

---

# LITERATURBERICHT

---

## **Vom Siegeszug übergreifenden Rechts in der Dämmerung des Staates**

**Neue und alte „Verfassungsverträge“, diverse europäische Rechts-  
regime, auch am Beispiel der öffentlichen Sicherheit und vor dem  
Hintergrund einer aufkommenden europäischen juristischen  
Methodik, sowie regionale und weltweite Jurisdiktionen**

**Helmut Goerlich**

### **SUMMARY**

On the basis of two professorial dissertations, two dissertations and an assignment on the legal methodology of European law, the article shows the breakup, overlap and penetration of hitherto existing – maybe only allegedly closed – structures of the national state and in particular of its constitution by European and International Public Law. Thereby the author traces the development directions, which appear to initiate a constitutionalisation of the Community's sphere of law, and in fact have been retarded by the failure of the Treaty establishing a Constitution for Europe, but not have been held up. At the same time it is discussed, which classifications of the jurisdictions on the different levels this proceeding constitutionalisation conditions.

Vor einiger Zeit war hier vom Siegeszug der Verfassung in der Dämmerung des Staates die Rede.<sup>1</sup> Die Entwicklung geht aber darüber hinweg und erreicht die zwischenstaat-

1 Vgl. H. Goerlich, Vom Siegeszug der Verfassung in der Dämmerung des Staates, in: D. Schmiechen-Ackermann/T. Schaarschmidt (Hrsg.), Regionalismus und Regionalisierungen in Diktaturen und Demokratien des 20. Jahrhunderts (= *Comparativ* 13 [2003] 1), Leipzig 2003, S. 99-116. – Zugleich Sammelbesprechung zu: S. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz. Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation (= Veröffentlichungen des Walter-Schücking-Instituts für internationales Recht an der Universität Kiel, Bd. 122), Berlin 1998; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas (= Veröffentlichungen des Walter Schücking-Instituts für internationales Recht an der Universität Kiel, Bd. 137), Berlin 2001; M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (= *Jus Publicum*, Bd. 87), Tübingen 2002; F. Müller, R. Christensen, *Juristische*

liche und die überstaatliche Ebene, insbesondere im europäischen Kontext. Nicht nur einzelne Elemente des Verfassungsrechts, einzelne Kunstgriffe, Rechtsfiguren und Vorkehrungen, die aus den Verfassungsüberlieferungen stammen, treten über den Staat hinaus in Erscheinung; es sind inzwischen vielmehr dichtere und striktere Strukturen. So entsteht zwar kein Verfassungsvertrag der Europäischen Union, nachdem zwei Konvente – einer zur Schaffung einer Charta der Grundrechte bis Ende 2001 und ein weiterer zur Vorbereitung eines Verfassungsvertrages der Europäischen Union bis Mitte 2003 – erfolgreich gearbeitet haben. Aber es kommt wohl nach den Verständigungen vom Juni 2007 im Europäischen Rat zu einer Reform der Grundlagen der Europäischen Union, die Züge einer Konstitutionalisierung aufweist.<sup>2</sup> Zudem zeichnen sich Bewegungen der Kompetenzverlagerung auch in zentralen Bereichen klassischer Hoheitsaufgaben ebenso ab wie eine gewisse Koordination der Jurisdiktionen mehrerer internationaler oder zwischenstaatlicher Gerichte oder Schiedsstellen, wobei letztere aufgrund der Praxis der Spruchkörper Umrisse gewinnen und so einander zugeordnet erscheinen.

## I.

Die Permeabilität des Verfassungsstaates war seit Langem, insbesondere aber seit der ersten universalen Menschenrechtserklärung im Jahre 1948, zu beobachten. Aus der deutschen Perspektive konnte man dies deutlicher wahrnehmen, galt es doch, durch besondere Vorkehrungen einen deutschen Nationalstaat zwar im Prinzip wieder zuzulassen, aber zugleich zu überwinden. Im Zentrum Europas war eine einzelne Großmacht im Sinne des Nationalstaats des 19. Jahrhunderts ohnehin ein vorübergehendes Phänomen. Perioden der Befriedung waren hier während der Regimes internationaler Garantien möglich. Dabei mag die machiavellistische Konstruktion des modernen Staates immer ein Artefakt gewesen sein; jedenfalls erlaubte sie, die personale Ausrichtung der Herrschaftsverbände durch abstrakte Gewaltverhältnisse umfassender Art gegenüber den Gebietsansässigen zu ersetzen, das Territorium zu schließen und die Souveränität nach außen samt der Immunität dieses so gestalteten Staates zu behaupten.

Dieses Ordnungsmodell erwies sich in Mitteleuropa weder als ausreichender Garant des Friedens, noch wird es neueren Anforderungen infolge des Migrationsdrucks, der Armut und Globalisierung sowie der Menschenrechts- und Umweltpolitik gerecht. Daher hat sich der Staat geöffnet, ja er wird mehr und mehr in das zweite Glied verwiesen und verliert schon dadurch seinen Glanz. Mehr noch: Auch seine Aufgaben und seine Instrumente machen sich Beine und sind auf anderen Ebenen wieder anzutreffen, insbesondere auf der Ebene internationaler Organisationen globaler Dimension oder regionalen Zuschnitts. Diese Organisationen sind zudem auch solcher Natur, dass sie

Methodik, Bd. II: Europarecht, Berlin 2003; C. Lutz, Kompetenzkonflikte und Aufgabenverteilung zwischen nationalen und internationalen Gerichten. Erste Bausteine einer Weltgerichtsordnung, in: Rechtsfragen der Globalisierung, Bd. 5, Berlin 2003. .

2 Siehe Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rats-Dok. 11177/07, Anlage I + II.

dank ihrer Integrationskraft und rechtlich durchgreifenden Struktur als supranationale Organisationen wirken. Zunächst entstand diese Struktur zur Bewältigung des „deutschen Problems“, d. h. mit dem Ziel einer Ablösung des Besatzungsregimes durch Vorstufen einer europäischen Integration, die vor allem auch der Friedenssicherung dienen sollte. Heute erfolgt der Einstieg über die Kooperation intergouvernementaler Art, die als Handlungsform auch unverändert von Bedeutung ist. Zunächst steigert sie die Effizienz des Staates; später greift sie ihn an, weil sie sich zum Durchgriff aufschwingen kann und den Staat als ältere Form zur Gewährleistung des bloßen Vollzugs auf einer tieferen Ebene zurücklässt. Dies veranlasst, auch die Formeln von einem „Mehrebenensystem“ oder einer „Aufgabenteilung“ zu verwenden. So gewinnt man zunächst auch die Formulierung vom offenen Verfassungsstaat, der aus seiner Not eine Tugend macht. Man hofft, so die ältere innerstaatliche Effizienz, die noch unter der Vielfalt der Souveräne in Europa im 18. Jahrhundert keineswegs groß war, wieder behaupten zu können, indem das Geflecht der Kooperation und der supranationalen Strukturen ein immer engeres Netz über die Rechtsunterworfenen legt. Diese können in aller Regel nur als global player mit einer entsprechenden Geschäftspolitik und kreativen juristischen Beratung Schlupflöcher und Regelungslücken sowie Vollzugsdefizite und Rechtsschwächen finden und ausschöpfen. Sie gleichen damit dem kleinen Gauner im früheren Mitteleuropa, der – sozusagen als Fisch im Teich – etwa zwischen den Kleinstaaten des älteren deutschen Reichs seine Vorteile suchte und fand und dem selten ein „Malefizschenk“<sup>3</sup>, d. h. ein Funktionsträger, der Polizeibefugnisse und Strafverfolgung über die Territorialgrenzen hinweg wahrzunehmen und durchzusetzen beauftragt war, begegnete.

Der Staat endet damit in einem weniger symbolischen, weniger machtorientierten und stärker rechtlich gebundenen funktionalen Verständnis seiner Rolle. Er ergänzt sich durch Kooperation und Integration und bügelt damit seine Schwächen aus. Dies fordert ein neues Verfassungsverständnis, das auch Raum lässt für Verfassungsstrukturen auf diesen höheren Ebenen. Nur dann kann der Vorwurf verstummen, man fliehe in die Ungebundenheit der Kooperation und unterwerfe die Integration zu schwachen Kontrollen. Das setzt auch voraus, dass der Gebietsansässige zum Akteur wird und alle Möglichkeiten nutzt, seine Funktion als Initiator der Rechtsdurchsetzung durch Selbstorganisation und Kommunikation zu nutzen. In der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hat sich diese Rolle der Gemeinschaftsbürger als sehr wirksam erwiesen und kann Modell stehen für andere Felder. Ebenso wichtig sind auch die zahlreichen nicht-gouvernementalen Organisationen, die international agieren und stetig an Einfluss gewinnen.

All dies zeigt die Habilitationsschrift von Stefan Hobe sehr gut, der heute in Köln einen Lehrstuhl innehat. Die Schrift kann als rezipiert und anerkannt gelten, obwohl oder gerade nachdem sie nicht rezensiert worden ist. Sie hat auch Nachfolger gefunden so-

3 Gemeint ist jener Schenk, ein kleiner reichsunmittelbarer Graf, der im schwäbischen Kreis des alten Reiches die Strafverfolgung teils übergreifend kraft Auftrags dieses Kreises wahrnahm; sein Schloss ging in Flammen auf.

wohl in ihrem staatstheoretischen, als auch in ihrem internationalen Bezugsrahmen.<sup>4</sup> Auf diesen beiden Säulen baut die Schrift auf, um einerseits den Untergang des älteren souveränitätsorientierten Staatsbegriffs in seiner verfassungsrechtlichen Transformation auch in der Theorie zu zeigen und andererseits die Kooperation der Staaten in ihren rechtlichen Folgen als Ausgangspunkt eines offenen Verfassungsstaates als Typus wahrzunehmen. Dabei spielen auch faktische Entwicklungen, etwa des zwischenstaatlichen Informationsflusses, eine bahnbrechende Rolle, also nicht nur wirtschaftliche Interessen, das Handeln anderer als staatlicher, insbesondere zwischen den Staaten vernetzter kollektiver Akteure, oder gezielte Kooperationen der Staaten, die sie selbst verwandeln.

## II.

Auch die nächste, jüngere Schrift, die Anne Peters vorgelegt hat, bietet einen ähnlich weiterführenden Ertrag und stammt aus derselben Schule, nämlich der von Jost Delbrück.

Eine elegante Formulierung zur Frage, ob die Europäische Union eine Verfassung brauche, stellte fest, dass sie in ihren Verträgen eine solche schon hat.<sup>5</sup> Dennoch schreitet die Vertragspolitik als Integrationspolitik fort und wird wohl auch zu einem echten, d. h. als solchen bezeichneten Verfassungsvertrag finden, der allerdings nur zeitversetzt in Stufen wird in Kraft treten können. Dessen ungeachtet hat sich die Wissenschaft um die Elemente einer Theorie einer solchen Verfassung schon lange rege bemüht, nachdem das ältere Konzept eines engeren zweckorientierten Verständnisses der Gemeinschaften als Verbände allmählich in den Hintergrund getreten war. Die Arbeit von Peters, die inzwischen in Basel lehrt, klärt dafür zunächst den Verfassungsbegriff. Sie öffnet ihn in Bezug auf die europäische Ebene sowohl für das Vertragsrecht, als auch für die Teilkodifikationen. Auch werden die typischen Funktionen von Verfassungsrecht sichtbar, etwa für die Begrenzung der Macht und die Organisation sowie Verstetigung ihrer Ausübung durch grundlegende Normen. Hinzu kommen die Leistungen der Konstitution und der Integration sowie der Rechtfertigung und der verbindlichen Weisung: Auch insoweit finden sich auf europäischer Ebene Elemente der Verfasstheit im Sinne einer Verfassung. Die meisten theoretischen Anforderungen an eine Verfassung werden auf europäischer Ebene erfüllt: etwa die Stiftung einer Einheit, die Vermittlung eines Rahmens und von Werten, die Konstituierung eines Gemeinwesens, ihre Funktion als Schranke der Macht, ihre Rationalität als Ordnung; und schließlich sind ihre statisch-stabilisierende oder auch ihre dynamisch-gestaltende Wirkung als Symbol, Appell und Sinnvermittlung anzutreffen. Wie im Staat die Verfassung diesen und sein Recht konstituiert, so bringt das Vertrags-

4 Siehe etwa C. Möller, *Staat als Argument*, München 2000; u. aus derselben Schule wie Hobe, C. Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Berlin 2001.

5 Siehe S. Oeter, *Die Genialität der Verträge. Die Europäische Union braucht keine Verfassung, sie hat schon eine*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 207, 6. September 2001, S. 6.

verfassungsrecht auf europäischer Ebene die Rechtsgemeinschaft hervor. Hingegen ist für die staatliche ebenso wie für die europäische Verfassung festzustellen, dass sie die Integrationsfunktion von Verfassungen im Sinne eines inneren Zusammenwachsens als soziales Phänomen kaum mehr oder noch nicht leisten kann. So liegen auf europäischer Ebene Integrationsleistungen fast nur in institutioneller und wirtschaftlicher Hinsicht vor. Anders liegt es mit der Osterweiterung der Europäischen Union: Sie ist auch geprägt von der Heimkehr mancher Völker nach Europa, die daran durch den eisernen Vorhang lange Zeit gehindert waren. Noch fehlen der europäischen Ebene aber auch klassische Inhalte von Verfassungen, etwa die Menschenrechte als eigener Katalog, eine deutlichere Gewaltenteilung und eine ausgeprägtere Demokratie. Das schmälert die Legitimität; ersichtlich sollen hier die Bemühungen der beiden Konvente der Europäischen Union Abhilfe vorbereiten – jedenfalls wie Theologen und Repräsentanten einer moralischen Öffentlichkeit es auszudrücken lieben: „ein Stück weit“.

Dem allen liegt zugrunde, dass sich die Verfassung vom Staat ablöst. Der Staat ist nicht mehr die ausschließliche Voraussetzung von Verfassung, sondern allenfalls umgekehrt liegt erst mit einer Verfassung ein „Staat“ vor, so wie ein Teil der Staatsrechtslehre schon lange den Staat allein aus der Verfassung konstituiert sah und damit den etatistischen deutschen Verfassungsbegriff aufgab. Auch ist die Territorialität des Staates heute kein so wesentlicher Anknüpfungspunkt mehr; vielmehr entscheidet die Funktionsfähigkeit zugunsten der Gemeinschaften und der Union. Daher hindert das Fehlen territorialer Geschlossenheit kraft einer Verfassung im Sinne des Terminus, wie er die letzten Jahrzehnte gebräuchlich war, nicht, Hoheitsrechte wahrzunehmen, welche sonst nur eine Verfassung in jenem Sinne vermittelt. Ebenso bündigt dort das grundlegende Recht politische Ebenen wie im „Staat“. Und die Souveränität ist auch dem Staat schon weithin genommen, nachdem er heute nicht nur auf einer Verfassung mit normativer Kraft beruht, sondern auch international und weltweit eingebunden ist. Souveränität ist daher keine ausschließende Kategorie mehr, welche die europäische Ebene um Verfasstheit bringen könnte. Schließlich stehen die Kompetenzhoheit und die potentielle Allzuständigkeit heute dem Staat durch zahlreiche verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Bindungen nicht mehr so offen wie im Modell seines Urbildes und daher ergeben die Kategorien ebenfalls keine durchschlagende Differenz. Auch das Gewaltmonopol des Staates ist nicht mehr ohne Rechtsbindungen zu denken. Der Staat ist weitgehend Rechtsgemeinschaft, ebenso wie es die Gemeinschaften sind.<sup>6</sup> Und auch hinsichtlich der Aufgaben gibt es kaum mehr spezifische staatliche Aufgaben, die vom Staat isoliert wahrgenommen werden würden und könnten. Die Staats- und Verfassungsfunktionen haben sich vom Staat gelöst; jede Verfassung – und zwar nicht nur auf staatlicher Ebene – wird zur ergänzungsbedürftigen Teilordnung, ist nicht mehr exklusive und umfassende Grundordnung. An die Stelle der Totalverfassung sind Partial- und Komplementärverfassungen getreten, die Verfassungsfunktionen erfüllen.

6 Zur „Gemeinschaft“ siehe: H. Goerlich, „Gemeinschaft“ aus der Sicht der Staatsrechtslehre, Vortrag auf dem Theodor-Litt-Symposium 2002 in Leipzig, in: Theodor-Litt-Jahrbuch 2003/ 3, Leipzig 2004, S. 67 ff.

All diese Beobachtungen ermöglichen, die europäischen Verträge auf ihren verfassungsrechtlichen Gehalt zu prüfen. Dies betrifft zunächst die Grundfragen, dann die europäische Verfassungsentwicklung und die Legitimität der europäischen Verfassung sowie schließlich ihre oft kritisch verhandelte Eigenschaft als europäische Demokratie.

Zu den Grundfragen gehört zunächst, ob sich in der Tat eine Verfassung aus den gegenwärtigen Verträgen rekonstruieren lässt. Man kann die Verträge gewiss daraufhin durchsehen, welche Normen in ihnen und welche Interpretationen dieser Normen verfassungsrechtliche Grundmuster enthalten. Dann muss sich erweisen, dass über einen bloßen Intergovernmentalismus hinaus Verfasstheit im Sinne einer Verfassung – und dies jenseits des Staates – möglich und wünschenswert ist. Dabei ist zugleich zu vermeiden, dass föderale Modelle letztlich Staatlichkeit auf europäischer Ebene einfordern und so die Integrationsleistungen der europäischen Verträge fälschlich rückgebildet werden auf das überholte Modell eines staatsfixierten Föderalismus. Ein solches Verständnis vermeidet auch, einer europäischen Verfassung einen höheren Rang gleichsam als „Superverfassung“ gegenüber den mitgliedstaatlichen Verfassungen zuzuweisen. Vielmehr zeigt sich hier der Sinn der Redeweise von einem europäischen Verfassungsverbund. Ein polyzentrisches Verfassungsverständnis nimmt dabei gewissen Regeln der europäischen Ebene nicht ihren Charakter als Grundordnung. Auch können völkerrechtliche Verträge Vertragsverfassungen hervorbringen, was im Völkerrecht seit Langem, mindestens aber seit 1648, bekannt ist. Voraussetzung ist hier eine vielfältige Autonomie des Gemeinschaftsrechts, nämlich gegenüber dem Völkerrecht, gegenüber den Mitgliedstaaten und auch eine solche, welche die eigene originäre Geltung sowie die Freiheit von Eingriffen von außen in den eigenen Rechtskreis vermittelt. Zwar lassen sich Autonomien selten im engeren Sinne rechtswissenschaftlich begründen; aber dies zeigt gerade ihre kreative Grundstruktur. Diese ist letztlich nur sozial- und politikwissenschaftlich zu begründen, wie schon von Hans Peter Ipsen am Europarecht erkannt wurde. Autonomien schließen aber nicht aus, dass man versucht, normative Konflikte durch praktisch konkordante, harmonisierende Auslegung im Wege des schonendsten Ausgleichs und der Zuordnung normativer Positionen zu lösen. In diesem Kontext ist die Methodik der deutschen Verfassungsrechtslehre fruchtbar.<sup>7</sup> Auch das Recht des Unionsvertrages hat an dieser Entwicklung teil, wobei hier nicht schadet, dass es noch an einer Verfassungsurkunde oder einem genuinen Verfassungsvertrag fehlt. Am Anwendungsvorrang des europäischen Rechts ist allerdings festzuhalten. Er wirkt sich auf verschiedenen Ebenen aus. Auch die nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten werden von ihm nicht völlig verschont. Gerade die Behauptung der Möglichkeit von Normkonflikten hat zur Entwicklung des gegenwärtig Gestalt gewinnenden Verfassungsvertragsrechts geführt, das gravierende Mängel kaum mehr aufweisen wird.<sup>8</sup> Soweit es lückenhaft bleibt, schadet dies nicht, weil

7 Die klassischen Autoren, die die Dinge vorangebracht haben, sind hier vor allem K. Hesse, P. Lerche, U. Scheuner, F. Müller und M. Kriele, aber auch P. Häberle und H. Ehmke.

8 Dass dabei allerdings die Gefahr eines starken Übergewichts der Bürokratie besteht, daran besteht kein Zweifel, vgl. H. Dreier, Die Staatsgewalten im Zeichen der Europäisierung und Privatisierung, in: Die öffentliche Verwaltung 2002, S. 537 ff.

die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen und die mitgliedstaatlichen Verfassungen hier in die Bresche springen. Die Entwicklung der europäischen Verfassung findet als kontinuierliche Verfassungsfortbildung statt. Sie manifestiert sich allerdings zuerst in der Fortbildung der Verträge durch die Mitgliedstaaten. Die Beteiligung der Bürger beschränkt sich dabei auf eine mittelbare Präsenz, die den Standards der Verfassungsgebung im Sinne einer Konstituante noch keineswegs genügt. Der Gerichtshof der Gemeinschaften hat des Weiteren erheblichen Anteil an der Verfassungsfortbildung, und, wie man heute ergänzen muss, auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, sofern er das Verhalten der Mitgliedstaaten an den Rechten der Europäischen Menschenrechtskonvention misst, was er in jüngerer Zeit zweimal getan hat.<sup>9</sup> Dabei wirken das Verbot der Vertragserweiterung durch Richterspruch und diese Menschenrechte als Elemente der Funktionenordnung im Sinne des Verbots einer Verfassungsdurchbrechung auf der europäischen Ebene oder der Ebene der Mitgliedstaaten.

Die in der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik nach dem Kriege etablierten Kunstgriffe zur Sicherung der Wirkkraft der Verfassung erhalten so allmählich eine vertragliche oder rechtsgrundsätzliche Entsprechung auf europäischer Ebene. Das heute etablierte Verfahren der Grundrechts- und Verfassungskonvente stellt auch einen Schritt in die stärkere demokratische Legitimation der europäischen Verfassungsstrukturen dar. Trotz der Mängel dieser Strukturen in ihrer Kreation und Ausgestaltung gewinnen sie Legitimität durch den Erfolg, d. h. durch die Bewährung. Dies gilt aus der Perspektive der Bürger und der Mitgliedstaaten. Die Befriedung der Region, ihr Wohlergehen und ihre Rolle in der Welt verschaffen Anerkennung. Dabei bleibt es bei einer Stückwerkstrategie des piecemeal engineering im Sinne eines trial-and-error-Verfahrens. Schwächen der Politiken auf europäischer Ebene dürfen dabei nicht als Schwächen der Verfassungsstrukturen missverstanden werden. Ist die europäische Politik in Blockaden gefangen, so greifen auch die Strukturen nicht. Das kann ihnen aber nicht angelastet werden, vielmehr ermöglichen Verfeinerungen und Vervollständigungen des Verfahrens, der Kontrollen und der funktionellen Balancen die Auflösung solcher Lähmungen. Sie zeigen zugleich Schwächen ähnlich der nur noch quasiparlamentarischen Enquete-, Kommissions- und Verhandlungsdemokratie auf mitgliedstaatlicher Ebene. Auf europäischer Ebene hat zwar eine gewisse Parlamentarisierung stattgefunden, die oft nicht wahrgenommen wird, weil Brüssel und Straßburg so fern liegen. Die bisherigen konkordanzdemokratischen Herrschaftstechniken der europäischen Ebene werden nach der Osterweiterung aber zunehmend problematisch. Es kann aus meiner Sicht auch zu einer weiteren Parla-

9 Matthews v. United Kingdom, Urteil vom 18.2.1999, abgedruckt in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, S. 308 ff. mit einer Anmerkung von C. Lenz, betreffend das Wahlrecht der Bewohner Gibraltars zum Europäischen Parlament, und jetzt S. A. Dangeville v. France, Urteil vom 16.4.2002, sowie dazu M. Breuer, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Juristenzeitung 2003, S. 433 ff., zur unterlassenen Umsetzung von Richtlinien der Gemeinschaft und daraus folgenden Haftungsansprüchen gegen den betreffenden Mitgliedstaat; für ältere Ansätze seitens der Europäischen Menschenrechtskommission für diese Judikatur siehe C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, München 22005, S. 35, Anm. 23 und S. 318, Anm. 321.

mentarisierung führen – nicht aus edlen demokratischen Motiven, sondern aus der Not der Willensbildung, die mehr und mehr auf den Bezugsrahmen einer unumstößlichen demokratischen Legitimation angewiesen ist, um in den Mitgliedstaaten die Folgenverantwortung nicht selbst tragen zu müssen. Und auf europäischer Ebene kann das helfen, die Mehrheitsregel häufiger zu akzeptieren. Die Untersuchung der tieferen Ebene der Voraussetzungen einer Demokratisierung der europäischen Ebene führt auch zu einer Klärung der Kategorien. So kann auf europäischer Ebene die Bürgerschaft nicht mehr ethnisch begründet werden; sie muss vielmehr auf einem Willensakt aufbauen, der die Zugehörigkeit auf bestimmte politische und politisch-kulturelle Werte gründet. Die Öffentlichkeit und die Transparenz der Entscheidungsprozesse gehören hierzu. Sie ermöglichen Kontrolle und Verantwortlichkeit. Weitere Elemente einer good governance können dabei Defizite der demokratischen Kontrolle kompensieren. Die Schwächen der demokratischen Legitimation auch auf staatlicher Ebene und die Gefährdungen der demokratischen Ordnung sind ebenso bedeutsam wie die Mängel der europäischen Ebene. Projektionen idealisierter Strukturen taugen auch auf dem Gebiet der demokratischen Legitimation nicht für einen Pragmatismus der Rechtsfortbildung.

All dies zeigt die Untersuchung von Anne Peters eingehend und überzeugend. Man muss bedauern, dass die Schrift durch ihr Volumen und ihre Zeitgebundenheit zu geringe Wirksamkeit besitzt.<sup>10</sup> Es steht zu hoffen, dass sich ihr Ertrag anderen Orts knapp gefasst wiederum niederschlägt und an Nachhaltigkeit gewinnt.

### III.

Das Beispiel der Münchner Habilitationsschrift von Markus Möstl, einem Schüler des inzwischen emeritierten Peter Badura, zeigt an der Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, in welchem Maße schon jetzt mitgliedstaatliche und europäische Polizeibefugnisse einander bedingen und gegenseitig verstärken. Auch hier ist die Rolle des Staates weithin verändert, wiewohl er noch den Kern der Kompetenz auf diesem Gebiet beanspruchen kann und aus seinem nationalen, insbesondere auch Verfassungsrecht die Reichweite und Dichte der Garantie erwachsen. Zwar kann er noch Maßstäbe setzen, diese gelten aber im europäischen Rahmen und sind durch diesen umhegt. In manchen Bereichen ist zudem die Maßstäblichkeit in die europäische Hand gelangt, ein Vorgang, der sich im Verfassungskonvent wiederum fortgesetzt hat. Teilweise kann die Effektivität der Wahrnehmung staatlicher Polizeibefugnisse durch die territoriale Vorverlagerung in den Raum jenseits der eigenen staatlichen Grenzen in erheblichem Maß gesteigert werden. Dieser Gewinn hat aber den Preis einer Abwanderung von Teilzuständigkeiten

10 Bisher ist sie noch nicht oft rezensiert, vgl. aber etwa die umfangreiche, außerordentlich positive Anzeige, die einer Rezension gleichsteht, von M. Ruffert, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 128(2003), S. 322 ff.; siehe auch J.-R. Sieckmann, *Literaturbericht: Verfassungstheorie*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88(2002), S. 582 ff. (584 f.); besonders aber auch die Rezensionen von I. Pernice, in: *Die öffentliche Verwaltung* 2003, S. 174 f. u. M. List, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 35(2002), S. 124 ff.



und der Minderung der Dichte der eigenen Rechtssetzung. Dies gilt im Übrigen auch für den zugehörigen Rechtsschutz. Daher kann auch die Normativität verfassungsrechtlicher Schutzpflichten unter der europäischen Integration im Felde der inneren Sicherheit und der öffentlichen Ordnung in erheblichem Maße Einbußen erleiden; sie treten allerdings insofern so deutlich nicht hervor, als solche Schutzpflichten immer in hohem Maße von der Konkretisierung durch gesetzliche Ausgestaltungen und administrative Ermessensausübung abhängig bleiben. Die Konsequenzen der Europäisierung sind daher hier nicht so rasch offensichtlich. Was in den jüngeren Lehrbüchern am Rande in Einleitungen oder Schlussbetrachtungen zu finden ist, nämlich die Wanderung von Polizeibefugnissen – zumeist „nach oben“, also im Bundesstaat auf die föderale Ebene, und von dort in die europäische Arena –,<sup>11</sup> erfährt hingegen in einer monographischen Untersuchung eine viel stärkere Durchdringung. Dabei wirkt sich allerdings wie in anderen Rechtsgebieten auch aus, dass die Entfaltung des Stoffes in der Lehre öfter als eigentlich die Rechtslage – wenn nicht die Polizei – erlaubt, an tradierten national-rechtlichen Darstellungen des Stoffes festhält; das führt dazu, dass das nationale Recht auf dieser Ebene in Gänze als Potemkinsches Dorf auftritt, obwohl es längst im europäischen Konzert der Integration und teilweise in einer weltweiten Verortung steht, nicht zuletzt, weil die Sache es erfordert. Damit kommt es auch zu Kompetenzabwanderungen und zu Rückwirkungen selbst dort, wo die Zuständigkeit materiell und formell national bleibt, die man in ihrer Komplexität den Studierenden nicht zumutet, was allerdings mit dem Preis einer studentischen Provinzialität verbunden ist und auch – noch wesentlich schlimmer – zu Missverständnissen, Irrtümern und Fehlern in der Rechtsanwendung führt sowie insbesondere auch zum Verharren in überholten Vorverständnissen führen kann. Im Polizeirecht geht es dabei nicht mehr nur um Eurocontrol, Europol und insbesondere organisierte Kriminalität und Subventionsbetrugstatbestände sowie organisatorische Vorkehrungen zur Sicherung des Informations- und Datenflusses durch entsprechende polizeiliche Ämter, sondern auch alsbald um die Migrations- und Zuwanderungspolitik sowie demgemäß um wesentliche Bereiche der Ausländerpolizei. Dabei sind Defizite des Verwaltungsverfahrens, insbesondere des Daten- und des gerichtlichen Rechtsschutzes, schwer nachzubessern.

Man kann diese Entwicklungen, denen Vorgänge einer Europäisierung des Rechts in zahlreichen Gebieten, auch im Verwaltungs- und im Verwaltungsprozessrecht entsprechen<sup>12</sup>, als einen Weg zur Stärkung der Staatlichkeit verstehen, wie dies Möstl tut. Indes muss man sich auch bewusst sein, dass diese integrierte Staatlichkeit dann eine andere ist als die der bisherigen Dogmatik. Die staatliche Garantie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist ebenso nicht mehr dieselbe Garantie, welcher der souveräne Staat der

11 Vgl. etwa B. Pieroth, B. Schlink, M. Kriesel, Polizei- und Ordnungsrecht, München 42007, § 1, Rn. 33 ff.; auch F. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, München 10. Aufl., 2004, § 1, Rn. 21 ff.; oder F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, 2. Kap., Rn. 44 ff.

12 Zahlreiche Arbeiten zur Europäisierung vom Verfassungs- bis in detailliertes Fachrecht – etwa von Bauer, Schoch, Classen, v. Danwitz oder Schmidt-Aßmann – zieht Möstl nicht heran, da es ihm, wie gleich zu zeigen ist, letztlich um eine Bestätigung einer These des Fortbestands bisheriger Staatlichkeit geht.

Staatslehre verpflichtet war. Der „Prozeß der Weiterentwicklung hin zu einer neuartigen Garantie des integrierten Verfassungsstaates“<sup>13</sup> ist vielmehr auch so neu wie die dadurch entstehende Garantie und damit auch dieser Staat. Es mag nach einem Streit um Worte klingen, geht aber um mehr. Es entstehen nämlich Teilgarantien, die ineinander greifen. Sie stellen neue Fragen der Verantwortlichkeit, die gerade durch modische Formeln von „Verantwortungsteilung“, „Mehrebenensystem“ oder „regulierter Selbstregulierung“ in ihren rechtlichen Schwierigkeiten nicht vorangebracht, sondern nur angesprochen werden.<sup>14</sup> Entscheidende Desiderate einer solchen Entwicklung sind nämlich eine entsprechende Fortbildung des Grundrechtsschutzes gegen wachsende Freiheitsgefährdungen, eine Rechtsstaatlichkeit, deren Effizienz außer Zweifel steht, und eine Parlamentarisierung der Verantwortlichkeiten, wie sie in den Ländern im Bundesstaat bestand und besteht, aber im Bundesstaat auf Bundesebene und in der Europäischen Union auf ihrer Ebene stets schwächer ausgebildet sein wird, schon weil das Maß politischen Ermessens grobmaschiger wird und die Parlamentarisierung der Verantwortlichkeiten immer wieder vor dem Geflecht der Ebenen der Ausschüsse und Gremien des „Mehrebenensystems“ stecken zu bleiben droht. Es muss sich dabei Ähnliches vollziehen, wie es Möstl für die staatliche Ebene postuliert, nämlich das Gebot der „Erschließung und Konsolidierung der verfassungsrechtlichen Qualität der staatlichen Sicherheitsaufgabe“ im Lichte des „Wandels der aus dem liberalen Rechtsstaat überkommenen Formen und Techniken staatlicher Sicherheitsgewährleistung“, die insbesondere eine Risikosteuerung und eine Vorsorge ermöglichen sollen, welche zu einer entsprechenden Vorverlagerung der Eingriffsbefugnisse führt. Diese Vorgänge indes sind es, welche die Effektivität des Rechtsstaates und seines Rechtsschutzes schon auf nationaler Ebene gefährden. Das ist erst recht der Fall, wo die Wege noch weiter und der Rechtsschutz, die Rechtskenntnisse sowie eine professionalisierte Rechtsvertretung noch ferner sind. Vollzieht sich dies so auf nationaler Ebene, ist der dieser Entwicklung unterworfenen Staat als Verfassungsstaat mit den bisherigen Kategorien schon für sich nicht zu fassen. Dies gilt aber umso mehr, wenn er offen ist für Integration und überstaatliche Rechtsbindungen, die ihn noch stärker bändigen als die bisherige nationale Verfassung in der Blüte ihrer normativen Kraft. Letztlich liegt mit der Schrift von Möstl ein Kompendium der bisherigen Entwicklungen vor, das den herkömmlichen Staat diesen gegenüber zu behaupten sucht; ein Unterfangen, das als solches angesichts dieser Einrichtungen nicht mehr wirklich überzeugen kann. Das tut allerdings der systematisierenden Leistung des Buches keinen Abbruch, mit dem sich der Autor wird behaupten können.

13 So Möstl, a.a.O., S. 653; dieser Weg, den souveränen Staat reetablieren zu wollen, tut sich auch bei U. di Fabio, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen 2001, auf, ist aber zu Recht als aussichtsloses Unterfangen bezeichnet worden, vgl. die Rezension v. H. Steiger, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 128 (2003), S. 321 f. (322).

14 Vgl. etwa W. Hoffmann-Riem, *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung*, in: E. Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 1999, S. 317 ff.

#### IV.

Dafür, dass die Methoden der Rechtsauslegung, -anwendung und -fortbildung unterschiedlich sein können, je nach dem, welchen Stand das betreffende Rechtsgebiet erreicht hat, ist der neue, zweite Band der „Juristischen Methodik“ von Friedrich Müller und Ralph Christensen ein gutes Beispiel.<sup>15</sup> Nachdem vor Kurzem eine weitere, stark erweiterte und neu bearbeitete Auflage des seit Jahren erfolgreichen Grundwerks erschienen war<sup>16</sup>, setzt dieses Werk nun ein, Methodik und Interpretationsregeln des Rechts der Europäischen Union, insbesondere aber der Europäischen Gemeinschaften, zu entwickeln. Dabei kommt es ihm ersichtlich letztlich darauf an, das praktische Können insbesondere des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in ein theoretisches Wissen zu überführen, das seine Leistungen zusätzlich zur eigenen Begründungspraxis trägt und zur Kritik dieser Leistungen befähigt.

Bekanntlich ist das Europarecht der Gemeinschaften sehr stark geprägt von einer zweckorientierten Auslegungsmethode, die insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften entwickelt hat. Sie zielt darauf ab, die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften sicherzustellen. Der Einstieg in diese methodische Perspektive fällt im Gemeinschaftsrecht besonders leicht. Dies liegt daran, dass die Normen dieses Rechts sehr oft in der Weise offen formuliert sind, dass ihnen vor allem eine Zielorientierung für die Anwendung zu entnehmen ist. Daraus folgt, dass die Rechtsanwendung regelmäßig final, nicht konditional gesteuert wird. Eine konditionale Steuerung beschreibt hingegen die Voraussetzungen einer Rechtsfolge tatbestandlich mit mehr oder weniger statischen Begriffen vollständig und vermittelt daher den Eindruck der abschließenden Umschreibung betroffener Sachverhalte und ihrer Regelung. Auch das nationale Recht kennt finale Regelungen und eine solche Steuerung durch Rechtsnormen. Dort wird – ebenso wie im Europarecht – dadurch ein gewisser Spielraum für die Auslegung eröffnet, der nur – aber immerhin – durch den Zweck der Norm gesteuert ist. Hinzu kommt, dass die Gründungsverträge der Gemeinschaften in ihrer heute geltenden Fassung zwar völkerrechtliche Verträge sind, ihre Interpretation aber letztlich dem Gerichtshof der Gemeinschaften und nicht den Mitgliedstaaten als Herren der Verträge überantwortet ist. Das heißt, die finale Steuerung durch das Recht der Verträge vollzieht sich in einer zugleich autonomen Interpretation der sich ständig fortentwickelnden Rechtsprechung dieses Gerichts. Es hat daher erhebliche Bedeutung, welche Methoden der Interpretation dieser Gerichtshof heranzieht, um die Verstetigung, Verdichtung und Verfestigung der europäischen Integration durch Recht zu begründen, die er unternimmt. Dass diese Methoden nicht dieselben sein können wie im rechtsstaatlich durchformten Nationalstaat,

15 Dieses Werk liegt inzwischen in 2. Aufl. (2007) vor.

16 Vgl. F. Müller / R. Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I: *Grundlagen Öffentliches Recht*, Berlin, 9. Aufl., 2004, wobei es sich erübrigt, F. Müller vorzustellen, während es sich bei R. Christensen, wie man hört, um einen früheren Assistenten auch von Bernd Jeand'Heur, dem zu früh verstorbenen Ordinarius in Rostock, handelt, der nun als Jurist privatwirtschaftlich lehrt. Auch Jeand'Heur gehörte dem Kreis um Friedrich Müller an.

schien schon seit Langem erkennbar und war auch Altmeistern des Europarechts wie Hans Peter Ipsen schon gänzlich geläufig.<sup>17</sup>

Dabei können sich die Methoden der Interpretation des Gemeinschaftsrechts wiederum unterscheiden von denen des Völkerrechts, das im Allgemeinen ja nicht Integrationsziele so verfolgt, wie es das europäische Gemeinschaftsrecht tut. Allerdings bedienen sich die Mitgliedstaaten der Gemeinschaften oftmals auch der Handlungsformen des Völkerrechts in Ergänzung des Gemeinschaftsrechts, so dass für dieses insbesondere dem Vertragsvölkerrecht ähnliche Grundsätze der Interpretation gelten können wie für das Europarecht im engeren Sinne selbst.

Die Untersuchung von Müller und Christensen betont zunächst im Vorwort, dass sie unabhängig von der deutschen „Juristischen Methodik“ in einem Bande, wie sie bisher erschienen war, genutzt werden kann, wiewohl sie auf den dortigen Grundlagen aufbaut. Sie handelt zunächst – vor allem auch vor dem heute linguistisch orientierten Hintergrund der Methodenlehre von Müller – von der Problemstellung des Europarechts, ein Recht der vielen Sprachen zu sein. Dies ist nur zu bekräftigen, zumal auch die Erträge der Interpretation des Europarechts nur dann einen gesicherten Boden haben, wenn man auch die fremdsprachige Literatur aus anderen Mitgliedstaaten einbezieht; nur dann ist der Bestand des Rechts hinreichend gesichert.<sup>18</sup> Dann setzt die Methodik ein mit einer Darstellung des gegenwärtigen Stands der Methodik des Gemeinschaftsrechts, um als großes Kapitel zu einem Strukturmodell der richterlichen Rechtserzeugung zu kommen und darauf die Leistung einzelner Argumentationsformen zu überprüfen und mit einem großen Kapitel über die Rationalität und Überprüfbarkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu schließen. Dabei werden wiederum die Sprachtraditionen und damit auch die Begründungstraditionen im romanischen, deutschen und angelsächsischen Sprachraum zusammengeführt. Dies macht einen besonderen Reiz des Buches aus. Dabei wird die ältere Müllersche Methodik in einer verfeinerten Form fortgebildet und angewandt, so dass sie weniger ein Selbstgespräch des Methodikers ist, der autopoetisch seine Theorie der Interpretation in iterativen Prozessen der Gedankenbildung in gewisser Weise genialisch hervorbringt, als vielmehr in Auseinandersetzung mit vorhandenem Material des Rechts, der Literatur und der Rechtsprechung dargestellt wird. Dadurch gewinnt die Methodik auch an Verständlichkeit, Überzeugungskraft und Fruchtbarkeit. Mit Sicherheit war dies nur aufgrund eines längeren Prozesses der Rezeption des Europarechts, seiner Methoden und seiner Fortbildung durch die Rechtsprechung möglich. Das Ergebnis ist eine Bereicherung der nationalen und europäischen juristischen Methodik, die nicht zu unterschätzen ist. Das zeigt sich an vielen einzelnen Fragen, so

17 Siehe H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, S. 131 ff.; und J. Schwarze, *Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 1976, S. 105 ff.; H. P. Ipsen wird i. Ü. im Literaturverzeichnis der hier angezeigten Schrift von Müller und Christensen irrtümlich das von Knut Ipsen edierte *Völkerrecht* zugeordnet.

18 Vgl. dazu unter Bezug auf G. Nicolaysen, H. Lecheler, J. Gundel, *Einführung in das Europarecht*, München, 2. Aufl., 2003, S. V; für die Funktionen des Gerichtshofes der Gemeinschaften vgl. G. Nicolaysen, *Europarecht I. Die europäische Integrationsverfassung*, Baden-Baden, 2. Aufl., 2002, S. 353 ff.

etwa auch an der durch Art. 288 Abs. 2 des Vertrages über die Gemeinschaften (EGV) statuierten Verpflichtung der Rechtsprechung auf die Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Wo solche Rechtsgrundsätze fehlen, müssen sie von der Rechtsprechung erst entwickelt werden. Am Beispiel der Haftung der Mitgliedstaaten für Schäden, die aus unterbliebener oder nur teilweise genügender Umsetzung von Richtlinien der Gemeinschaft entstehen, zeigt die Schrift dann, wie weit die Rechtsprechung gehen kann: Denn dieses Problem war bei der letzten Änderung der Verträge durchaus bekannt, dennoch haben die Mitgliedstaaten als Herren der europäischen Verträge darauf verzichtet, es mit Hilfe einer Haftung des Staates als Sanktion anzugehen. Der Gerichtshof aber setzt nun eben dieses Instrument unter Rekurs auf allgemeine Rechtsgrundsätze ein und hat eine solche Haftung gemeinschaftsrechtlich etabliert, die Art. 288 Abs. 2 EGV gerade nicht vorsieht. Dennoch ist diese Rechtsentwicklung positiv zu bewerten, da sie den Bürger als Bürger dieser Gemeinschaft ernst nimmt und die Rechtsdurchsetzung gewährleistet.<sup>19</sup> Ebenso zeigt die Arbeit unter Bezug auf andere jüngere methodische Arbeiten, dass die Kohärenz und Konsistenz der Rechtsprechung oft genauso wichtig ist wie die Anwendung einer vertragstextbezogenen juristischen Methode der Begründung. Dabei wird hier das Beispiel der Durchsetzung freien Wettbewerbs gegen staatliche Beihilfen, verbunden mit einer Durchbrechung rechtsstaatlicher heiliger Kühe des Verwaltungsrechts wie des Vertrauensschutzes und der Bestandskraft von Hoheitsakten, gewählt, wobei Vertrauensschutz und Bestandskraft hier Rechtsfiguren sind, die dem Bürger Rechtssicherheit verschaffen, aber – schützen sie zugleich europarechtswidrige Ergebnisse – um der Durchsetzung dieses vorrangigen Rechts willen weichen müssen.<sup>20</sup> Auch zum noch immer wirksamen Demokratiedefizit der Europäischen Union und zu ihrer vermeintlich fehlenden Verfassungsfähigkeit finden sich methodisch begründete Stellungnahmen. Dies macht diese Methodik zugleich in ihrer Anlage anfällig für eine rasche Alterung, die durch stete Neuauflagen aufgefangen werden kann. Angesichts des größeren Marktes des Europarechts wird ihr dies aber selbst unter den heute recht restriktiven Bedingungen der Anschaffungspolitik der Bibliotheken gelingen.

Ein derartiger Erfolg ist der „Juristischen Methodik II“ nur zu wünschen. Sie könnte vielleicht ähnlich wirken wie die Müllersche Methodik in ihren Anfängen im Seminar von Konrad Hesse, wo sie erheblichen Einfluss auf Theorie und Methode des nationalen deutschen Verfassungsrechts gewann.<sup>21</sup> Ihr heute noch breiterer Horizont befähigt vielleicht, methodische Grundzüge einer Zuordnung von mitgliedstaatlichem und europäischem Verfassungsrecht vorzubereiten, die dann auch ein Lehrbuch der Grundzüge des Verfassungsrechts in Europa ermöglicht, das beide Ebenen integriert. Denn gegenwärtig täuschen die Lehrbücher des nationalen Verfassungsrechts in den Mitgliedstaaten vor,

19 Ähnlich F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik II*, S. 322.

20 Ebd., S. 230 u. 139.

21 Vgl. zuletzt einen Spiegel dessen in K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 20. Aufl., 1995, Rn. 49 ff., S. 20 ff m. N.

dass es isoliert und selbstständig noch solches Verfassungsrecht gebe. Dabei sind die Zusammenhänge der Gewährleistung von Räumen der Freiheit und Sicherheit sowie auch der Solidarität und des Rechts längst über den Staat hinausgewachsen, den ein Volk mit Hilfe seiner Verfassung hervorbringt. All dies auch methodisch zu durchdringen, ist ein großes Verdienst.

## V.

Schließlich ist eine Freiburger Dissertation aus der jungen Schule von Andreas Voßkuhle, nämlich die knappe Arbeit von Carsten Lutz, hier von Interesse. Sie sucht aus der Sicht der Theorie zu leisten, was die meist vertraglich begründete Errichtung und Zuständigkeit zwischen- und überstaatlicher Gerichte und Schiedsstellen aus sich heraus nicht leistet, nicht zuletzt weil dies ein Rechtsregime jenseits der partialen Leistungen der Verträge zu diesem Behufe erfordern würde, was ja gerade nicht vorliegt.

Schon etwas zurück und auch in jüngerer Zeit finden sich erste Versuche der eigenständigen Zuordnung der Zuständigkeiten und Befugnisse in der Rechtsprechung der Gerichte selbst.

So ist es unter dem Aspekt einer Zuordnung der Jurisdiktionen zu verstehen, wenn das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe glaubte, einen Vorbehalt zugunsten nationaler Grundrechte und elementarer Verfassungsgrundsätze gegenüber dem Anwendungsvorrang des europäischen Gemeinschaftsrecht machen zu können.<sup>22</sup> Ebenso ist es ein Versuch, Zuständigkeiten zuzuordnen, wenn dieses Gericht einen Verstoß gegen die Pflicht zur Vorlage von Rechtsfragen an den Europäischen Gerichtshof der Gemeinschaften in Luxemburg zugleich als Verstoß gegen die Gewährung des gesetzlichen Richters im Sinne des Grundgesetzes versteht,<sup>23</sup> um so über innerstaatliche Behelfe – insbesondere die Verfassungsbeschwerde gegen die letztinstanzliche fachgerichtliche Entscheidung – doch noch zu ermöglichen, Verletzungen des europäischen Rechts abzufangen und dadurch zugleich der eigenen Richterbank Gehör bei den europäischen Kollegen in Luxemburg zu verschaffen, sollten diese im Anschluss angerufen werden.

Entsprechend hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg in jüngerer Zeit zweimal entschieden, dass er unter Berufung – etwa auf die Gewährleistung des Wahlrechts in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder auf das Eigentumsrecht des Ersten Zusatzprotokolls zu dieser Konvention – darüber entscheiden kann, ob sich die staatlichen Organe im Rahmen der

22 Zuletzt BVerfGE 89, 155 ff. – Maastricht –, relativiert durch BVerfGE 102, 147 ff. – Bananenmarktordnung – und jüngere Kammerbeschlüsse; indes scheinen einzelne Richter gegen die auch im Verfassungsvertrag wettbewerbsorientierte Marktsicht sowie die Einschränkungen der Daseinsvorsorge Vorbehalte im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG bezogen auf das Sozialstaatsprinzip reaktivieren zu wollen, vgl. das Interview mit Richter S. Broß, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 181 vom 7. August 2003, S. 4; vgl. auch ders., Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, in Juristenzeitung 2003, S. 874 ff. mit Verweis auf weitere Vorträge des Autors.

23 BVerfGE 82, 159 ff. (192 ff.) in ständiger Rechtsprechung.

Willensbildung der Europäischen Gemeinschaften oder im Rahmen der Umsetzung des europäischen Rechts in nationales Recht rechtens verhalten haben, gemessen an diesen Rechten der Konvention und ihrer Protokolle.<sup>24</sup>

Das führt dazu, dass die Konvention als dritter Rechtskreis neben dem nationalen und dem Gemeinschaftsrecht dazu dient, die Wahrung des Gemeinschaftsrechts und der Konvention und ihre Abstimmung aufeinander sicherzustellen. Die Konvention ist dabei Kontroll- und Sachnorm zugleich, ähnlich der Rolle des nationalen Verfassungsrechts in der Verfassungsgerichtsbarkeit. Auch wird dadurch ohne förmlichen Beitritt der Europäischen Union und der Gemeinschaften zur Konvention mittelbar die Bindung auch dieser an das Konventionsrecht verstärkt, wie sie im Unionsrecht in Art. 6 Abs. 2 EUV schon etabliert ist und sich aus der Justiziabilität dieser Klausel gemäß Art. 46 lit. d EUV sowie im herkömmlichen Gemeinschaftsrecht aus den Rechtsgrundsätzen ergibt, die den Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Nicht von ungefähr also suchte ja die bisher noch nicht in Kraft befindliche, aber feierlich erklärte Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom Herbst 2001 eine Harmonisierung ihrer Standards mit dem Konventionsrecht sicherzustellen. Dann suchte der Verfassungsvertrag des Verfassungskonvents der EU einerseits diese Charta rechtsverbindlich zu machen und zudem den Beitritt der Union und der Gemeinschaften zur Menschenrechtskonvention zu ermöglichen. Dies ist jetzt auch Ziel der eingangs genannten Abreden vom Juni 2007 über eine Reform der Verträge.

Sind diese Schritte vollzogen, so erweist sich das Konventionsrecht als teilverfasste Rechteerklärung, der als Organe ihrer Durchsetzung der Europarat und ihr Gerichtshof zugeordnet sind. Dann wird sich nur noch die Frage stellen, ob nun nicht im Sinne einer Springprozedur das Konventionsrecht allmählich eine Modernisierung und Komplettierung ihrer Rechte und Regelungen entwickeln muss, wobei hier wiederum materiell die Freiheiten und die Gleichheitsrechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Pate stehen können.

Lutz konnte diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte noch nicht berücksichtigen. Aber er arbeitet die verschiedenen Ebenen des Menschenrechtsschutzes ab und bemüht sich um weitere Zuordnungsregeln und Verfahrensmaximen bis hinein in die internationale Strafgerichtsbarkeit samt den eingerichteten Tribunalen und den Bereich der Welthandelsorganisation sowie ihrer Schiedsstellen, die nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für das europäische Recht und die Gemeinschaften von so großer Bedeutung sind, zumal Europa bei diesen Verhandlungen durch Brüssel vertreten wird und hier mit einer Stimme spricht. Anhand von Schemata zeigt Lutz, wie langwierig die Verfahrenszüge werden, wenn vom erstinstanzlichen nationalen Gericht über alle außerordentlichen Rechtsbehelfe und denkbaren Vorlageverfahren bis in weltweite Schiedsstellen gestritten wird. Daneben stehen verschiedene Ebenen des Menschenrechtsschutzes auf der Grundlage verschiedener Rechtskataloge, die von ver-

24 Dazu die Nachweise oben Anm. 9.

schiedenen, in ihrer Zuständigkeit nicht gegeneinander abgegrenzten Spruchkörpern durchzusetzen sind.

Lutz stellt insbesondere einen ausgezeichneten Werkzeugkasten zusammen, der Instrumente enthält für die Entwicklung einer Hierarchie rechtsverbindlicher Ordnung materieller Art und für die Ausbildung neuer Zuordnungsregeln für die Tätigkeit der konkurrierenden nationalen und internationalen Gerichte und Spruchkörper. Dies reicht bis in Formulierungsvorschläge zur Änderung bestehenden Rechts. Dadurch wird es wahrscheinlicher, dass die Gerichte selbst in dem ihnen eigenen *piecemeal engineering* in diesen Werkzeugkasten greifen und entsprechende Aussagen treffen, welche es dann auch erleichtern können, entsprechendes positives Recht zu schaffen, das diese Ansätze verallgemeinert. Diese Leistung macht die Arbeit auch dann faszinierend und praktisch wertvoll, wenn man erhebliche Zweifel hegt, ob es im wohlverstandenen Interesse der Menschheit sein kann, eine in sich geschlossene „Weltgerichtsordnung“ zu erreichen. Denn sie könnte ähnliche Risiken in sich bergen wie eine Weltpolizei, eine auch exekutivisch durchgestaltete Weltorganisation oder eine „Super“macht, welche die Funktion einer „Weltpolizei“ usurpiert. Allerdings ist eine Weltgerichtsordnung noch eher tragbar, wenn zwischenstaatlich folgende Beobachtung gilt: Gerichte sind bekanntlich innerstaatlich als schwächste Gewalt zu sehen; sie verfügen weder über das Schwert, noch über das Budget, wie Alexander Hamilton formuliert hat<sup>25</sup>, sind also strukturell in der Durchsetzung schwach. Sie können sich nur durchsetzen, wenn sie allseits überzeugen. In diesem Sinne gut zu entscheiden setzt voraus, dass nah am Lebenssachverhalt und wohlbegründet sowie unter Berücksichtigung aller Interessen knapp entschieden wird. Damit folgen die Gerichte also nicht dem Bild des souveränen Richters, sondern dem eines gewinnenden, in diesem Sinne überzeugenden Richters. Dies wird auch in einer Hierarchie der Gerichte auf mundialem Parkett so sein, wie nicht nur nationale, sondern auch regionale Erfahrungen, etwa mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, zeigen.

Misst man die sich abzeichnende Zuordnung der Zuständigkeiten der regionalen Gerichte und Spruchstellen jenseits der Staaten und der nationalen Verfassungsgerichte in Europa, so zeigt sich, dass mit Maßstäben aus dem „Werkzeugkasten“ von Lutz schon vor ihrer Präsentation durch das Buch gewerkelt wird. Dass Lutz die nationalen Rechtszüge verkürzen will, ist verständlich, wehrt aber noch nicht der Gefahr, die höheren Gerichte gerade jenseits der Staaten zu überlasten. „Rechtsschutz gegen Richter“ – um ein Thema seines Lehrers Andreas Voßkuhle aufzugreifen<sup>26</sup> – bleibt also allemal aktuell. Eine „Weltgerichtsordnung“ indes ist latent auf der Agenda, nicht aber ein „Weltstaat“ sowie eine, der Staatlichkeit entsprechende positiv durchgestaltete „Weltrechtsordnung“ oder eine gebündelt umfassende „Weltpolizei“. Das alte Konzept „World Peace through World

25 Vgl. A. Hamilton, *The Federalist*, Nr. 78, in: J. E. Cooke (Ed.), *The Federalist*, Cleveland 1961, S. 522ff.

26 Siehe zuletzt zu einer aktuellen Entscheidung des Plenums des Bundesverfassungsgerichts A. Voßkuhle, *Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen Richter*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, S. 2193 ff. 29, vgl. G. Clark, L. B. Sohn, *World Peace through World Law*, Cambridge, MA Second, revised edition, 1964 (zuerst 1958, dann 1961).



Law“ von Grenville Clark and Louis B. Sohn im Sinne einer revidierten UN-Charta ist kaum wiederzubeleben, da es die Gefahren weltweiten Machtmissbrauchs nicht bündigt.<sup>27</sup> Wünschenswert erscheinen heute nur sektorale, selbstständige und regionale Agenturen der Durchsetzung ausgehandelten Kautelarrechts, die konkurrieren, und zur Rechtsfortbildung allerdings ähnlich ausdifferenzierte Gerichte. Deren eben bezeichnete strukturelle Schwäche wird sicherstellen können, dass kaum Machtmissbrauch betrieben wird. Dennoch sollten sie so viel „komplementäre Staatlichkeit“<sup>28</sup> in Fragen der Rechtsdurchsetzung entfalten, dass sie den Machtmissbrauch exekutivischer oder legislativer Akteure tabuisieren können, sei es mit feststellenden Entscheidungen ohne unmittelbare Sanktionswirkung, sei es im Wege individueller Strafverfolgung und Verurteilung sowie im Wege aufhebender Judikate, die durchsetzbar sind.

27 Vgl. G. Clark, L. B. Sohn, *World Peace through World Law*, Cambridge, MA, Second, revised edition, 1964 (zuerst 1958, dann 1961).

28 Dazu H. Steiger, *Brauchen wir eine Weltrepublik?*, in: *Der Staat* 42 (2003), S. 249 ff.