden idealtypischen Modelle geben. Am einen Ende der Skala stehen Richter, die nie oder fast nie Sondervoten verfassen und die eine entsprechende Zurückhaltung als Tugend ansehen mit der Begründung, es gehe darum, persönliche Einstellungen nicht zu erkennen zu geben und damit nicht „taxierbar" zu werden. Am anderen Ende der Skala befinden sich Richter, deren Sondervoten ebenso lang oder länger wie die Entscheidungen der Kammer sind. Oftmals handelt es sich um ausgearbeitete, wissenschaftlichen Artikeln mit Fußnoten vergleichbare und mit Gliederungen mit einer Vielzahl von Unterpunkten versehene Ausführungen.[42] Die große Mehrzahl der Richter handhabt das Instrument des Sondervotums eher mit Bedacht und legt Wert darauf, die Unterschiede zur Mehrheitsmeinung konturiert, aber knapp herauszuarbeiten.

Wie weit für die jeweilige Haltung die eigene Rechtskultur, die berufliche Vorprägung oder aber die Persönlichkeit ausschlaggebend ist, ist nicht genau zu bestimmen. Dennoch scheint der Einfluss von Tradition und Gewohnheit sowie von positiver oder negativer Wertschätzung von Sondervoten in der je eigenen Rechtskultur von großer Bedeutung zu sein. Die Sondervoten ablehnende französische Rechtskultur und die dem „Seriatim-Modell" verpflichtete englische Rechtskultur sind als entgegengesetzte Pole anzusehen. Das Modell des deutschen Rechts mit der nur bei Senatsurteilen des Bundesverfassungsgerichts zugelassenen, von den Richtern und Richterinnen aber mit großer Zurückhaltung genutzten Möglichkeit, Sondervoten zu schreiben, dürfte wohl eher in der Mitte zu verorten sein.

Eng damit verbunden ist auch die Frage nach der Rolle der Richter bei der Weiterentwicklung des Rechts. Auch wenn die Vorstellung vom Richter als „bouche de la loi" ebenso überholt ist wie die Idee einer völlig freien Rechtsfindung, so prägen doch auch diese Grundmodelle das Denken. Gerade für die Rechtsprechung zur EMRK ist entscheidend, ob die Rolle des Gerichtshofs darin gesehen wird, die Menschenrechte kontinuierlich zu stärken und ihnen eine immer größere Bedeutung auch gegenüber den nationalen Schutzsystemen einzuräumen, oder aber, ob die europäische Dimension des Menschenrechtsschutzes der historischen Ausgangssituation entsprechend als subsidiärer Mindestschutz verstanden wird.[43] Dementsprechend

---

[41] *Ernst* (a.a.O. Fn. 5), S. 641.

[42] Vgl. als eines von vielen Beispielen das Sondervotum des Richters Paolo Pinto de Albuquerque zu EGMR (GK) vom 15.11.2016 A. und B. v. Norwegen (Nr. 24130/11 29758/11), das das Problem des Grundsatzes „ne bis in idem" ausgehend vom römischen Recht über die Aufklärung bis in die Gegenwart verfolgt. Das 40 Seiten umfassende Sondervotum ist nur wenig kürzer als das 53 Seiten umfassende Votum der Mehrheit.

[43] Vgl. etwa Sondervoten, in denen Richter beklagt haben, der Gerichtshof habe eine Möglichkeit zur Weiterentwicklung des Rechts ausgelassen (z.B. Sondervotum des Richters Pinto de Albuquerque in der Entscheidung der Kammer im Fall EGMR (GK) vom 12.1.2016 Barbulescu v. Rumänien (Nr. 61496/08): „The case presented an excellent occasion for the European Court of Human Rights („the Court") to develop its case-law in the field of protection of privacy with regard to employees' Internet communications"; dies steht im Gegensatz zu Sondervoten, in denen Richter erklärt haben,

wird auch einerseits eher Distanziertheit, andererseits Engagement als dem Richter zuzuschreibende ideale Eigenschaft gesehen. Die meisten Richter lassen sich nicht „in die Karten schauen“ und vermeiden auch in ihren Sondervoten Formulierungen, aus denen Rückschlüsse auf ihre persönlichen Einstellungen gezogen werden könnten. Es gibt allerdings Ausnahmen, insbesondere bei weltanschaulich kontroversen Fällen.[44]

Schließlich wirkt sich diese Grundhaltung auch auf das Verhältnis des einzelnen Richters zum Gericht und insbesondere die als zulässig empfundene Kritik aus. Auch hier werden die Grenzlinien sehr unterschiedlich gezogen Das Spektrum reicht von einer sich vor der Autorität des Gerichts verneigenden Haltung, die mit der häufig verwendeten Formulierung „I respectfully disagree“ zum Ausdruck kommt, bis zu Voten, bei denen die Kritik nicht gerade hinter vorgehaltener Hand vorgetragen wird.[45]

Den Aktionsmöglichkeiten der Richter am EGMR sind enge Grenzen gesetzt. Aber auch in diesem von der Konvention und der Geschäftsordnung des Gerichtshofs abgesteckten Rahmen kann sich das Selbstverständnis als Richter – insbesondere im Umgang mit dem Instrument des Sondervotums – offenbaren. Die Frage, wie diese unterschiedlichen Rollenverständnisse zu werten sind, welcher Richtertypus dem von der Konvention gesetzten Auftrag der Durchsetzung der Menschenrechte in Europa am besten gerecht wird, darüber werden wohl gleichfalls, wiederum von rechtskultureller Sozialisierung mitbestimmt, unterschiedliche Antworten gegeben werden.

---

die Entscheidung der Mehrheit sei eine nicht gerechtfertigte Weiterentwicklung des Konventionsrechts; vgl. etwa das Sondervotum des Richter Kuris im Fall EGMR vom 22.11.2016 Ermenyj v. Ungarn (Nr. 22254/14): „There are many ways in which law can move towards alienation from those who have to live under it. One of them is the overly discretionary interpretation of a legal provision and its application contrary to what that provision explicitly states, or in such an expansive manner that its boundaries become blurred and its content inflated. This particular judgment is a vivid manifestation of such inflation“ (§ 1); ähnlich Richter Spano in seinem Sondervotum im Fall EGMR vom 2.3.2017 Talpis v. Rumänien (Nr. 41237/14): „The law has its limits, even human rights law.“ (§ 1); „Although it may be tempting to dilute legal concepts such as the Osman test when faced with heart-rending facts and give solace to individuals in situations such as that of the applicant, there are reasons why the threshold under the Convention is set high, and, in my view, why it must continue to remain so.“ (§ 16).

[44] Dies kann in Einzelfällen, gleich ob die Kritik berechtigt ist oder nicht, zu einer die Autorität des Gerichts gefährdenden Richterschelte führen; vgl. die Kritik an dem Sondervotum des russischen Richters Dmitry Dedov im Fall EGMR vom 20.06.2017 Bayev und andere v. Russische Föderation (Nr. 67667/09, 44092/12, 56717/12): Laurens Lavryson, Bayev and other v. Russia: On Judge Dedov outrageously homophobic dissent, https://strasbourgobservers.com/2017/07/13/bayev-and-others-v-russia-on-judge-dedovs-outrageously-homophobic-dissent/.

[45] Vgl. z.B. das Sondervotum der Richter Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano and Grițco in dem Fall Lambert v Frankreich, Nr. 46043/14, 5 Juni 2015, § 11, in dem es um die Erlaubnis, die künstliche Ernährung bei einer bereits jahrelang und nach medizinischen Erkenntnissen dauerhaft im vegetativen Zustand befindlichen Person ging: „In 2010, to mark its fiftieth anniversary, the Court accepted the title of The Conscience of Europe … We regret that the Court has, with this judgment, forfeited the above-mentioned title.“ (§ 11); vgl. auch die abweichende Meinung der Richter Wojtyczek und Kuris im Fall Fürst-Pfeifer v. Österreich, Nr. (Appl. nos. 33677/10 and 52340/10) 17. Mai 2016: „Combined together, these flaws have produced the most regrettable result – a one-sided, unbalanced and, it appears, fundamentally unjust judgment.“ (§ 1).

2. Fokus der Entscheidung – Einzelfallgerechtigkeit vs. Stimmigkeit des Gesamtsystems

Auch bei dem Vorverständnis der Auslegung und Anwendung des Rechts lassen sich verschiedene idealtypische Modelle kontrastieren. Kontinentaleuropäische Tradition und Common Law unterscheiden sich darin, dass bei ersterer die abstrakten Rechtsbegriffe, bei letzterem vorausgegangene Urteile für die Entscheidungsfindung im Vordergrund stehen.[46] Bei der Konvention gilt es geschriebenes (Vertrags)recht auszulegen. Dabei sind die allgemeinen Auslegungsregeln des Wiener Abkommens über das Recht der Verträge zu beachten.[47] Allerdings sind die in der Konvention verwendeten Begriffe wie „unmenschliche Behandlung", „Familie" „Privatleben" etc. so vage, dass sich die Rechtsprechung des EGMR dennoch an den vorausgegangenen Entscheidungen orientiert und die Argumentation im Wesentlichen auf der Abgrenzung bzw. Parallelsetzung des zu entscheidenden Falles zu ähnlichen bereits entschiedenen Fällen beruht. Über diesen Ausgangspunkt besteht Konsens.

Variabel ist aber, ob Einzelfallgerechtigkeit es in Ausnahmefällen rechtfertigen kann, von den festgefügten Strukturen des Fallrechts abzuweichen. Aussagekräftig ist hier die Auseinandersetzung zwischen Mehrheits- und Mindermeinung im Fall Belane Nagy v. Ungarn. Die Darstellung der allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung, konkret geht es um den eigentumsrechtlichen Schutz sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche, unterscheidet sich indem Akzente deutlich unterschiedlich gesetzt werden. Dementsprechend gelangen Mehrheits- und Mindermeinung zu unterschiedlichen Ergebnissen. Aus der Sicht der dissentierenden Richter ist die Mehrheitsmeinung vornehmlich daran ausgerichtet, ein bestimmtes, als sozial gerecht verstandenes Ergebnis zu erreichen und hält dagegen:

„We are very well aware of the applicant's difficult situation. She fell through the holes of the social-security net when it was reformed. But nevertheless we consider that hard cases do not make good law. Such cases cannot be a reason to change the Court's long-standing and well-entrenched approach to the interpretation of ‚possessions' and ‚legitimate expectations' within the meaning of Article 1 Protocol No. 1 to the Convention."[48]

Besonders aussagekräftig in dieser Hinsicht ist auch das Sondervotum des Richters Aleš Pejchal im Fall Karoly Nagy v. Ungarn,[49] in dem es um die Frage geht, ob ein Pfarrer aus einer bischöflichen Ernennungsurkunde ein „Recht" im Sinne der Konvention ableiten kann, das vor den staatlichen Gerichten einklagbar ist. Die Mehrheit verneint dies, da in der ungarischen Rechtsordnung kein entsprechendes Recht normiert ist und der Gerichtshof über das nach Art. 6 EMRK verbriefte Recht auf ein faires Verfahren keine neuen Rechte schaffen, sondern lediglich für im nationalen Recht bestehende Rechte einen Zugang zum Gericht fordern könne. Dem widerspricht Richter Pejchal mit Blick auf die Einzelfallgerechtigkeit, wobei er fordert, dass das case-law außer Betracht zu bleiben habe und man sich auf die in der Kon-

[46] Vgl. statt vieler *Zweigert/Kötz* (a.a.O. Fn. 1), S. 69.

[47] Vgl. Art. 31, 32, 33 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.

[48] Sondervotum der Richter Nussberger, Hirvelä, Bianku, Yudkivska, Mose, Lemmens und O'Leary zu EGMR (GK) vom 13.12.2016 Belane Nagy v. Ungarn (Nr. 53080/13), § 45.

[49] EGMR (GK) vom 14.9.2017 *Karoly Nagy v. Ungarn* (Nr. 56665/09).

vention (konkret bezieht er sich auf die Präambel sowie Art. 1 EMRK) zum Ausdruck kommenden allgemeinen Werte zu beziehen habe. Er führt aus:

„There are cases before this Court which cannot be rejected only with reference to the case-law, although such a method seems to be correct in a large majority of cases. That is, with reference to already existing interpretation of the Convention and its Protocols in cases similar to, but never entirely the same as, the instant case. This is one of those exceptional cases which require consideration solely by virtue of the text of the Convention interpreted in the most restrained way.“[50]

In ähnlicher Weise zeigen sich Unterschiede bei der Beantwortung der Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen man die Rechtsprechung ändern dürfe. Konsens besteht darüber, dass dies grundsätzlich möglich sein muss, da die Rechtsprechung sonst der Gefahr ausgesetzt wäre zu verkrusten. Konsens besteht auch darüber, dass dies nur unter außergewöhnlichen Voraussetzungen möglich sein kann, da sonst das Vertrauen in die Konsistenz der Rechtsprechung des Gerichtshofs und damit in die Rechtssicherheit gefährdet wäre. In der Praxis zeigen sich dann aber doch wieder Unterschiede, geht es darum zu bestimmen, was derartige außergewöhnliche Umstände sein sollen und ob nur eine Weiterentwicklung hin zu mehr Menschenrechtsschutz oder auch eine Rückentwicklung möglich wäre.

Ein Beispiel dafür, dass eine Mehrheit der Richter eine Rechtsprechungsänderung für erforderlich, aber aufgrund der klaren Vorgaben der vorausgehenden Rechtsprechung der Großen Kammer[51] für nicht möglich hält, ist der Fall Yoh-Ekale Mwanje v. Belgien,[52] in dem sechs der sieben Richter ein gemeinsames konkurrierendes Sondervotum verfassen. In dem Fall geht es um die Auslegung von Art. 3 EMRK, konkret darum, unter welchen Voraussetzungen Schwerkranke in ihr Heimatland zurückgeschickt werden dürfen, auch wenn dort die medizinische Versorgung schlechter als im ausweisenden Staat ist. In dem Sondervotum wird ausgeführt:

„Comme il n'est pas établi que tel est le cas en l'espèce, nous nous estimons tenus, afin de préserver la sécurité juridique, de suivre l'approche de la Grande Chambre dans l'affaire N. c. Royaume-Uni.

Nous pensons cependant qu'un seuil de gravité aussi extrême – être quasi-mourant – est difficilement compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 3, un droit absolu qui fait partie des droits les plus fondamentaux de la Convention et qui concerne l'intégrité et la dignité de la personne. A cet égard, la différence entre une personne qui est sur son lit de mort ou dont on sait qu'elle est condamnée à bref délai nous paraît infime en termes d'humanité. Nous espérons que la Cour puisse un jour revoir sa jurisprudence sur ce point.“[53]

---

[50] Sondervotum des Richters Aleš Pejchal zu EGMR (GK) vom 14.9.2017 *Karoly Nagy v. Ungarn* (Nr. 56665/09), § 1.

[51] Konkret handelt es sich um den Fall EGMR (GK) vom 27.5.2008 *N. v. Vereinigtes Königreich* (Nr. 26565/05).

[52] EGMR vom 20.12.2011 *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgien* (Nr. 10486/10).

[53] Sondervotum der Richter Tulkens, Jočienė, Popovič, Karakaş, Raimondi et Pinto de Albuquerque zum Fall EGMR vom 20.12.2011 *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgien* (10486/10), § 5–6 (Fußnote ausgelassen).

Sechs Jahre später erfolgt dann eine Änderung der Rechtsprechung, allerdings nur mit Nuancierungen und im Blick auf das Verfahrensrecht; eine echte Kehrtwende findet nicht statt.[54]

Klassische Beispiele für Rechtsprechungsänderung sind dagegen etwa Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich zur Änderung der in der Geburtsurkunde vermerkten Geschlechtszuhörigkeit bei Transsexuellen,[55] Vilho Eskelinen v. Finnland zum Begriff des „civil right" nach Art. 6 EMRK bei Beamtenrechtsstreitigkeiten,[56] Bayatyan v. Armenien[57] zu dem aus der Glaubensfreiheit ableitbaren Recht, statt des Militärdienstes Zivildienst zu leisten, Al Kawaja und Taherty v. Vereinigtes Königreich zum fairen Verfahren, ist die kontradiktorische Befragung von Belastungszeugen unmöglich, und A und B. v. Norwegen zum Umfang des Verbots „ne bis in idem" bei parallel geführten Straf- und Verwaltungsverfahren.[58] All diese Urteile zeichnen sich dadurch aus, dass entweder ein geänderter europäischer Konsens oder eine Fehlentwicklung in der Rechtsprechung, insbesondere eine Inkonsistenz der Auslegung durch die verschiedenen Kammern, eine – explizit als solche anerkannte – Änderung der Rechtsprechung erfordert. Nicht über diese grundsätzlichen Voraussetzungen, wohl aber darüber, ab wann eine neue Akzentuierung der Rechtsprechung bereits eine Änderung des case-law bedeutet, gehen die Meinungen der Richter oftmals auseinander.

Strittig ist auch, ob eine Rechtsprechungsänderung dann ausgeschlossen ist, wenn sie weniger Schutz einfordern würde. Entsprechende Stellungnahmen[59] verweisen auf die Grundannahme, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs dem Fortschritt bei der Gewähr von Individualrechten gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet sei und dass Fortschritt immer ein „Mehr" an Rechten des Einzelnen bedeute.

Interessanterweise wird bei Rechtsprechungsänderungen oftmals auch auf die Entwicklung des Rechts außerhalb der EMRK, etwa in anderen Menschenrechtsschutzsystemen, in ausländischen Rechtssystemen oder im soft law verwiesen.[60] Auch bei diesem Punkt zeigt sich ein Unterschied bei der Argumentation der Richter in ihren Sondervoten, der als Zeichen eines bestimmten rechtskulturellen Vorverständnisses gesehen werden könnte. So räumen manche Richter der Entwicklung des soft law einen sehr großen Stellenwert bei der Auslegung der Konvention ein, während andere, wie auch der Gerichtshof selbst, konkreten Rückschlüssen auf die Auslegung der Konvention eher zurückhaltend gegenüberstehen.[61]

---

[54] Vgl. EGMR (GK) vom 13.12.2016 *Paposhvili v. Belgien*, (41738/10), §§ 181 ff. im Vergleich zur Entscheidung der Kammer; vgl. dazu auch das Sondervotum von Paul Lemmens.

[55] EGMR (GK) vom 11.07.2002 *Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich* (28957/95).

[56] EGMR (GK) vom 19.04.2007 *Vilho Eskelinen v. Finnland* (63235/00).

[57] EGMR (GK) vom 07.07.2011, *Bayatyan v. Armenien* (23459/03).

[58] EGMR (GK) vom 15.11.2016 *A. und B. v. Norwegen* (24130/11, 29758/11), §§ 84, 85.

[59] Vgl. die Kritik der Richter Sajo und Karakas am Mehrheitsvotum in EGMR (GK) vom 15.12.2011 *Al-Khawaja und Tahery v. Vereinigtes Königreich* (26766/05, 22228/06): „To our knowledge this is the first time ever that this Court, in the absence of a specific new and compelling reason, has diminished the level of protection. This is a matter of gravest concern for the future of the judicial protection of human rights in Europe."

[60] EGMR (GK) vom 11.07.2002 *Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich* (28957/95).

[61] Vgl. zu Verweisen auf nationale und internationale Gerichte und soft law *Luis Lopez Guerra*, Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts, in: Amrei Müller, Judicial Dialogue and

Oftmals sind die Fragen, mit denen sich der Gerichtshof auseinanderzusetzen hat, völlig neu und es gilt, innovative Argumentationsmuster zu entwickeln. Viele Streitigkeiten lassen sich aber auch auf bestimmte Grundkonflikte zurückführen, wie etwa die in vielen Variationen wiederkehrende Auseinandersetzung zwischen dem Recht auf Meinungsfreiheit auf der einen und dem Schutz der Privatsphäre auf der anderen Seite. Auch hier lassen sich unterschiedliche Lösungsansätze nachweisen, wobei die angelsächsische Tradition der Idee einer grundsätzlich unbeschränkten Redefreiheit verpflichtet ist, während die kontinentaleuropäische Tradition die Persönlichkeitsrechte und die Meinungsfreiheit grundsätzlich als gleich wichtig betrachtet; beide Traditionen stehen einander vergleichsweise unversöhnlich gegenüber.[62] Hier fällt in den Sondervoten eine deutliche Polarisierung sowie eine das Grundsätzliche und Allgemeine betonende unterschiedliche Haltung auf.[63]

3. Juristischer Diskurs – die Bedeutung von Fußnoten und Verweisen

Es gibt ein berühmtes Obiter dictum zu dem Urteil Tierfabriken v. Schweiz, das rechtsdogmatisch geschulte deutsche Juristen allenfalls ungläubig zur Kenntnis nehmen:

„… the Court does not consider it desirable, let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals inter se.“[64]

In der Tat scheiden sich auch an der Frage, ob die Einzelentscheidungen des Gerichtshofs in einem theoretischen Konstrukt zu systematisieren und damit eine Dog-

---

Human Rights, Cambridge 2017, S. 401 ff., *Erik Mose*, The ECtHR's Use of Decisions and Domestic Courts from States Not Involved in the Case and of Other Council of Europe Bodies, in: idem, S. 410 ff., *Angelika Nußberger*, The ECtHR' Use of Decisions of International Courts and Quasi-Judicial Bodies, in: idem, S. 419 ff.; *diess*., Hard law or soft law – does it matter? Dinstinction between different sources of international law in the jurisprudence of the ECtHR, in: Anne von Aaken, Iulia Motoc (Hg.), European Law of Human Rights and General International Law, Oxford 2018 (im Erscheinen).

[62] Vgl. statt vieler *Guy E. Carmi*, Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech, Boston University International Law Journal, 2008, S. 277 ff.

[63] Vgl. z.B. auf der einen Seite das Sondervotum der Richter Wojtyczek and Kūris im Fall EGMR vom 17.5.2016 Fürst-Pfeiffer v. Österreich (Nr. 33677/10 und 52340/10), in dem es um einen in die Intimsphäre einer psychologischen Sachverständigen eingreifenden Zeitungsartikel geht : „As time goes by, there must be growing awareness of the increasingly pressing need to ensure more effective protection for personality rights, in particular privacy rights, vis-à-vis a progressively all-powerful media, acting under the aegis of ‚public interest' (often a simulated one), as well as vis-à-vis the impingement on individuals' privacy rights by those seeking to use the media as a tool for pursuing, to the detriment of privacy rights, whatever interests they may have.“; vgl. auf der anderen Seite das Sondervotum der Richter Sajó and Tsotsoria im Fall EGMR Delfi v. Estland, der die Verantwortung für Hassrede in Kommentaren zu Nachrichtenportalen im Internet betrifft: „For the sake of preventing defamation of all kinds, and perhaps all ‚illegal' activities, all comments will have to be monitored from the moment they are posted. As a consequence, active intermediaries and blog operators will have considerable incentives to discontinue offering a comments feature, and the fear of liability may lead to additional self-censorship by operators. This is an invitation to self-censorship at its worst.“

[64] EGMR (GK), Urt. v. 28.6.2001, Verein gegen Tierfabriken v. Schweiz, Beschwerde Nr. 24699/94, para. 46.

matik zu entwickeln ist, die Geister. Der Begriff der Rechtsdogmatik wird vermieden; der Rechtsdiskurs in Straßburg und an deutschen Gerichten ist insofern grundsätzlich verschieden. Insbesondere wird die für das deutsche Rechtsdenken typische Begeisterung für Theorien („Wechselwirkungstheorie", „neue Formel", „Legitimationskettentheorie") nicht geteilt. Bei den vom Gerichtshof entwickelten Argumentationsmustern wie „margin of appreciation", „living instrument", „media as public watchdog" gibt es – zumindest was den Gerichtshof selbst anbetrifft – nicht das Bemühen, diese als vollwertige Theorien auszubauen. Allenfalls werden verschiedene Kriterien benannt, die dann in den Entscheidungen regelmäßig zur Anwendung kommen. Wie groß die Zurückhaltung konkret ist, hängt wiederum mit der Grundeinstellung zu Einzelfallgerechtigkeit oder Stimmigkeit des Systems als der Rechtsprechung unterliegendem Wert zusammen.

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs finden sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen, keine Fußnoten; wissenschaftliche Literatur wird nicht zitiert. Dies entspricht dem Stil der französischen Urteile, steht aber im Gegensatz zu den ausführlich auf Forschungsarbeiten verweisenden Urteile etwas des Bundesverfassungsgerichts. Häufig verwendet werden dagegen Zitate aus der eigenen Rechtsprechung.[65] Insofern unterscheidet sich die Praxis des Gerichtshofs von französischen Urteilen, auch wenn in Frankreich im Augenblick ein gewisses Umdenken zu beobachten ist. Der unterschiedliche Urteilsstil spiegelt das jeweilige Verständnis des juristischen Diskurses wieder. Auf der einen Seite steht das Ideal der Knappheit, der Konzentration auf das Wesentliche, auf der anderen Seite der Anspruch, ausführliche und gut nachvollziehbare Begründungen zu liefern, die im wissenschaftlichen Diskurs abgesichert sind.

Den Urteilen des EGMR ist eine gewisse Formelhaftigkeit nicht abzusprechen; im Übrigen lässt sich von einem „Mischstil" sprechen, der verschiedene Elemente in sich aufnimmt. Das „case-law" des EGMR sind keine „precedents" des Common Law,[66] die Knappheit der Urteile ist nicht dem „attendu que-Stil" der französischen Höchstgerichte, insbesondere der Cour de Cassation,[67] vergleichbar, die vom EGMR verwendeten Kriterienkataloge[68] sind keine Theoriegebäude, die von herrschender Meinung und Minderheitmeinung in unterschiedlicher Weise systematisiert werden. Aber von all diesen Ansätzen finden sich einzelne Elemente in den „europäischen" Urteilen des Straßburger Gerichtshofs.

Diese stilprägenden Elemente mögen für die Richter von besonderer Bedeutung sein, insbesondere, wenn sie zuvor selbst als Richter gearbeitet haben. Auch hier dringt „das Eigene" gerade in den von Richtern allein verfassten Sondervoten durch, auch wenn zu berücksichtigen ist, dass Sondervoten grundsätzlich freier formuliert werden können als bindende Urteile. Auch diejenigen, die ihre Sondervoten mit literarischen Zitaten überschreiben, würden dies wohl bei den Urteilen nicht für angebracht halten. Aber die Begründung der abweichenden Positionen zeigt oft die rechtskulturelle Rückbindung. Es macht einen Unterschied, ob auf allgemeine phi-

---

[65] Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 61.

[66] *Michal Bobek*, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, Oxford 2013, S. 77 m.w.N.

[67] *Bobek* (Fn. 66), S. 96: „The French judicial style, especially at the highest level, is an example (or *the* example) of a legal tradition which hides more than it explicitly tells."

[68] Vgl. z.B. den im Fall EGMR (GK) vom 07.02.2012 Von *Hannover v. Deutschland (Nr. 2)* (40660/08, 60641/08) vorgestellten Kriterienkatalog.

losophische Zitate, Inkonsistenzen im Gesamtsystem oder Inkompatibilität mit ähnlichen Entscheidungen hingewiesen wird.

V. Schmelztiegeleffekte

Wie lässt es sich, trotz aller Verschiedenheiten, erreichen, dass europäische Richterinnen und Richter, zumindest in der Mehrzahl der Fälle, mit einer Stimme sprechen?

Richter am Gerichtshof kommen und gehen. Seit dem Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls ist das Mandat neun Jahre ohne Verlängerungsmöglichkeit. Dagegen bleiben die fest angestellten Mitglieder der Kanzlei für ihr gesamtes Berufsleben am Gericht. Mit ihnen bleibt das institutionelle Gedächtnis erhalten. Es sind die Mitarbeiter der Kanzlei, die die ersten Entwürfe der Urteile verfassen; über eine Vielzahl von Kontroll- und Korrekturmechanismen wird erreicht, dass die Entwürfe, soweit es Stil, Einbindung ins case-law, Zitate, angeht *lege artis* sind. Sicherlich, es sind die Richterinnen und Richter, die entscheiden und die zu Beginn der Arbeit an einem Entwurf die Richtung vorgeben und die endgültigen Formulierungen der Urteile bestimmen. Dies ist vor allem, aber nicht nur, in der Großen Kammer eine kollektive richterliche Arbeit, bei der jedes Wort auf die Goldwaage gelegt werden kann. Aber die Arbeit am Text vollzieht sich in einem von institutioneller Tradition vorgegebenen Rahmen. Dieser institutionelle Schmelztiegeleffekt ist von nicht zu überschätzender Bedeutung. Wird man an den Gerichtshof gewählt, akzeptiert man das „corporate design“, auch wenn man frei ist, es gemeinsam mit den anderen mit neuen Inhalten zu füllen.

Letztendlich ist es auch ein psychologisches Moment, das verbindet: die Entstehung eines „Wir-Gefühls“ als „europäische Richter“. Dies gilt besonders dann, wenn Europa als Idee ebenso wie Menschenrechtsschutz auf europäischer Ebene grundsätzlichen Angriffen ausgesetzt ist. Die in der berühmten Züricher Rede von Winston Churchill anklingende Zukunftsvision eines „Vereinigten Europa“ ist in vielen der europäischen Vertragswerke nicht mehr zu spüren; dagegen hat der Gerichtshof – diesen Anspruch darf man erheben – diese Vision weitergetragen. Effektiver und ernst genommener Menschenrechtsschutz ist zu einem Markenzeichen für Europa geworden. Dies stärkt die Richter in ihrem Bemühen, Kompromisse zu finden und gerade einer mehr und mehr feindlichen Außenwelt gegenüber mit einer Stimme zu sprechen, auch wenn oftmals zwischen Mehrheits- und Minderheitsmeinung tiefe Gräben klaffen. Vielstimmigkeit ist kein Charakterfehler. Dennoch ist es besser, wenn das Ergebnis nicht atonal ist, sondern von außen die (europäischen) Harmonien erkennbar bleiben.

Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig-Kommission

von

Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Wirtschaftsuniversität Wien

Mitglied des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Mitglied der Venedig-Kommission

Inhalt

I. Einleitung . . . 22
II. Die Rechtsgrundlagen . . . 22
1. Einrichtung als beratendes Expertengremium . . . 22
2. Vorgaben für die Schwerpunkte der Tätigkeit der Venedig-Kommission . . . 23
III. Die Arten der Dokumente . . . 24
1. Gutachten . . . 24
2. Studien, Berichte und Leitlinien . . . 25
3. Amicus Curiae-Antworten . . . 25
IV. Das Verfahren der Gutachtenserstellung . . . 25
V. Die Einwirkung der Dokumente auf die europäische Verfassungsentwicklung . . . 27
VI. Besonderheiten des Prozesses der Gutachtenserstellung . . . 29
1. Allgemeines . . . 29
2. Die Auswahl der Gutachter . . . 29
3. Die Erstinformation . . . 31
4. Kommentare und Textvorschläge der Gutachter . . . 31
5. Besuche im Mitgliedstaat . . . 32
6. Die Erstellung eines Gutachtensentwurfs („draft opinion") . . . 33
7. Die Stellungnahme der Regierung . . . 34
8. Die Beratungen in den Unterkommissionen und im Erweiterten Büro . . . 34
9. Die Beratung im Plenum . . . 34
VII. Beobachtungen zu einigen Rahmenbedingungen der Herausbildung von Verfassungsstandards . . . 35
1. Name und Sitzungsort der Venedig-Kommission . . . 35
2. Herkunft, Alter und berufliche Prägung der Mitglieder: Legitimation durch Expertise und Angaben der Mitglieder . . . 36
3. Der Faktor Zeit . . . 38
VIII. Einige Reflexionen zur Entstehung der Texte . . . 38
IX. Schlussbetrachtung . . . 40

I. Einleitung

Seit knapp dreißig Jahren existiert im Europarat eine Kommission aus Expertinnen und Experten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Die Venedig-Kommission, im offiziellen Titel „European Commission for Democracy through law" wurde zu Beginn der 1990er Jahre in der Überzeugung eingerichtet, dass eine nachhaltige Demokratie nur auf einer soliden verfassungsrechtlichen Basis aufbauen könne, nämlich insbesondere gegründet auf die Rechtsstaatlichkeit.[1] Ursprünglich waren nicht alle Mitgliedstaaten des Europarates einer solchen Idee aufgeschlossen, die insbesondere zum Ziel hatte, mittel- und osteuropäischen Staaten nach dem Fall des Eisernen Vorhangs beim Aufbau einer Demokratie behilflich zu sein.[2] Mittlerweile geht der Kreis der Mitgliedstaaten weit über jenen der Mitglieder des Europarates hinaus, er umfasst etwa Südkorea, Algerien, Israel, Brasilien, Mexiko oder die USA.[3] Insgesamt zählt die Kommission heute über 60 Mitglieder, grundsätzlich ein Mitglied aus jedem Staat, das jedoch in individueller Eigenschaft, unabhängig und nicht als Vertreter der jeweiligen Regierung agiert.

Die Venedig-Kommission ist als Einrichtung schwer einzuordnen. Sie ist charakterisiert durch ihre Aufgaben, den Kreis ihrer Mitglieder und durch ihre Arbeitsweise. Die im Titel des Beitrags angesprochene Frage nach der Art und Weise, wie in der Venedig-Kommission europäische Verfassungsstandards herausgebildet werden, erfordert daher ein Eingehen auf alle drei Charakteristika.

Vorweg ist in einem ersten Zugriff aber festzuhalten, was die Venedig-Kommission nicht ist: Sie ist kein judizielles Organ, auch nicht ein justizähnliches Organ. Solches ist weder in den rechtlichen Rahmenbedingungen nahegelegt, noch wäre eine richterliche Arbeitsweise in der Praxis auf Grund der Größe des Organs und der tatsächlichen Zusammensetzung überhaupt möglich.

II. Die Rechtsgrundlagen

1. Einrichtung als beratendes Expertengremium

Die Venedig-Kommission wurde im Jahr 1992 durch ein so genanntes Teilabkommen („partial agreement")[4] mit einer Resolution des Ministerkomitees des Europarates eingerichtet. Das bedeutet, dass die Venedig-Kommission organisatorisch nicht

---

[1] Vgl. insbesondere die bei den ersten beiden Konferenzen der Venedig-Kommission gehaltenen Reden von Antonio La Pergola, abgedruckt in Liber Amicorum Antonio La Pergola (2008), S. 29 ff.

[2] Zu den Anfängen der Venedig-Kommission z.B. *Buquicchio/Granata-Menghini*, The Venice Commission twenty years on, in: van Roosmalen u.a. (Hrsg.), Fundamental rights and principles – Liber Amicorum Pieter van Dijk, 2013, S. 241, 242 f.; *Dürr*, The Venice Commission, in: Kleinsorge (Hrsg.), Council of Europe (CE), 2010, S. 151 (152 ff.); *Grabenwarter*, Constitutional Standard-setting and strengthening of new democracies, in: Schmahl/Breuer (Hrsg.), The Council of Europe, 2017, S. 732 (733 f.); *Matscher*, Die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission), in: Hummer (Hrsg.), Österreich im Europarat 1956–2006, Tbd 1, 2008, S. 191 (191 ff.).

[3] Vgl. zur Entwicklung der Mitgliedsstaaten z.B. *Dürr*, Venice Commission, S. 153 ff.

[4] Partial agreements sind keine selbständigen völkerrechtlichen Verträge, sondern bilden bloß eine Form der Zusammenarbeit innerhalb der Internationalen Organisation des Europarates.

völlig in den Europarat integriert ist, sondern in budgetär-organisatorischer Hinsicht eine gewisse Autonomie genießt. Die Mitarbeiter des Sekretariats, das aus rund dreißig Bediensteten besteht und vom Sekretär geleitet wird, sind gleichwohl dienstrechtlich Beamte des Europarates. Bereits in Art. 1 des revidierten Statuts der Venedig-Kommission aus dem Jahr 2002[5] wird der beratend-kooperative Charakter der Tätigkeit der Venedig-Kommission hervorgehoben: Die Kommission soll ein unabhängiges Beratungsorgan sein, das mit den Mitgliedstaaten des Europarates ebenso kooperiert wie mit anderen Staaten und interessierten internationalen Organisationen und Einrichtungen.

Die Rechtsgrundlage für die Mitgliedschaft findet sich in Art. 2 des revidierten Statuts. Danach müssen die Mitglieder unabhängige Experten sein, die internationales Ansehen durch ihre Erfahrung in demokratischen Einrichtungen oder „durch ihren Beitrag zur Förderung des Rechts" erlangt haben. Wenngleich diese Begriffe denkbar offen sind, sollen weisungsgebundene Beamte nicht Mitglieder sein. Ausnahmen werden in der Praxis für höherrangige Beamte gemacht. Der Begriff der „demokratischen Einrichtung" ist sehr unbestimmt, er ist nicht auf eine bestimmte Staatsfunktion bezogen, sondern umfasst Personen mit Erfahrungen in einem Regierungs- oder Parlamentsamt ebenso wie amtierende, mitunter auch ehemalige Richter nationaler Höchst- und Verfassungsgerichte oder (meist ehemalige) Richter internationaler bzw. europäischer Gerichte. Für die Rezeption der Dokumente der Venedig-Kommission dürfte nicht ohne Bedeutung sein, dass eine wachsende Zahl von Richtern an europäischen Gerichtshöfen, insbesondere am EGMR, zuvor (Ersatz-) Mitglieder der Venedig-Kommission waren.[6]

Die Bestellungsdauer ist vier Jahre mit der Möglichkeit der Wiederbestellung. Ein erheblicher Teil der Mitglieder wurde von den Regierungen bereits mehrmals wiederbestellt, weshalb es nicht wenige Richter und Professoren mit langjähriger Mitgliedschaft in der Venedig-Kommission gibt, welche die notwendige Erfahrung einbringen.[7]

2. Vorgaben für die Schwerpunkte der Tätigkeit der Venedig-Kommission

Vorgaben für die Schwerpunkte der Tätigkeit ergeben sich auf einer allgemeinen Ebene wieder aus Art. 1 des Statuts der Venedig-Kommission. Ganz abstrakt wird das Tätigkeitsfeld einleitend mit den „gesetzlich gewährleisteten Garantien im Dienste der Demokratie" umschrieben. Als Ziele innerhalb dieses Tätigkeitsfeldes werden ausdrücklich genannt die Stärkung des Verständnisses der Rechtssysteme der beteiligten Staaten (insbesondere mit dem Ziel der wechselseitigen Annäherung), die Förderung der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie und die Überprüfung von Pro-

---

[5] Resolution (2002) 3, angenommen durch das Ministerkomitee des Europarates am 21.2.2002 bei der 784. Sitzung der Vertreter der Minister.

[6] Obwohl es keine rechtliche Unvereinbarkeit gibt, entspricht es der Praxis am EGMR, dass neue Richter mit ihrer Wahl ihre Mitgliedschaft zur Venedig-Kommission zurücklegen.

[7] Zu den Mitgliedern der Venedig-Kommission vgl. Art. 2 Z. 1–3 des Statuts der Venedig-Kommission, CDL(2002)27. Näher *Grabenwarter*, Constitutional standard-setting, S. 734 f.; *Matscher*, Venedig-Kommission, S. 192.

blemen, die aus der Arbeit demokratischer Einrichtungen entstehen, und schließlich die Stärkung und Entwicklung dieser demokratischen Einrichtungen. In einer Präzisierung werden unter dem Titel einer „Priorisierung" Prinzipien auf Verfassungs-, Gesetzgebungs- und Verwaltungsebene, welche der Effizienz und der Stärkung demokratischer Einrichtungen dienen, sowie das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit („rule of law") genannt, ferner die Grundrechte und schließlich der Beitrag lokaler und regionaler Selbstverwaltung zur Förderung der Demokratie.

Über die Jahrzehnte hat sich über zahlreiche konkrete Ersuchen um Gutachten eine reiche Praxis mit bestimmten Schwerpunkten entwickelt. Für die Schwerpunkte waren zum einen der Inhalt der konkreten Anfragen, zum anderen der Kreis der Antragsteller entscheidend. Inhaltlich zeigt sich eine große Vielfalt an Fragestellungen, sie reichen von Gesamtreformen des Verfassungssystems eines Landes über Justizreformen bis zu Grundrechtsfragen. Eigene Schwerpunkte liegen ferner in der Verfassungsgerichtsbarkeit und im Wahlrecht. Beim Kreis der Antragsteller war und ist es entscheidend, ob die Anfrage aus dem Staat selbst kommt oder von anderen antragsberechtigten Stellen.

Betrachtet man die Aktivitäten der Venedig-Kommission in der Praxis, so bestätigt sich, dass Verfassungsreformen, demokratische Einrichtungen, die Gerichtsbarkeit, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit sowie Wahlen zu den Hauptfeldern der Tätigkeit der Venedig-Kommission gehören.[8]

III. Die Arten der Dokumente

Die Arbeit der Venedig-Kommission ist durch die bereits erwähnten Arten der Dokumente bestimmt. Die bedeutendsten sind Gutachten, Studien, Berichte und Leitlinien sowie Amicus Curiae-Antworten.

1. Gutachten

Der häufigste und wichtigste Typ von Dokumenten sind Gutachten („opinions", „avis") über Gesetzesentwürfe, über Verfassungsentwürfe oder aber über (Verfassungs-)Gesetze, die zum Zeitpunkt der Anfrage oder der Verabschiedung des Gutachtens durch das Plenum bereits in Kraft getreten sind.[9] Das Ziel eines Gutachtens ist eine vollständige, präzise, detaillierte und objektive Analyse nicht bloß der Vereinbarkeit mit europäischen und internationalen Standards, sondern auch der Praktikabilität und der Übertragbarkeit von Lösungen, die der Staat anstrebt. Die Arbeitsmethode der Kommission ist durch die Konsensmethode und das Prinzip des Dialogs bestimmt; häufig werden nicht nur Feststellungen über die Vereinbarkeit mit europäischen Standards getroffen, sondern auch konkrete Empfehlungen an den betroffenen Staat ausgesprochen.[10]

---

[8] *Grabenwarter*, Constitutional Standard-setting, S. 737 ff.

[9] Im Falle von Zeitdruck, der meist aus innenpolitischen Gründen gegeben ist.

[10] Zur Bedeutung dieses Dialogs z.T. über mehrere Gutachten hinweg *Hoffmann-Riem*, The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact, EJIL 25 (2014), S. 579, 589 f.

2. Studien, Berichte und Leitlinien

In bestimmten Fällen beschäftigt sich die Venedig-Kommission nicht mit einem bestimmten Land, sondern allgemein mit der Erstellung von Studien, Berichten und Leitlinien.[11] Hier prüft die Venedig-Kommission nicht ein konkretes Gesetzesvorhaben eines bestimmten Landes, sondern sie analysiert allgemeine länderübergreifende oder internationale Fragestellungen. Meist entstehen Leitlinien aus konkreten Studien oder Berichten,[12] in einem Fall hat die Venedig-Kommission sogar eine eigene Checklist aufgestellt, nämlich im Zusammenhang mit der Rechtstaatlichkeit („rule of Law"),[13] ergänzt durch einen Fragebogen.

3. Amicus Curiae-Antworten

Ein weiterer Typus von Dokumenten der Venedig-Kommission sind sogenannte Amicus Curiae-Antworten („amicus curiae briefs"), mit denen Höchst- und Verfassungsgerichten Informationen in Form von Antworten auf von diesen gestellte Fragen gegeben werden, die für das jeweilige Gericht in einem konkreten Verfahren von Bedeutung sind.[14] Diese Tätigkeit steht im Zusammenhang mit einer weiteren Aktivität der Venedig-Kommission, nämlich ein Forum für den Austausch der Verfassungsgerichte über konkrete Fragen in der Rechtsprechung zur Verfügung zu stellen („Venice Forum"). Dieses Forum ergänzt die CODICES-Datenbank, die von der Venedig-Kommission betrieben wird und in der Rechtsprechung der Mitgliedsgerichte der Weltkonferenz der Verfassungsgerichte dokumentiert und abgefragt werden kann.[15]

IV. Das Verfahren der Gutachtenserstellung

Im Folgenden wird das Verfahren der Erstellung der Dokumente der Venedig-Kommisson aus einer Innensicht betrachtet, wobei sich die Darstellung auf die praktisch häufigste und auch bedeutendste Art beschränkt, nämlich auf die Gutachten. Für den Verlauf eines Verfahrens ist es nicht unerheblich, auf wessen Initiative die Venedig-Kommission tätig wird. Der Kreis jener, die um ein Gutachten ersuchen können, ist in Art. 3 des Statuts der Venedig-Kommission festgelegt, wobei der wichtigste Fall des Tätigwerdens der Kommission in Bezug auf Gutachten in Abs. 2 geregelt ist. Auf diese beschränken sich die folgenden Ausführungen im Wesentlichen,

---

[11] Vgl. Art. 3 Z. 1 des Statuts der Venedig-Kommission, CDL(2002)27. Vgl. dazu *Dürr*, Venice Commission, S. 159 ff.

[12] Näher *Grabenwarter*, Constitutional standard-setting, S. 736.

[13] Rule of law checklist, Study No. 711/2013 CDL-AD(2016)007.

[14] Vgl. für den EGMR z.B. Art. 36 Abs. 2 EMRK; dazu v.a. *Bode-Kirchhoff*, Why the road from Luxembourg to Strasbourg leads through Venice: the Venice Commission as a link between the EU and the ECHR, in: Dzehtslarou u.a. (Hrsg.), Human Rights Law in Europe, 2014, S. 55.

[15] Unter www.codices.coe.int.

wenngleich viele Aussagen auch auf die Entstehung der übrigen Arten der Dokumente übertragbar sind.

Zunächst ist vorgesehen, dass Gutachten auf der Basis von Anfragen durch verschiedene Organe des Europarates erstattet werden, nämlich das Ministerkomitee, die Parlamentarische Versammlung, den Generalsekretär oder den Kongress der Gemeinden und Regionen.[16] Praktisch wichtig ist der zweite Fall der Gutachtensanfragen von Mitgliedstaaten; diese betreffen meist die eigene Rechtsordnung. Schließlich gibt es ein praktisch nicht besonders wichtiges Antragsrecht von Einrichtungen oder Organen, „die an der Arbeit der Kommission teilnehmen". Beispiele hierfür aus der Praxis sind die EU, die OSZE und die Vereinten Nationen bzw. UNMiK, auf das Ganze gesehen sind Anfragen aus diesem Bereich aber vergleichsweise selten. Ein Vorgehen auf eigene Initiative der Kommission gibt es nur bei anderen, von Gutachten verschiedenen Dokumenten, nämlich bei Forschungsarbeiten, Studien oder Entwürfen von Richtlinien, Gesetzen oder internationalen Abkommen.

In Verfassungskrisen können Anfragen oft von Organen des Europarates kommen, d. i. insbesondere das Ministerkomitee und die Parlamentarische Versammlung. Jüngste Beispiele hierfür sind Fragen nach zusätzlichen Befugnissen für das spanische Verfassungsgericht im Zusammenhang mit der Katalonienkrise[17] oder die Gutachten zum Medienrecht und zur Verfassungsreform in der Türkei.[18] Mit Genehmigung des Ministerkomitees kann ein Mitgliedstaat auch ein Gutachten über die Rechtslage in einem anderen Mitgliedstaat beantragen. Hier tritt meist bereits in der Anfrage ein Konflikt zutage, der auf den Ablauf der Erstellung des Gutachtens Einfluss hat, beginnend mit der Auswahl der Gutachter über den Arbeitsbesuch der Gutachter im betroffenen Staat bis hin zur Beratung des Gutachtens im Plenum der Kommission.[19]

Erreicht die Kommission hingegen eine Anfrage aus dem betroffenen Mitgliedstaat selbst, ist die Ausgangslage meist eine gänzlich andere, weil hier schlicht die Einbeziehung externen Sachverstandes im Vordergrund steht bzw. zu stehen scheint. Es gibt Fälle von Anfragen bei Verfassungsreformen in Luxemburg[20] oder Finnland,[21] in denen ganz eindeutig diese Funktion im Vordergrund steht. Darüber hinaus gibt es bis heute Fälle, in denen sich die Regierung durch eine Mitwirkung der Venedig-Kommission eine leichtere Durchsetzung eigener politischer Vorstellungen verspricht, Armenien lässt sich als aktuelles Beispiel anführen.[22] Auch das Ersuchen des slowakischen Präsidenten im jahrelangen Konflikt mit dem Parlament um die Bestellung von drei Verfassungsrichtern dürfte von ähnlichen Motiven getragen gewesen

---

[16] Vgl. m.w.N. *Grabenwarter*, Constitutional standard-setting, S. 737 ff.; *Matscher*, Venedig-Kommission, S. 194 ff. Näher zu diesen Organen und ihren Zuständigkeiten siehe die Beiträge von Palmer, Leach, Ruffert und Schaffarzik, in Schmahl/Breuer (Hrsg.), The Council of Europe, 2017, Abschnitte 6, 7, 8 und 10.

[17] Opinion No. 827/2015, CDL-AD(2017)003.

[18] Opinion No. 875/2017, CDL-AD(2017)005; Opinion No. 872/2016, CDL-AD(2017)007.

[19] Aus einem derartigen Konflikt ist z.B. der Report on the Preferential Treatment of National Minorities by their Kin-State, CDL-INF(2001)019, entstanden. Näher dazu *Buquicchio/Granata-Menghini*, Venice Commission, S. 249 mit Fn. 19.

[20] Opinion No. 544/2009, CDL-AD(2009)057.

[21] Opinion No. 420/2007, CDL-AD(2008)010.

[22] Opinion No. 883/2017, CDL-AD(2017)011.

sein,[23] wenn man bedenkt, dass der verfassungsrechtliche Berater des Präsidenten nicht nur ehemaliger Generalanwalt am EuGH, sondern auch ehemaliges Mitglied der Venedig-Kommission ist. Eine eigene Gruppe von Gutachten sind solche, in denen der Mitgliedstaat im Zuge des EU-Beitrittsprozesses durch Reformen die Voraussetzungen für einen möglichen EU-Beitritt schaffen will und in denen die EU die Einholung eines Gutachtens anregt. Hinter einer solchen Anregung können Zweifel der EU-Kommission an der Vereinbarkeit eines bestimmten Gesetzes mit europäischen Standards stehen, die durch das Gutachten der Venedig-Kommission entweder beseitigt oder bestätigt werden. Im zweiten Fall kommt es dann auch regelmäßig zu Rechtsänderungen.

Doch es gibt auch Beispiele von Antragstellungen aus dem betroffenen Land, in denen die Motive der Antragsteller diffuser oder überhaupt andere sind. Im Falle Ungarns erfolgte ein Ersuchen um ein Gutachten – kurz nachdem bereits der Generalsekretär eine vergleichbare Anfrage an die Venedig-Kommission gerichtet hatte – wohl primär in der Erwartung, dass ein Gutachten der Venedig-Kommission für die Verfassungsreform legitimierend wirken könnte.[24] Diese Erwartung wurde in der Folge nicht erfüllt.[25] Im Fall des ersten Gutachtens zur polnischen Verfassungsgerichtsbarkeit 2016[26] war die Situation geringfügig anders. Auch hier erfolgte das Ersuchen über Initiative des Außenministers und neben der Erwartung eines für die polnische Regierung positiven Gutachtens war es hier wohl auch die Absicht, angesichts der ersten kritischen Stellungnahmen aus Brüssel, einer Antragstellung „von außen" zuvorzukommen.

V. Die Einwirkung der Dokumente auf die europäische Verfassungsentwicklung

Betrachtet man die Entwicklung der letzten knapp drei Jahrzehnte unter dem Gesichtspunkt des Einflusses der Dokumente, so zeigen sich je nach Zeitraum und Inhalt der Gutachten unterschiedliche Ziele und damit zusammenhängend Wirkungsweisen.

Vor allem in der ersten Zeit des Bestehens der Venedig-Kommission hat diese maßgeblich daran mitgewirkt, Verfassungsordnungen so auszugestalten, dass nicht demokratische und rechtstaatswidrige Relikte aus der Zeit von Diktaturen überwunden und aus den Verfassungsordnungen beseitigt werden konnten. Hier hat sich die Venedig-Kommission meistens der Vorbilder aus anderen demokratischen Verfassungen bedient, um konkrete Ratschläge zu erteilen und Hilfestellungen zu leisten.[27]

Im Vorfeld eines möglichen Beitritts zur Europäischen Union war und ist es eine maßgebliche Motivation für Regierungen, Gutachten der Venedig-Kommission

---

[23] Opinion No. 877/2017, CDL-AD(2017)001.

[24] Vgl. auch einen ähnlichen Fall in Bezug auf Rumänien CDL-AD(2012)026.

[25] Opinion No. 720/2013, CDL-AD(2013)012.

[26] Opinion No. 833/2015, CDL-AD(2016)001.

[27] Insbesondere mit Blick auf Mittel- und Osteuropa z.B. *Bartole*, Final remarks: The role of the Venice Commission, Review of Central and East European Law 26 (2000), S. 351.

einzuholen, die rechtsstaatlichen Standards so anzupassen und auszubauen, dass die Rechtslage in einem ehemals nicht demokratischen Staat in rechtsstaatlicher Hinsicht auf das Niveau der Anforderungen des Rechts der Europäischen Union herangeführt wird. Die so erreichten Rechtsänderungen wirken bis heute nach.[28] In jüngerer Zeit wird die Venedig-Kommission häufiger dann mit Gutachtensanfragen befasst, wenn hinter einer Verfassungsdiskussion ein innenpolitischer Konflikt steht. Dieser wird in der Folge im Wege der Venedig-Kommission und der parlamentarischen Versammlung des Europarates auf europäischer Ebene ausgetragen. Frühe Beispiele dieser Art waren etwa der Verfassungskonflikt im Fürstentum Liechtenstein,[29] aus jüngerer Zeit sind etwa die Konflikte in der Ukraine,[30] in der Türkei,[31] in Polen,[32] aber auch isolierte politische Auseinandersetzungen etwa im Zusammenhang mit der Wahl von Verfassungsrichtern in der Slowakei zu nennen.[33]

Ein spezifisches Feld der Aktivitäten der Venedig-Kommission sind Verfassungskrisen, welche die Folge eines politischen Wechsels in der Regierung sind. Neue Regierungen und Parlamentsmehrheiten, die nach einem Machtwechsel Verfassungsreformen in kürzerer Zeit durchführen, verursachen einen erhöhten Beratungsaufwand auf Seiten der Venedig-Kommission. Häufig vor dem Hintergrund hitziger innenpolitischer Debatten fragen entweder das betroffene Land selbst oder – angestoßen von Parlamentsmitgliedern des betreffenden Staates – die Parlamentarische Versammlung des Europarates nach einem Gutachten der Venedig-Kommission zu den umstrittenen Fragen. Ganz selten richten Regierungen, Staatsoberhäupter oder Parlamentspräsidenten selbst eine Anfrage nach einem Gutachten der Venedig-Kommission. Mitunter ist das anfragende Organ mit dem Inhalt des Gutachtens nicht zufrieden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Gutachten der Venedig-Kommission in gleicher Weise zu beachten sind und die Empfehlungen in der Praxis in hohem Maße Beachtung finden.

Von vorneherein andere Ziele verfolgen Antworten auf Amicus Curiae-Anfragen und Richtlinien. Im Fall von Amicus Curiae-Antworten der Venedig-Kommission besteht das Ziel, durch eine Antwort vor dem Hintergrund einer europäischen, meist rechtsvergleichenden Analyse die Autorität des anfragenden Verfassungsgerichts zu erhöhen, die Akzeptanz seines Urteils zu erhöhen und damit langfristig auch seine Unabhängigkeit zu stärken.[34] Guidelines und Verhaltensregeln sind wiederum maßgeblich auf Vereinheitlichung und häufig auch auf die Hebung europäischer Standards gerichtet.[35]

---

[28] *Grabenwarter*, Constitutional standard-setting, S. 743; *Hoffmann-Riem*, Venice Commission, S. 595.

[29] Opinion No. 227/2002, CDL-AD(2002)32.

[30] Opinion No. 870/2016, CDL-AD(2016)034.

[31] Vgl. Fn. 18.

[32] Vgl. Fn. 26.

[33] Vgl. Fn. 23.

[34] Vgl. *Grabenwarter*, Constitutional standard-setting, S. 743 mit Fn. 59; *ders.*, Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den EGMR, in: Hillgruber (Hrsg.), Gouvernement des juges – Fluch oder Segen, 2014, S. 45; *Hoffmann-Riem*, Venice Commission, S. 591 f.

[35] Zum Einfluss von „soft law" und „soft instruments" vgl. *Hoffmann-Riem*, Venice Commission 595 ff.

VI. Besonderheiten des Prozesses der Gutachtenserstellung

1. Allgemeines

Die Rolle der Venedig-Kommission im europäischen Raum demokratischer Rechtsstaaten wird maßgeblich von dem Verfahren der Erstellung der Gutachten bestimmt. Antragsberechtigt aus einem Staat sind im Wesentlichen jene Organe, welche auch völkerrechtlich zur Außenvertretung befugt sind. Regelmäßig geht die Initiative von Regierungen oder vom Staatsoberhaupt aus.[36] Der Prozess der Gutachtenserstellung gliedert sich in mehrere Schritte. Jede Phase hat Einfluss auf den Inhalt und den Stil der letztendlich verabschiedeten Gutachten.

In einem ersten Schritt richtet die Venedig-Kommission unter Koordination durch den Präsidenten der Venedig-Kommission, unterstützt vom Sekretariat, eine Gruppe von Berichterstattern ein. Die Auswahl von drei bis sechs Gutachtern bringt rechtsvergleichende Aspekte aus verschiedenen Rechtssystemen ein. Auf der Grundlage von Entwürfen der einzelnen Gutachter wird mit Hilfe des Sekretariats ein Gutachtensentwurf („draft opinion") zusammengestellt, die spätestens 14 Tage vor Beginn der Plenarsitzung der Kommission allen Mitgliedern, der betroffenen Regierung und allen ständigen Vertretern der Mitgliedstaaten in Straßburg übermittelt wird. Regelmäßig findet im Rahmen der Gutachtenserstellung ein Besuch im betroffenen Staat statt, wobei Vertreter der Regierung ebenso zu Wort kommen, wie die Opposition und die Zivilgesellschaft. Naturgemäß ist die Art der Gespräche der Gutachter vor Ort vom Anlass des Gutachtens bestimmt.

2. Die Auswahl der Gutachter

Wenn eine Gutachtensanfrage im Sekretariat einlangt oder unmittelbar bevorsteht, beginnt die Suche nach Gutachtern. Gutachtensanfragen und die Zusammensetzung des Kreises der Gutachter werden allen Mitgliedern in regelmäßigen Aussendungen mitgeteilt. Im Prinzip und formal betrachtet kann jedes Mitglied sein Interesse an der Mitarbeit an einem bestimmten Gutachten äußern, vorausgesetzt das Mitglied ist in der Lage, an der Gutachtenserstellung im vorgegebenen Zeitrahmen aktiv mitzuwirken.[37]

In der Praxis kommt die Information über Gutachtensanfragen aber zu spät, daher erfolgt die Auswahl der Gutachter – nicht zuletzt auch mit Blick auf den regelmäßig gegebenen Zeitdruck – durch den Präsidenten, unterstützt von den Mitarbeitern des Sekretariats. Die Gesamtheit der Gutachter bildet eine Arbeitsgruppe („working

[36] Ausnahmsweise versuchen Regierungen durch die Formulierung der Fragen, Einfluss auf das Gutachten zu nehmen. Dies geschieht einerseits durch die Allgemeinheit der Fragestellung, andererseits durch Ausgrenzung heikler Bereiche. Die Frage nach der Wahl einiger polnischer Verfassungsrichter im Herbst 2015 sollte explizit nicht in der Gutachtensanfrage enthalten sein, wurde jedoch von der Venedig-Kommission wegen des untrennbaren Zusammenhangs mit der Krise des Verfassungsgerichts mitbehandelt. Der Untersuchungsgegenstand des Gutachtens wurde vergleichsweise ausführlich dargelegt: Opinion No. 833/2015, CDL-AD(2016)001, Rz. 6 ff.

[37] Guidelines relating to the working methods of the Venice Commission, CDL-AD(2010)034, S. 4.

party"). Nachdem das Sekretariat der Venedig-Kommission nach Abteilungen gegliedert ist,[38] übernehmen in der Praxis jene Sekretariatsmitarbeiter, die für das Thema des Gutachtens im Sekretariat zuständig sind, die Anfrage an die in Betracht kommenden Mitglieder der Kommission. Dies geschieht entweder informell während der vierteljährlichen Sitzungen der Kommission oder durch telefonische oder schriftliche Anfragen (per e-mail).

Die Kriterien, nach denen die Gutachter ausgewählt werden, richten sich primär nach der Spezialisierung und dem Sachverstand der jeweiligen Mitglieder. Beides ist zum Teil auf Grund des Lebenslaufs und der Aktivitäten der Mitglieder in öffentlichen Ämtern und an Universitäten ohnehin allgemein bekannt. Zusätzlich dazu werden alle neuen Mitglieder und Ersatzmitglieder nach ihrer Bestellung nach ihren Spezialisierungen und Interessen gefragt.

Weitere Gesichtspunkte der Auswahl sind die Herkunft der Gutachter, Geschlechterparität, zeitliche Verfügbarkeit (auch mit Blick auf einen möglichen Besuch im betroffenen Land) und Erfahrung auf dem Gebiet des Gutachtensthemas. Bei der Herkunft spielt zum einen die regionale Ausgewogenheit eine Rolle, andererseits sind auch eine Ausgewogenheit in Nähe und Distanz zum Thema bzw. zur betroffenen Verfassungsordnung maßgeblich. Ausgeschlossen ist das Tätigwerden eines Mitglieds in Bezug auf sein eigenes Land. So wurden in Bezug auf Verfassungsreformen in Ungarn Gutachter aus Polen und Österreich herangezogen. Bei Gutachten zu Fragen der Gerichtsbarkeit oder der Verfassungsgerichtsbarkeit ist das Bestreben gegeben, auch Verfassungsrichter bzw. Richter als Gutachter in der Arbeitsgruppe zu haben. Mitglieder, die zur selben Thematik bereits zum selben Land oder zu einem anderen Land gearbeitet haben, werden bevorzugt herangezogen.[39]

Immer wieder zieht die Venedig-Kommission auch externe Experten heran, um einerseits die Qualität der Gutachten weiter zu erhöhen, andererseits um auch die Legitimität nach außen zu stärken. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Zusammenarbeit mit der OSZE, im besonderen mit ihrem Büro für Demokratische Einrichtungen und Menschenrechte in Warschau (ODIHR), bedeutsam. Dessen Experten und Vertreter nehmen nicht nur stets an den Sitzungen der Venedig-Kommission teil, sondern wirken auch regelmäßig als Gutachter mit. Weitere Experten werden aus anderen Tätigkeitsbereichen des Europarates herangezogen.

Die Zahl der Mitglieder beträgt regelmäßig drei, in wichtigen, komplexen Fällen können es auch bis zu sechs Mitglieder sein. Die Zahl ist einerseits bestimmt durch Kostengründe, andererseits aber vor allem durch die Bedeutung und Komplexität der Angelegenheit. Die Heranziehung von gleich sechs bzw. fünf Gutachtern bei den beiden Gutachten zur Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen im Jahr 2016 bildet den absoluten Ausnahmefall.

---

[38] Es gibt eine Abteilung für demokratische Einrichtungen und Grundrechte, eine Abteilung für Verfassungsgerichtsbarkeit und Gerichtsbarkeit, eine Abteilung für Wahlen und Referenden und eine Abteilung für Nachbarschaftliche Zusammenarbeit.

[39] Guide to the Venice Commission's Activities and Working Methods, CDL(2014)037.

3. Die Erstinformation

Die Gutachter erhalten zu Beginn ihrer Arbeit eine vom Sekretariat zusammen gestellte Dokumentation als Erstinformation („information sheet"). Diese frühe Information erleichtert und beeinflusst die Arbeit erheblich. Sie enthält zunächst die notwendigen Unterlagen, nämlich den genauen Wortlaut der Gutachtensanfrage (in Einzelfällen auch eine Interpretation der Anfrage und Ausführungen zu möglichen Grenzen des Gutachtensthemas) sowie die maßgeblichen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Sachverhaltsausführungen. Wesentlich sind – nicht zuletzt auch im Hinblick auf zeitliche Restriktionen – die weiteren Inhalte der Dokumentation, die gleichzeitig den Ausgangspunkt für den herangezogenen Maßstab bilden.[40] Dazu gehören zunächst insbesondere die einschlägige Rechtsprechung des EGMR und andere maßgebliche Rechtsquellen, wie insbesondere andere internationale Verträge; sodann Dokumente des Europarates (insbesondere Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung und Empfehlungen des Ministerkomitees), ferner frühere einschlägige Gutachten oder andere Dokumente der Venedig-Kommission, im Einzelfall auch Hinweise auf die Rechtsvergleichung. Darüber hinaus werden vom Sekretariat Hinweise auf mögliche Punkte, die im Gutachten zu thematisieren sind, gegeben. Der Bogen möglicher Hinweise ist dabei weit gespannt von Punkten, die im betroffenen Staat umstritten sind, bis hin zu politisch heiklen Fragen. Zu bedenken ist, dass viele Mitarbeiter des Sekretariats über eine teils jahrzehntelange Erfahrung mit bestimmten Mitgliedstaaten verfügen, diese aus einer Reihe von Besuchen kennen und daher auch mit einem Teil der handelnden Personen sowie insbesondere mit der Verfassungskultur und der Kultur des betroffenen Landes vertraut sind. Mitunter werden auf der Basis dieser Erfahrung und im Hinblick auf die bisherige Praxis der Kommission in vergleichbaren Fällen erste vorsichtige Beurteilungen der Gutachtensanfrage abgegeben. Schließlich enthält die Dokumentation Informationen zu rein praktischen Fragen wie den einzuhaltenden Fristen und dem Erfordernis eines Besuchs der Gutachter im betroffenen Staat.

4. Kommentare und Textvorschläge der Gutachter

In der nächsten Phase verfassen die einzelnen Gutachter Texte, die gleichzeitig als Entwurf für den Entwurf des Gutachtens dienen können, der später vom Sekretariat erstellt wird. Wenn es der zeitliche Ablauf zulässt, sprechen sich die Gutachter zu Beginn ab, entweder am Rande einer Sitzung der Venedig-Kommission oder – allerdings nur in Ausnahmefällen – im Rahmen eines eigenen Treffens.

In der Regel erfolgt die Kommunikation in diesem Stadium aber per e-mail. Die Gutachter schicken ihre Textentwürfe innerhalb einer Frist von zumeist mehreren Wochen an den zuständigen Mitarbeiter des Sekretariats. Der zeitliche Rahmen ist dabei meist davon bestimmt, dass das Gutachten bei der nächsten Plenarsitzung vorliegen und beschlossen werden soll. Da mit Ausnahme der Sommerpause nur zwei bis drei Monate zwischen den Sitzungen liegen und die Gutachtensentwürfe seit einiger

[40] Dazu und zum Folgenden vgl. CDL-AD(2010)034, Anhang.

Zeit spätestens zwei Wochen vor der Sitzung an alle Mitglieder geschickt werden müssen, verbleibt in dem Großteil der Fälle, in denen ein Besuch im Mitgliedstaat stattfinden soll, im günstigsten Fall ein zeitlicher Rahmen von drei bis vier Wochen für das Verfassen dieser Entwurfstexte, oft sind es auch nur zwei Wochen. In der Regel sollen die Entwürfe nämlich vor dem Besuch im Staat vorliegen, die Gutachter haben danach noch die Möglichkeit, ihre Entwürfe zu modifizieren, bevor sich der Sekretariatsmitarbeiter an die Arbeit macht.

Bis 2015 wurden die Entwürfe der einzelnen Gutachter gemeinsam mit dem Gutachtensentwurf des Sekretariats an alle Mitglieder der Kommission geschickt und als Folge dessen später auch publiziert; es finden sich demgemäß bis heute zahlreiche dieser Entwürfe auf der Website der Venedig-Kommission. Um möglichem Druck auf die Gutachter von Seiten einzelner Regierungen vorzubeugen, werden die Entwürfe der Gutachter seit dem Jahr 2015 nicht mehr publiziert, so dass die jüngere Praxis hier nicht mehr an Hand konkreter Beispiele diskutiert werden kann. Es ist aber davon auszugehen, dass sich die Praxis in den letzten Jahren nicht in einem Maße geändert hat, dass die Beobachtungen, die im Folgenden angestellt werden, nicht auch noch heute Gültigkeit hätten.

Betrachtet man die Entwürfe der Gutachter in einer Gesamtschau, so lässt sich eine große Vielfalt im Stil, in der Ausführlichkeit und in der analytischen Tiefe feststellen. Manche Gutachter liefern elaborierte wissenschaftliche Analysen insbesondere der Rechtsprechung des EGMR mit einem teils umfangreichen Anmerkungsapparat,[41] andere Stellungnahmen von wenigen Seiten,[42] die auch politische Aspekte integrieren können.[43] In Ausnahmefällen beschränken sich Gutachter gar auf Kommentare zu den Entwürfen der anderen Gutachter bzw. überhaupt zum Gutachtensentwurf des Sekretariats. In dieser Pluralität spiegelt sich im Besonderen die Vielfalt im beruflichen Hintergrund der Mitglieder, aber auch in Bezug auf Rechtstraditionen wider.

5. Besuche im Mitgliedstaat

Von Einfluss auf den Prozess der Gutachtenserstellung ist weiter der Besuch in dem betroffenen Mitgliedstaat. Bei diesem Besuch treffen die Gutachter regelmäßig Ver-

[41] Vgl. z.B. die ausführliche Analyse einer Novelle eines aserbaidschanischen Gesetzes betreffend Nichtregierungsorganisationen am Maßstab der Vereinigungsfreiheit des Art. 11 EMRK durch *Veronika Bílková* im Jahr 2009 (CDL[2011]089). Die Stellungnahme wertet – neben anderen relevanten Dokumenten – weit mehr als ein Dutzend einschlägiger EGMR-Entscheidungen aus.

[42] Vgl. z.B. die zweiseitige ohne jegliche Nachweise auskommende Stellungnahme von *Giorgio Malinverni* zu einem Fragen der Religionsfreiheit bzw. allgemeine religionsrechtliche Angelegenheiten betreffenden Gesetzesentwurf in Rumänien im Jahr 2005 (CDL[2005]079).

[43] Vgl. nur folgenden Ausschnitt aus seiner Stellungnahme von *Kaarlo Tuori* zu allgemeinen (verfassungs-)rechtlichen Fragen eines Parteiverbots in der Türkei aus dem Jahr 2008: „As regards the right to launch the process, we should stress the desirability of a solution which, already at this stage, combines legal considerations and the attention to the political repercussions of such a highly politically-laden issue as the prohibition of a political party. As I have stated before, I find a purely political solution problematic, too. Already launching a case concerning the prohibition of party has political consequences, and those holding political power can always be accused of using their right of initiative for political purposes. This is highly detrimental to the legitimacy of the procedure. This consideration is of particular relevance in a country like Turkey with its long tradition of party prohibition" (CDL[2008]141).

treter der Regierung und des Parlaments, je nach Fragestellung aber auch Vertreter von betroffenen sonstigen Staatsorganen sowie von Nichtregierungsorganisationen (NGOs). Der Zweck dieser Besuche besteht primär darin, nähere Informationen über den Gegenstand des Gutachtens zu erhalten, bei umstrittenen Fragen auch darin, allen Seiten des Konflikts gleichberechtigt die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Darüber hinaus gibt es den Gutachtern Gelegenheit, gemeinsam mit dem mitreisenden Mitarbeiter des Sekretariats noch offene Fragen bzw. den Einfluss der neuen Informationen auf das Gutachten zu diskutieren.

Je nach Aktualität der Fragestellung in der innenpolitischen Auseinandersetzung eines Staates kann die Atmosphäre während eines Besuches durchaus angespannt sein, das Medieninteresse kann erheblich sein. Ein außergewöhnliches Beispiel für großes Medieninteresse an einem Besuch der Venedig-Kommission bildet jenes am Besuch der Kommission in Polen im Februar 2016. Im Zuge der Erstellung des Gutachtens zur Verfassungsreform in Armenien fand im Rahmen des Besuchs im Jahr 2015 ein öffentlicher Auftritt der Venedig-Kommission mit NGOs und Medienvertretern statt, bei der ein voller Saal von Journalisten und NGOs ein Gespräch mit den Vertretern führte, das von einem Dutzend Kameras aufgezeichnet wurde.

Ein Besuch und die dabei herrschende Atmosphäre werden auch maßgeblich von der Haltung der Regierung bestimmt. Beim ersten Gutachten zur polnischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Jahr 2016 bestand wohl die Absicht der Regierung auch darin, durch zunächst kooperatives Verhalten den Prozess beeinflussen zu können. Es wurde dabei auch auf das Besuchsprogramm Einfluss genommen, nämlich insbesondere was die Auswahl von NGOs und sonstigen Stellen betrifft, mit denen die Delegation der Venedig-Kommission sprechen sollte.

6. Die Erstellung eines Gutachtensentwurfs („draft opinion")

Nach dem Besuch im Staat bzw. nach Erhalt der Stellungnahmen der einzelnen Gutachter beginnt der Sekretariatsmitarbeiter mit der Arbeit am Gutachtensentwurf, wofür ihm regelmäßig nur einige Tage bis höchstens eine Woche zur Verfügung stehen bzw. steht. Auch hier ist eine Bandbreite an Möglichkeiten denkbar. Haben die Gutachter bereits sehr detaillierte Stellungnahmen abgegeben und stimmen diese auch wenigstens im Ergebnis weitgehend überein, so liegt das Schwergewicht der Arbeit in einer redaktionellen Tätigkeit, der Hinzufügung von Nachweisen, dem Verfassen von Einleitung und Zusammenfassung, und mit Hilfe anderer Sekretariatsmitarbeiter auch in einer sprachlichen Überarbeitung, sofern die Gutachter nicht die Sprache des Gutachtens (regelmäßig Englisch, ausnahmsweise auch Französisch) als Muttersprache sprechen.

Wenn zwischen den Gutachtern Konsens über den Gutachtensentwurf hergestellt ist, gelangt dieser intern zur Verteilung, und zwar an alle Mitglieder der Kommission, an die betroffene Regierung und an alle ständigen Vertretungen der Mitgliedstaaten beim Europarat, mithin an die Regierungen aller Mitgliedstaaten. Dies hat spätestens vierzehn Tage vor Beginn der Plenarsitzung zu erfolgen.

Der Gutachtensentwurf ist zu diesem Zeitpunkt immer noch vertraulich, mag er auch in umstrittenen Fällen immer wieder vorzeitig an die Medien gespielt

(„geleakt") werden. An dieser Stelle ist auf ein Problem aufmerksam zu machen, das der Venedig-Kommission in politisch umstrittenen Fällen regelmäßig vorgehalten wird: Durch das gerade in Konfliktfällen in letzter Zeit deutlich gestiegene mediale Interesse an Gutachten der Venedig-Kommission gelangten Gutachtensentwürfe regelmäßig an die Öffentlichkeit. Zu bedenken ist, dass der Gutachtensentwurf per e-mail an einen Kreis von rund hundert Empfängern versendet wird; die Zahl der Personen, die Zugang zum Gutachten haben, dürfte ein Mehrfaches sein. In einer solchen Situation kann Vertraulichkeit angesichts der heutigen Kommunikationsmöglichkeiten nicht mehr erhalten werden. Hier gibt es vielmehr einen Zielkonflikt zwischen Vertraulichkeit, Größe der Kommission und Grundsatz eines dialogischen Verfahrens, der gegenwärtig zugunsten des dialogischen Verfahrens gelöst ist.

7. Die Stellungnahme der Regierung

Die Regierung hat danach die Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme, von der viele Regierungen auch Gebrauch machen. Meist wird dabei auf technische Details hingewiesen, die in der Folge noch abgeändert werden, selten lehnt eine Regierung den Gutachtensentwurf zur Gänze oder in wesentlichen Teilen ab. Bei komplexeren Gutachten bildet die Stellungnahme der Regierung aber die Grundlage für kurzfristige Gespräche zwischen der Regierung und den Gutachtern (unterstützt vom Sekretariat), die meist in Venedig und am Tag vor, mitunter noch am Tag der Plenarberatung am Tagungsort selbst stattfinden.

8. Die Beratungen in den Unterkommissionen und im Erweiterten Büro

Wenn die Gutachter dies beschließen, kann ein Gutachtensentwurf am Tag vor der Plenarberatung auch in einer der Unterkommissionen vorberaten werden. In der Praxis werden die Entwürfe ohne formelle Meinungsbildung darüber unter den Gutachtern im Wege des Sekretariats den Unterkommissionen zugeleitet. Dies ist in der jüngeren Zeit sehr häufig der Fall. Im Regelfall liegt hier auch der letzte Zeitpunkt für eine wirklich ausführliche Diskussion.

9. Die Beratungen im Plenum

In der Beratung im Plenum sind grundsätzliche Änderungen am Text eines Gutachtens sehr schwierig, ja fast ausgeschlossen. Dies liegt im Wesentlichen am „Setting" der Plenarberatungen. Die Zahl von rund 100 Sitzungsteilnehmern lässt eine interaktive Diskussion kaum zu. Dazu kommt, dass die Sitzung nahezu immer in einem eher düster beleuchteten Saal der Scuola Grande di San Evangelista stattfindet. Die Teilnehmer sitzen relativ gedrängt in einem langgestreckten Rechteck und können einander überhaupt nur sehen, weil seit einigen Jahren eine Videoübertragung auf einem großen Schirm im Saal erfolgt. Ein weiterer Bestimmungsgrund für die Arbeitsweise liegt in einer strikten Redezeitbeschränkung. Diese ist einerseits wegen

der Größe des Organs erforderlich, andererseits diszipliniert sie jene, die einen Hang zu ausführlicheren Wortmeldungen haben. Insgesamt gesehen ist die zeitliche Disziplin der Mitglieder aber sehr groß.

Für die Plenarberatungen sehen die Verfahrensregeln der Venedig-Kommission Vertraulichkeit vor, weshalb Medienvertreter während der Beratung nicht anwesend sind. Sie werden protokolliert, ein Resümeeprotokoll wird nach wenigen Wochen veröffentlicht. Gleichwohl kann der Präsident Gäste einladen, an den Sitzungen teilzunehmen und auch das Wort zu ergreifen. Wenn ein Gutachten über ein bestimmtes Land erstattet wird, können die Vertreter des Landes an der Sitzung der Venedig-Kommission teilnehmen und zum entsprechenden Tagesordnungspunkt auch das Wort ergreifen. Für die Abstimmung kann der Präsident die Vertreter des Landes jedoch auffordern, den Raum zu verlassen.

In der Praxis tut er das jedoch selten, dies hängt mit den Usancen der Abstimmung zusammen. Über jedes Gutachten findet eine Abstimmung statt, wobei der Vorsitzende meist nur nach Gegenstimmen und Enthaltungen fragt. Zwar sieht Art. 12 der Verfahrensregeln vor, dass Beschlüsse der Kommission mit Mehrheit gefasst werden. In der Praxis werden die Gutachten aber zumeist ohne Gegenstimme angenommen. Dieser Umstand wird auch durch das Bewusstsein um die Unverbindlichkeit der Gutachten begünstigt.[44]

VII. Beobachtungen zu einigen Rahmenbedingungen der Herausbildung von Verfassungsstandards

Die vorstehenden Ausführungen haben erste Einblicke in die Arbeitsweise der Venedig-Kommission gegeben. Im Folgenden sollen einige Charakteristika der Arbeit der Kommission besonders akzentuiert werden, um das Eigentümliche der Arbeit der Kommission herauszuarbeiten.

1. Name und Sitzungsort der Venedig-Kommission

Ausführungen zum Charakter der Venedig-Kommission als eines Hybrids aus beratendem Expertengremium und Einrichtung zur Herausbildung von Standards im Bereich des soft law müssen ihren Ausgang beim Namen und dem Sitzungsort nehmen. Der Sitzungsort und der von ihm abgeleitete Name haben historische Gründe, die mit handelnden Personen in Europa am Ende des Kalten Krieges, wie insbesondere mit dem (aus Venedig stammenden) damaligen italienischen Außenminister Gianni de Michelis, zu tun haben. Heute prägt die Anreise eines Trosses von Mitgliedern der Kommission, Vertretern europäischer Institutionen, Regierungsmitgliedern und deren Stäben sowie Beamten des Sekretariats die Arbeitsweise. Vier Mal im Jahr wird die Scuola Grande di San Evangelista im Zentrum Venedigs von der Venedig-Kommission in Beschlag genommen, im ersten Stock werden 100 Sitz-

[44] *Hoffmann-Riem*, „Soft Law" und „Soft Instruments" in der Arbeit der Venedig-Kommission des Europarates, FS Bryde (2013), S. 595 (605).

plätze auf alten Stühlen in einem langen hohen Saal mit Marmorboden und typisch venezianischen Deckengemälden geschaffen, drei mobile Übersetzungskabinen werden aufgestellt. Im Erdgeschoss wird ein behelfsmäßiges Sekretariat mit zwei aus Straßburg mitgebrachten Druckern und Computern eingerichtet, ein kleiner Besprechungstisch steht für Besprechungen der Gutachter in letzter Minute zur Verfügung, auch im kleinen Café gegenüber der Scuola werden knapp vor Beginn der Plenarberatungen Kompromisse in heiklen Formulierungen gesucht und meist gefunden.

Dieses Entfernen weg aus den europäischen Hauptstädten hin zum östlichen Mittelmeer in eine stets eher nach Osten hin orientierte, historisch bedeutsame Hafenstadt hat mehr als nur symbolische Bedeutung. Es verdeutlicht das Bekenntnis zu einem gemeineuropäischen Verfassungserbe, das in selbständiger Weiterentwicklung in allen Teilen Europas weiter getragen und maßgeblich auch von den Institutionen in den Mitgliedstaaten und ihren Vertretern geprägt wird.

2. Herkunft, Alter und berufliche Prägung der Mitglieder: Legitimation durch Expertise und Ansehen der Mitglieder

Damit ist zu den Mitgliedern der Venedig-Kommission übergeleitet. Anders als bei Gerichten gibt es in den Rechtsgrundlagen keine strikten Qualitätskriterien, nicht einmal eine juristische Ausbildung ist vorgesehen. Das Statut der Venedig-Kommission ist hier relativ offen, es enthält einen Hinweis in Art. 2 auf Erfahrung in demokratischen Institutionen und auf Beiträge zur Förderung des Rechts und der Politikwissenschaften. Geleitet von den Vorgaben des Statuts haben sich über die Jahre nach und nach Kriterien herausgebildet, die von den Mitgliedstaaten beachtet werden, wenn sie ihre Mitglieder und Ersatzmitglieder auswählen.[45] In den meisten Mitgliedstaaten hat sich aber die Praxis durchgesetzt, entweder angesehene Professoren (überwiegend des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, nicht selten auch des Völker- und Europarechts) oder aber Personen aus höchsten beruflichen Stellungen in der Justiz, seien es Richter an Höchstgerichten oder Verfassungsgerichten oder aber Mitglieder anderer unabhängiger Organe zu bestellen. Rund ein Dutzend Mitglieder sind (ehemalige) Minister, stellvertretende Minister, Staatssekretäre oder leitende Ministerialbeamte, überwiegend im Justizministerium, aber auch im Außenministerium; auch Diplomaten waren immer wieder Mitglieder. Die Mitglieder handeln unabhängig, weshalb auch die Mitgliedschaft von Beamten in der Weisungshierarchie in einem gewissen Spannungsverhältnis mit der Unabhängigkeit der Mitglieder steht. Vereinzelt finden sich auch (ehemalige) Parlamentsabgeordnete und Anwälte oder in der Wirtschaft tätige Juristen unter den Mitgliedern. Insgesamt sind aber die Richter und Professoren bei Weitem in der Mehrheit, sie prägen auch die Arbeit der Venedig-Kommission.

Das Statut legt größten Wert auf die Unabhängigkeit der Mitglieder. Nach Art. 2 Abs. 1 besteht die Kommission aus unabhängigen Experten, die in ihrer persönlichen Eigenschaft handeln und keinerlei Anweisungen erhalten oder annehmen dürfen.

[45] Für jedes Mitglied wird ein Ersatzmitglied bestellt, manche Staaten haben auch zwei Ersatzmitglieder bestellt, insbesondere wenn die zeitliche Verfügbarkeit des Mitglieds eingeschränkt ist.

Ein im Jahr 2004 eingefügter Art. 3a der Verfahrensordnung[46] enthält entsprechende Vorgaben für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Mitglieder. Er sieht im Besonderen die Veröffentlichung eines Lebenslaufes, eine Pflicht zur Mitteilung von Interessenkonflikten und den Ausschluss vom Stimmrecht im Fall eines potentiellen Interessenkonflikts vor. Generell ausgeschlossen ist das Stimmrecht in Bezug auf den Staat, der ein Mitglied bestellt hat oder dessen Staatsangehörigkeit ein Mitglied besitzt (Art. 13 Abs. 1 der Verfahrensordnung). Mitglieder der Venedig-Kommission, die zu Richtern des EGMR gewählt werden, scheiden nach der Praxis des EGMR aus der Venedig-Kommission aus, hier wird eine Unvereinbarkeit auf Seiten des EGMR angenommen.

Ein wesentliches Charakteristikum – im Gegensatz zu den meisten innerstaatlichen Höchst- und Verfassungsgerichten – ist die Nebenamtlichkeit der Tätigkeit. Die Gutachtenserstellung erfolgt gegen eine geringe Aufwandsentschädigung, auch die Teilnahme an den vierteljährlichen Sitzung erfolgt im Prinzip nur gegen Ersatz der Aufenthalts- und Reisekosten. Die bloße Nebentätigkeit begünstigt das Einfließen von berufsspezifischem Sachverstand, setzt aber umgekehrt dem zeitlichen Ausmaß der Befassung mit Fragestellungen Grenzen. Zwar gibt es eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern, die aus ihrer aktiven Berufstätigkeit in ihrem Staat bereits ausgeschieden sind, und sich in höherem Maße der Tätigkeit in der Venedig-Kommission widmen können. Auch Mitglieder, die aktive Professoren sind, können oft ihre wissenschaftlichen Aktivitäten gut mit der Tätigkeit im Rahmen eines Gutachtens verbinden. Dem stehen richterliche Mitglieder gegenüber, die unter einem stärkeren Arbeits- und Zeitdruck in ihren Gerichten stehen. Im Ganzen gesehen, ist derzeit eine ausgewogene Mischung der verschiedenen Berufs- und Altersgruppen gegeben, die auch eine Verteilung der anfallenden Arbeit nach zeitlicher Verfügbarkeit ermöglicht.

Die Altersstruktur ist ein weiteres Merkmal. Da es keine Altersgrenze für das Ausscheiden gibt (allenfalls nationale Kriterien in diese Richtung), ist das Altersspektrum weiter als bei nationalen Höchstgerichten. Es gibt eine Reihe von Mitgliedern, die das siebzigste Lebensjahr bereits (teils deutlich) überschritten haben. Unter fünfzigjährige Mitglieder sind eher die Ausnahme, der Großteil der Mitglieder befindet sich im Alterssegment zwischen 55 und 65 Jahren. Unter dem Gesichtspunkt der Geschlechtergleichheit ist nach wie vor ein deutliches Überwiegen männlicher Mitglieder festzustellen.

Die Vielfalt der Profile der Mitglieder, ihre verfassungsrechtlichen Hintergründe und die bereits angesprochene geographische Streuung tragen bei aller Einheitlichkeit zu einer Vielfalt auch im Prozess der Gutachtenserstellung bei. Dabei sind die vielfältigen beruflichen Hintergründe ebenso zu veranschlagen wie unterschiedliche Verfassungstraditionen und mitunter auch politische Ausrichtungen. Eine weitere Pluralität verbunden mit der Steigerung der inhaltlichen Qualität wird durch die Heranziehung externer Gutachter, insbesondere aus dem Bereich von OSZE und ODIHR erreicht.

[46] Revised Rules of Procedure CDL-AD(2015)044.

3. Der Faktor Zeit

Die oben dargestellten zeitlichen Zusammenhänge und Abläufe machen deutlich, dass Gutachten üblicherweise in einem Zeitraum von unter zwei Monaten erstellt werden. In der Geschwindigkeit liegt eine große Stärke. Nationale wie internationale Stellen erwarten rasche Antworten auf verfassungsrechtliche Fragen von einem unabhängigen internationalen Beratungsorgan – und sie erhalten sie auch zumeist. So können sie unmittelbar in den politischen Prozess oder in Einzelfällen auch in gerichtliche Verfahren einfließen. Auch die Erwartungen in der modernen Medienberichterstattung werden auf diese Weise erfüllt.

Allerdings hat die Geschwindigkeit auch Schattenseiten und Nachteile. Die Gründlichkeit einer gerichtlichen Aufarbeitung, einer über mehrere Tage reichenden richterlichen Diskussion im Kollegenkreis ist nicht leistbar, ja faktisch gar nicht möglich. Zusätzlich muss die räumliche Streuung eines Gutachterteams bedacht werden. Wenn es, wie im Fall eines jüngeren Gutachtens zu Polen aus einer US-Amerikanerin, zweier Skandinavier, zweier Mitteleuropäer und eines Westeuropäers, besteht, so wird deutlich, dass der schriftliche Austausch über e-mail gegenwärtig die wohl einzige ökonomisch vertretbare Form mit ausführlicherer schriftlicher Diskussion ist. Eine ausführliche Diskussion, wie sie in einer kollegialen Beratung im Senat oder in einer Kammer eines Gerichts stattfindet, ist zwischen den Sessionen aber nicht erreichbar.

In bestimmten Fällen gewinnt der Faktor Zeit noch besondere Bedeutung, nämlich dann, wenn ein Gutachten besonders rasch vorliegen muss. Sogenannte „dringende Gutachten" werden ausnahmsweise ohne Diskussion und Beschlussfassung vom Plenum als sogenannte „vorläufige Gutachten" veröffentlicht. Wenn es die innerstaatliche Situation erfordert, kann der Präsident nach Beratung mit dem Büro der Kommission die Gutachter ermächtigen, das noch nicht beschlossene Gutachten den innerstaatlichen Behörden zuzuleiten. Das Gutachten wird dann zur Bestätigung und Annahme dem Plenum bei der nächsten Sitzung der Venedig-Kommission vorgelegt. Das Plenum hat in diesem Stadium dann auch die Möglichkeit, das Gutachten ausnahmsweise auch inhaltlich zu ändern. Im Regelfall bleibt es aber bei einer bloßen Bestätigung („endorsement").

VIII. Einige Reflexionen zur Entstehung der Texte

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Entstehung des endgültigen Texts eines Gutachtens in einem mehrstufigen komplexen Prozess erfolgt, der im Vergleich zu gerichtlichen Entscheidungen weniger durch „harte" Verfahrensregeln gesteuert wird. Dementsprechend bedeutsam ist es, die faktischen Bestimmungsgründe für den Prozess der Gutachtenserstellung kritisch zu reflektieren. Folgende Beobachtungen lassen sich zusammentragen:

Bereits bei der Erstellung der Textvorschläge durch die Gutachter in der Einzelarbeit schreibt der Gutachter mit Blick auf seine Mitgutachter. Er versucht inhaltliche Elemente beizutragen, von denen er annimmt, dass sie von den anderen Kollegen nicht erwähnt werden. Er versucht weiter die in der Erstinformation angelegten Li-

nien schriftlich festzuhalten und bereits als Basis für den Gutachtensentwurf durch das Sekretariat zu formulieren. Dazu gehört es, dass ein Gutachter besondere eigene Expertise etwa im Bereich der Menschenrechte oder im Verfassungsrecht der ihm bekannten Verfassungsordnungen hervorhebt. Das Sekretariat seinerseits versucht, aus den Textentwürfen ein inhaltlich und formal kohärentes Ganzes zu formen. Je nachdem wie detailliert und umfangreich die Entwürfe sind, kann es genügen die Texte zusammenzufügen und geringfügige Ergänzungen vorzunehmen, insbesondere im Bereich der Einleitung und der Zusammenfassung des Gutachtens. Sind die Entwürfe jedoch nur thesenhaft, liegt der Spielraum in der Formulierung stärker bei den Mitarbeitern des Sekretariats.

Wesentlichen Einfluss in vielen Fällen hat der Besuch im betroffenen Staat. Hier können die Gutachter die vorläufigen Thesen überprüfen und sie haben vor allem die Gelegenheit nicht nur mit innerstaatlichen Behörden und Experten in Austausch zu treten, sondern das eigene Papier und die Entwürfe der anderen Gutachter im persönlichen Gespräch zu diskutieren.

Wie erwähnt ist das Entstehen des Textes im Wesentlichen ein Verfahren des Austausches und des Zusammenfügens von Texten. Abgesehen von den nur ausnahmsweise stattfindenden Treffen der Gutachter während der Erstellung des Gutachtensentwurfs kann erst wieder unmittelbar vor dem Stattfinden der Plenarsitzung über Inhalte und Formulierungen diskutiert werden. Solche Gespräche sind vor allem dann nicht unüblich, wenn die betroffene Regierung eine ausführliche Stellungnahme zu einem Gutachtensentwurf erstattet. In solchen Fällen kommt es sowohl zu Beratungen unter den Gutachtern, als auch regelmäßig zu Gesprächen mit Regierungsvertretern, die mitunter auch kontrovers sein können, vor allem dann, wenn nicht die Regierung selbst um ein Gutachten angesucht hat.

Sobald der aus den verschiedenen Entwürfen der Gutachter zusammengefügte Text vorliegt, kann zumeist nur mehr über Formulierungen diskutiert werden. Nur dann, wenn einander widersprechende Positionen bezogen wurden und das Sekretariat einen Kompromiss formuliert hat, kann es noch zu weitergehenden Diskussionen unter den Gutachtern im e-mail-Wege kommen. Hinzuweisen ist auf einen Mechanismus, den die Richtlinien über die Arbeitsmethoden der Venedig-Kommission zwar vorsehen, der in der Praxis aber selten stattfindet. Diese sehen einen „wissenschaftlichen Beirat" („Scientific Council") vor, der für die hohe Qualität und die Widerspruchsfreiheit der Studien und Gutachten der Kommission primär verantwortlich sein soll. Dieser Beirat soll den Gutachtern Informationen über die „Lehrmeinungen der Kommission" („The Commission's doctrine") und anderes relevantes wissenschaftliches Material für die Vorbereitung von Gutachten zur Verfügung stellen. Diese Bestimmungen in den Richtlinien machen das Problembewusstsein innerhalb der Kommission deutlich, dass die Dokumente ungeachtet des Zeitdrucks einer wissenschaftlichen Fundierung bedürfen, die möglicherweise gegenwärtig nicht in jeder Hinsicht geleistet werden kann. Eine wesentliche Hilfe bilden aber heute schon Zusammenstellungen zu bestimmten Themen („compilations"), die in Hinkunft weiter ausgebaut werden sollen.

Die übrigen Mitglieder der Kommission, die nicht als Gutachter bestellt wurden, haben regelmäßig keinen erheblichen Einfluss auf ein Gutachten. Zwar sehen die Richtlinien über die Arbeitsmethoden der Venedig-Kommission vor, dass ein Mit-

glied, das substantielle Einwände in Bezug auf einen Gutachtensentwurf hat, der für den Zweck der Diskussion im Plenum versendet wurde, die Gutachter vor Beginn der Plenarberatungen darüber informieren soll. Soweit dies möglich ist, sollen Vorschläge über Formulierungen den Gutachtern oder dem Sekretariat vor Beginn der Plenarberatungen schriftlich mitgeteilt werden. Gegebenenfalls werden Gutachten am Tag vor den Plenarberatungen in einer der Unterkommissionen vorberaten, in diesem Stadium kann von den Mitgliedern dieser Unterkommission auf den Inhalt des Gutachtens Einfluss genommen werden.

Die Qualität der Gutachten als nichtverbindliche Empfehlungen begünstigt tendenziell die Fortbildung bestehender Standards. Es geht eben nicht bloß um die Definition von bestimmten Mindesterfordernissen, häufig wird auch in die Richtung von „best practice" gearbeitet. Dabei ist wieder auf eine bestimmte Vielfalt der Mitglieder zwischen den Polen von eher normativ denkenden richterlichen Mitgliedern und eher politisch denkenden, auf Rechtsgestaltung ausgerichteten Mitgliedern mit politischem Hintergrund hinzuweisen.[47]

Im Gesamten stellt sich der Vorgang der Gutachtenserstellung als eine Gemeinschaftsarbeit von Akteuren unterschiedlicher Qualität dar, im Kern Spezialisten des europäischen Verfassungsrechts, gesteuert weniger von formalen Verfahrensregeln, denn von stillschweigendem Konsens und mittlerweile jahrzehntelanger Übung. Wegen des Zeitdrucks und im Wissen um die Unverbindlichkeit der Dokumente sind Formulierungen nicht immer mit jener Präzision ausgewählt und diskutiert, wie das häufig bei Verfassungs- und Höchstgerichten der Fall ist. Ihr besonderer Wert liegt in der gemeineuropäischen Perspektive, im Einfließen verschiedener Standards und darin, dass im Gutachten diese gemeinsamen Standards gerinnen, so dass andere Organe darauf aufbauen können, seien es Gerichte oder politische Organe.

Schließlich ist der Grundsatz des dialogischen Verfahrens als allgemeines Charakteristikum noch einmal zu betonen. Er beherrscht vor allem die Schlussphase des Verfahrens. Viele Gutachtensentwürfe werden unmittelbar vor der Endberatung im Plenum auf Wunsch der Regierungen häufig noch in bilateralen Gesprächen zwischen Gutachtern und Regierungsvertretern beraten, mitunter vorbereitet durch schriftliche Stellungnahmen der Regierungen. Hier finden durchaus noch substantielle Änderungen statt. An der Beratung über den Entwurf des Gutachtens im Plenum dürfen die Regierungsvertreter sogar mit Rederecht teilnehmen, allerdings können sie hier faktisch nicht mehr den Gutachtensinhalt beeinflussen.

IX. Schlussbetrachtung

Das Agora-Gebäude des Europarates, in dem das Sekretariat der Venedig-Kommission untergebracht ist, befindet sich nur durch eine Straße, die Allée des Droits de l'Homme, getrennt vom Gebäude des Menschenrechtsgerichtshofes an einem der Straßburger Kanäle. Diese Lage hat mehr als nur symbolische Bedeutung. Ebenso wie die Richterinnen und Richter des EGMR sind auch die Mitglieder der Venedig-Kommission von der Vorstellung eines gemeineuropäischen Verfassungserbes gelei-

[47] Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, FS Bryde, S. 604.

tet, wie es den Regierungen der Mitgliedstaaten (wenigstens zum Zeitpunkt der Gründung des Europarates) vor Augen stand, wenn man den letzten Erwägungsgrund der Präambel der EMRK ernst nimmt, in dem von Regierungen von Staaten die Rede ist, die „vom gleichen Geist beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit" besitzen. Wechselseitige Bezugnahmen in Gutachten, Studien und Urteilen steigern den Zusammenhalt, das Bewusstsein gegenseitiger Unterstützung in der Wahrung und Fortentwicklung demokratischer, rechtsstaatlicher und nicht zuletzt menschenrechtlicher Standards.

Die jahrelange, in manchen Fällen jahrzehntelange gemeinsame Arbeit an dutzenden von Gutachten und Studien erzeugt bei den Mitgliedern der Venedig-Kommission einen Korpsgeist und eine Loyalität gegenüber den Zielen des Europarates und der Venedig-Kommission im Besonderen, und zwar auch in Zeiten, in denen manche Regierung nicht mehr im selben Maße uneingeschränkt für diese Ziele eintritt. Nationale Interessen und Perspektiven werden in den Hintergrund gerückt zugunsten einer gemeineuropäischen Perspektive, der Suche nach einem Konsens und letztlich einer Gesamtverantwortung für das Organ der Venedig-Kommission und ihrer gemeineuropäischen, ja weltweiten Zwecksetzung der Sicherstellung demokratischer Rechtsstaaten.

Vielfalt und Einheit von Recht und Verfassung in der Europäischen Union und imperialen Ordnungen

von

Oliver Jürgen Junge, Stuttgart

Inhalt

I. Einleitung: Die unklare Rechtsnatur der Europäischen Union 44
1. Europäische Union als Ordnung sui generis ohne historisches Vorbild 44
2. Staatsähnlichkeit der Europäischen Union 45
3. Imperiale Charakteristik der Europäischen Union 47
II. Definition und Abgrenzung imperialer Ordnungen und Gemeinsamkeiten mit der Europäischen Union 49
1. Ausdehnung imperialer Ordnungen und der Europäischen Union 51
2. Grenzenlosigkeit imperialer Ordnungen und der Europäischen Union 53
3. Vielfalt als Ausgangsbedingung imperialer Ordnungen und der Europäischen Union 56
III. Differenzierte Grundordnung in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union 60
1. Zentrum/Peripherie-Gefälle in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union 60
2. Vielheit der Verfassungen und Verträge in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union . 64
3. Abgestufte Bürgerrechte in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union 70
IV. Vielheit der Rechtsordnungen und Rechtsangleichung in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union 74
1. Rechtsangleichung in formellen und informellen Imperien und der Europäischen Union 75
2. Rechtsangleichung und funktionelle Dynamik in wirtschaftlichen Ordnungen wie dem British Empire und der Europäischen Union 77
3. Vielheit und Eigenständigkeit der Rechtsordnungen in imperialen Ordnungen 80
4. Das Interesse der anderen an der Ordnung, Kultur und Recht des imperialen Verbandes: Freiwillige Rechtsrezeptionen der Peripherie 81
V. Ausblick von imperialen Ordnungen auf die Europäischen Union 83

I. Einleitung: Die unklare Rechtsnatur der Europäischen Union

1. Europäische Union als Ordnung sui generis ohne historisches Vorbild

Die Rechtsnatur der Europäischen Union ist seit den Römischen Verträgen nicht nur in den Rechtswissenschaften, sondern auch in anderen Sozialwissenschaften Gegenstand kontroverser Debatten und zahlreicher Theorien gewesen. Nach herrschender staats- und völkerrechtlicher Lehre ist die Europäische Union weder eine völkerrechtliche Ordnung – kein Staatenbund und keine internationale Organisation – noch eine staatsrechtliche Ordnung in Form eines Bundesstaates. Meistens wird sie als Zwischenform zwischen Staatenbund und Bundesstaat gesehen. Praktisch allen Theorien, unabhängig davon, ob diese aus der Rechtswissenschaft kommend eher den völkerrechtlichen oder eher den staatsrechtlichen Charakter der Europäischen Union betonen, liegt die Annahme zugrunde, die Europäische Union sei mit vergangenen Ordnungen nicht vergleichbar.[1] Da es jenseits des Staatenbundes und des Bundesstaates keine historischen Beispiele und deshalb auch keine weiteren Kategorien politischer Ordnungen gebe („*tertium non datur*"), handele es sich bei der Europäischen Union um ein vollkommen neu- und einzigartiges Gebilde – eine Ordnung „*sui generis*".[2] Basierend auf der Annahme, Europa sei ein nie da gewesenes Phänomen, galt die Suche nach historischen Analogien und vergleichbaren Ordnungen bald als obsolet. Insbesondere in den politischen Wissenschaften wurden neue Integrationsmodelle entwickelt. Die Europäische Union verkörpert darin stets so etwas wie den Prototyp einer neuen Ordnung. So ist die Europäische Union u.a. als supranational,[3] als neo-funktionalistisch,[4] als intergouvernemental,[5] als Zweckverband,[6] als Staatenverbund,[7] als Staatenverband,[8] als Staatenverein, als *multilevel constitutiona-*

---

[1] Vgl. *G. Preyer*, Konstitutiver Liberalismus als soziale Ordnung der Europäischen Union, Rechtstheorie 40 (2009), 493: „ohne historisches Vorbild."; *S. Griller*, Der „Sui Generis Charakter der EU", in: W. Hummer (Hrsg.), Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende, Wien 2004, S. 14; *T. Schmitz*, Integration in der supranationalen Union, Baden-Baden 2001, S. 65 ff.; *G. Ress*, Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften, JuS 1992, S. 985 ff.

[2] Vgl. hierzu *P. Fischer*, Die EU – Eine autonome Rechtsgemeinschaft?, in: W. Hummer (Hrsg.), Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende, Wien 2004, S. 4 f.; kritisch hierzu *Jonescu*, Innerstaatliche Wirkungen des Vertragsverletzungsverfahrens, 2016, S. 20 ff.

[3] *P. Saladin*, Wozu noch Staaten?, Bern 1995, S. 73; *H.-J. Seeler*, Die Legitimation des hoheitlichen Handelns der Europäischen Gemeinschaft/Europäischen Union, EuR 1998, S. 721 ff.; vgl. *R. Uerpmann-Wittzack*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012, Art. 23 Rn. 7 ff. Entsprechend spricht auch das Bundesverfassungsgericht von Supranationalisierung, BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon [2008].

[4] *E. B. Haas*, The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces, 1950–57, Stanford 1958; *ders.*, Beyond the Nation-State: Functionalism and International Organization, Stanford 1964; *D. Mitrany*, The Prospect of European Integration: Federal or Functional, Journal of Common Market Studies 4 (1965), S. 119 ff.; *ders.*, The Functional Theory of Politics, New York 1976.

[5] *A. Moravcsik*, Negotiating the Single European Act. National Interests and Conventional Statecraft in the European Community, in: International Organization 45 (1991), S. 19 ff.; vgl. *R. Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., München 2002, S. 202.

[6] *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 196 ff.

[7] BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht [1993].

[8] *H. Lecheler*, Der Rechtscharakter der Europäischen Union, in: H. P. Ipsen u.a. (Hrsg.), FS zum

lism,[9] als Mehrebenensystem,[10] als Netzwerkordnung,[11] oder als europäischer Verfassungsverbund[12] beschrieben worden. Die Schwierigkeiten, die vermeintlich neue, beispiellose Ordnung Europas in ihrer Gesamtheit, in ihrer Komplexität und auch in manch scheinbaren Widersprüchen zu erfassen, bleiben jedoch evident. So viel Richtiges und Hilfreiches diese und andere Begriffe zum Verständnis Europas auch beitragen, zu komplex und differenziert sind die rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Zusammenhänge in Europa, als dass sie durch Begriffe erfasst werden könnten, die vornehmlich einzelne Strukturmerkmale und einzelne Aspekte eines komplexeren Ganzen zum Ausdruck bringen.[13]

2. *Staatsähnlichkeit der Europäischen Union*

Weit verbreitet ist inzwischen auch die Ansicht, dass die Europäische Union, wenn auch neuartig und historisch einzigartig, staatsähnlich, staatsanalog oder vorstaatlich sei.[14] Aber auch die heute gängigen Staatsanalogien tragen zum Begreifen der Europäischen Union nur bedingt etwas bei.[15] Der Europäische Bundesstaat mag ein langfristiges Ziel oder zumindest eine denkbare Möglichkeit der Europäischen Integration bleiben. Die Europäische Union ist einem Bundesstaat tatsächlich aber weder ähnlich noch nahe. Auch die schrittweise Übertragung weiterer Einzelkompetenzen und Souveränitätsrechte wird daran in naher Zukunft alleine nichts ändern. Richtig ist zwar, dass in den vergangenen fünfzig Jahren im Europäischen Integrationsprozess eine schleichende Annäherung der Europäischen Union an den Staat und seine drei Elemente des Staatsgebiets, des Staatsvolks und der Staatsgewalt[16] stattgefunden hat, die sich zum einen in der schrittweisen Übertragung staatlicher Machtbefugnisse auf

---

180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Verfassungsrecht im Wandel der Zeit, Köln 1995, S. 383 f.

[9] *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism in Action, Columbia Journal of European Law 15 (2009), S. 349 ff.

[10] *M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch*, Regieren in dynamischen Mehrebenensystemen, in: dies. (Hrsg.), Europäische Integration, Opladen 1996, S. 15 ff.; *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (173).

[11] *K.-H. Ladeur*, Europa kann nur als Netzwerk, nicht als Superstaat gedacht werden, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden 2010, S. 119 ff.

[12] *I. Pernice*, Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes, in: C. Callies (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, Tübingen 2007, S. 61 ff.

[13] Vgl. *J. Neyer*, Welche Integrationstheorie braucht Europa?, Integration 2007, S. 383.

[14] Exemplarisch hierfür *T. Oppermann*, Nationale Identität und supranationale Homogenität, in: A. Epiney/M. Haag/A. Heinemann (Hrsg.), FS für R. Bieber, Die Herausforderung von Grenzen, Baden-Baden 2007, S. 397: „staatsähnliche supranationale Union"; ähnlich auch *T. Schmitz* (Fn. 1), S. 178: „jedenfalls bundesstaatliche Züge"; vgl. *F. Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union, Berlin 2000, S. 196 ff., 204 ff.; *J. Isensee*, Integrationsziel Europastaat?, in: O. Due (Hrsg.), FS für U. Everling, Baden-Baden 1995, S. 572 f.; *D. Murswiek*, Maastricht und der Pouvoir Constituant, in: Der Staat 32 (1993), 161 (177 ff.); *S. Breitenmoser*, Die Europäische Union zwischen Völkerrecht und Staatsrecht, ZaöRV 1995, 979 (991); dagegen jedoch BVerfGE 123, 267 (371) – Lissabon [2008]: „gerade nicht staatsanalog aufgebaut".

[15] *W. Loth*, Der Weg nach Rom – Entstehung und Bedeutung der Römischen Verträge, Integration 2007, S. 36.

[16] Nach *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900, S. 355 ff.

die Union vollzogen hat und die sich mit der Unionsbürgerschaft und individuellen Rechtsverleihungen zum anderen in rechtlichen Vorformen einer europäischen Staatsbürgerschaft realisiert hat. Im Zuge dessen sind Vorformen einer öffentlichen europäischen Gewalt und einer Rechtsgemeinschaft europäischer Angehöriger mit subjektiven Rechten entstanden, die in Teilaspekten an Staatsgewalt und Staatsvolk erinnern. Eine „souveräne" europäische Staatsgewalt existiert bis heute jedoch ebenso wenig wie ein „homogenes" europäisches Staatsvolk. Trotz Unionsbürgerschaft bleiben die Mitgliedstaaten für die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten insbesondere im Hinblick auf Wahlrechte und politische Partizipation weitgehend verschlossen. Eine europäische Bundesstaatsangehörigkeit und ein europäisches Staatsvolk gibt es nicht.[17] Obwohl umfangreiche Kompetenzen und Zuständigkeitsbereiche auf die Europäische Union übertragen worden sind, wodurch die Hoheitsgewalt und die Souveränität der Mitgliedstaaten relativiert worden ist, ist die Europäische Union ihrerseits längst noch nicht souverän geworden.[18] Selbst im Vergleich zur Verteilung der Hoheitsgewalt in Bundesstaaten fehlen der Europäischen Union wesentliche Kompetenzen, die in föderalen Staaten in der Regel auf die Bundesebene übertragen sind, wie eine eigene Finanzhoheit, die alleinige Kompetenz für Verteidigung und Außenpolitik, eine gemeinsame Armee sowie generell eigene Vollstreckungsorgane und ein physisches Gewaltmonopol. Auch wenn als Gradmesser für die Staatswerdung der Europäischen Union nicht das in föderalen Ordnungen seit jeher fragwürdige Souveränitätsverständnis der herrschenden staats- und völkerrechtlichen Lehre zugrunde gelegt wird, sondern die tatsächliche Kompetenzverteilung in Bundesstaaten und die typische Ausgestaltung der Bundesangehörigkeit, dann existiert eine europäische Staatsgewalt bis heute ebenso wenig wie ein europäisches Staatsvolk. In Anbetracht zunehmender nationaler Gegensätze, sprachlicher und kultureller Heterogenität ist die Konsolidierung zu einem europäischen Staatsvolk und eine weitere Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf die Europäische Union in Richtung einer bundesstaatlichen Zentralisierung auf kurze und mittlere Sicht unwahrscheinlich geworden. Wiedereinsetzende Desintegration und der Austritt weiterer Mitglieder sind faktisch nicht mehr ausgeschlossen.

Bei genauem Hinsehen muss die These der Staatsähnlichkeit allerdings noch in einem weiteren Punkt grundlegend in Zweifel gezogen werden: Europa hat nicht nur kein Staatsvolk und keine „souveräne" Staatsgewalt, sondern auch kein Staatsgebiet. Vor allem letzterer Aspekt ist bis jetzt kaum beachtet worden. Voraussetzung eines Staatsgebietes ist das Bestehen von klaren Grenzen zwischen unterschiedlichen Rechtsordnungen und Hoheitsgewalten.[19] Die Europäische Union ist aber keine Ter-

[17] So bereits *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, in: VVDStRL 50 (1991), 10 (28); *C. Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, Baden-Baden 2001, S. 32: „Die Unionsbürgerschaft begründet kein umfassendes Status-, Schutz- und Gehorsamsverhältnis, wie es das Verhältnis eines Staates zu seinen Staatsangehörigen kennzeichnet."

[18] So insbesondere mit Verweis auf die fehlende Kompetenz-Kompetenz bzw. fehlende Organisationshoheit BVerfGE 75, 223 (224; 242) – Kloppenburg [1987]; BVerfGE 89, 155 (190) – Maastricht [1993] und zuletzt auch BVerfGE 123, 267 (349) – Lissabon [2008]; ähnlich auch schon *H.-J. Blanke*, Der Unionsvertrag von Maastricht. Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?, DÖV 1993, 412 (419); *J. Isensee* (Fn. 14), S. 574.

[19] Vgl. *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., Berlin 1989, S. 127 f.; *K. Ipsen*, Völkerrecht, 3. Aufl., München 1990, S. 57; *M. N. Shaw*, International Law, 3. Aufl., Cambridge

ritorialherrschaft.[20] Die Europäische Union hat keine für Staaten typischen klaren und festen Grenzen im Sinne von strikten Trennlinien zwischen ihrer eigenen Ordnung und äußeren Ordnungen. Die „Grenzen" der Europäischen Union sind vielmehr fließend, abgestuft und offen. An den Rändern der Europäischen Union liegen allenfalls „Grenzräume": Sogar das Recht der Europäischen Union gilt in unterschiedlichem Umfang auch außerhalb ihrer Grenzen in vielen Drittstaaten.[21]

3. Imperiale Charakteristik der Europäischen Union

Kategorien politischer Herrschaftsgebilde jenseits staatlicher Ordnungen sind den Rechtswissenschaften im Grunde aber fremd. So wird und wurde mit Blick auf den hoheitlichen Charakter der Europäischen Union, durch den diese sich nach herrschender Lehre von völkerrechtlichen Ordnungen unterscheidet, in der Regel schon im Ansatz nur überprüft, ob und inwieweit in Europa Übereinstimmung oder zumindest Ähnlichkeit mit den Merkmalen des Staates bzw. Bundesstaates besteht. Ob die Europäische Union „souverän" ist, ob sie die „Kompetenz-Kompetenz" besitzt oder ob staatliche Souveränitätsrechte und Kernkompetenzen auf sie übergegangen sind, gilt als entscheidendes Kriterium dafür, ob es sich schon um eine eher staatsrechtliche oder noch um eine eher völkerrechtliche Staatenverbindung handelt. Jede Kompetenz und jede hoheitliche Funktion werden dabei im Grunde als Alleinstellungsmerkmale des Staates behandelt, als hätte es Macht und hoheitliche Befugnisse in anderen Ordnungen als staatlichen nie gegeben.

An diesem Punkt ist der Diskurs allerdings auch mit Blick auf vergangene Ordnungen stets unvollständig geblieben: Neben Staat und Bund sind Imperien und Reiche als internationale Ordnungen durch die Zeiten hindurch bedeutende Kategorien politischer Ordnung gewesen. Die Ausübung von Macht über andere Verbände und Staaten ist für sie immer charakteristisch gewesen. Schon bei flüchtigem Hinsehen fällt deshalb vor allem eine offensichtliche Parallele auf, die die Vergleichbarkeit der Europäischen Union mit imperialen Ordnungen nahelegt. In Wissenschaft und Literatur – auch in der Rechtsprechung des BVerfG – hat sich inzwischen die Charakterisierung der Europäischen Union als supranationaler Verband durchgesetzt: Die Europäische Union wird trotz ihrer erheblichen Heterogenität und trotz ihres Multinationalismus längst nicht mehr einfach als internationale Organisation wahrgenommen, sondern – tendenziell – zutreffend als Herrschaftsordnung erkannt, die im Rahmen ihrer Kompetenzen durch eigene Organe öffentliche Gewalt über die ihr angehörenden Staaten, integrierten Völker und Nationen ausübt.[22] Im Kern

---

1991, S. 138 ff.; *S. Breitenmoser* (Fn. 14), S. 951 ff. Dieser Grundsatz kennt freilich Grenzen, siehe dazu ausführlich *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum*, a.a.O., S. 441 ff.

[20] Anderer Ansicht *C. Dorau* (Fn. 17), S. 30; *A. Schäfer*, Die Verfassungsdebatte in der Europäischen Union, Dornbirn 2003, S. 171 („Das Staatsgebiet der Europäischen Union ist klar umrissen und richtet sich nach den anerkannten Grenzen der Mitgliedstaaten."); wohl auch *H.-J. Blanke* (Fn. 18), S. 415.

[21] Vgl. *E. Greco/N. Tocci/M. Comelli*, From Boundary to Borderland: Transforming the Meaning of Borders through the European Neighbourhood Policy, European Foreign Affairs Review 12 (2007), S. 203 ff.

[22] So inzwischen auch BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon [2008].

ist die Europäische Union in den vergangen Jahrzehnten vor allem deshalb als neuartige, nie da gewesene Ordnung betrachtet worden, weil sie diese zwei grundlegenden Charakteristika in sich vereint, von denen man annahm, dass sie sich gegenseitig ausschließen: Einen Universalismus, eine räumliche Ausdehnung und eine damit einhergehende innere Heterogenität und Vielfalt, wie sie nach bekannten ordnungsrechtlichen Kategorien eigentlich nur für internationale Ordnungen ohne hoheitliche Befugnisse und Hoheitsrechte typisch sind; und gleichzeitig dennoch eine Machtfülle hoheitlicher Kompetenzen und Befugnisse, die nach überkommenem völkerrechtlichen Verständnis doch allein staatlichen und bundesstaatlichen Ordnungen vorbehalten war.[23] Alle Versuche, diesen vermeintlichen Widerspruch zwischen Vielfalt und Herrschaft aufzulösen, indem man sich entweder versicherte, die Europäische Union sei im Grunde doch eine historisch-kulturell homogene Gemeinschaft mit klaren Grenzen, oder aber sich ihres bloßen Intergouvernementalismus vergewisserte, als übe die Union als abgeleitete Ordnung im Grunde doch gar keine eigene Macht aus, sind – wie sich nun immer klarer zeigt – evident am eigentlichen Kern des Problems vorbeigegangen und ihm ausgewichen. Dabei haben sich Universalismus, Ausdehnung und Vielfalt einerseits sowie Macht und öffentliche Gewalt andererseits auch früher nicht ausgeschlossen, sondern sind wesentliche Charakteristika jeder imperialen Ordnung gewesen. Folgerichtig wurden Imperien ganz ähnlich wie nun die Europäische Union schon immer als „supranationale" oder „überstaatliche" Ordnungen beschrieben.[24] Die Grundfragen imperialer Herrschaft sind deshalb stets und in besonderer Weise Pluralismusfragen. Die Pluralismusproblematik betrifft im Kern das Verhältnis rechtlicher Einheit und Differenz vor dem Hintergrund sprachlicher, kultureller, religiöser, ethnischer, nationaler und wirtschaftlicher Vielfalt. Die Grundbedingungen des Imperiums und des Europäischen Integrationsprozesses stimmen darin überein. Die Ähnlichkeit dieser Problemstellung verleiht der vergleichenden Untersuchung ihre eigentliche, tiefere Bedeutung. Die Fragestellung, wie zentrale Herrschaftsformen unter den Bedingungen der Vielfalt und der Differenz entstehen, ist ein Teil dieser Frage, die sich Europa heute gleichermaßen stellt, wie sie sich imperialen Ordnungen seit jeher stellte. Wichtiger, drängender aber noch erscheint die Frage, auf welche Weise internationale Herrschaft unter der Bedingung der Vielfalt nicht nur kurzfristig errungen, sondern wie sie auf Dauer und unter Erfüllung ihrer grundlegenden Ideen und Ziele bewahrt und konsolidiert werden kann.[25]

Der hier zugrunde gelegte Ansatz, Parallelen des Europäischen Integrationsprozesses zu imperialen Ordnungen nachzuvollziehen, stellt die These, dass es sich bei der Europäischen Union um eine vollkommen neuartige Ordnung handele, die mit

[23] Siehe etwa *G. Thiemayer*, Supranationalität als Novum in der Geschichte der internationalen Politik der fünfziger Jahre, Journal of European Integration History 4 (1998), S. 5 ff.

[24] Vgl. *J. Schatz*, Imperium, Pax et Iustitia. Das Reich – Friedenstiftung zwischen Ordo, Regnum und Staatlichkeit, Berlin 2000, S. 28, 32: „Das Reich fußt auf übernationalem Recht"; vgl. auch *E. Kotte*, „Barbablanca" und die Wiederkehr des Reiches: Der Reichsmythos im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert, in: P. Nitschke/M. Feuerle (Hrsg.), Imperium et Comitatus, Frankfurt a.M. 2009, S. 241 f.; *B. Stollberger-Rilinger*, Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation. Vom Ende des Mittelalters bis 1806, München 2006, S. 7.

[25] Vgl. *A.J. Motyl*, Thinking About Empire, in: K. Barkey/M. v. Hagen (Hrsg.), After Empire – Multiethnic Societies and Nation-Building, Boulder 1997, S. 28; ähnlich auch *J. Schatz* (Fn. 24), S. 26.

vergangenen Ordnungen überhaupt nicht vergleichbar sei, deshalb in Frage. Dieser Ansatz ist dagegen weniger als Widerspruch zu den bisher vorliegenden Theorien der intergouvernementalen, supranationalen, funktionalistischen, konstitutionellen, föderalen oder auch staatsähnlichen Charakteristika der Europäischen Union zu verstehen, sondern vielmehr als deren Ergänzung und Zusammenführung im Kontext komplexer, weit im Raum sich ausdehnender und allmählich erst sich konsolidierender Herrschaftsordnungen mit differenzierten Eigenschaften. In erster Linie befasst sich dieser Beitrag allerdings mit der Frage, welche Rolle das Verfassungsrecht und die Angleichung der Rechtsordnungen bei der Integration imperialer Ordnungen gespielt haben, welche Formen Recht und Verfassungen im Integrationsprozess imperialer Ordnungen angenommen haben, welche Bedeutung der Vielheit und Heterogenität des Rechts dabei zukommt und inwiefern Gemeinsamkeiten mit der Europäischen Union und dem Europäischen Integrationsprozess bestehen. Für ein besseres Verständnis der Bedeutung der Vielheit und Einheit des Rechts bei der Integration imperialer Ordnungen ist ein kurzer Überblick über die grundlegenden Charakteristika imperialer Ordnungen und die Gemeinsamkeiten mit der Europäischen Union zunächst jedoch unerlässlich.

II. Definition und Abgrenzung imperialer Ordnungen und Gemeinsamkeiten mit der Europäischen Union

Im Kern zeichnen sich imperiale Ordnungen durch folgende Merkmale aus: Imperien sind nach außen sich ausdehnende, territorial unbegrenzte, deshalb offene und ihrem Selbstverständnis nach universelle, multinationale und kulturell heterogene sowie rechtlich diversifizierte und nur langfristig sich konsolidierende und vereinheitlichende Ordnungen mit mindestens zwei politischen Ebenen, in denen ein zentraler Verband (imperialer Verband) formell oder informell, direkt oder indirekt Macht über andere periphere Verbände und deren Angehörige ausübt.[26] Die Europäische Union teilt diese Merkmale – Ausdehnung, Entgrenzung und Grenzenlosigkeit, Universalismus, Vielfalt, Differenzierungen zwischen Zentrum und Peripherie sowie Machtausübung – weitgehend mit imperialen Ordnungen. Gleichzeitig unterscheiden sich Imperien wie die Europäische Union aufgrund dieser Merkmale wesentlich von völkerrechtlichen und (bundes)staatlichen Ordnungen.

Betrachtet man den Staat bzw. Bundesstaat nach Maßgabe des Staatsverständnisses *G. Jellineks* als territoriale sowie durch Staatsangehörigkeit und Staatsgewalt zusammengefasste politische Einheit, sieht man ihn im Grunde als in sich geschlossene Ordnung.[27] Der idealtypische Nationalstaat des 19. und 20. Jahrhunderts – homogen und souverän – ist eine räumlich, kulturell, ethnisch und politisch geschlossene Ord-

[26] Vgl. *M. W. Doyle*, Empires, Ithaca 1986, S. 19 ff.; *C. Tilly*, How Empires End, in: K. Barkey/M. v. Hagen (Hrsg.), After Empire – Multiethnic Societies and Nation-Building, Boulder 1997, S. 3; *J. Gilissen*, La notion d'empire dans l'histoire universelle, in: J. Pirenne/J. Gilissen (Hrsg.), Les grands empires, Brüssel 1973, S. 793; *S. Wank*, The Habsburg Empire, in: K. Barkey/M. v. Hagen (Hrsg.), After Empire – Multiethnic Societies and Nation-Building, Boulder 1997, S. 45; *H.-H. Nolte*, 1., 2., 3. Reich – Zum Begriff Imperium, in: ders. (Hrsg.), Imperien. Eine vergleichende Studie, Schwalbach 2008, S. 5.

[27] Siehe etwa *S. Haack*, Verlust der Staatlichkeit, Tübingen 2007, S. 136.

nung: Territorial geschlossen, weil die Begrenzungsfunktion des Staatsgebiets den Staat räumlich gegenüber der Außenwelt abgrenzt; kulturell und ethnisch geschlossen, weil die Staatsbürgerschaft exklusiv ist und die nach traditionellem Verständnis vorausgesetzte Homogenität des Staatsvolks Individuen und Kollektive ausgrenzt, die seinen Homogenitätskriterien nicht entsprechen; politisch geschlossen, weil die souveräne Staatsgewalt die Rechtseinheit nach innen gewährleistet und keinen rechtlichen Bindungen nach außen unterliegt. Die drei Elemente zeigen den Staat als Einheit nach innen und als Festung nach außen. Nun ist diese im 19. und teils auch im 20. Jahrhundert noch idealtypische Sichtweise auf den Staat bzw. Bundesstaat in der Gegenwart nicht uneingeschränkt aufrechtzuerhalten und auch in der Vergangenheit nie ganz real gewesen. Vor allem die für den Nationalstaat reklamierten Merkmale der Homogenität und der Souveränität sind in der jüngeren Vergangenheit durch internationale Entwicklungen zunehmend relativiert worden. Absolute Kategorien staatlicher Ordnungen sind sie nicht mehr. Noch immer führen sie aber mehr als nur ein Schattendasein in Theorie und Praxis und prägen nach wie vor das Erscheinungsbild des Nationalstaates.[28]

Im Unterschied zu diesem Staatsverständnis ist das Imperium eine räumlich, ethnisch, kulturell und politisch offene Ordnung: Räumlich offen, weil seine Grenzen, solange es sich ausdehnt und konsolidiert, ungewiss sind und weil es Grenzen nicht im Sinne von Grenzlinien, sondern lediglich im Sinne von Grenzräumen mit abnehmendem Integrationsgrad hat; ethnisch und kulturell offen, weil die Vielfalt der Völker, der Kulturen, Sprachen, Religionen und Ethnien infolge seiner Ausdehnung zu seinem natürlichen Erscheinungsbild gehört; politisch offen, weil dem Imperium in seinem Erweiterungsdrang und seinem Bemühen um Integration äußerer Räume und Völker eine strikte Unterscheidung zwischen Innen und Außen fremd ist und das Imperium seinem Selbstverständnis nach keinen Anspruch auf Souveränität erhebt, sondern in weitem, mitunter aber sehr unterschiedlichem Umfang die Autonomie seiner Mitglieder anerkennt.[29] Anders formuliert: Der Staat hat ein Volk in einem geschlossenen Territorium, über das er einheitlich Herrschaft ausübt, das Imperium viele Völker in einem offenen Raum, über die es auf sehr unterschiedliche Weise Macht ausübt.

Durch ihren hoheitlichen Charakter unterscheiden sich imperiale Ordnungen gleichzeitig von völkerrechtlichen Ordnungen. Anders als Bündnisse und Organisationen des klassischen Völkerrechts üben imperiale Verbände Macht und hoheitliche Befugnisse in ihren Mitgliedstaaten aus und erlassen auch unmittelbar verbindliche Rechtsakte. Darin unterscheidet sich auch die Europäische Union als „Herrschaftsordnung" nach überwiegender Ansicht von völkerrechtlichen Staatenverbindungen.[30]

---

[28] Zum Staat als „politische Einheit" *C. Schmitt*, Der Begriff des Politischen, in: ders., Positionen, Begriffe, Berlin 1988, S. 141; vgl. *ders.*, Staatsethik und pluralistischer Staat, in: aaO., S. 141 ff.

[29] Siehe für das Heilige Römische Reich *G. Bührer-Thierry*, Centre et Périphéries dans l'Empire Carolingien, in: F. Hurlet (Hrsg.), Les empires, Antiquité et Moyen Âge. Analyse comparée, Rennes 2008, S. 151 f.; ähnlich auch *P. Monnet*, Le Saint-Empire entre Regnum et Imperium, in: F. Hurlet (Hrsg.), Les empires: Antiquité et Moyen Âge. Analyse comparée, Rennes 2008, S. 155 ff.

[30] Vgl. *S. Breitenmoser*, (Fn. 14), S. 985.

1. Ausdehnung imperialer Ordnungen und der Europäischen Union

Die politischen Gemeinwesen, die als Imperien gelten, waren stets große, weit im Raum sich ausdehnende Ordnungen. Imperial ist im Ausgangspunkt immer eine Politik der Grenzüberschreitung, Grenzauflösung und Grenzverschiebung. Imperiale Integrationsprozesse zeichnen sich nicht nur durch eine nach innen, sondern zunächst immer auch durch eine nach außen gewandte Integration aus. Am Anfang der Entstehung der imperialen Ordnung und ihrer Integration steht die Erweiterung nach außen – meist ohne vorherbestimmten Plan,[31] fast immer ohne vorgegebene Grenzen: Das „Außen" wird Bestandteil des „Innen", das Nicht-Dazugehörende zugehörig, das Fremde vertraut. Ein Staat, der sich nach außen öffnet und seine Grenzen auszudehnen beginnt, ist kein gewöhnlicher Territorialverband mehr im modernen staats- und völkerrechtlichen Sinne, sondern ein imperialer Staat. Ebenso ist eine Föderation, die sich nach außen ausdehnt, keine gewöhnliche staats- oder völkerrechtliche Föderation, sondern eine imperiale Föderation.

Die Erweiterung ist im Kern das Imperiale des Imperiums. Die Integration äußerer Verbände kann freiwillig oder erzwungen sein. Historisch betrachtet ist in imperialen Ordnungen beides der Fall gewesen. Als Form der Entstehung imperialer Ordnungen kannte bereits die Antike neben gewaltsamer Eroberung imperiale Erwerbs- und Erweiterungsvorgänge durch Erbe, Kauf und Übereignung fremder Mächte.[32] Die Geschichte der Römischen und Britischen Reiche ist voller Beispiele dafür, dass fremde Völker und deren politische Führungen sich ohne Zwang und Androhung von Gewalt unter die Vormacht der imperialen Ordnung begaben. Die britische Herrschaft beruhte im Laufe des 18. Jahrhunderts in nahezu allen Überseebesitzungen auf dem Prinzip der Übereinkunft (*„government by consent"*) und nicht auf Zwang.[33] Zu einseitig ist deshalb die Annahme, dass der teils Jahrhunderte währende Zusammenhalt imperialer Ordnungen allein oder gar vornehmlich auf Zwang beruhte. Die Pluralismusproblematik des Imperiums als internationaler Ordnung ist langfristig durch Suppression und Zwang nicht zu lösen gewesen. Genauso wenig konnte freilich die Pluralismusproblematik der Europäischen Integration auf lange Sicht durch die Freiwilligkeit ihrer Gründungshistorie gelöst werden. Das britische

---

[31] *H. Münkler*, Imperien, 2. Aufl., Berlin 2008, S. 21. Siehe dazu m.w.N. auch *E. Baltrusch*, Außenpolitik, Bünde und Reichsbildung in der Antike, München 2008, S. 164 f.; *H. Triepel*, Hegemonie, 2. Aufl., Aalen 1961, S. 313.

[32] Siehe dazu *R. A. Billows*, Kings and Colonists. Aspects of Macedonian Imperialism, Leiden 1995, S. 25; *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 151; *B. Holtheide*, Römische Bürgerrechtspolitik und römische Neubürger in der Provinz Asia, Freiburg 1983, S. 5. Vgl. auch *M. W. Doyle* (Fn. 26), S. 45: „Empire, then, is a relationship, formal or informal, in which one state controls the effective political sovereignty of another political society. It can be achieved by force, by political collaboration, by economic, social, or cultural dependence."

[33] So auch *J. Hatschek*, Britisches und Römisches Weltreich, München 1921, insbesondere S. 179 f.; vgl. *J. P. Greene*, Peripheries and Center – Constitutional Development in the Extended Polities of the British Empire and the United States 1607–1788, Athens 1986, S. 145: „During the eighteenth century, as Black notes and as he has been argued at length in this volume, Britain's various overseas dominions had been ‚much, if not equally, blessed by the extension of the benefits of government by consent'. […] To an extraordinary degree, in fact, royal government in the colonies had come more and more to mean government by the elected representatives of the people."

Beispiel macht dies sehr deutlich. Ohnehin verlieren die Umstände der Entstehung auf lange Sicht meist an Bedeutung.

Der räumlichen Ausdehnung des imperialen Verbandes folgen meist nur schrittweise die Konsolidierung und Verdichtung des Imperiums, seiner Macht und seiner Beziehungen im Innern – teilweise und zeitweise Rückschläge, Rückschritte und Desintegration inbegriffen. Oft bleiben die erweiterten Beziehungen des imperialen Verbandes zu anderen Verbänden zunächst relativ lose, schwach, informell und es dauert lange, bis aus der informellen Dominanz des imperialen Verbandes und den lediglich völkerrechtlichen Bindungen zwischen imperialem Verband und peripheren Einzelverbänden verdichtete, staatsähnliche, letztlich vielleicht sogar staatsrechtliche Beziehungen hervorgehen. Auch innerhalb ein und derselben imperialen Ordnung variiert in der Regel die räumliche und zeitliche Abfolge der Ausdehnungen und Konsolidierungen. Imperien sind deshalb keine einheitlichen, sondern differenzierte Ordnungen. In erster Linie müssen imperiale Integrationsprozesse jedoch als Ausdehnungs- und in zweiter Linie erst als Konsolidierungsprozesse begriffen werden. Gleichbedeutend mit imperialen Ausdehnungs- und Konsolidierungsprozessen kann man auch von Erweiterungs- und Vertiefungsprozessen sprechen – wie im Falle der Europäischen Union und der Europäischen Integration.

Wo die Grenzen des Prozesses der „imperialen" Ausdehnung im Raum liegen, ist von vornherein nicht klar und bleibt meist lange Zeit unklar. Die Ungewissheit über die Grenzen des Imperiums und ein mögliches Ende seiner Erweiterung gehört wie im Fall der Europäischen Union und ihrer Grenzen zur Entstehungsgeschichte fast jedes Imperiums. Die Grenzenlosigkeit ihres Reiches in Zeit und Raum gehörte gewissermaßen zum Selbstverständnis der Römer: Dem Dichter *Vergil* galt das Römische Reich als *„imperium sine fine"* – als Imperium ohne Grenze.[34] Die Idee der Grenzenlosigkeit der eigenen Ordnung war untrennbar mit der Entstehung des Imperiums und der Ausdehnung seiner Macht verbunden.[35] Dementsprechend hat später auch *J. Schumpeter* die „Expansion ohne angebbare Grenze"[36] als zentrales Charakteristikum imperialer Ordnungen erkannt und seiner Imperialismus-Definition zugrunde gelegt.[37]

---

[34] *P. Vergilius Maro*, Aeneis (I 279), in: J. Götte (Hrsg.), Düsseldorf 2000, S. 21: „Hier wird drei Jahrhunderte nun beim Stamme des Hektor bleiben das Reich; dann wird seine Priesterin, Tochter des Königs, Ilia, schwanger von Mars und Mutter von Zwillingssöhnen. Prangend umhüllt vom gelblichen Fell seiner Amme, der Wölfin, führt dann Romulus weiter den Stamm: Die Mauern der Marsstadt baut er auf und nennt nach seinem Namen die Römer. Diesen setze ich weder in Raum noch Zeit eine Grenze. Endlos Reich hab ich ihnen verliehen."

[35] *A. Demandt*, Die Auflösung des Römischen Reiches, in: ders. (Hrsg.), Das Ende der Weltreiche. Von den Persern bis zur Sowjetunion, München 1997, S. 38.

[36] Imperialismus wird demnach als „die objektlose Disposition eines Staates zu gewaltsamer Expansion ohne angebbare Grenze" definiert, siehe *J. Schumpeter*, Zur Soziologie der Imperialismen, Tübingen 1919, S. 5.

[37] Siehe zur politischen Dimension von Expansion und Ausdehnung des Imperiums und ihren „inneren" und „äußeren" Gründen auch *H. Münkler* (Fn. 31), S. 63 ff.

2. Grenzenlosigkeit imperialer Ordnungen und der Europäischen Union

Solange imperiale Verbände expandieren, sich ausdehnen und erweitern, haben Imperien keine feststehenden, linienförmigen, klar umrissenen Außengrenzen. Grenzen und ein Gebiet im modernen staatsrechtlichen Sinne hatten in ihrer langen Entstehungs- und Ausdehnungsphase weder das Römische Reich[38] noch das Chinesische Reich[39] noch das Heilige Römische Reich[40] oder das British Empire.[41] Im Gegensatz zu modernen Territorialstaaten und Nationalstaaten haben imperiale Ordnungen weder feste Grenzen noch ein nach außen feststehendes Gebiet. Imperiale Ordnungen sind in ihrer Entstehungs- und Erweiterungsphase deshalb weder territoriale Ordnungen, die feste räumliche Grenzen haben, noch gleichen Imperien in ihrer zunehmenden Vielfalt nationalen Gemeinschaften, die aufgrund bestimmter Merkmale Grenzen zwischen Zugehörigen und Nichtzugehörigen, zwischen Innen und Außen festlegen wollen – und meist auch nicht festlegen können. Im Unterschied zu territorialstaatlichen Grenzen sind die „Grenzen" imperialer Mächte immer nur vorläufig und im Fluss, nicht selten schnellen Veränderungen unterworfen, variieren graduell und zeichnen sich durch räumliche Abstufungen aus. Als sich ausdehnende, sich erweiternde politische Ordnungen haben Imperien deshalb keine linienförmigen Grenzen im Sinne von Demarkationslinien (*border* bzw. *hard*, *exclusionary boundaries*), sondern allenfalls Grenzgebiete im Sinne von lediglich teilweise bzw. schwächer integrierten Grenzräumen (*borderland/border-region*). Sie lassen nur ein ungefähres, aber kein exaktes Ende der imperialen Ordnung und der imperialen Gewalt erkennen. Strikte Barrieren für Handel und Freizügigkeit sind imperiale Grenzräume in aller Regel nicht.

Für die Europäische Union ist neben der inneren Integration – der Vertiefung – bis heute immer auch die äußere Integration – die Erweiterung – charakteristisch gewesen. Dadurch erhält die Europäische Union in erster Linie ihre imperiale Charakteristik. Die Europäische Integration ist von Anfang an ein auch nach außen gewandter, dabei stets internationaler bzw. supranationaler Integrationsprozess gewesen und

---

[38] Siehe für das Römische Reich *E. Meyer-Zwiffelhoffer*, Imperium Romanum. Geschichte der römischen Provinzen, München 2009, S. 14; *J. Richardson*, The Language of Empire – Rome and the Idea of Empire from the Third Century BC to the Second Century AD, Cambridge 2008, S. 88 f.; *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 35; *J. Schatz* (Fn. 24), S. 62.

[39] Siehe für das Chinesische Reich *T. Klein*, China – Das Imperium der Quing und sein Erbe (17.–20. Jahrhundert), in: H.-H. Nolte (Hrsg.), Imperien, Eine vergleichende Studie, Schwalbach 2008, S. 45 ff., 49. Ansätze zu Grenzen im Sinne von Demarkationslinien entstanden zunächst lediglich im Norden Chinas gegenüber der heutigen Mongolei als Sicherheitsbarriere vor nomadischen Reitervölkern und wohl auch zur Kontrolle des Handels. Erst wesentlich später entstand schließlich gegenüber dem russischen Imperium auch eine anerkannte Grenze. Der Vertrag von NerČinsk (1689) gilt demnach als erste akzeptierte „Territorialgrenze", die „beide Seiten als gleichberechtigte Partner erscheinen ließ".

[40] Siehe für das Heilige Römische Reich *G. Bührer-Thierry* (Fn. 29), S. 151; siehe auch *J. Smith*, Confronting Identities: the Rhetoric and Reality of Carolingian frontier, in: W. Pohl/M. Diesenberger (Hrsg.), Integration und Herrschaft, Wien 2002, S. 169–182.

[41] Siehe für das British Empire *P. Wende*, Das britische Empire. Geschichte eines Weltreichs, München 2012, S. 3, der auf das „Fehlen eindeutiger Grenzen" hinweist. Die Grenzen des Empire seien vielmehr „fließend" gewesen, sie „trennten keine gleichberechtigten politischen Einheiten", sondern stellten eher „Abstufungen von Macht und Einfluss" dar.

ist dies trotz in ihrem Innern fortschreitender Vertiefung und Konstitutionalisierung sowie zwischenzeitlicher Desintegration im Grunde auch bis heute geblieben. Die Europäische Union integriert äußere Staaten und Nationen, indem sie diese als Mitglieder aufnimmt, aber auch indem sie mit Drittstaaten internationale Verträge, Assoziierungsverträge und andere Abkommen schließt. Eine nationale Idee, eine nationale Identität und vorherbestimmte Grenzen haben Europa und die Europäische Union nie gehabt.

Solange sich die Europäische Union im Erweiterungsprozess befindet, aber auch solange sie anstelle der formalen Erweiterung ihres Mitgliederkreises ihren Raum zumindest teilweise öffnet und offen hält, indem sie durch Assoziierungen und Partnerschaften abgestufte und partielle Formen der Teilnahme an ihrem Wirtschaftsraum und ihrer Rechtsordnung auch über den Kreis ihrer formalen Mitglieder hinaus zulässt und ausdehnt, hat sie nach außen keine klar definierten und scharfen Grenzen im Sinne von Barrieren zwischen unterschiedlichen Rechts- und Verfassungsräumen, zwischen einander verschlossenen wirtschaftlichen, politischen, sozialen und kulturellen Räumen. Die „Grenzen" der Europäischen Union sind fließend, abgestuft, offen und unklar.[42] Starre rechtliche und politische Grenzen zwischen EU-Mitgliedern und Nicht-Mitgliedern im Sinne des Völkerrechts, d.h. Grenzen im für Staaten gebräuchlichen Wortsinne – begriffen als Grenz- und Trennlinien, an denen die Rechtsordnung und Hoheitsgewalt eines Hoheitsträgers uneingeschränkt enden und die eines anderen Hoheitsträgers ohne Einschränkung beginnen – gibt es an den Rändern der Europäischen Union nicht. Im gesamten Geltungsbereich des EU-Rechts sind lediglich räumliche Abstufungen der Rechtsgeltung und der Hoheitsgewalt der Union, aber keine klaren Grenzen mehr zu identifizieren.[43] An den Rändern der Europäischen Union und in seiner Peripherie liegen deshalb allenfalls „Grenzräume". Schon innerhalb der Europäischen Union zeichnen sich immer deutlicher rechtlich-politische Abstufungen und eine differenzierte Integrationsdichte ab – wichtigstes, aber nicht das einzige Beispiel ist die Währungsunion. Dieses Integrationsgefälle setzt sich außerhalb der Europäischen Union fort. Keineswegs gilt das „EU-Recht" nur in Mitgliedstaaten der Union. Eine Abgrenzung der Hoheitsgewalt und der Rechtsordnung der Europäischen Union von ihrer unmittelbaren Nachbarschaft existiert nur graduell, aber nicht grundsätzlich: Das Recht der Europäischen Union gilt in unterschiedlichem Umfang auch außerhalb ihrer Grenzen in vielen Drittstaaten. Hoheitsgewalt und Einfluss üben die Organe der Europäischen Union dadurch auch außerhalb der Grenzen ihrer Mitgliedstaaten aus.[44] In teils beträchtlichem Umfang und auf Dauer nehmen Drittstaaten auf Grundlage bilateraler, teils auch multilateraler Assoziierungsverträge gemäß Art. 217 AEUV partiell an der Rechts- und Wirtschaftsordnung der Europäischen Union teil. Drittstaaten werden nicht vollwer-

---

[42] Vgl. *H. Kriesi*, Staatsentwicklung, Nationenbildung und Demokratisierung, in: P. Mastronardi/D. Taubert (Hrsg.), Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen, Stuttgart 2006, S. 220; *A. Siehr*, Entdeckung der Raumdimension in der Europapolitik: neue Formen territorialer governance in der Europäischen Union, Der Staat 48 (2009), 75 (97). Vgl. auch *A. Faber*, Die Weiterentwicklung der Europäischen Union: Vertiefung versus Erweiterung?, Integration 2007, S. 110 ff.

[43] Vgl. *U. di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen 2001, S. 68 f.; vgl. hierzu auch *U. Battis/J. Kersten*, Europäische Raumentwicklung, EuR 2009, 3 ff.

[44] Vgl. *A. Siehr* (Fn. 42), S. 97.

tig, aber teilweise in die Ordnung der Europäischen Union integriert.[45] Regelmäßig beinhalten Assoziierungsverträge, die die Europäische Union mit Nicht-EU-Staaten schließt, Vereinbarungen über die dauerhafte und unmittelbar verbindliche Geltung von EU-Recht oder zumindest dem EU-Recht entsprechenden oder ähnlichen rechtlichen Standards auch über das „Gebiet" der EU-Mitgliedstaaten hinaus in den assoziierten Drittstaaten. Auf Grundlage der Assoziierungsverträge können Assoziierungsorgane auch unmittelbar verbindliche Sekundärrechtsnormen und Entscheidungen erlassen.[46] In vielen Fällen enthalten Assoziierungsabkommen Regelungen, deren Wortlaut identisch ist mit Bestimmungen der EU-Verträge. Rechtstechnisch häufiger sind Bezugnahmen oder Verweisungen auf Normen und Kapitel des EU-Rechts.[47] In anderen Fällen enthalten Assoziierungsverträge modifizierte, teils abgewandelte, teils abgeschwächte Formen EU-rechtlicher Normen und Standards.

Im Fall „*Demirel*" hat der EuGH die „teilweise Teilnahme am Gemeinschaftssystem" deshalb als Grundmerkmal der Assoziierung hervorgehoben.[48] Im Falle des Kooperationsabkommens mit Marokko von 1978 konstatierte der EuGH, dass das bloße Ziel der Zusammenarbeit zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung des Vertragspartners keine Assoziierung darstelle.[49] Auch wenn diese Ansicht des EuGH der langjährigen Assoziierungspraxis nicht in allen Fällen gerecht wird und auch keine ungeteilte Zustimmung von Seiten der Literatur erhält,[50] bringt sie doch das Spezifische und eigentlich Charakteristische der Europäischen Assoziierungspraxis insbesondere im Beitrittsprozess und in der unmittelbaren Nachbarschaftspolitik, mit Abstrichen auch der Assoziierungspolitik generell zum Ausdruck. Schon *W. Hallstein* hatte deshalb bemerkt, dass bestehende Formen der Assoziation von „Freihandel plus ein Prozent bis Mitgliedschaft minus ein Prozent" reichten.[51] Inzwischen muss man mit Blick auf weitgehend assoziierte Staaten einerseits sowie rudimentäre Mitgliedschaften andererseits sogar feststellen, dass manches Nicht-EU-Mitglied in verschiedener Hinsicht weitgehender in das Gemeinschaftssystem der Europäischen Union integriert ist als manche EU-Mitglieder an ihren Rändern.

Durch die allmähliche Erweiterung und das Übergreifen ihrer politischen Ordnung, ihrer Rechts- und Wirtschaftsordnung wurden an den Rändern der Europäischen Union schrittweise auch bestehende Barrieren und Schranken für Freizügigkeit, Migration und Freihandel abgebaut. Starre, undurchlässige Zollgrenzen für den

---

[45] Vgl. *P. Koutrakos*, EU International Relations Law, Oxford 2006, S. 238; *J. Klabbers*, Völkerrechtsfreundlich? International law and the Union legal order, in: ders. (Hrsg.), European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives, Cheltenham 2011, S. 111 f.

[46] Siehe *S. Vöneky/B. Beylage-Haarmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, München 2017, Art. 217 Rn. 5 ff. Zur unmittelbaren Verbindlichkeit von Beschlüssen eines Assoziationsrates siehe EuGH, Rs. C-237/91, Slg. 1992, I-6781 – Kus; EuGH, C-355/93, Slg. 1994, I-5113 – Eroglu.

[47] Siehe *H.-H. Herrnfeld*, in: J. Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Art. 310 EGV Rn. 20. Dennoch kann die Auslegung dieser Vertragsbestimmungen im Einzelfall von der Auslegung der EU-Verträge abweichen, vgl. EuGH, Rs. C-162/00, Slg. 2002, I-1049 – Pokrzeptowicz-Meyer.

[48] EuGH, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719 – Demirel.

[49] EuGH, Rs. C-18/90, Slg. 1991, I-199 – Kziber.

[50] Krit. *K. Schmalenbach*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl., München 2016, Art. 217 AEUV Rn. 8.

[51] Zit. *W. Hallstein* nach *H. Keller*, Rezeption des Völkerrechts, Berlin 2003, S. 222.

Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr sind in den vergangenen Jahrzehnten im Verhältnis zu vielen Nachbar- und auch sonstigen Drittstaaten beseitigt oder reduziert worden. Verteidigungs- und Wehrgrenzen sind die nationalen Staatsgrenzen im Verhältnis zu den meisten angrenzenden Drittstaaten, mit denen bereits Assoziierungen, Partnerschaften und internationale Bündnisse bestehen, ebenfalls nicht mehr. Eine scharfe Trennung zwischen Mitgliedern und Nicht-Mitgliedern der Union, zwischen integrierten und nicht-integrierten Staaten, zwischen Innen und Außen in Europa ist deshalb praktisch kaum mehr und immer weniger möglich. Ebenso wenig verlaufen an den Rändern der Union klare Trennlinien zwischen einheitlichen Kultur- und Sprachräumen, zwischen unterschiedlichen Ethnien oder Nationen.

3. Vielfalt als Ausgangsbedingung imperialer Ordnungen und der Europäischen Union

Heterogenität und Pluralismus sind die unvermeidliche Folge der Ausdehnung imperialer Verbände.[52] Die räumliche Erweiterung des imperialen Verbandes bringt eine Vielfalt und Differenzierung der Kulturen, Nationen, Völker, Stämme, Religionen, Sprachen und Ethnien, aber auch der Rechts- und Verfassungsordnungen mit sich, die das Imperium von allen anderen politischen Herrschaftsordnungen unterscheidet.[53] Die aufgrund der Ausdehnung im Raum sich entwickelnde Vielfalt verschiedenartiger Völker, Nationen, Kulturen, Religionen, Sprachen, Ethnien, Wirtschafts- und Rechtsordnungen ist für alle imperialen Ordnungen charakteristisch.[54] Imperien haben Menschen und Völker unterschiedlichster Sprachen, Religi-

[52] Vgl. *M. Duverger*, Le concept d'empire, in: ders. (Hrsg.), Le Concept d'Empire, Paris 1980, S. 8.

[53] Siehe für Imperien im Allgemeinen: *J. Burbank/F. Cooper*, Empires in World History, Princeton 2010, S. 11 ff.; *J. Gilissen* (Fn. 26), S. 793; *F. Clément*, Califat abbasside: la circulation du pouvoir selon les Ahkam sultaniyya d'al-Mawardi (XI. siècle), in: F. Hurlet (Hrsg.), Les empires, Antiquité et Moyen Âge. Analyse comparée, Rennes 2008, S. 199; *K. Barkey*, Thinking About Consequences of Empire, in: dies./M. v. Hagen (Hrsg.), After Empire – Multiethnic Societies And Nation-Building, Boulder 1997, S. 105; *A. J. Motyl* (Fn. 25), S. 20; *F. Hurlet/J. Tolan*, Conclusion, in: F. Hurlet (Hrsg.), Les empires, Antiquité et Moyen Âge. Analyse comparée, Rennes 2008, S. 248.

[54] Siehe für das Seleukidenreich *L. Capdetrey*, Le royaume séleucide: l'empire impossible?, in: F. Hurlet (Hrsg.), Les empires, Antiquité et Moyen Âge. Analyse comparée, Rennes 2008, S. 60. Siehe für das Römische Reich *E. Meyer-Zwiffelhoffer* (Fn. 38), S. 112 ff. Siehe für das Chinesische Reich *T. Klein* (Fn. 39), S. 38 ff. Siehe für das Reich Karls des Großen und das Heilige Römische Reich *G. Bührer-Thierry* (Fn. 29), S. 151 f.; vgl. *J. Smith* (Fn. 40), S. 169 ff.; *H. W. Goetz*, Concepts of Realm and Frontiers from late Antiquity to Early Middleages: some preliminary Remarks, in: W. Pohl (Hrsg.), The transformation of frontiers, Leiden 1996, S. 73–83; *P. Monnet*, Le Saint-Empire entre Regnum et Imperium, in: F. Hurlet (Hrsg.), Les empires, Antiquité et Moyen Âge. Analyse comparée, Rennes 2008; vgl. auch *M. Borgolte*, Europa entdeckt seine Vielfalt 1050–1250, Stuttgart 2002; *E. Kotte* (Fn. 24), S. 241 f.; *K.-U. Jäschke*, Europa und das römisch-deutsche Reich um 1300, Stuttgart 1999; *J. Schatz* (Fn. 24), S. 29 f. – Anderer Ansicht für das Heilige Römische Reich *A. Demandt*, Die Weltreiche in der Geschichte, in: ders. (Hrsg.), Das Ende der Weltreiche. Von den Persern bis zur Sowjetunion, München 1997, S. 216; siehe für das Imperium der Genueser *M. Balard*, L'empire génois au moyen âge, in: F. Hurlet (Hrsg.), Les empires, Antiquité et Moyen Âge. Analyse comparée, Rennes 2008, S. 188 ff. Siehe für das British Empire *David Armitage*, The British Conception of Empire in the Eighteenth Century, in: F. Bosbach/H. Hiery (Hrsg.), Imperium/Empire/Reich – Ein Konzept politischer Herrschaft im deutsch-britischen

onen, Sitten, Gebräuche und Ethnien integriert, haben hochdiversifizierte Wirtschafts- und Währungsräume ökonomisch miteinander verflochten, haben Räume mit geographisch und klimatisch unterschiedlichsten Bedingungen unter dem Dach einer politischen Ordnung zusammengefügt. Naturvölker waren neben alten Kulturnationen Teile imperialer Ordnungen. Arbeitsteilige Industriegesellschaften und Wirtschaftsräume auf höchstem technologischem Stand gehörten neben einfach strukturierten Agrargesellschaften und nomadischen Reitervölkern zu imperialen Ordnungen.

Vielfalt und Einheit sind ihrem Wesen nach keine absoluten, sondern lediglich relative Maßstäbe. Wenn imperiale Ordnungen als vielfältig bezeichnet werden, gilt dies also immer nur in Relation zu anderen politischen Ordnungen und Modellen. Während im Verhältnis imperialer zu internationalen Ordnungen von einem vergleichbaren Grad an Vielfalt gesprochen werden kann, unterscheidet sich das Imperium durch seine außergewöhnliche Vielfalt insbesondere vom Staat – vor allem vom Nationalstaat. Wenn *C. Schmitt* sagt, dass der „Staatsbegriff der eigentliche Feind des Reichsbegriffs" sei, dann meint er in erster Linie diesen Gegensatz von Reich und Nation, von Imperium und Nationalstaat.[55] Das Imperium ist weder vorrechtliche noch rechtliche „Einheit". Es ist nicht ein einheitliches Ganzes, sondern ein vielfältiges Ganzes aus einzelnen Teilen – mit je unterschiedlichen politischen und rechtlichen Beziehungen zueinander.[56] Wäre „Ordnung naturgemäß Einheit"[57], dann wären Imperien wohl überhaupt keine Ordnungen.

In der paradigmatischen Vorstellung von Ordnung als Einheit kommt bei genauem Hinsehen aber ein eher neueres politisches und verfassungsrechtliches Denken zum Vorschein, das sich bei genauer Betrachtung stärker erst im Zuge der Entstehung moderner Nationalstaatlichkeit durchzusetzen beginnt.[58] Das Heilige Römische Reich war, selbst als es den Beinamen „deutscher Nation" erhalten hatte, noch bis zu seiner Auflösung 1806 weit davon entfernt, eine Einheit zu sein.[59] Sogar in europäischen Territorialstaaten des 18. Jahrhunderts, selbst in europäischen Nationalstaaten

---

Vergleich, München 1999, S. 107; *A. Demandt*, a.a.O., S. 220; siehe für das Habsburger Reich *S. Wank* (Fn. 26), S. 50.

[55] *C. Schmitt*, Reich-Staat-Bund, in: ders., Positionen und Grundbegriffe, Berlin 1988, S. 219; vgl. auch *ders.*, Der Reichsbegriff im Völkerrecht, in: ders., Positionen und Begriffe, Berlin 1988, S. 303; vgl. *H.-H. Nolte*, War die Sowjetunion ein Imperium?, in: ders. (Hrsg.), Imperien, Eine vergleichende Studie, Schwalbach 2008, S. 76: „Imperium macht vor allem Sinn als Gegenbegriff zur Nation."

[56] Siehe allgemein für das Römische Reich *J. Richardson* (Fn. 38), S. 116; vgl. *M. W. Doyle* (Fn. 26), S. 90. Siehe für das Heilige Römische Reich *J. Schatz* (Fn. 24), S. 28; vgl. *P. Monnet* (Fn. 54), S. 180. Siehe für das British Empire *A. N. Porter*, From Empire to Commonwealth of Nations, in: F. Bosbach/H. Hiery (Hrsg.), Imperium/Empire/Reich – Ein Konzept politischer Herrschaft im deutsch-britischen Vergleich, München 1999, S. 168; vgl. *J. P. Greene* (Fn. 33), S. 75.

[57] Zit. *S. Haack* (Fn. 27), S. 111; vgl. *K. Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, S. 9 ff.

[58] Zum Aspekt der verfassungsrechtlichen Einheit („Grundsatz der Einheit der Verfassung") BVerfGE 1, 14 (32) – Südweststaaten [1951]; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, München 1977, S. 131; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Heidelberg 1995, S. 27 f.; *P. Badura*, Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des BVerfG, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 2 ff.; *F. Müller*, Die Einheit der Verfassung, 2. Aufl., Berlin 2007. Dass die rechtliche Grundordnung eines Staates lediglich auf einer einheitlich geltenden und nicht auf verschiedenen, unterschiedlichen Verfassungen beruht, wird dabei als selbstverständlich vorausgesetzt.

[59] Vgl. *J. Schatz* (Fn. 24), S. 269 ff.

des 19. Jahrhunderts gab es noch nicht annähernd jenes paradigmatische Einheitsideal, das sich im 20. Jahrhundert durchgesetzt hat und zeitgenössische Staaten wie auch Bundesstaaten prägt. Moderne staatsrechtliche Idealvorstellungen von staatlicher Ordnung als möglichst vollkommener Einheit stehen also nicht in der Tradition eines zeitlosen, allgemeingültigen Begriffs politischer Herrschaftsordnungen.

Selbstverständlich hat es Prozesse der Angleichung, der Vereinheitlichung und Einheitsbildung auch in imperialen Ordnungen gegeben – allerdings anders und in weit geringerem Maße als dies unter Zugrundelegung zeitgenössischen Staatsverständnisses der Fall ist. Einheitsbildung ist in entstehenden imperialen Ordnungen niemals etwas vergleichbar Absolutes, niemals etwas ähnlich Vollkommenes gewesen wie im modernen Nationalstaat, vielmehr ein „dialektischer Prozess von Vereinheitlichung im Großen und Ausdifferenzierung im Kleinen."[60] Imperiale Formen der Einheitsbildung waren eher partiell als umfassend, eher punktuell als ganzheitlich. Entsprechend waren imperiale Machtausübung und Verwaltung insgesamt eher indirekt als direkt;[61] eher schwach als stark.[62] Unmittelbare Verwaltungsstrukturen waren für Imperien eher die Ausnahme als die Regel. Imperien sind dementsprechend keine Einheiten im Sinne eines monolithischen Ganzen, sondern aus Teilordnungen bestehende Ordnungssysteme mit einzelnen, punktuell einheitsstiftenden Verbindungen. Das Spezifische imperialer Ordnung als Ganzes ist mindestens so sehr die Vielfalt ihrer Struktur und Organisation wie die Einheit ihrer Ordnung als Ganzes.[63]

Als Herrschaftsinstrument und Form imperialer Machtausübung haben gezielte Differenzierungen und Unterscheidungen in imperialen Ordnungen eine ebenso starke Tradition wie Einheitsbildung und Vereinheitlichung. Als Inbegriff differenzierter Herrschaftsform verkörpert das imperiale Motto *„divide et impera"* schlagwortartig diesen grundlegenden Gegensatz zu modernen Konzeptionen nationaler Einheit und der Einheitsbildung des Staates.[64] *„Divide et impera"* versteht Ordnung, wenn erforderlich und opportun, ebenso als Teilung wie als Einheitsbildung. Wo Einheitsbildung nicht möglich oder sinnvoll erscheint, setzt imperiale Politik auf Trennung statt Zusammenfügung, versteht das Imperium Ordnung auch als Differenzierung statt Gleichbehandlung. Imperien sind deshalb keine vollkommenen oder absoluten, sondern lediglich relative Einheiten, oft aber auch weitgehend differenzierte und heterogene politische Systeme.

Die Frage, ob die Europäische Union eine Einheit ist oder die Vielfalt bewahrt, wie auch die Frage, ob, in welchen Bereichen und wie viel Einheit Europa braucht,

---

[60] Zit. *R. Bollmann*, Lob des Imperiums, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 176.

[61] Siehe generell für Imperien *M. Duverger* (Fn. 52), S. 11; *C. Tilly* (Fn. 26), S. 3; vgl. auch *I. Geiss*, Great Powers and Empires, in: G. Lundestad (Hrsg.), The Fall of Great Powers – Peace, Stability, and Legitimacy, Oslo 1994, S. 35; vgl. auch *A. N. Porter* (Fn. 56), S. 174 f.; *S. N. Eisenstadt*, The Political Systems of Empires, 2. Aufl., Toronto 1967, S. 15 ff.; *F. Hurlet/J. Tolan* (Fn. 53), S. 245; siehe für das Heilige Römische Reich auch *A. Gotthard*, Das Alte Reich, Darmstadt 2003, S. 6.

[62] Vgl. *H. Münkler* (Fn. 31), S. 94. Vgl. auch *I. Geiss* (Fn. 61), S. 35.

[63] Vgl. *M. Duverger* (Fn. 52), S. 10: „Dans l'ensemble impérial, l'organisation des peuples est aussi variée que l'organisation de l'espace. Elle oscille partout entre deux exigences contraires et complémentaires: celle de la diversité, celle de l'unité."

[64] Vgl. dazu *H. Isernhagen*, The regulation of conflict, or: Territory, order, power – On the imperiousness of cultures (A provisional polemic), in: J. G. Blair/R. Wagnleitner (Hrsg.), Empire, American Studies, Tübingen 1997, S. 55.

gehören zweifellos zu den Grundfragen ihres politischen und rechtlichen Wesens. Auch die Europäische Union ist nach wie vor in vieler Hinsicht eher vielfältig als einheitlich, auch die europäische Rechtsordnung und sogar die europäische Verfassung sind vielmehr differenziert als einheitlich.[65] Europa und die Europäische Union basieren somit schon im Ausgangspunkt auf völlig anderen Prämissen als der Staat nach klassischem Verständnis und insbesondere der Homogenitätslehre *C. Schmitts*. Kulturelle Homogenität oder gar eine kollektive Identität waren nicht die Grundlage der Europäischen Integration.[66] Ein Bewusstsein der Zusammengehörigkeit oder gar kulturellen Einheit hat es nie gegeben.[67] „Einen Mythos Europa sollte es nicht geben, jedenfalls nicht mit einem Nationalstaat bisheriger Prägung, den der Zusammenschluss Europas zu überwinden sich anschickte."[68] Kulturelle Einheit war auch später nicht das Ziel dieses Prozesses. Im Grunde ging es stets um eine politische, wirtschaftliche und rechtliche Einigung, aber keineswegs in allen Bereichen. Der Versuch, als zentrales kulturelles Projekt eine eigene europäische Geschichte zu schreiben, ein europäisches Nationalbewusstsein zu begründen oder einen nationalen Mythos zu erfinden, „fehlt in auffälliger – und beabsichtigter – Weise."[69] Die Offenheit seiner Grenzen und seines Raumes, die Unklarheit seiner Bürgerschaft und seiner kollektiven Identität prägen nach wie vor das Wesen des europäischen Integrationsprozesses. Die Europäische Einigung war von Anfang an ein Projekt politischer und wirtschaftlicher Eliten, die durch die Verwirklichung eines einigen, nicht aber einheitlichen Europas strategische Ziele und Zwecke verfolgten.[70] Dazu gehörte zum einen die Schaffung eines einheitlichen Wirtschafts- bzw. Freihandelsraumes, der allmählich durch die Europäischen Gemeinschaften realisiert wurde, zum anderen die Verankerung und Sendung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien und Werte (Art. 2 EUV), die zunächst durch Europarat, EMRK und EGMR und erst später mehr und mehr auch durch die Europäische Union realisiert werden sollten. Durch die bis heute andauernde Erweiterung der Europäischen Union sind die kulturelle Vielfalt, insbesondere die sprachliche und die wirtschaftliche Heterogenität sowie die nationalen Gegensätze innerhalb der Europäischen Union immer größer geworden. Als „geschlossenes Gemeinwesen" – kulturell, rechtlich und politisch, aber auch territorial – kann der Staatsbegriff diese Spannungsfelder nicht erfassen. Die „Internationalisierung wirft keine Einheits-, sondern Pluralismusprobleme" auf.[71] Das gilt für

---

[65] Siehe zur Vielfalt bzw. Heterogenität Europas *J. Zielonka*, Europe as Empire, Oxford 2006, S. 65 ff.

[66] Vgl. *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, Düsseldorf 1969, S. 16: „Das System souveräner Nationalstaaten hatte seine ‚Gültigkeit' verloren, weil es die einzige Prüfung nicht bestanden hat, die im 20. Jahrhundert wahrhaft verbindlich war: es hat sich als unfähig erwiesen, den Frieden zu wahren."

[67] Vgl. *A. v. Bogdandy*, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht, VVDStRL 62 (2003), 156 (185 f.).

[68] Zit. *G. Nicolaysen*, Der Nationalstaat klassischer Prägung hat sich überlebt, in: O. Due (Hrsg.), FS für U. Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 957.

[69] So *J. W. Meyer*, Die Europäische Union und die Globalisierung der Kultur, in: ders. (Hrsg.), Weltkultur. Wie die westlichen Prinzipien die Welt durchdringen, Frankfurt a.M. 2005, S. 174 ff.

[70] Siehe insbesondere *M. Haller*, Die europäische Integration als Elitenprozess. Das Ende eines Traums?, Wiesbaden 2009; *ders.*, Die europäische Integration als Elitenprojekt, APuZ Nr. 23–24, 2009, S. 18 ff.

[71] Zit. *O. Lepsius*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates? – Eine deutsche Perspektive: Von der Staatstheorie zur Theorie der Herrschaftsformen, EuGRZ 2004, 370 (376).

die „Europäisierung" und „Supranationalisierung" wie für jeden internationalen Verband, der Macht über andere Verbände ausübt. Mit den Souveränitäts-, Homogenitäts- und Einheitsparadigmen des Staats- und Demokratieverständnisses von *J. Bodin* bis *C. Schmitt* können diese Probleme schon im Ansatz nicht erklärt und erfasst werden. Von Vereinheitlichung und Homogenität in Europa zu sprechen mag deshalb nicht generell falsch sein. Dass der Integrations- und Vertiefungsprozess zu Vereinheitlichung in bestimmten Bereichen führt und dass der formale Erweiterungsprozess der Union auch die rechtliche Grundordnung sowie die wirtschaftliche Ordnung und Leistungsfähigkeit betreffende Homogenitätsanforderungen stellt, steht außer Frage. Pauschal von Homogenität oder allgemein von kultureller Homogenität zu sprechen, wird Europa jedoch nicht gerecht. Aspekte der Einheitsbildung bleiben für den Europäischen Integrationsprozess nur begrenzt charakteristisch. Die Ausgangsbedingungen und Voraussetzungen des Europäischen Integrationsprozesses und imperialer Ordnungen stimmen darin überein. Von der Integration staatlicher und bundesstaatlicher Ordnungen unterscheiden sie sich dagegen wesentlich.

III. Differenzierte Grundordnung in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union

1. Zentrum/Peripherie-Gefälle in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union

Der räumlichen Ausdehnung des imperialen Verbandes folgen meist nur schrittweise die Konsolidierung und Vertiefung des Imperiums, seiner Macht und seiner Beziehungen im Innern. Oft bleiben die erweiterten Beziehungen des imperialen Verbandes zu anderen Verbänden zunächst relativ lose, schwach, informell und es dauert lange, bis aus der informellen Dominanz des imperialen Verbandes und den lediglich völkerrechtlichen Bindungen zwischen imperialem Verband und peripheren Einzelverbänden verdichtete, letztlich vielleicht sogar staatsrechtliche Beziehungen hervorgehen (s. o. S. 52). Auch innerhalb ein und derselben imperialen Ordnung variiert in der Regel die räumliche und zeitliche Abfolge der Ausdehnung und Konsolidierung. Imperien sind deshalb keine einheitlichen Ordnungen, sondern differenzierte Ordnungen, die sich durch ein Gefälle zwischen imperialem Zentrum und imperialer Peripherie auszeichnen. Dem zentralen Verband (bzw. den zentralen Verbänden) im Kern stehen periphere Verbände am Rande des Imperiums gegenüber.

Die Gegenüberstellung von zentralen Verbänden und peripheren Verbänden ist in erster Linie die Beschreibung eines in allen imperialen Ordnungen angelegten und mal mehr, mal weniger ausgeprägten Macht- und Integrationsgefälles.[72] Während der Grad der politischen, rechtlichen, ökonomischen, sozialen und kulturellen Integration und Angleichung im Zentrum der imperialen Ordnung vergleichsweise hoch

[72] Siehe dazu im Allgemeinen *H. Münkler* (Fn. 31), S. 17; vgl. auch *I. Geiss* (Fn. 61), S. 33 ff.; vgl. auch *A. J. Motyl* (Fn. 25), S. 20; *K. Barkey* (Fn. 53), S. 105: „[…] in traditional empires the multiplicity of overlapping forms of control and sovereignty, the variously embedded forms of intermediary structures between core and contiguous periphery […]" *F. Hurlet/J. Tolan* (Fn. 53), S. 241.

ist, nimmt er in Richtung der imperialen Peripherie ab. Gleichzeitig ist der Grad der Macht und der Machtkonzentration des imperialen Verbandes in den zentralen Verbänden relativ stark und die Verbände im Zentrum sind oft weitgehend oder sogar vollwertig in den imperialen Verband integriert und partizipieren an seinen Organen und Institutionen. Die Macht des imperialen Verbandes in der Peripherie und den äußeren Verbänden nimmt dagegen regelmäßig ab, um sich an den äußeren Rändern des Imperiums allmählich zu verlieren, weil periphere Verbände politisch und rechtlich meist auch nur lediglich teilweise und schwach in den imperialen Verband integriert oder nur lose mit ihm verbunden sind. Während wirtschaftliche Integration und ökonomische Verflechtung, Handel und Arbeitsteilung sich häufig relativ schnell entwickeln und vertiefen können, werden periphere Verbände in die Rechtsordnung, die Legislative, die Verwaltung und die Justiz des imperialen Verbandes deshalb meist nur langsam und schrittweise integriert. Erst allmählich und meist nur langfristig werden auch sonstige kulturelle, sprachliche und religiöse Einflüsse des imperialen Verbandes auf die imperiale Peripherie und umgekehrt sichtbar. Die rechtliche, wirtschaftliche, kulturelle und soziale Angleichung an den imperialen Verband bleibt in der Peripherie hinter dem imperialen Zentrum zurück.

Äußeren Verbänden bleiben deshalb meist weitergehende Autonomie und Selbstverwaltungsrechte als zentralen Verbänden und Mitgliedern innerhalb des Imperiums. Entsprechend geringer sind im Gegenzug allerdings auch die Möglichkeiten peripherer Verbände und ihrer Angehörigen, die Politik des imperialen Verbandes zu beeinflussen und mitzubestimmen. In den imperialen Verband sind sie lediglich teilweise oder nur schwach integriert, partizipieren folglich auch nicht oder kaum am politischen System des imperialen Verbandes. Die Teilhabe an der Macht des imperialen Verbandes, der Zugang zu seinen Ämtern und öffentlichen Funktionen bleibt oft lange Zeit oder sogar dauerhaft Angehörigen des imperialen Zentrums vorbehalten, während sie Angehörigen der Peripherie verschlossen bleiben. Auch die wirtschaftliche und soziale Integration peripherer Bevölkerungsgruppen bleibt solange meist hinter derjenigen des Zentrums zurück. Die Angehörigen peripherer Verbände genießen Freiheit, Freizügigkeit und ökonomische Teilhabe innerhalb des gesamten imperialen Raumes nicht im selben Umfang wie die Angehörigen des Zentrums. Zwar geht die wirtschaftliche Integration der politischen Integration in der Regel voraus und gestattet Teilnahme und Zugang zum imperialen Markt, an seiner Infrastruktur und an seinen sozialen Angeboten früher und in wesentlich weiterem Umfang als an seinen politischen Funktionen und Einrichtungen. Dennoch bleibt neben dem politischen zumeist auch ein wirtschaftliches und soziales Gefälle zwischen Angehörigen zentraler und peripherer Verbände.

Im British Empire bildeten die Mitglieder des *United Kingdom and Ireland* das Macht- und Integrationszentrum des Empire. Schottland, Wales, Irland und Nordirland waren im Verbund mit England weitgehend in den englischen Staat und seine Verfassung inkorporiert worden. In seine Staatsorgane, seine Institutionen und seine Jurisdiktion waren diese Staaten nach und nach integriert worden. Damit ging eine Angleichung der Bürgerrechte in den einzelnen Verbänden des *United Kingdom* einher. Wahlrechte, Freiheit und Freizügigkeitsrechte der Schotten, Waliser und Iren glichen sich jenen der Engländer an. Ein signifikantes Integrationsgefälle bestand dagegen schon im Verhältnis zu den Kolonien und Besitztümern der Krone: Den

colonies und *dominions of the Crown*. Selbst unter den verschiedenen Kolonien variierten der Grad der Machtausübung und Integration, die rechtliche Form und politische Stellung ihrer Beziehung zum Empire noch erheblich. Grob vereinfacht lassen sich folgende Arten unterschiedlicher kolonialer Rechtsstellungen gegenüber dem Zentrum des Empire unterscheiden: Kronkolonien im Sinne reiner Verwaltungsbezirke des Empire, in denen der Gouverneur der Krone weitgehende Hoheitsrechte besaß, insbesondere das Recht, durch Verordnung auch gesetzgeberisch einzugreifen (vor allem in kleineren Kolonien wie Gibraltar oder St. Helena); Kronkolonien mit beschränkter Selbstverwaltung, in denen ein eigener gesetzgebender Rat (*council*) entweder durch Beschluss der Krone ernannt war oder sich zumindest teilweise oder sogar vollständig durch Mehrheitswahlen konstituierte; Kolonien mit weitgehender Selbstverwaltung, die über eine eigene legislative Versammlung hinaus eine eigene Repräsentativverfassung hatten; und schließlich die großen „weißen" Selbstverwaltungskolonien – ursprünglich und vornehmlich Siedlungskolonien (Australien, Neuseeland, Kanada, Südafrika, vorher auch die amerikanischen Kolonien). Diese verwalteten sich selbst (Rechtsprinzip der *Responsible Government)* und unterstanden nur dort, wo imperiale Interessen unmittelbar berührt waren, der Aufsicht des *Parliament* (*Paramount Authority*). Auch ihre Verfassung, wenn auch nicht ihr Gebiet, konnten sie schließlich aus eigenem Willen ändern.[73] Weitere vielfältige Abstufungen gegenüber den Kolonien ergaben sich im Hinblick auf die formale Rechtsstellung zahlreicher Protektorate und anderer abhängiger Gebiete (*protectorates, protected states* und *mandated territories*). Viele andere Staaten und Gebiete wurden darüber hinaus überhaupt nicht formal von London aus beherrscht noch waren sie formal in irgendeiner Form in das Vereinigte Königreich integriert, waren aber dennoch durch Verträge mit dem Empire verbunden und unterlagen in unterschiedlichem Umfang, bisweilen sogar weitgehend seinem Einfluss. Diesbezüglich hat sich die Bezeichnung *informal empire* durchgesetzt.

Ähnliche Differenzierungen und Abstufungen existierten im Römischen Reich. Grundlegend blieb über Jahrhunderte hinweg die Unterscheidung zwischen Bürgergemeinden (*cives romani*) und Bundesgenossen (*socii*). Innerhalb dieser beiden Gruppen von Bürgergemeinden und Verbündeten im Imperium gab es ebenfalls weitere Abstufungen. Unter den römischen Bürgergemeinden gab es neben Vollbürgergemeinden lange Zeit Halbbürgergemeinden, die nicht vollständig oder lediglich teilweise in den Römischen Bürgerverband inkorporiert wurden und nur über eingeschränkte Bürgerrechte verfügten (*municipia civium Romanorum* und *municipia sine suffragio*). Während die Bürgergemeinden ungeachtet ihres Bürgerstatus und des Grades ihrer rechtlichen Integration auch außerhalb Roms als Bestandteil des römischen Staates (*res publica*) angesehen wurden, galten die Verbündeten dagegen ursprünglich als Außenstehende. Grundlage der friedlichen Beziehungen (*pax*) und festen Bündnisse (*societas*) Roms mit außenstehenden Bundesgenossen und Partnern waren in der Regel Verträge. Dies konnten gleiche oder ungleiche Verträge sein (*foedus aequum* oder *foedus iniquum*). Möglicherweise bestanden die Beziehungen Roms zu äußeren Gemeinwesen teilweise auch auf informeller Basis ohne formal-vertragliche Grund-

[73] Siehe *J. Hatschek* (Fn. 33), S. 131 f.

lage (*amicitia*).[74] Die vertraglichen Beziehungen konnten befristet, aber auch von unbegrenzter Dauer sein. Meist abhängig von der Vorgeschichte und den Umständen des Vertragsschlusses waren sie freundschaftlicher Natur (*amicitia*) oder auf formale Unterwerfung gerichtet (*deditio*).[75] Je nachdem können verschiedene Formen und Arten vertraglicher Außenbeziehungen unterschieden werden. Die vertraglichen Beziehungen zu formal ungleichen und deshalb auch rechtlich abhängigen Bündnispartnern wurden als *civitates stipendiariae* bezeichnet. Diese waren Rom untergeben und verfügten nur über eingeschränkte innere Autonomie. Als *civitates liberae* und *civitates immunes* wurden dagegen Bündnispartner bezeichnet, denen Rom zwar einseitig Autonomierechte gewährte, die ebenso einseitig aber auch wieder aufgehoben werden konnten. Dagegen galten die *civitates foederatae* als formal gleichberechtigt. Sie blieben auch in inneren Angelegenheiten autonom.[76] Letztlich waren ungeachtet der Feinheiten ihrer jeweiligen Rechtsstellung allerdings alle Bundesgenossen von Rom abhängig. Auch im Falle formal gleichberechtigter Verträge nahm der Einfluss des römischen Zentrums auf die Bundesgenossen mit der Zeit immer weiter zu. Als weitere Differenzierungsform der Reichsorganisation kam gegen Ende des dritten Jahrhunderts v. Chr. die Provinzialverwaltung hinzu. Erste Provinzen wurden ab 227 v. Chr. Sizilien, Sardinien, Korsika, Illyrien und das keltische Norditalien.[77] Vereinfacht kann die Reichsorganisation während 227 bis 89 v. Chr. in vier unterschiedliche Integrationsstufen eingeteilt werden. Im Zentrum des Reiches standen Rom und das in seine *res publica* ganz oder teilweise inkorporierte römische Bürgergebiet einschließlich seiner Halbbürgergemeinden, darum herum das für sich genommen ebenfalls überaus komplexe und differenzierte bundesgenössische Italien, dann die von Rom eingerichteten, aber jeweils unterschiedlich regierten und organisierten Provinzen und schließlich verschiedene abhängige Bundesgenossen und Klientelstaaten, die auf Grundlage von Freundschaften und Verträgen am geringsten in den römischen Staat integriert waren.[78]

Entsprechende Abstufungen der Macht und Integrationsstufen, die an das Macht- und Integrationsgefälle in imperialen Ordnungen wie dem Römischen und dem Britischen Reich erinnern, zeichnen sich auch in der Europäischen Union seit einiger Zeit immer deutlicher ab: Erstens innerhalb von Währungsunion und Europäischer Union die führende, hegemoniale Stellung einzelner Staaten, insbesondere Deutschlands und traditionell auch Frankreichs als führender Nationen aufgrund ihrer überlegenen Wirtschaftskraft bzw. aufgrund ihrer politischen Autorität als Gründerstaaten und „Integrationsmotor".[79] Zweitens die Währungsunion als zunehmend eigenständige Organisation innerhalb der Europäischen Union, die, obwohl keine eigene Rechtsperson, zunehmend eine Sonderstellung in der Europäischen Union ein-

[74] Ob es im Falle der *amicitia* und der *deditio* als Formen römischer Außenpolitik formal geregelte (vertragliche) Grundlagen gab, ist umstritten. Siehe zum Forschungsstand m.w.N. *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 112, 118, 123 ff.

[75] Siehe zu Systematik und Typologie der römischen Bündnispolitik *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 33 f.

[76] Siehe dazu *J. Hatschek* (Fn. 33), S. 124 f.

[77] Siehe dazu *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 168 f.

[78] So *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 70.

[79] Siehe dazu insbesondere *C. Schönberger*, Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union, Merkur 2012, S. 1 f.; vgl. auch *T. Corn*, Neue deutsche Illusionen, FAZ v. 2.1.2012, S. 27; *J. Joffee*, Der „gute Hegemon", Die Zeit v. 5.1.2012, S. 8.

nimmt, eigenständig agiert, sich weiterentwickelt, sich vertieft und Entwicklungen auch der Europäischen Union als Ganzes beeinflusst. Drittens die Europäische Union als zentrale Organisation bzw. als zentraler Verband Europas, dessen Grundordnung mehr und mehr verfassungsrechtliche Züge angenommen hat. Ob man die Europäische Union insgesamt als Zentrum Europas betrachtet oder nur die Währungsunion oder sogar nur einzelne, einflussreiche Staaten innerhalb der Währungsunion, ist dabei eine reine Wertungsfrage. Außerhalb der Union – vor allem in ihrer Nachbarschaft – zeichnen sich dagegen mehr und mehr die Umrisse eines *informal European Empire* ab, zu dem die Europäische Union vielfältige und differenzierte vertragliche Beziehungen unterhält, die eindeutig noch nicht verfassungsrechtlicher oder staatsrechtlicher Natur sind, die in vielen Fällen aber deutlich hegemoniale Züge erkennen lassen. Dazu können gezählt werden erstens periphere Staaten um die Europäische Union herum, die durch den Europarat und durch weitgehende Assoziierungen (EWR/Schweiz) bereits in weitem Umfang mit der Europäischen Union verknüpft und, auch ohne in ihr politisches System integriert zu sein, immerhin aber schon weitgehend in ihren Freihandelsraum und ihre Wirtschaftsordnung integriert sind. Ob Ähnliches künftig auch für Großbritannien gelten wird, ist bis jetzt offen. Zweitens periphere Staaten im Beitrittsprozess, die durch Assoziierungsabkommen allmählich an die Rechtsordnung der Europäischen Union angepasst werden, um ebenfalls formal in diese inkorporiert zu werden. Drittens Staaten, die durch Entwicklungs- und Freihandelsassoziierungen teilweise in die Rechts- und Wirtschaftsordnung der Europäischen Union integriert sind und weiter integriert werden sollen, ohne in absehbarer Zeit formal in die Union inkorporiert werden zu sollen. Dann Staaten, die durch Assoziierungsabkommen und Partnerschaften nur lose mit der Europäischen Union verbunden sowie wirtschaftlich und vor allem politisch und rechtlich nur sehr schwach in die europäische Gemeinschaftsordnung integriert sind. Insoweit kann von einem *informal European Empire* bzw. von imperialer Peripherie gesprochen werden. Schließlich spielt die Europäische Union inzwischen eine bedeutende Rolle bei der Entwicklung einer zunehmend durch bilaterale Abkommen errichteten globalen Freihandelsordnung.

2. Vielheit der Verfassungen und Verträge in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union

Die kulturelle, sprachliche, religiöse, ethnische und wirtschaftliche Vielfalt imperialer Ordnungen und das sich im Zuge ihrer Ausdehnung entwickelnde Gefälle zwischen Zentrum und Peripherie wirken sich auch auf die politische und rechtliche Grundordnung des Imperiums aus. Jedes Land, jedes Volk und jede Nation, die Teil des Imperiums sind, haben ihre eigene Kultur und Wirtschaft, haben besondere Bräuche und Eigenheiten. Überall findet der imperiale Verband spezielle Verhältnisse vor und sieht sich mit unterschiedlichen Bedingungen konfrontiert. Das Recht und die Verfassung des imperialen Verbandes können deshalb nicht einheitlich auf andere Verbände übertragen werden – das Imperium muss trotz Universalismus flexibel und anpassungsfähig bleiben. Gleiches Recht kann „nicht Gebiete umspannen, die unter verschiedenen Himmelsstrichen liegen. Ein anderes Privatrecht, ein ande-

res Verfassungsrecht wird bald da, bald dort zur Anwendung gebracht werden müssen. Wenn einem imperialen Verband neue Gebiete zufallen, wachsen sie diesem nicht in der Weise zu, dass in dem neuen Gebiet dieselbe Verfassung gelte wie in dem sich ausdehnenden Verband. Das verbieten möglicherweise schon die klimatischen oder geographischen, insbesondere aber die kulturellen Verschiedenheiten."[80]

Die rechtliche Grundordnung imperialer Ordnungen ist deshalb nicht einheitlich, sondern ebenfalls heterogen und vielfältig. Das gilt in erster Linie für die internationalen imperialen Beziehungen und Außenrechtsformen imperialer Ordnungen, für die bilateralen Verträge und Abkommen, die der imperiale Verband mit äußeren Verbänden schließt und durch die er diese dominiert, kontrolliert oder zumindest beeinflusst. Für imperiale Verbände gilt „die äußere Ordnung der internationalen Beziehungen in der Regel nur als die Verlängerung ihrer inneren Ordnung".[81] Das spezifisch Imperiale an ihrer völkerrechtlichen Außenrechtsordnung ist infolgedessen die Ungleichheit der tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen, die Bevorzugung bilateraler Beziehungen gegenüber multilateralen Partnerschaften und die zentrale Stellung des imperialen Verbandes im Netzwerk der föderalen Beziehungen, die es dem imperialen Verband ermöglicht, nicht nur die Außenbeziehungen als solche, sondern auch die inneren Verhältnisse formal eigenständiger Staaten einseitig und nachhaltig zu beeinflussen. Die Abstufungen und Differenzierungen der föderalen Außenrechtsordnung des imperialen Verbandes, die Folge der bilateralen vertraglichen Erweiterungspraxis sind, lösen sich regelmäßig auch im Prozess der allmählichen Integration und Inkorporation äußerer Verbände in den imperialen Verband nicht auf. Dass es zur formalen Integration und zur Inkorporation äußerer Verbände in den imperialen Verband kommt, ist zwar keineswegs zwangsläufig. Viele Imperien sind auf Dauer informell und damit eher völkerrechtlich als staatsrechtlich geblieben. Wenn es zur formalen Integration kommt und die Beziehungen zwischen Zentrum und Peripherie verfassungsrechtliche Züge annehmen, werden diese in der Regel aber nicht in kurzen Zeiträumen vereinheitlicht. Wie die äußeren Beziehungen nicht auf einer vertraglichen Grundlage basieren, beruhen die inneren Beziehungen auch dann nicht auf einer einheitlichen Verfassung. Für die rechtliche Grundordnung imperialer Ordnungen bleibt die Vielheit der Verträge und Verfassungen vielmehr meist auch auf Dauer kennzeichnend. Ihre rechtliche Grundordnung ist sowohl nach außen als auch nach innen vielfältig und differenziert.

Vor allem in letzterem Aspekt unterscheiden sich Imperien und die Europäische Union grundlegend von (Bundes)Staaten. Zwar ist und war die Einheit des (Bundes) Staates in kultureller, sprachlicher und religiöser Hinsicht in vielen Fällen unvollkommen. Real ist der Einheitsanspruch des Staates wie des Bundesstaates aber in rechtlicher Hinsicht, vor allem im Verfassungsrecht. Tatsächlich beruhen moderne Nationalstaaten in der Regel auf weitgehend einheitlichen verfassungsrechtlichen Grundordnungen. Im Gegensatz zur oft postulierten, aber nicht selten unvollkommenen kulturellen, sprachlichen und ethnischen Einheit des Staatsvolks ist die Einheit der Rechtsordnung und der Verfassung des Staates kein bloßer Mythos des mo-

[80] Zit. *J. Hatschek* (Fn. 33), S. 124, 145.

[81] Zit. *M. Duverger* (Fn. 52), S. 17; so insbesondere auch für das Römische Reich *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 21.

dernen Nationalstaates. In erheblichem Umfang ist zwar die Einheit der Rechtsordnung in bundesstaatlichen Ordnungen aufgehoben – allerdings nur im Verhältnis der Rechtsordnungen der Gliedstaaten untereinander. Ähnliches gilt für Regionen oder Gemeinden innerhalb staatlicher Ordnungen, wenn ihnen die staatliche Gewalt Autonomie gewährt. Die Einheit der Rechtsordnung des Bundes als übergeordneten staatlichen Verbandes wird durch das bundesstaatliche Kompetenzgefüge und die bundesstaatliche Kompetenzteilung grundsätzlich aber nicht berührt. Entscheidend ist die Einheit der Verfassung des Gesamtstaates. Tatsächlich gehört die Einheit der Verfassung, d.h. die allgemeine und gleiche Geltung des Verfassungsrechts im gesamten Staatsgebiet, zu den elementaren Eigenschaften staatlicher und bundesstaatlicher Ordnungen: Ein Staat – eine Verfassung; bzw. ein Bundesstaat – eine Bundesverfassung. Die Verfassung des Staates gilt allgemein, ist für alle Verbände und Personen im Staatsgebiet gleichermaßen verbindlich und gültig. Dies gilt auch in Bundesstaaten, wo es zumindest auf der Ebene des Bundes nur eine Verfassung gibt. Der Grundsatz der allgemeinen und gleichen Geltung der Verfassung wird in Einzelfällen zwar durchbrochen, wenn z.B. einzelnen Regionen und Bundesländern Autonomierechte und Sonderstatuten eingeräumt werden. Entsprechende Ausnahmen und Autonomierechte gibt es in Zentralstaaten genauso wie in Bundesstaaten (heute z.B. noch in Spanien: Katalonien und Baskenland, aber auch in Italien: Südtirol). Regelmäßig bestehen solche Differenzierungen im Verhältnis zu Gebietsteilen und Volksgruppen, deren Zugehörigkeit zum Staatsverband aus historischen, politischen oder kulturellen Gründen umstritten ist. Die Einheit der Verfassung ist in staatlichen Ordnungen insgesamt dennoch nicht nur der Ideal-, sondern tatsächlich auch der Regelfall.[82]

In imperialen Ordnungen gibt es dagegen selbst auf höchster rechtlicher Ebene keine einheitliche Grundordnung: Das Imperium hat nicht eine Verfassung, sondern mehrere (Teil-)Verfassungen. Imperiale Föderationen beruhen entsprechend nicht auf einem Bundesvertrag, sondern auf vielen Bundesverträgen. So wird auch das British Empire nicht als ein einheitliches Empire, sondern als Vielheit verschiedener Empires bestehend aus unterschiedlichen Verfassungen beschrieben:

„It was well understood throughout the twentieth century that Britain had no single ‚empire', and that no one concept of rule could be applied to its many different parts. In the years immediately before the First World War, it is possible to distinguish at least three and perhaps even four British ‚empires' beneath the umbrella of ‚the British Empire'. At least in constitutional terms, each one was associated with its own distinct ‚concept of rule'."[83]

„According to the praxis of the extended polity of the British Empire as it had developed during the three-quarters of a century following the Glorious Revolution, there were thus three separate constitutions. First, there was a British constitution for the central state and its immediate dependencies, including Cornwall, Wales, and, after 1707, Scotland. Second, there were separate provincial constitutions for Ireland and for each of the colonies in America. Third, there was an as yet undefined, even unacknowledged, imperial constitution – the constitution of the British Empire – according to the practice of which authority was distributed in an as yet uncodified and not very clearly understood way between the center and the

[82] Vgl. dazu *C. Möllers*, Fragmentierung als Demokratieproblem?, in: C. Franzius/F.C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden 2010, S. 151.

[83] Zit. *A. N. Porter* (Fn. 56), S. 168.

peripheries with Parliament exercising power over general concerns and the local legislatures handling local affairs within their respective jurisdictions."[84]

Es ist zwar möglich und hilfreich, ähnliche Typen imperialer Verfassungen und Regierungsformen innerhalb des Empire pauschal zusammenzufassen. Im Grunde galt für jedes Gebiet innerhalb des British Empire aber ein eigenes tatsächliches oder rechtliches Verhältnis zum britischen Zentrum, d.h. ein eigener Vertrag oder eine eigene Verfassung im Verhältnis zum britischen Zentrum.[85] Indien beispielsweise, das ursprünglich selbst im 17. und 18. Jahrhundert noch durch hunderte einzelne Verträge, größtenteils zwischen der *East India Company* und den Mogulherrschern und ihren Nachfolgern geschlossen, mit der englischen Krone verbunden war, wurde seit dem 19. Jahrhundert als vollkommen eigenständiges System regiert. Darüber hinaus unterschieden sich aber auch die imperialen Beziehungen des britischen Zentrums zu allen anderen Gebieten in Übersee teils grundlegend.[86] Noch im Rahmen der *Imperial Conference* von 1926 und des von ihr eingesetzten *Inter-Imperial-Relations-Committee* konnten sich Forderungen nach einer einheitlichen Verfassunggebung für das Empire nicht durchsetzen. Schon eingangs wendet sich der als *Balfour Report* bekannt gewordene Abschlussbericht des Komitees grundsätzlich gegen jeden Versuch, dem

---

[84] Zit. *J. P. Greene* (Fn. 33), S. 67. Der hierbei zugrundegelegte Verfassungsbegriff ist ein anderer als es kontinentaleuropäischer Verfassungstradition seit der Französischen Revolution entspricht – nicht im formalen Sinne einer geschriebenen Verfassung, sondern in der auf Gewohnheitsrecht beruhenden Verfassungstradition des Common Law, siehe *ders.*, aaO., S. 65: „Without as yet having formulated a coherent and fully articulated sense of empire, the British political nation had not, before the 1760s, developed any explicit concept of an imperial constitution. Yet the absence of the concept did not mean that an imperial constitution did not exist or was not being slowly formed through the same evolutionary process that was shaping and reshaping the constitutions of the several entities that composed the British Empire. As Burke would subsequently remark, during the eighteenth century an imperial constitution had gradually evolved out of mere neglect; possibly from the natural operation of things, which, left to themselves, generally fall into their own proper order." S. 75: „In this unsettled and uncodified situation, practice was the best, indeed, the only, guide to what was ‚constitutional' in relations between center and peripheries within the empire, and, as McLaughlin pointed out in the 1930s, the British Empire ‚as a practical working system'."

[85] Vgl. *Lord Milner* zit. nach *J. Hatschek* (Fn. 33), S. 22: „Try to lay down any principle of Imperial policy which is not mere platitude and verbiage and you will almost immediately be struck by the fact that, if it is really applicable to one of the great divisions of the Empire, it is inapplicable to the other."

[86] Insgesamt soll die Britische Krone nach Auflösung der East India Company vertragliche Beziehungen zu 584 indischen Staaten unterhalten haben, so *J. F. Poleman*, The Indian Princes' Treaty Rights. Far Eastern Survey 11 (1942), S. 197. *J. MacKenzie*, India's Role in the Victorian Concept of Empire, in: F. Bosbach/H. Hiery (Hrsg.), Imperium/Empire/Reich – Ein Konzept politischer Herrschaft im deutsch-britischen Vergleich, München 1999, S. 124 f.: „The notion that the Indian Empire was essentially sui generis is confirmed in many other ways. The very phrase the Indian Empire suggested that it was a separate entity with, theoretically, its own system of government, its own foreign policy and its own defense arrangements. […] It is indeed something of truism to suggest that the British Empire was at least four different empires: the territories of white settlement which were later to be termed dominions; the empire of islands and strategic posts in the Caribbean, the Mediterranean, the Atlantic, Indian and Pacific Oceans, and the Far East; the so-called dependent empire of the later nineteenth century, in Africa, South-East Asia and the Pacific; and India with its outriders as described above. Although territories were moved from one imperial network to another, the Indian Empire was ruled as an entirely separate system. With its own ministry, the India Office, in London, with its own Indian Civil Service, there was little exchange of personnel among the various empires." Vgl. auch *D. Armitage* (Fn. 54), S. 97 ff.

gesamten Empire eine einheitliche Verfassung zu geben. Dagegen spreche bereits dessen heterogene Struktur als Resultat der unterschiedlichen Entwicklungsstufen der einzelnen Reichsteile.[87] So gab es bis zuletzt nie *eine* Verfassung des Empire.

Auch im Römischen Reich gab es weder nach Abschluss der Einrichtung von Provinzen im gesamten Mittelmeerraum noch nach Vollendung der Bürgerrechtsverleihungen durch die *Constitutio Antoniniana* eine einheitliche konstitutionelle Grundordnung des Imperiums. „Weder die *Constitutio Antoniniana* noch irgendein Kaiser des dritten Jahrhunderts haben die immer noch sehr verschiedenartigen Verfassungen und Gebietsorganisationen im Römischen Reich generell neugeordnet, einander angeglichen oder wenigstens mithilfe von allgemeinen Organisationsvorschriften dem obrigkeitlichen Eingriff zugänglicher gemacht. Wie die *Constitutio Antoniniana* nicht die Römische Reichs- und Heeresorganisation berührte […], so hat sie in gleicher Weise nicht den indigenen, lokalen Bereich neugestaltet, um über eine stärkere gegenseitige Durchdringung der beiden traditionell getrennten Sphären eine intensivere Verwaltung zu ermöglichen."[88] „Was heute als selbstverständlich erscheint, dass das Staatsgebiet ein klar abgegrenztes, homogenes Territorium ist, traf weder für das *Imperium Romanum* als Ganzes noch für seine Provinzen zu. Denn das Römische Reich, das sich gegen Ende der Republik als räumlich zusammenhängender Herrschaftsverband etabliert hatte, war ein historisch gewachsenes Konglomerat unterschiedlicher Rechtsbeziehungen zu einzelnen Fürsten, Städten und Völkern. Schon seit der Einrichtung der ersten Provinz in Sizilien (227 v. Chr.) verfügten einzelne Gemeinden und Personengruppen der Provinzialbevölkerung über unterschiedliche Rechtsstellungen gegenüber dem Statthalter. In der späten Republik wie in der Kaiserzeit lassen sich nun zwei zum Teil gegenläufige Tendenzen römischer Herrschaftspraxis erkennen. Auf der einen Seite bemühten sich die römischen Machthaber, diese unterschiedlichen Rechtsstellungen im Rahmen einer Provinzialorganisation zu homogenisieren. Auf der anderen Seite aber bildeten gerade die Privilegierung und Diskriminierung von Gemeinden, Personengruppen und Einzelpersonen ein effektives Herrschaftsmittel, das jedoch den provinzialen Herrschaftsraum wieder heterogener machte."[89] Wie im British Empire können im Römischen Reich zwar generelle Unterschiede und Ähnlichkeiten der einzelnen Vertragsbeziehungen und Gebietsorganisationen festgestellt werden.[90] Eine einheitliche imperiale Grundordnung hat es auch im Römischen Reich trotz seiner langen Dauer und seiner weitgehenden individualrechtlichen Integration aber nie gegeben.

Das Gleiche gilt für das Heilige Römische Reich. Statt einer einheitlichen Verfassung besaß das Reich „eine Reihe von Grundgesetzen". Es blieb eine „Verfassungsstruktur mit höchst unterschiedlichen Integrationsformen." Das *Sacrum Imperium* existierte „als Reich der verschiedenen Geschwindigkeiten. Norditalien war *de facto* längst aus dem Reichsverband ausgeschieden, die Republik der Vereinigten Niederlande und die Schweizer Eidgenossenschaft verließen ihn nach dem Dreißigjährigen Krieg auch *de jure*. Preußen und Österreich spielten im Reich zwar eine wichtige

[87] Siehe dazu *P. Wende* (Fn. 41), S. 248 f.

[88] Zit. *H. Wolff*, Die Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 I, Köln 1976, S. 113.

[89] Zit. *E. Meyer-Zwiffelhoffer* (Fn. 38), S. 15–35 und vor allem S. 57 f. Ähnlich auch *E. Baltrusch* (Fn. 31), S. 173 m.w.N.; *J. Richardson* (Fn. 38), S. 116.

[90] Siehe etwa *M. W. Doyle* (Fn. 26), S. 90.

Rolle, regierten gleichzeitig aber große Gebiete wie Ungarn oder Ostpreußen, die dem Reichsverband nicht angehörten. Mittelgroße Territorien wie Sachsen oder Bayern agierten immer unabhängiger. Funktionsfähig blieb der Reichsverband nur, weil die Großen erkannten, dass auch sie von einem Mindestmaß an Integration profitierten. Dazu gehörte mit Gulden und Taler auch ein einheitliches Währungssystem."[91]

Eine einheitliche rechtliche Grundordnung gibt es in der Europäischen Union so wenig wie im British Empire, im Heiligen Römischen Reich oder im Römischen Reich und anderen imperialen Ordnungen. Als Strukturprinzip sind unterschiedliche Verfassungen und Verträge für unterschiedliche Mitglieder längst zu einem essentiellen Charakteristikum der rechtlichen Grundordnung der Europäischen Union geworden: *„In fact, the legal and institutional discourse in the Union has changed dramatically over the past few years from one of uniformity and harmonization to one of fexibility and differentiation."*[92] Eine einheitliche Bundesverfassung oder einen Bundesvertrag, der für alle Staaten im Europäischen Integrationsprozess allgemein und gleich gilt, gibt es nicht. Im Gegenteil haben selbst innerhalb der Europäischen Union die Ausdifferenzierungen ihrer föderalen Grundordnung und ihrer unterschiedlichen Rechtsgrundlagen in den vergangenen Jahrzehnten immer weiter zugenommen. Längst weist der EU-Vertrag mit seinen Bestimmungen über eine verstärkte Zusammenarbeit eines Teils seiner Mirglieder in diese Richtung (Art. 20 EUV). Kennzeichnend dafür ist die Aufspaltung der europäischen Primärrechtsordnung in eine Vielzahl unterschiedlicher Verträge und Protokolle, deren Mitgliederkreis sich von Fall zu Fall unterscheidet.[93] Die Verträge über die Währungsunion, ESM, EFSM und EFSF, der europäische Fiskalpakt, die Schengener Abkommen, die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die EU-Grundrechte-Charta – sie alle galten oder gelten immer nur für einen Teil der Mitglieder der Europäischen Union. Ausnahmen für einzelne Mitgliedstaaten finden sich darüber hinaus in vielen einzelnen Bereichen der Primärrechtsordnung. Noch deutlicher sind die föderalen Differenzierungen nach außen. Neben Europarat und EMRK sowie zahllosen bilateralen Assoziierungsverträgen und Abkommen, auf die wesentliche Teile der Primärrechtsordnung der Europäischen Union Bezug nehmen, prägen unterschiedliche multilaterale Beziehungen und Partnerschaften mit jeweils eigenen vertraglichen Grundlagen die

---

[91] Zit. nach *R. Bollmann*, Heiliges Römisches Europa, FAZ v. 10.11.2012. Ähnlich auch zum Heiligen Römischen Reich *J. Schatz* (Fn. 24), S. 269 ff.: „Die Vielfalt der im Reich wie in der Kirche verfassten kulturellen, ethnischen und religiösen Formen machte eine monarchische Herrschaft im eigentlichen Wortsinne unmöglich. Sie zwang zu Macht(Ver)teilung, ermöglichte es aber unterhalb des Daches des Reiches, zu neuen Verfassungsformen zu kommen. Dazu wäre ein staatlicher Zentralismus unfähig gewesen. Als die drei wichtigsten verfassungsrechtlichen Sonderbildungen des Reiches sind zu nennen: der hansische Städtebund, das Deutschordensland und die Schweizer Eidgenossenschaft. Was sich aus der Sicht des Westens als ein Festhalten am veralteten Rechts- und Herrschaftsbegriff darstellte, erwies sich in der Nähe und innerhalb des Reiches, trotz und wegen seiner vielfältigen Sonderbildungen, als lebensfähig und zukunftsträchtig. Weil das Reich kein Staat sein wollte und sein konnte, war es eine haltbare Form, welche eine Vielfalt an Herrschaftsformen ermöglichte und diese unter einem gemeinsamen Ideal im Hegelschen Sinne aufhob."

[92] Zit. *J. Zielonka* (Fn. 65), S. 148 f.

[93] Siehe zum Aspekt der „Fragmentierung" bzw. „differenzierten Integration" auch *C. Möllers* (Fn. 82), S. 160 f. Vgl. *J. Zielonka* (Fn. 65), S. 120–125.

integrativen Beziehungen der Europäischen Union nach außen. Besonders eng sind die Schweiz durch bilaterale Verträge und die EFTA-Staaten durch den EWR-Vertrag mit der Europäischen Union verbunden. Hinzu kommen multilaterale Partnerschaften wie Östliche Partnerschaft und Mittelmeer-Union, zudem multilaterale Organisationen wie der Europarat. Lange Zeit vorherrschende Einheitsansätze im Bereich des europäischen Verfassungsrechts sind damit überholt.[94] Betracht man allein die Gleichzeitigkeit und das Nebeneinander verschiedener Konstitutionalisierungsprozesse im europäischen Raum, „erweist sich die Rede von Homogenität und politisch-rechtlicher Einheit in der europäischen Mehrebenenordnung rasch als euphemistisch. Schon in politisch-rechtlicher Hinsicht wird man als Unitarist enttäuscht: Statt eines einheitlich verfassten Superstaates finden konkurrierende Konstitutionalisierungsprozesse statt."[95]

3. Abgestufte Bürgerrechte in imperialen Ordnungen und der Europäischen Union

Mit der sich wandelnden und ausdifferenzierenden Grundordnung des Imperiums, die von informellen, föderalen bis hin zu konstitutionellen, staatsähnlichen Beziehungen zwischen Zentrum und Peripherie reichen kann, verändern sich in der Regel auch der Status und die Rechtsstellung der imperialen Bürger in Zentrum und Peripherie. Die individuelle Rechtsstellung der Angehörigen peripherer Verbände im Verhältnis zum imperialen Verband entwickelt sich entsprechend der schrittweisen Konsolidierung des Imperiums und der Integration peripherer Verbände in den imperialen Verband meist nur in Stufen. Dies lässt sich beispielhaft an der Ausdehnung des Römischen Bürgerrechts nachvollziehen und trifft auch auf die Entstehung und Erweiterung der Unionsbürgerschaft zu.

Die schrittweise Erweiterung des Bürgerverbandes vollzieht sich zunächst nur in Übergangsformen eines vollwertigen Bürgerrechtsstatus. Der vollwertige Bürgerrechtsstatus bleibt zunächst den Altbürgern vorbehalten, während die Neubürger zumindest übergangsweise einen abgestuften, lediglich teilweisen Bürgerrechtsstatus erhalten. Übergangsweise Beschränkungen des vollwertigen Bürgerrechts der Neubürger sind bereits aus den Bürgerrechtsverleihungen an die italischen Bundesgenossen bekannt. Die aristokratische Oberschicht Roms, die um ihre privilegierte politische Stellung innerhalb des römischen Bürgerverbands fürchtete, erkannte zwar, dass sie die personelle Erweiterung des römischen Bürgerverbands auf Dauer nicht verhindern konnte, versuchte aber die „Konsequenzen der Erweiterungspolitik durch bürgerrechtsähnliche Formen abzuschwächen".[96] Als die italischen Bundesgenossen

---

[94] In diesem Sinne auch *A. Fischer-Lescano*, Europäische Rechtspolitik als transnationale Verfassungspolitik. Soziale Demokratie in der transnationalen Konstellation, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden 2010, S. 321 ff.

[95] Zit. *A. Fischer-Lescano* (Fn. 94), S. 322. Vgl. auch *J. Zielonka* (Fn. 65), S. 125; *H. Schneider*, Die Zukunft der differenzierten Integration in der Perspektive des Verfassungsvertrags und der Erweiterung, Integration 2004, S. 259 ff.; *P.-C. Müller-Graff*, Differenzierte Integration: Konzept mit sprengender oder unitarisierender Kraft für die Europäische Union, Integration 2007, S. 129 ff.

[96] Zit. *J. Bleicken*, Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches, Bd. 2, Paderborn 1978, S. 40.

in den Jahren 90/89 v. Chr. die Verleihung des römischen Bürgerrechts durchgesetzt hatten, erhielten sie zunächst nur ein eingeschränktes Stimmrecht in den Volksversammlungen, um die „Altbürger" durch eine Veränderung des Stimmengewichts nicht in eine Minderheitensituation zu bringen. Die Stimmrechtsbeschränkungen der italischen Bundesgenossen wurden allerdings bereits im Jahr 88 v. Chr. wieder beseitigt.[97]

Tatsächlich hatte es aber schon seit dem vierten Jahrhundert v. Chr. – also lange Zeit vor der Verleihung der *civitas romana* an die italischen Bundesgenossen – abgestufte Teilrechtsformen des römischen Bürgerrechts gegeben. Nach dem römischen Sieg im Latiner-Krieg (340–338 v. Chr.) wurden einige Stadt-Staaten des ehemaligen Latiner-Bundes mit ihren Angehörigen vollständig in das römische Staatswesen und seine Rechtsordnung integriert, während andere nur beschränkte Rechte und Privilegien im Verhältnis zu Rom erhielten: das sog. *ius latii* bw. das *ius latinum*.[98] Das *ius latinum* verlieh seinem Träger unter dem Schutz der römischen Rechtsordnung einen teilweisen Bürgerrechtsstatus. Dieser beinhaltete einen wesentlichen Teil der Freiheitsrechte, die sonst nur römische Vollbürger genossen.[99] Politische Mitgestaltung und Partizipation eröffnete das *ius latinum* dagegen nicht. Seine praktische Relevanz behielt das *ius latinum* über die Zeit der Ausdehnung des Römischen Reiches hinaus. Noch im Jahr 74 n. Chr. verlieh *Vespasian* das *ius latinum* an ganz Spanien und 123 n. Chr. nutzte Kaiser *Hadrian* das von ihm eigens modifizierte *ius latinum maior* zur effektiveren politischen Bindung und Integration peregriner provinzialer Eliten.[100] So wurden über Jahrhunderte zunächst Vorstufen des römischen Bürgerrechts eingeführt, mit denen die in den römischen Bürgerverband strebenden Menschen zeitweise vom vollen Bürgerstatus ferngehalten wurden und erst allmählich vollwertig integriert wurden.[101] Seine Bedeutung verloren das *ius latinum* bzw. *ius latinum minor* und *ius latinus maior* als abgestufte Bürgerrechte faktisch wohl erst infolge der *Constitutio Antoniniana* im Jahr 212 n. Chr. Dass es als Rechtsinstitut später noch genutzt wurde, ist jedenfalls nicht bekannt.[102]

Im British Empire hat es einen einheitlichen Bürgerrechtsstatus nie gegeben.[103] Ein einheitliches Bürgerrecht hat sich ausschließlich im United Kingdom als Zentrum des Empire herausgebildet. Heterogen und differenziert blieb wie die rechtliche Grundordnung des Empire aber auch der subjektive Rechtsstatus der Bürger in den anderen Teilen des Empire. Schon die Frage, welche Personen und Personengruppen in den Kolonien als *British subjects* überhaupt Angehörige des Reiches und als *aliens* fremde Personen ohne Reichsangehörigkeit in den Kolonien des Empire waren, war

---

[97] So *J. Bleicken*, Die Verfassung der Römischen Republik, 8. Aufl., Paderborn 2008, S. 242.

[98] Als vertragliche Grundlage der Sonderrechte der Latiner gilt u.a. der *foedus Cassianum* – siehe dazu *A. Coşkun*, Bürgerrechtsentzug oder Fremdenausweisung, Göttingen 2010, S. 32; siehe auch F. W. Walbank (Hrsg.), The Cambridge Ancient History, Bd. VII/2: The Rise of Rome to 220 BC, 2. Aufl., Cambridge 1994, S. 269 ff.

[99] Siehe umfassend zu den einzelnen Privilegien *A. Coşkun* (Fn. 98), S. 46.

[100] Siehe dazu *A. K. Bowman*, The Cambridge Ancient History, Bd. XI: The High Empire A.D. 70–192, 2. Aufl., Cambridge 2008, S. 139, 364 f.

[101] *J. Bleicken* (Fn. 96), S. 40.

[102] *H. Wolff* (Fn. 88), S. 68 f.

[103] Darin sieht *J. Hatschek* (Fn. 33), S. 297, 366 das entscheidende (politische, aber auch moralische) Defizit des British Empire.