

Kapitel 1: Eine föderale Perspektive des transnationalen Polizei- und Sicherheitsrechts

„In things necessary, Unity: in things indifferent, Liberty: in all things, Charity.“¹

A. Rechtstheoretische Vorüberlegungen

Die für diese Untersuchung gewählte föderale Perspektive geht von der Einheit der Weltrechtsordnung aus (hierzu I.), welche gerade im Hinblick auf die Entwicklung des Völkerrechts hin zu einer vielfach vernetzten Weltrechtsordnung an Bedeutung gewonnen hat (hierzu II.). Im Anschluss wird mit Blick auf eine einheitliche Weltrechtsordnung zur Geltung, Anwendbarkeit und Rang völkerrechtlicher Verträge Stellung genommen (hierzu III.).

I. Einheit der Weltrechtsordnung

Mit dem Postulat der Einheit der Weltrechtsordnung soll keine weltweite Rechtsharmonisierung angestrebt, sondern in erster Linie die Widerspruchslosigkeit der verschiedenen, nationalen, europäischen und internationalen Rechtsordnungen gewahrt werden. Damit ist das Verhältnis von staatlichem Recht und Völkerrecht angesprochen, für dessen Erklärung im Wesentlichen zwei verschiedene Modelle existieren (Monismus und Dualismus).

Teilweise wurde zwar die Auffassung vertreten, dass eine Reine Rechtslehre den verschiedenen Betrachtungsweisen – Ausgangspunkt entweder in der staatlichen oder in der völkerrechtlichen Rechtsordnung – völlig indifferent gegenüber stünden, so dass die Entscheidung hierüber eine politische sei.² Bei der Sichtweise, nach der das nationale Recht den Ausgangspunkt bilden soll, kann aber immer nur *eine* staatliche Rechtsordnung herangezogen werden um die Einheit der Weltrechtsordnung zu begründen.³ Bei einer solchen Perspektive kann es durch unterschiedliche nationale Rechtsordnungen zu einer Fragmentierung des Völkerrechts kommen. Die Einheit der Weltrechtsordnung wäre dann gefährdet. Denn eine 193 mal begründete Einheit der Weltrechtsordnung für jeden einzelnen Staat ist nicht dasselbe wie eine vom Völkerrecht her gedachte Einheit der Weltrechtsordnung, so dass für jeden Staat, der für sich in Anspruch nimmt, das Völ-

¹ Zimmern, *The League of Nations and the Rule of Law 1918–1935*, S. 509.

² Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*², S. 345.

³ Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*², S. 341.

kerrecht und die Einheit der Weltrechtsordnung zu wahren, mindestens 192 potentielle Konflikte bestehen.

Im Ausgangspunkt muss deshalb zunächst erkannt werden, dass der Staat nicht die einzige und umfassende Rechtsgemeinschaft darstellt.⁴ Er ist auch nicht in sich geschlossen und gegen andere abgeschlossen. Der Staat befindet sich viel mehr mit anderen Staaten und Organisationen in einer Rechtsgemeinschaft – der Völkerrechtsgemeinschaft.⁵ Die Völkerrechtsgemeinschaft ist die alle positiv-rechtlichen Gemeinschaften überspannende Rechtseinheit, die, gleich einer Kuppel, den ganzen großen Rechtsbau überwölbt.⁶ Die diese Völkerrechtsgemeinschaft begründende Rechtsordnung ist das Völkerrecht. Ausgangspunkt für eine einheitliche Weltrechtsordnung muss deshalb das Völkerrecht sein.

Allein hiermit kann die Einheit der Weltrechtsordnung nicht gewahrt werden kann. Das Problem der Einheitlichkeit der Weltrechtsordnung besteht in der Frage nach der Grundnorm. Dies ist der Rechtssatz *pacta sunt servanda*, der zwar auch im Völkervertragsrecht und im Völkergewohnheitsrecht gefunden werden kann,⁷ dort aber lediglich deklaratorische Wirkung besitzt und als Grundnorm des Völkerrechts respektive Weltrechts vorausgesetzt werden muss. Denn die Grundlegung des Völkerrechtes kann nur als gesichert gelten, wenn die Norm *pacta sunt servanda* in das objektive Reich der Werte eingegliedert wird.⁸ Die Konstruktion sowohl des vertraglichen wie auch des gewohnheitsrechtlichen Völkerrechts wäre ohne diesen Rechtssatz als Grundvoraussetzung nicht denkbar.⁹ Ein Vertrag ohne vertragliche Bindung, d. h. ohne die gleichzeitige Verpflichtung zu dessen Einhaltung, ist kein Vertrag und letztlich auch kein Völkervertragsrecht. Aber auch das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht ist selbst nur Recht, sofern eine objektive Norm vorausgesetzt wird, die mit dem Tatbestand einer bestimmten Übung die Rechtsfolge der Erfüllungspflicht verbindet.¹⁰ Der Rechtssatz *pacta sunt servanda* muss demnach, auch wenn er seine Bestätigung im Völkergewohnheits- und Völkervertragsrecht findet, als völkerrechtliche Grundnorm vorausgesetzt werden. Er bildet die Keimzelle der Staatengemeinschaft und ist Urquelle des Völkerrechts.¹¹ Damit ist das Völkerrecht aber kein zwischenstaatliches, kein internationales, sondern ein überstaatliches, ein übernationales Recht.¹² Das Völkerrecht respektive Weltrecht gilt es deshalb als einheitliche Rechtsordnung zu erfassen.

Die europäische Gemeinschafts- respektive Unionsrechtsordnung ist insoweit nur ein (regionaler) Teil dieser Weltrechtsordnung und steht nicht außerhalb des Völkerrechts.¹³ Das Gebot der einheitlichen Anwendung des Rechts wurde in der ehemaligen

⁴ Siehe zum vorzugswürdigen Staatsbegriff *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*², S. 339: „Geht man vom Völkerrecht als einer gültigen Rechtsordnung aus, kann der Begriff des Staates nicht ohne Bezugnahme auf das Völkerrecht definiert werden. Von diesem Standpunkt aus gesehen, ist er eine völkerrechtsunmittelbare, relativ zentralisierte Teilrechtsordnung mit völkerrechtlich begrenztem territorialen und temporalen Geltungsbereich und einem hinsichtlich des materialen Geltungsbereiches nur durch den Vorbehalt des Völkerrechts eingeschränkten Totalitätsanspruch.“

⁵ Vgl. schon *Verdross*, *Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 9.

⁶ Vgl. *Verdross*, *Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 9.

⁷ Vgl. Art. 26 WVRK. Diese völkervertragsrechtliche Norm ist für völkerrechtliche Verträge bestimmt und kodifiziert gleichzeitig Völkergewohnheitsrecht, vgl. *Stein* in: *Wolfrum*, *Hdb. VN*, Nr. 137 Rn. 5.

⁸ Vgl. *Verdross*, *Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 23.

⁹ Vgl. *Lowe*, *International Law*, S. 58.

¹⁰ Vgl. schon *Verdross*, *Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 29.

¹¹ Vgl. *Verdross*, *Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 40.

¹² Vgl. *Verdross*, *Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 9.

Europäischen Gemeinschaft als ein Grunderfordernis dieser gemeinschaftlichen Rechtsordnung¹⁴ erkannt und zu Recht hervorgehoben. Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Bezugspunkte austauscht und statt der europäischen die internationale Gemeinschaft betrachtet. Auch dort besteht das grundlegende Erfordernis der einheitlichen Anwendung des gemeinsamen Rechts. Die Einheit der Weltrechtsordnung und damit einhergehend die einheitliche Anwendung der Grund- und Menschenrechte soll hier aber nicht als Ober- oder Übergrundsatz und auch nicht als „Trumpf, der alles Entgegenstehende schlagen kann“¹⁵ verwendet werden. Er darf deshalb nicht als absoluter, keine Ausnahmen zulassender Begriff (miss-) verstanden werden.¹⁶ Stattdessen wird er hier als rechtliche Maxime verstanden, nach der die einheitliche Anwendung und Auslegung der Grund- und Menschenrechte ein Ideal ist, das angestrebt werden sollte.

Dies führt zu der Frage, wer in einem horizontal und vertikal vernetzten Rechtssystem bei der rechtlichen Kontrolle hoheitlicher Gewalt von Polizei- und Sicherheitsbehörden die Kompetenz zur verbindlichen Letztentscheidung besitzt. Während sich diese Frage in einem nationalen Rechtssystem analog zur Frage der Sicherung der einheitlichen Anwendung und Auslegung dahingehend beantworten lässt, wonach entweder ein oberstes Gericht hierfür zuständig erklärt wird oder wie in Deutschland ein spezielles Verfassungsgericht eingerichtet wird, ist im Völkerrecht die Lösung über eine hierarchische Strukturierung nicht zielführend. Die verschiedenen Machtkämpfe im Justizbereich in den vergangenen Jahrzehnten haben sich nicht zuletzt aufgrund der tradierten Vorstellung von Hierarchie als einziges Mittel zur Organisation eines Rechtsschutzsystems ergeben. Auch wenn demzufolge die weitere Hierarchisierung der europäischen und völkerrechtlichen Rechtsordnung eher kritisch betrachtet wird, bleibt das Bedürfnis einer Beantwortung der Frage nach der Letztentscheidung und gegebenenfalls dem Verwerfungsmonopol zunächst bestehen.¹⁷ Die vollständige Negation des Erfordernisses einer Letztentscheidung wäre kaum mit dem Gebot der Rechtssicherheit vereinbar – ein Gebot, das nicht nur im deutschen Rechtsstaat, sondern als Bestandteil der *rule of law* auch in der europäischen und internationalen Rechtsordnung anerkannt ist. Deshalb weist auch lediglich die Art („Wie“) der Lösung von Justizkonflikten in eine netzwerkartige Richtung,¹⁸ wohingegen die Frage des „Ob“ einer Lösung nicht unbeantwortet gelassen werden darf. Bei der Beantwortung der Frage nach der Letztentscheidungskompetenz können hierarchische Elemente vernachlässigt werden und stattdessen alternative Lösungsmöglichkeiten (z. B. institutionelle Kooperationen, Subsidiarität, völkerrechtliche Kooperationspflichten der Gerichte, strukturelle und lose Kopplungen, Verbot des Rechtsmissbrauchs, Loyalitätspflichten, Schaffung von Vertrauen, etc.) gewählt werden.

¹³ Zur Betrachtung der Weltrechtsordnung als System von innerstaatlichem und internationalem Recht als funktional verbundene Einheit siehe Tietje, DVBl., Bd. 118, 2003, S. 1081 (1093) m. w. N.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 21. 2. 1991, Rs. C-143/88 und C-92/89 – Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG gegen Hauptzollamt Itzehoe und Zuckerfabrik Soest GmbH gegen Hauptzollamt Paderborn, Slg. 1991, I-415 (Rn. 26); EuGH, Urteil vom 5. 3. 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 – Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd u. a., Slg. 1996, I-1029 (Rn. 33).

¹⁵ Wahl, Der Staat, Nr. 4, Bd. 48, 2009, S. 587 (598).

¹⁶ Oeter, The International Legal Order and its Judicial Function, S. 597 bevorzugt deshalb zu Recht den Begriff einer funktionellen Differenzierung (*functional differentiation*) statt einer Fragmentierung (*fragmentation*) des Rechts.

¹⁷ Vgl. Schmahl, EuR, Bd. 43, Beiheft 1, 2008, S. 7 (8).

¹⁸ Zu Recht kritisch gegenüber der (alleinigen) Verwendung des Netzwerk-Begriffs aber Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, S. 82 f.

Bevor auf solche Alternativen eingegangen wird, sollen Ausführungen zur Entwicklung des Völkerrechts hin zum Weltrecht die hier zugrunde liegende Perspektive abrunden.

II. Vom Völkerrecht zur Weltrechtsordnung

Das klassische Völkerrecht mit zwischenstaatlicher Prägung entwickelt sich mehr und mehr zu einem Weltrecht mit verschiedenen Völkerrechtssubjekten und Organisationsformen.¹⁹ Aus der Sicht des Individuums entwickelt es sich immer weiter weg von der reinen Staatenbezogenheit und auch weg von der Mediatisierung des Individuums durch den Heimatstaat, hin zur Anerkennung des Menschen als eigenständiges, partielles Subjekt der Völkerrechtsordnung. Daneben existieren vermehrt internationale Organisationen, denen Völkerrechtspersönlichkeit verliehen wird und die vormals typische Staatsaufgaben wie die Gewährleistung innerer und äußerer Sicherheit wahrnehmen. Das Völkerrecht, das in der Vergangenheit primär zwischenstaatliches (horizontales) Recht war, wurde ergänzt durch supranationale Organisationen wie die EU und bekam mit der unmittelbaren Anwendung des supranationalen Rechts in den Staaten eine vertikale Dimension. Durch die Schaffung der Vereinten Nationen als Weltorganisation sowie die Vernetzung mit den verschiedensten, partiellen Völkerrechtssubjekten, aber auch mit Akteuren der Zivilgesellschaft (ohne eigene Völkerrechtspersönlichkeit), ist es daher angezeigt, von einer Weltrechtsordnung zu sprechen. Der Begriff des Weltrechts darf dabei nicht missverstanden werden als globale Herrschaft eines „Super-Staates“ und setzt keinen Weltstaat voraus.²⁰ Die bisherige Inter-, Supra- und Transnationalisierung der völkerrechtlichen, in der Vergangenheit überwiegend zwischenstaatlichen Beziehungen, die insbesondere im Bereich des Rechtsschutzes nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen geführt haben, unterliegen einem steten, politisch bedingten Wandel und können deshalb auch nur schwer als endgültige Ziele formuliert werden. Dennoch bedarf es für diesen Prozess²¹ einer globalen Rechtstheorie. Anstatt der Weltgemeinschaft rechtlich ein bloßes Vakuum zu präsentieren, soll mit dem Gedanken einer globalen Rechtstheorie ein Beitrag geleistet werden, die Strukturen für eine Weltrechts- und Weltgerichtsordnung im Sinne eines Weltgemeinschaftsrechts²² darzustellen. Das angesprochene Vakuum ist entstanden, weil die überwiegende Ansicht in der Staats- und Völkerrechtslehre seit dem letzten Jahrhundert vermehrt dem dualistischen Modell (wenn auch in einer gemäßigten Ausprägung) gefolgt ist und dadurch zu einer (Re-)Nationalisierung des Völkerrechts beigetragen hat. In der jüngeren Vergangenheit wurde des öfteren die Fragmentierung des Völkerrechts und auch die Fragmentierung der völkerrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten sowie die teilweise divergierenden Ansichten verschiedener regionaler und internationaler Gerichte beklagt. Ob diese Fragmentierung mit einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts alleine eine hinreichende Lösung mit sich bringt, soll hier zunächst offen bleiben. Gemeinsames Anliegen ist jedenfalls stets die Gewährleistung einer einheitlichen Weltrechtsordnung, wobei es sich hierbei weder um eine zentralisierte

¹⁹ Der Gedanke und Begriff eines Weltrechts ist keinesfalls neu, vgl. *Emmerich-Fritzsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 41 f. m. w. N.

²⁰ *Emmerich-Fritzsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 43 f. weist zu Recht auf die Gefahren sowie die Utopie eines Weltstaates, verstanden als Weltherrschaft im Sinne historischer und teilweise aktueller nationalstaatlich-hegemonialer Macht-Ansprüche, hin.

²¹ *Emmerich-Fritzsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 47 weist zu Recht darauf hin, dass der Prozess des Weltrechts schon begonnen hat und täglich fortschreitet.

²² Siehe hierzu *Nettesheim*, JZ 2002, S. 569 (570).

noch um eine vollständig harmonisierte Weltrechtsordnung handeln muss.²³

Auch wenn an dem Bedürfnis der internationalen Zusammenarbeit heute überwiegend kein Zweifel mehr besteht, erscheint das hierfür von manchen gezeichnete Bild, bei dem der Staat immer noch bzw. erneut als ein geschlossenes Rechtssubjekt gesehen wird, in welches das Völkerrecht hineinwirke oder dieses durchdringe, oftmals zweckorientiert und politisch motiviert. Das grundlegende Problem solcher Formulierungen und Betrachtungen liegt in der introvertierten Sichtweise,²⁴ wonach sich der Staat allein auf sein eigenes Selbst ausrichtet und sich infolgedessen auch rechtlich in einem Verhältnis zu anderen Staaten jeweils nur als die eigentliche und einzige Quelle jeder rechtlichen Bindung begreift.²⁵ Überzeugender und letztlich sowohl für die internationale Gemeinschaft als auch für die einzelnen Staaten vorteilhafter, ist die Sicht eines offenen, eines sich in die internationale Gemeinschaft der Staaten einordnenden und sich insofern dem Willen der Gemeinschaft auch unterordnenden Staates.²⁶ Mit dieser abstrakt formulierten umfassenden Verfassungsentscheidung für eine offene Staatlichkeit²⁷ soll nun aber nicht in einem generellen Sinn auf den Vorrang des Völkerrechts und etwaige Einschränkung der staatlichen Souveränität verwiesen werden. Im Grunde ist vielmehr schon die Ausgangsüberlegung der These von der offenen Staatlichkeit zu hinterfragen, denn die Öffnung einer staatlichen Rechtsordnung ergibt nur dann Sinn, wenn sie vorher verschlossen war oder so betrachtet wurde. Ändert man aber den Blickwinkel und sucht den Ausgangspunkt für eine Weltrechtsordnung nicht in einer staatlichen Rechtsordnung, sondern in einer übergeordneten Rechtsnorm, bedarf es keiner Begründung mehr für die Öffnung einer staatlichen Rechtsordnung. Jede staatliche Rechtsordnung erscheint dann vielmehr als Untergliederung und Teilsystem der Völker- respektive Weltrechtsordnung.

Wenn schon in der Phase des primär zwischenstaatlichen Völkerrechts die Einheit der Völkerrechtsordnung nicht widerspruchsfrei mit einer dualistischen Sichtweise und dem Ausgangspunkt in einer staatlichen Rechtsordnung begründet werden konnte,²⁸ gilt dies erst recht in einer vielfach vernetzten Weltrechtsordnung, in der mehrere Völkerrechtssubjekte (Staaten und regionale sowie internationale Organisationen) und verschiedenartige Rechtsordnungen (nationale, regionale, internationale) widerspruchsfrei und konfliktfrei zu verknüpfen sind. Der Gedanke eines offenen Staates hat dabei aber insofern seine Berechtigung, weil mit ihm deutlich gemacht werden kann, dass staatliche

²³ Deshalb wird die Reine Rechtslehre in *dieser* Hinsicht abgelehnt. Siehe zur entsprechenden (etwas missverständlichen) Formulierung Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 154.

²⁴ Anders formulierte dies schon Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 331 (S. 498): „So wenig der einzelne eine wirkliche Person ist ohne Relation zu anderen Personen [...], so wenig ist der Staat ein wirkliches Individuum ohne Verhältnis zu anderen Staaten [...]“. Siehe hierzu auch Vogel, *Internationale Zusammenarbeit*, S. 19.

²⁵ Vgl. Vogel, *Internationale Zusammenarbeit*, S. 26.

²⁶ In Bezug auf Deutschland und Art. 24 GG vgl. Vogel, *Internationale Zusammenarbeit*, S. 35.

²⁷ Vgl. Vogel, *Internationale Zusammenarbeit*, S. 42, 46.

²⁸ Siehe hierzu und zum Primat des Völkerrechts Kelsen, *Reine Rechtslehre*², S. 336: „[...] dann muß der Geltungsgrund in der Völkerrechtsordnung gefunden werden. Dies ist darum möglich, weil [...] das Prinzip der Effektivität, das eine Norm des positiven Völkerrechts ist, sowohl den Geltungsgrund als auch den territorialen, personalen und temporalen Geltungsbereich der einzelstaatlichen Rechtsordnungen bestimmt, und diese daher als *vom Völkerrecht delegierte, ihm somit untergeordnete und von ihm als in einer universalen Weltrechtsordnung eingeschlossene Teilrechtsordnungen* begriffen werden können, deren nebeneinander im Raum und Nacheinander in der Zeit rechtlich erst durch das Völkerrecht möglich gemacht wird. Das bedeutet den Primat der Völkerrechtsordnung.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Rechtsordnungen lediglich Teile der Völker- respektive Weltrechtsordnung sind und heute nicht mehr nur neben anderen staatlichen Rechtsordnungen stehen, sondern auch an Rechtsordnungen weiterer Völkerrechtssubjekte gekoppelt sind und diese wechselseitig beeinflussen. Durch die Entwicklung vom kooperativen Völkerrecht zum koordinierenden und vernetzten Weltrecht ändert sich aber nicht die rechtstheoretische Grundlage der Einheit der Völker- respektive Weltrechtsordnung. Die Vielzahl staatlicher Rechtsordnungen, die Etablierung regionaler und internationaler Organisationen und der Abschluss zahlreicher bi- und multilateraler Völkerrechtsverträge lässt das System des Weltrechts zwar mitunter fragmentarisch erscheinen. Sofern man den Ausgangspunkt nicht in einer staatlichen Rechtsordnung, sondern in der so verstandenen Weltrechtsordnung und in der grundlegenden Rechtsnorm *pacta sunt servanda* erblickt, ist eine widerspruchslöse Begründung der Einheit nicht nur des Völkerrechts, sondern auch der Weltrechtsordnung möglich.

Wie sich dieser Blickwinkel konkret auf die Geltung und den Rang völkerrechtlicher Verträge auswirkt, wird im folgenden Abschnitt analysiert.

III. Geltung, Anwendbarkeit und Rang völkerrechtlicher Verträge

1. Geltung des Völkerrechts

Eine vom Rang eines völkerrechtlichen Vertrags zu trennende Frage ist die – logisch an erste Stelle zu setzende²⁹ – Frage der Geltung von Rechtsnormen, seien es nationale (innerstaatliche) Normen oder völkerrechtliche Normen.³⁰ Mitunter wird der Eindruck erweckt, nationales Recht würde immer und selbstverständlich gelten, wohingegen die Geltung von Völkerrecht explizit begründet werden müsste. Dabei wird oftmals nicht zwischen den zu trennenden Fragen der grundsätzlichen Geltung einer Rechtsnorm als solche, einer etwaigen innerstaatlichen Geltung einer transformierten Rechtsnorm und der unmittelbaren Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Rechtsnorm vor staatlichen Behörden und Gerichten unterschieden.³¹ Eine solche undifferenzierte Betrachtung übersieht, dass Völkerrecht ebenso wie nationales Recht unabhängig von einer gesonderten Geltungsanordnung gilt, weil es Ergebnis eines rechtmäßigen völkerrechtlichen Rechtsetzungsverfahrens ist, auf der gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Völkerrechtsgemeinschaft beruht und damit *Recht* ist. Die tatsächliche Bedeutung des Rechts – sowohl auf nationaler wie auch auf europäischer oder internationaler Ebene – hängt dagegen von der Akzeptanz bei den Normadressaten ab. Unabhängig von dem rechtstheoretischen Streit, ob alle Normen auf eine Grundnorm zurückgeführt werden können und gegebenenfalls auf welche, oder ob die Geltung von Rechtsnormen mit anderen Methoden oder Glaubenssätzen begründet werden kann, erscheint es nicht legitim, für die grundsätzliche Geltung von Rechtsnormen zwischen nationalen (verfassungsrechtlichen bzw. innerstaatlichen) und europäischen sowie internationalen (völkerrechtlichen) Rechtsnormen zu unterscheiden.³² Alle Rechtsnormen gelten unabhängig von ihrer Zuordnung zu

²⁹ So ausdrücklich Schmid, Rang und Geltung der EMRK, S. 2.

³⁰ Dies wird teilweise verkannt, vgl. Schmid, Rang und Geltung der EMRK, S. 1.

³¹ Dementsprechend wird stellenweise pauschal behauptet, die Fragen des Rangs und der Geltung sowie der innerstaatlichen Durchführung der EMRK richte sich nicht nach Völkerrecht sondern nach dem Verfassungsrecht der jeweiligen Staaten, vgl. Schmid, Rang und Geltung der EMRK, S. 1, 5.

³² So aber noch Bleckmann, Europarecht, Rn. 1145 (S. 404), der mit Blick auf Europarecht der Ansicht war, dass die Völkerrechtsordnung und die nationalen Rechtsordnungen weiterhin auf zwei unterschiedli-

einer Rechtsordnung oder Rechtsebene (staatlich, europäisch, international) weil es sich um Sollensanordnungen handelt, die als rechtliche Normen, als Recht erlassen wurden. Völkerrechtliche Normen, insbesondere völkerrechtliche Verträge gelten deshalb als solche ebenso wie rein innerstaatliche Normen und bedürfen als Rechtsnormen keiner weiteren Geltungsanordnung.

2. Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen

Dagegen ist – sofern wie in eher dualistisch geprägten Rechtsordnung wie der deutschen die Transformation von Völkervertragsrecht erforderlich ist – erstens die Frage der innerstaatlichen Geltung einer transformierten Rechtsnorm, zweitens die sich anschließende Frage nach dem Rang der transformierten Rechtsnorm sowie drittens die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Rechtsnorm vor staatlichen Behörden und Gerichten jeweils eine solche, die das nationale (Verfassungs-) Recht beantwortet.

Die erste Frage nach der Geltung der transformierten Rechtsnorm beantwortet sich ebenso wie die Frage der Geltung sonstiger innerstaatlicher Rechtsnormen, denn die transformierte Rechtsnorm ist keine völkerrechtliche mehr, sondern eine staatliche.

Die zweite Frage nach dem Rang einer transformierten Rechtsnorm ist schwieriger zu beantworten, wenn man den Ausgangspunkt für die Einheit der Weltrechtsordnung wie hier nicht im staatlichen Recht, sondern im Völkerrecht erblickt. Mit einer isolierten Betrachtung der transformierten Norm unter Außerachtlassung ihres völkerrechtlichen Ursprungs kann man zwar die Frage nach dem Rang der transformierten Norm ebenso dahingehend beantworten, dass sich dieser nach der staatlichen Rechtsordnung richtet. Für die deutsche Rechtsordnung ergibt sich demzufolge für die transformierte Norm gemäß Art. 59 Abs. 2 GG der Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Wer hier stehen bleibt, verkennt aber zum einen die Tatsache, dass die völkerrechtliche Norm nicht nur als transformierte Norm, sondern auch als völkerrechtliche Norm gilt. Hierauf wird sogleich zurück zu kommen sein.

Die dritte Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Rechtsnorm vor staatlichen Behörden und Gerichten bezieht sich auf den Inhalt der jeweiligen Rechtsnorm und kann daher nicht abstrakt oder rechtstheoretisch beantwortet werden, sondern bedarf der Analyse der konkreten völkerrechtlichen Rechtsnorm und dabei der Prüfung, ob diese hinreichend konkret und bestimmt ist, um von Behörden und Gerichten unmittelbar angewendet und ausgelegt zu werden. Letztlich ist dies aber keine Besonderheit einer völkerrechtlichen Rechtsnorm, da auch rein innerstaatliche Rechtsnormen angewendet und ausgelegt werden müssen und nicht immer hinreichend konkret und bestimmt formuliert sind. Deshalb bedarf es regelmäßig der weiteren Prüfung, ob die völkerrechtliche Norm als solche dazu bestimmt ist, dem Einzelnen Rechte zu verleihen oder eine Person zu verpflichten. Dies ist letztlich eine Frage der konkreten Rechtsnorm und bedarf der Prüfung des Inhalts der jeweiligen Rechtsnorm, so dass sich eine umfassende Antwort in rechtstheoretischer Hinsicht verbietet. Die dritte Frage kann aber abstrakt dahingehend beantwortet werden kann, dass für die unmittelbare Anwendbarkeit *per se* keine Unterschiede zwischen rein innerstaatlichen und völkerrechtlichen Rechtsnormen bestehen.

chen Grundnormen beruhen und damit strikt voneinander getrennt seien.

3. Rang völkerrechtlicher Verträge

Die beiden für die Untersuchung relevanten völkerrechtliche Menschenrechtsverträge (EMRK & IPbpr) stehen als transformiertes Völkervertragsrecht in der deutschen Normenhierarchie gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG formell betrachtet im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.³³ Dies ist völkerrechtlich auch zulässig, da das Völkerrecht kein allgemeines Gebot enthält, das die Geltung, Anwendbarkeit und den Rang einer völkerrechtlichen Norm *im innerstaatlichen Recht* vorschreibt.³⁴ Wenn in eher dualistisch geprägten Rechtsordnungen wie der deutschen völkerrechtliche Verträge transformiert werden, bemisst sich der Rang der transformierten, d. h. ins innerstaatliche Recht übernommene und dadurch duplizierten Rechtsnorm nach dem staatlichen (Verfassungs-) Recht. Das Völkerrecht überlässt es den Staaten, wie diese Völkerrecht innerstaatlich behandeln, es überlässt den Staaten aber nicht die Ausgestaltung des Verhältnisses von innerstaatlichem Recht zu Völkerrecht. Nicht nur wären sonst theoretisch so viele Möglichkeiten und unterschiedliche Rechtsordnungen denkbar wie es Staaten gibt.³⁵ Das Verhältnis von Völkerrecht als solchem und innerstaatlichem Recht ist vielmehr eine Grundfrage des Völkerrechts, die es in rechtstheoretischer Perspektive zu beantworten gilt. Will man die Einheit des Völkerrechts und damit der Weltrechtsordnung sicherstellen, bedarf es einer Perspektive, die das Völkerrecht als Ausgangspunkt nimmt und ausgehend von dem Rechtssatz *pacta sunt servanda* die Geltung der verschiedenen Rechtsordnungen, deren Verhältnis und den jeweiligen Rang begründet.

Materiell gesehen ergibt sich deshalb für völkerrechtliche (Menschenrechts-) Verträge wie die EMRK und den IPbpr aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtungen dieser Verträge sowie der Grundnorm des Völkerrechts (*pacta sunt servanda*) ein höherer Rang.³⁶

³³ Vgl. Klein, EMRK und deutsche Grundrechtsordnung, S. 12; Dörr/Lenz, Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 625. Gegen einen Verfassungsrang ist insbesondere Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 1 Rn. 4. Für den Rang eines einfachen Bundesgesetzes bei gleichzeitiger EMRK-konformer Auslegung nationaler Grundrechte siehe auch schon BVerfG, Beschluß vom 26. 3. 1987 – *Unschuldsumutung*, BVerfGE 74, 358 (370) sowie aus jüngerer Zeit unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip BVerfG, Beschluß vom 14. 10. 2004 – *EGMR-Würdigung* (Görgülü), BVerfGE 111, 307 (315 ff.). Aus der Literatur vgl. statt vieler Grote/Marauhn in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Einleitung Rn. 2 sowie Giegerich in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 2 Rn. 43 m. w. N. der (noch) h. L. sowie der Rechtsprechung. Die in der Literatur teilweise vorhandene Betrachtung der EMRK bzw. des 1. Abschnitts als *sui generis*-Normen mit etwaigen gemischten (sowohl völkerrechtlichen als auch verfassungsrechtlichen) Eigenarten sei hier mangels überzeugender Argumente nur am Rande erwähnt und im Folgenden ausgeblendet. Die *sui generis*-These ebenso ablehnend Schmid, Rang und Geltung der EMRK, S. 10 ff. m. w. N.

³⁴ Vgl. Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 859 (S. 547), bei denen allerdings nicht ganz klar wird, ob sie sich lediglich auf das innerstaatliche (transformierte oder als solches geltende) (Völker-)Recht oder auch auf das wirklich als solches geltende Völkerrecht beziehen.

³⁵ Nach offizieller, freilich nicht unumstrittener Zählung der Vereinten Nationen derzeit 193.

³⁶ Für einen Verfassungsrang der EMRK siehe Hoffmeister, HFR, Nr. 5, 1999, S. 54 (67 f. bzw. online 14 f.), der diesen mittelbar über den Weg der EMRK-konformen Auslegung deutscher Grundrechte zu begründen versucht. Siehe für einen mittelbaren Verfassungsrang auch Schaller, EuR, Nr. 5, Bd. 41, 2006, S. 656 (658 mit Fn. 15). Bleckmann, EuGRZ, Bd. 21, 1994, S. 149 (152 ff. [155]) versucht mit gewichtigen Argumenten über den Weg des Art. 25 GG und der Annahme eines *ordre public international* einen Verfassungsrang der EMRK zu begründen. Sowohl über den Weg des Art. 25 GG als auch mit Hilfe des Rechtsstaatsprinzips sowie durch die konventionskonforme Auslegung des Grundgesetzes versucht Giegerich in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 2 Rn. 47 ff. (74) einen (formellen) Verfassungsrang zu begründen. Wilfinger, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in GG und EMRK, S. 187 ff. (196 f.) ist der Ansicht, der gesamte normative Teil der EMRK enthalte allgemeine Regeln im Sinne des Art. 25 GG, so dass die Konvention einen Zwischenrang einnehme. Für einen mit Art. 25 GG begründeten

Wählt man den Ausgangspunkt für die Einheit der Weltrechtsordnung im Völkerrecht und nicht in einer staatlichen Rechtsordnung, kann zwar formell betrachtet eine Nachrangigkeit der transformierten Normen völkerrechtlicher Verträge im innerstaatlichen Recht der Vertragsstaaten existieren. Durch die gemeinsame Bindung der Staaten und Völkergemeinschaft an übergeordnetes Völkervertragsrecht wie die EMRK und den IPbpR wird eine stellenweise in den Vertragsstaaten vorhandene formelle Nachrangigkeit transformierten (innerstaatlichen) Rechts materiell durch die Überordnung der völkerrechtlichen Verträge als solche sowie die Unterordnung der staatlichen Rechtsordnung als Teilsysteme des Völkerrechts überlagert, so dass zumindest eine völkerrechtskonforme – bezogen auf die EMRK und den IPbpR eine konventions- und paktkonforme – Auslegung des gesamten innerstaatlichen Rechts erfolgen muss.

Hinsichtlich des IPbpR wird zutreffend darauf hingewiesen, dass sowohl nach Art. 27 WVRK als auch nach der Auffassung des MRA der Pakt Vorrang vor nationalem Recht besitzt. Dies kann im nationalen Recht entweder durch eine Auslegung nationaler Grundrechte im Lichte des IPbpR (paktkonforme Auslegung) sichergestellt werden oder durch Erklärung der unmittelbaren Anwendbarkeit des IPbpR vor allem nationalen Recht.³⁷ Da aber insbesondere die deutsche Rechtsprechung schon hinsichtlich der ersten Alternative zögerlich ist,³⁸ erscheint die Forderung nach der zweiten Variante noch unrealistischer. Die völkerrechts- sowie pakt- und rechtsschutzfreundlichere Variante wäre es, den IPbpR zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG zu zählen, so dass Klagen und Verfassungsbeschwerden zumindest indirekt auf die Verletzung des Pakts gestützt werden könnten.³⁹ Andererseits darf die völker- und menschenrechtskonforme Auslegung sowohl des IPbpR als auch der EMRK nicht unterschätzt werden. Das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts beansprucht allgemeine Geltung.⁴⁰ Wesentlicher Grund für die Notwendigkeit einer entsprechenden Auslegungsverpflichtung⁴¹ der innerstaatlichen Organe ist der völkerrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda*, der nicht nur als Völkergewohnheitsrecht gilt sondern auch in Art. 26 WVRK kodifiziert wurde und nach der hier vertretenen Ansicht auch die Grundnorm der Weltrechtsordnung darstellt. Die Rechtsfolge einer solchen völker- und menschenrechtskonformen Auslegungsverpflichtung ist in materieller Hinsicht die Vorrangigkeit aller völker- und menschenrechtlicher Verpflichtungen vor dem gesamten staatlichen Recht – einschließlich der nationalen Grundrechte und sonstigem Verfassungsrecht. Gleich welchen Rang ein völkerrechtlicher Vertrag formell durch Trans-

Verfassungsrang siehe dagegen schon *Pieck*, Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren, S. 8 f. m. w. N. aus der älteren Literatur. Eine alternative völkerrechtsfreundliche Sicht kann anhand des österreichischen Verfassungsrechts demonstriert werden: Hier wurde schon aufgrund der Tatsache, dass durch die Konvention Grund- und Freiheitsrechte verbürgt werden, der Schluss gezogen, dass die EMRK in Österreich Verfassungsrang genieße, vgl. *Griller*, Die Übertragung von Hoheitsrechten, S. 447 unter Verweis auf die Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates (495 BlgNR 8. GP 32) in Fn. 175.

³⁷ Vgl. *Seibert-Fohr*, ZaöRV, Bd. 62, 2002, S. 391 (409 ff., 415 ff.).

³⁸ Vgl. *Seibert-Fohr*, ZaöRV, Bd. 62, 2002, S. 391 (415).

³⁹ Siehe zu dieser Forderung *Seibert-Fohr*, ZaöRV, Bd. 62, 2002, S. 391 (416) m. w. N.

⁴⁰ Vgl. *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, § 860 (S. 547).

⁴¹ Die Notwendigkeit der Interpretation deutscher Grundrechte im Lichte des IPbpR betont auch *Klein*, EMRK und deutsche Grundrechtsordnung, S. 12. Für eine entsprechende Auslegungsverpflichtung im Hinblick auf die EMRK (in der Interpretationsform des EGMR) siehe *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 628.

formation in der innerstaatlichen Rechtsordnung einnimmt, in materieller Hinsicht ergibt sich durch die Verpflichtung zur völker- und menschenrechtskonformen Auslegung im Ergebnis für alle Konventions- und Vertragsstaaten ein „Überverfassungsrang“ – sowohl für die EMRK als auch für den IPbPR.

B. Das Dogma staatlicher Souveränität

Ausgehend von den im 16. Jahrhundert begründeten Definitionen des französischen Staatsphilosophen *Jean Bodin* zur Souveränität⁴² und zum Staat (Republik)⁴³ wurde noch zu Beginn des letzten Jahrhunderts auch in der Staatslehre souveräne Staatsgewalt verstanden als die „auf ihrem Gebiete oberste, ausschliessliche, unwiderstehliche und eigenständige Macht.“⁴⁴ Ethymologisch betrachtet kann sie als Überlegenheit⁴⁵ gedeutet und dogmengeschichtlich verkürzt als unbeschränkte sowie unteilbare Machtkonzentration und Alleinentscheidung⁴⁶ umschrieben werden. Staatssouveränität wurde dabei als die höchste Autorität im Bereich des Rechts verstanden werden, also eine Macht oder Ordnung, die keiner höheren Rechtsordnung unterworfen sein soll.⁴⁷

An dieser Stelle kann und soll keine erschöpfende Untersuchung des Begriffs der Souveränität erfolgen und auch nicht dessen schlichte Abschaffung gefordert werden.⁴⁸ Für den weiteren Gang der Untersuchung sind jedoch grundlegende Anmerkungen erforderlich, da – so viel sei vorweggenommen – ein Konzept absoluter und unbeschränkter staatlicher Souveränität sich weder mit dem gegenwärtigen Völkerrecht, noch mit der hier vertretenen Sicht eines funktionalen Föderalismus und der damit verbundenen Theorie des Bundes respektive der verfassungsrechtlichen Lehre der Föderation in Einklang bringen lässt.⁴⁹ Wenn im Folgenden von Souveränität die Rede ist, bezieht sich dieser Begriff, sofern nicht anders angegeben, sowohl auf die bislang als „innere“ als auch auf die als „äußere“ bezeichnete Souveränität, wird hier aber nicht so verwendet, da und soweit diese Unterscheidung in Staatenverbindungen und in einer Staatengemeinschaft nur begrenzte Aussagekraft hat und zu wenig konstruktiven Polarisierungen neigt.⁵⁰

⁴² Vgl. *Bodin*, *Les Six Livres de la République*, I, Kapitel VIII, S. 179: „La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une Republique, que les Latins appellent *majestatem*, [...] duquel mot ils usent aussi envers les particuliers, et envers ceux-là qui manient toutes les affaires d'estat d'une Republique [...]“ Eine deutsche Übersetzung findet sich bei *Bodin*, *Sechs Bücher über den Staat*, 8. Kapitel, S. 205. Zum Begriff der Souveränität bei *Bodin* siehe auch *Grimm*, *Souveränität*, S. 20 ff.

⁴³ Vgl. *Bodin*, *Les Six Livres de la République*, I, Kapitel I, S. 27: „Republique est un droit gouvernement de plusieurs mesnages, et de ce qui leur es commun, avec puissance souveraine.“ Eine deutsche Übersetzung findet sich bei *Bodin*, *Sechs Bücher über den Staat*, 1. Kapitel, S. 98.

⁴⁴ *Heller*, *Staatslehre*, S. 246 Diese Betrachtung findet sich aber auch noch in der 6. Auflage seiner *Staatslehre* aus dem Jahre 1983 (dort auf S. 278). Siehe auch die Analyse bei *Fassbender*, *Souveränität*, S. 1093.

⁴⁵ Vgl. *Kokott*, *ZaöRV*, Bd. 64, 2004, S. 517 (518) unter Verweis auf „super“, „superus“, „superanus“ und weiterer Literatur zur Wortgeschichte in Fn. 4.

⁴⁶ Vgl. *Kokott*, *ZaöRV*, Bd. 64, 2004, S. 517 (523).

⁴⁷ Vgl. den Hinweis bei *Kelsen* in: *Strupp/Schlochauer*, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 3, S. 278–285 (278).

⁴⁸ Zur Abschaffung oder zumindest Ersetzung des Begriffs der Souveränität durch „nüchterne, weniger klangvolle Bezeichnungen“ siehe *Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft*, S. 50.

⁴⁹ Vgl. schon *Friedrich*, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 8; *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (45, 47, 50).

⁵⁰ Vgl. auch schon *Grimm*, *Souveränität*, S. 91 f.

Will man dennoch an dieser Unterscheidung festhalten, kann man Souveränität nach „innen“ als interne Überlegenheit der höchsten Gewalt (höchste innerstaatliche Gewalt) auffassen, nach „außen“ muss man Souveränität aber aufgrund des völkerrechtlichen Grundsatzes der Gleichheit aller Staaten als externe Unabhängigkeit (und nicht etwa als Überlegenheit gegenüber anderen Staaten) auffassen.⁵¹ Souveränität zeigt sich gerade auch in der Fähigkeit, sich durch völkerrechtliche Übereinkommen zu binden und mit anderen Völkerrechtssubjekten eine gemeinsame vertragliche Vereinbarung zu treffen.⁵²

Souveränität war und ist kein Selbstzweck sondern muss sich durch die mit ihr verfolgten Ziele und Funktionen legitimieren.⁵³ Unabhängig von der konkreten Form politischer Gemeinschaften kann Souveränität als Recht deshalb nur als Korrelat zu einer Verpflichtung existieren, so dass der jeweilige Souverän zumindest einen Kernbestandteil fundamentaler Menschenrechte garantieren muss.⁵⁴ Dies muss für alle politische Einheiten gelten, denn nicht nur der Staat ist um des Menschen Willen da, sondern auch die internationale Staatengemeinschaft legitimiert sich letztlich nur durch die Beachtung und Förderung des Wohlergehens der Menschheit.⁵⁵

Es kann und soll nicht geleugnet werden, dass in der langen Geschichte des Völkerrechts und der internationalen Beziehungen die Staaten die primären Akteure waren und immer noch die basale Ebene bilden.⁵⁶ Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, insbesondere die Anerkennung der partiellen Völkerrechtssubjektivität von Einzelpersonen, darf aber ebenso wenig geleugnet werden.⁵⁷ Während in früheren Phasen des Völkerrechts der Staat im Mittelpunkt stand, gewann der Schutz des Individuums mit der Begründung humanitärer Verpflichtungen und der Verabschiedung universeller Menschenrechte sowie der hier herangezogenen Menschenrechtsverträge (EMRK und IPbPR) eine erhebliche Bedeutung.⁵⁸ Mag es auch richtig sein, dass staatliche Souveränität in der Geschichte des Rechts und vor allem des Völkerrechts eine bedeutende Rolle gespielt hat und vielleicht auch weiterhin spielen wird, darf aus der historischen Tatsache kein zwingender, normativer und zukunftsbezogener Schluss gezogen werden.⁵⁹ Souveränität, verstanden als einheitliche und unbeschränkte politische Machtlegitimation, mag historisch betrachtet vor dem Hintergrund zersplitterter König- und Kaiserreiche ihre Berechtigung und im Hinblick auf die Bildung von einheitlichen Territorialstaaten ihren legitimen Zweck gehabt haben. Ein solches Souveränitätsver-

⁵¹ Vgl. auch Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 19: „States' in this system were 'sovereign' states; and sovereignty meant internal supremacy and external independence (the latter concept appearing in modern times as 'sovereign equality').“

⁵² Vgl. schon StGH, Urteil vom 17. 8. 1923 – *Case of the S. S. Wimbledon*, Serie A Nr. 1, S. 15–34 (25).

⁵³ Vgl. Peters, EJIL, Nr. 3, Bd. 20, 2009, S. 513 (518), die von einer *output-legitimacy* spricht.

⁵⁴ Vgl. Peters, EJIL, Nr. 3, Bd. 20, 2009, S. 513 (525) m. w. N., die allerdings entgegen der hier fokussierten negativen/abwehrrechtlichen Dimension der Grund- und Menschenrechte weitergehend auf die positiven Verpflichtungen politischer Einheiten und das in den letzten Jahre im Rahmen der UN aufgekommene Konzept der *responsibility to protect* abstellt.

⁵⁵ Ähnlich auch Peters, EJIL, Nr. 3, Bd. 20, 2009, S. 513 (534).

⁵⁶ Vgl. Hailbronner/Kau in: Vitzthum, *Völkerrecht*, Dritter Abschnitt Rn. 6, 76 ff.

⁵⁷ Siehe hierzu Lowe, *International Law*, S. 14 ff.

⁵⁸ Umgekehrt verdeutlicht die Existenz des internationalen Strafrechts, dass die (partielle) Völkerrechtssubjektivität des Individuums nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten mit sich bringt und eine Zuwiderhandlung vor dem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag (<http://www.icc-cpi.int/>) sanktioniert werden kann.

⁵⁹ Deshalb ist es auch methodisch fragwürdig, von einer historisch vorgefundenen Tatsache darauf zu schließen, dass das Völkerrecht die staatliche Souveränität nicht nur anerkenne, sondern auf ihr basiere. Siehe hierzu Ziegenhain, *Extraterritoriale Rechtsanwendung*, S. 21.

ständnis verträgt sich aber kaum mit modernen Rechtsstaaten – Staaten, in denen Recht und Gesetz das Verhalten der Staatsorgane und Staatsbürger regeln und eben keine monolithische Ausübung politischer Macht außerhalb der Rechtsordnung zulässig sein soll.⁶⁰

Untauglich wird eine so verstandene Doktrin einheitlicher und unbeschränkter Souveränität, wenn man Bundesstaaten und sonstige Staatenverbindungen in den Blick nimmt.⁶¹ Selbst wenn man zwischen interner (innerer) und externer (äußerer) Souveränität differenziert, verstrickt man sich früher oder später in Widersprüche, da auch eine so verstandene Souveränität nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ die Entscheidung entweder zugunsten der Bundesebene oder der Gliedstaaten fällt.⁶² Das Verständnis höchster, dauernder, absoluter, ungeteilter und rechtlich unverantwortlicher Souveränität, wie es durch *Bodin* geprägt wurde, ist deshalb *per se* in föderal strukturierten Staaten und Staatenverbindungen unanwendbar und widerspricht jeglicher Form föderaler Gemeinschaften.⁶³ Als Folge dieser Unvereinbarkeit ungeteilter Souveränität mit Föderalismus kann man entweder den Begriff der Souveränität ganz aufgeben, Souveränität als teilbar betrachten oder die Frage offen lassen.

⁶⁰ Vgl. *MacCormick*, *Questioning Sovereignty*, S. 128. Ebenso wenig verträgt sich ein solches Souveränitätsverständnis mit einer integrativen Staatstheorie, denn ein Staat beruht nicht auf seiner tatsächlichen Macht, „sondern auf der immer neuen freiwilligen Zustimmung seiner Angehörigen, und er gerät in die schwersten Daseinskrisen, wenn sie ihn nicht mehr durch sinngemäße Teilnahme am verfassungsmäßigen politischen Spiel tragen und realisieren.“ Siehe zu dieser Sichtweise *Smend*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, S. 485. Zugleich werden mit diesem Verständnis des Staates auch Denkweisen abgelehnt, „die ihn in mehr oder weniger bewußter Anlehnung an mechanisches Denken als Machtzentrum verstehen, das als gegeben vorausgesetzt und nur bezüglich seiner Handhabung und Auswirkung von der Verfassung geregelt wird – und ebenso die, die ihn ‚instrumentalisieren‘, indem sie ihn als Apparat, insbesondere als Machtapparat zu bestimmten Zwecken verstehen.“ (siehe a. a. O., S. 485 f.).

⁶¹ Vgl. *MacCormick*, *Questioning Sovereignty*, S. 130 mit Blick auf die USA, Kanada, Australien und die Schweiz.

⁶² Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (47, 62).

⁶³ Vgl. *Friedrich*, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 8: „No sovereign can exist in a federal system; autonomy and sovereignty exclude each other in such a political order. To speak of the transfer of part of the sovereignty is to deny the idea of sovereignty which since Bodin has meant indivisibility. No one has ‚the last word.‘“ Siehe in Bezug auf die heutige Europäische Union auch a. a. O., S. 160. Siehe auch schon *Friedrich*, *International Federalism*, S. 130: „In short, we can properly speak of federalism only if a set of political communities coexist and interact as autonomous entities, united in a common order with an autonomy of its own, of course. Such federalism is incompatible with the traditional concept of sovereignty. No sovereign can be discovered in the federal system: autonomy and sovereignty exclude each other in a political order.“

Da hier das Konzept der Souveränität aber nicht als solches abgelehnt werden soll und eine geteilte Souveränität einen Widerspruch⁶⁴ darstellt, ist die Offenhaltung der Souveränitätsfrage vorzugswürdig,⁶⁵ so dass man für die heutigen föderalen Systeme von einem Schwebezustand als einer prekären Gleichgewichtslage ausgehen sollte.⁶⁶ Nicht nur in klassischen Bundesstaaten und komplexeren föderalen Systemen der Gegenwart, sondern schon im vergangenen Völkerrecht als rein zwischenstaatliches Recht wird deutlich, dass Souveränität als Beschreibung und Legitimation einer rechtlichen oder politischen Überlegenheit ungeeignet ist. Denn wenn kein Staat über einen anderen richten darf (*par in parem non habet iudicium*) und alle Staaten gleich und unabhängig sein sollen, kann es keinen souveränen Staat im Verhältnis zu anderen Staaten geben.⁶⁷ Der Grundsatz souveräner Gleichheit der Staaten, der diese Überordnung eines Staates im Verhältnis zu einem anderen Staat verbietet, wurde spätestens mit der Gründung der

⁶⁴ Denkbar und widerspruchsfrei sind hingegen geteilte Kompetenzen und Hoheitsrechte (*sovereign powers*), nicht aber eine geteilte Souveränität (*sovereignty*), da diese als höchste und unbeschränkte Macht im Staat eine Allein- und Letztentscheidungsbefugnis impliziert. Zwar kann man auch von einer teilbaren Souveränitätsvorstellung ausgehen. Dies würde jedoch eine grundlegende Neudefinition des Begriffs der Souveränität bedingen und würde letztlich nur dazu führen, dass sich die Souveränität und die zu trennenden Kompetenzen/Hoheitsrechte annähern und dadurch auch Gefahr laufen, vermischt zu werden. Siehe hierzu auch *Grimm*, Souveränität, S. 106 f., der diese Frage an dieser Stelle unentschieden lässt, später (S. 114) aber zunächst zutreffend ausführt, dass sich auf eine internationale Organisation übertragene Hoheitsrechte nicht zu einer (Teil-) Souveränität verdichten. Am Ende seiner Abhandlung (S. 122) wird Souveränität doch wieder mit Kompetenzen gleichgesetzt, wenn er ausführt, dass das BVerfG in *Lissabon* die Souveränität Deutschlands „gegen die Gefahr einer Auszehrung durch allzu bereitwillige Kompetenzabgabe sowie durch schleichenden Kompetenzentzug“ verteidigt habe. Eine Gleichsetzung von (Normsetzungs-) Kompetenzen und Hoheitsrechten mit staatlicher Souveränität erfolgt auch schon in klassisch-etatistischer Weise bei *Murswiek*, Der Staat, Bd. 32, 1993, S. 161 (169 f., 176) *et passim*. Nach der hier vertretenen Sichtweise führt die Übertragung von Hoheitsrechten und die *gemeinschaftliche* Wahrnehmung von Hoheitsrechten im Rahmen einer internationalen Organisation aber nicht zu einem Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten, so dass umgekehrt auch keine Verteidigung der staatlichen Souveränität erforderlich ist. Wie hier auch schon *Hay*, Federalism and Supranational Organizations, S. 278 f. Siehe ferner zur Ablehnung einer geteilten respektive dualen Souveränität *Lenaerts*, AJCL, Nr. 2, Bd. 38, 1990, S. 205 (253).

⁶⁵ Diese Offenhaltung der Souveränitätsfrage durch einen Schwebezustand geht zurück auf *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 371–373. Zustimmend *Oeter*, Vertrag oder Verfassung, S. 263. Siehe ansatzweise auch *Everling*, EuR, Bd. 25, 1990, S. 195 (223). Anderer Ansicht hingegen *Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, S. 4, der sich explizit gegen die Bundesstaatslehre von *Carl Schmitt* wendete und der Ansicht war, diese Lehre sei dem Deutschen Bund von 1815 nachgebildet und könne deshalb weder für die Weimarer Republik noch für die Gegenwart Gültigkeit beanspruchen. Die Ablehnung der Bundesstaatslehre von *Carl Schmitt* ist aber dadurch bedingt, dass *Konrad Hesse* nicht – wie schon von *Hans Kelsen* vorgeschlagen – zwischen Sein und Sollen unterscheidet und die verallgemeinerungsfähigen Aussagen der Bundesstaatslehre nicht abstrahiert sondern mit der Unübertragbarkeit geschichtlich geprägter Begriffe argumentiert, wörtlich: „Denn ebenso wie die Wirklichkeit des Bundesstaates ist das bundesstaatliche Prinzip, das sich ja nicht von dieser Wirklichkeit ablösen lässt, etwas Geschichtliches.“ (vgl. a. a. O., S. 4 f.). Zwar ist es richtig, dass geschichtlich geprägte Begriffe keine uneingeschränkte normative Geltung für die Gegenwart beanspruchen können. Hiervon zu trennen ist aber die Frage, ob und wie man allgemeingültige Aussagen einer Lehre abstrahieren und für eine universelle Föderalismus- und Theorie fruchtbar machen kann.

⁶⁶ Vgl. *Schönberger*, AöR, Nr. 1, Bd. 129, 2004, S. 81 (104 f.); *Wahl*, Der Staat, Nr. 4, Bd. 48, 2009, S. 587 (603 ff.). Kritisch hingegen *Beaud*, Der Staat, Bd. 35, 1996, S. 45 (47, 56 ff., 65 f.), der mit gewichtigen Argumenten versucht, dem Widerspruch zwischen Souveränität und Föderation dadurch zu entgehen, dass er ihn als Gegensatz betrachtet und zugunsten der Föderation bei der Bestimmung ihrer Rechtsnatur auf ihn verzichtet.

⁶⁷ Vgl. *Kokott*, ZaöRV, Bd. 64, 2004, S. 517 (519).

Vereinten Nationen positiv-rechtlich in Art. 2 Nr. 1 UN-Charta verankert. Wenn eine solche „äußere“ Souveränität nicht mehr zulässig ist, besteht staatliche Souveränität allenfalls noch nach „innen“, d. h. im Verhältnis zu den Bürgern, nicht aber im Verhältnis zu anderen Staaten.

Da es sich bei der Souveränität um ein gemischtes, da zumindest rechtliches und politisches Konzept handelt, das sich in der Vergangenheit immer wieder verändert hat, existiert heute keine alleingültige und autoritative Definition des internationalen respektive völkerrechtlichen Begriffs der Souveränität.⁶⁸ Das historische Verständnis absoluter, unbeschränkter Souveränität besitzt keine normative Allgemeingültigkeit.⁶⁹ Deshalb sollte man Souveränität, vor allem wenn sie international und völkerrechtlich betrachtet wird, als ein im Wesentlichen (weiterhin) umstrittenes Konzept begreifen,⁷⁰ anstatt auf nationale Blickwinkel oder subjektive Verengungen zurückzugreifen und die Frage der Souveränität mit Momentaufnahmen zu beantworten. Wichtig erscheint an dieser Stelle auch, dass man Nationalstaaten nicht als typisches Beispiel für Inhaber von Souveränität begreift, sondern lediglich im Ausgangspunkt als Hauptakteure betrachtet, da Staaten auf der völkerrechtlichen Ebene nicht die Endpunkte markieren und auch nicht markieren können.⁷¹

Der Begriff der Souveränität orientiert sich – nicht erst seit dem Zeitalter der Globalisierung – nicht nur am Staatsrecht, sondern in erster Linie am Völkerrecht.⁷² Schon der Begriff der Souveränität bei *Bodin* kann so verstanden werden, dass die höchste Gewalt (*summa potestas*) nicht nur dem göttlichen und natürlichen Recht, sondern auch dem Völkerrecht, genauer dem Völkergemeinschaftsrecht (*lex omnium gentium communis*) unterworfen ist.⁷³ Ein Staat ist demnach souverän, wenn er keiner anderen Autorität als der des Völkerrechts untersteht und damit ausschließlich völkerrechtsunmittelbar ist.⁷⁴ Zwar sind grundsätzlich Staaten auch ohne die Existenz von Völkerrecht denkbar. Sobald diese aber die Geltung der universellen Völkerrechtsgemeinschaft anerkennen, wird die theoretisch absolute zu einer völkerrechtlich determinierten, relativen Souveränität der Staaten.⁷⁵ Jeder Staat, der Mitglied der Vereinten Nationen ist, hat mit seiner

⁶⁸ Vgl. *Sarooshi*, *International Organizations*, S. 7.

⁶⁹ Ähnlich schon *Kelsen*, *ZaöRV*, Bd. 19, 1958, S. 234 (237): „Die Frage, ob der Staat souverän ist, kann nicht durch eine Untersuchung der natürlichen Wirklichkeit beantwortet werden. Souveränität ist nicht ein Maximum an realer Macht. [...] Die Frage, ob ein Staat souverän ist, ist die Frage, ob man die staatliche Rechtsordnung als höchste voraussetzt.“ Siehe auch a. a. O., S. 241, wo *Kelsen* auf die Notwendigkeit einer „Unterscheidung zwischen der historischen Beziehung von Fakten und der logischen Beziehung von Normen“ hinweist. Siehe ferner *Hughes*, *Confederacies*, S. 6: „To talk of sovereignty is not to describe things ‚as they really happened‘. It is to take a side, the wrong side I think, in a political controversy.“ sowie auf S. 10: „The primary difficulty with confederacy studies is this, that the historians have accepted too ingenuously a false politico-legal doctrine, the analytical theory of sovereignty.“

⁷⁰ Vgl. *Sarooshi*, *International Organizations*, S. 3–5, der von einem „essentially contested concept“ spricht.

⁷¹ Vgl. *Tomuschat*, *RdC*, Bd. 281, 1999, S. 9 (161); *Sarooshi*, *International Organizations*, S. 6.

⁷² Vgl. *Tomuschat*, *RdC*, Bd. 281, 1999, S. 9 (161).

⁷³ Vgl. *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, § 32 (S. 26), auf welche auch die hier verwendeten Begriffe zurückgehen.

⁷⁴ Vgl. *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, § 34 (S. 28). Pointierte formuliert von *Kelsen* in: *Strupp/Schlochauer*, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 3, S. 278–285 (281): „Souverän – als höchste Ordnung – ist das Völkerrecht, nicht die ihm untergeordnete staatliche Rechtsordnung.“ Siehe auch *Kelsen*, *ZaöRV*, Bd. 19, 1958, S. 234 (240). Ähnlich auch schon *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 195 f.: „Souveränität aber ist nichts anderes als völkerrechtliche Subjekteigenschaft: ein Staat ist nicht Völkerrechtssubjekt, weil er souverän ist, sondern er ist souverän, weil er Völkerrechtssubjekt ist.“

Mitgliedschaft das universelle Völkergemeinschaftsrecht anerkannt und dadurch seine Souveränität als völkerrechtlich begrenzte Freiheit ausgestaltet.⁷⁶

I. Souveränität und die europäische Integration

Durch die Gründung der Europäischen Gemeinschaften wurde eine, wenn auch regional begrenzte, Gemeinschaft geschaffen, in der sich die Mitgliedstaaten nicht mehr auf eine unbeschränkte Ausübung ihrer Herrschaftsgewalt kraft ihrer staatlichen Souveränität berufen können.⁷⁷

Dennoch haben die Hüter des Grundgesetzes immer wieder die Souveränität Deutschlands gegenüber der Europäischen Union in Stellung gebracht. Nachdem das BVerfG in *Solange I* noch lediglich von einer Öffnung der nationalen Rechtsordnung gesprochen hat,⁷⁸ wurde in *Maastricht* die umgekehrte Möglichkeit, die Schließung der deutschen Rechtsordnung, ausdrücklich in Betracht gezogen.⁷⁹ Ein solcher Allmachtsanspruch staatlicher Souveränität⁸⁰ lässt sich kaum radikaler formulieren.⁸¹

Die hierbei erkennbare Sichtweise einer grundsätzlichen Undurchlässigkeit souveräner Staaten stellt eine Ausprägung der Impermeabilitätstheorie dar, wonach der staatliche Herrschaftsbereich streng abgegrenzt sei und grundsätzlich nicht durch Hoheitsgewalt anderer Staaten oder internationaler Organisationen beeinträchtigt werden könne.⁸² Diese Theorie der Undurchlässigkeit oder Undurchdringbarkeit,⁸³ anders formuliert der Abschottung des Staates durch die Doktrin der Impermeabilität,⁸⁴ ist eine falsche

⁷⁵ Vgl. Verdross / Simma, Universelles Völkerrecht, § 73 (S. 57).

⁷⁶ Vgl. Verdross / Simma, Universelles Völkerrecht, § 73 (S. 57) und § 91 (S. 72).

⁷⁷ Vgl. nur die Präambel des EGKS-Vertrags vom 18. April 1951, BGBl. 1952 II, S. 447 (448): „Entschlossen, an die Stelle der jahrhundertalten Rivalitäten einen Zusammenschluß ihrer wesentlichen Interessen zu setzen, durch die Errichtung einer wirtschaftlichen Gemeinschaft den ersten Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern zu legen, die lange Zeit durch blutige Auseinandersetzungen entzweit waren, und die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können, [...]“ (Hervorhebungen hinzugefügt). Zur Bewertung dieser Präambel als Absage an überkommene Souveränitätsvorstellungen und die Ersetzung durch die Idee der supranationalen Zusammenarbeit siehe Fassbender, Souveränität, S. 1093. Strukturmerkmale für diese Veränderungen des Souveränitätsbegriffs sind heute die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sowie dessen Anwendungsvorrang.

⁷⁸ Vgl. BVerfG, Beschluß vom 29. 5. 1974 – *Solange I*, BVerfGE 37, 271 (280). Zur Kritik an der „grundrechtlichen Egozentrik“ siehe Tomuschat, VVDStRL, Bd. 36, 1978, S. 7 (39) m. w. N. in Fn. 151. Siehe aber auch Hallstein, Die Europäische Gemeinschaft, S. 60, der die „(extravagante) Antwort“ des BVerfG zur Frage, ob das Gemeinschaftsrecht sich auch gegen Grundrechte der nationalen Rechtsordnungen durchsetze, zutreffend als „Europapolitik durch Rechtsprechung“ bezeichnete.

⁷⁹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 12. 10. 1993 – *Maastricht*, BVerfGE 89, 155 (190). Zur Kritik an der Möglichkeit einer Schließung der deutschen Rechtsordnung kraft eigener Machtvollkommenheit des souveränen Nationalstaates siehe van Ooyen, Die Staatstheorie des BVerfG und Europa, S. 13 f., der dies schon bezüglich *Solange I* äußerte.

⁸⁰ Kritik zu einer so verstanden staatlichen Souveränität auch Tomuschat, AVR, Bd. 33, 1995, S. 1 (6).

⁸¹ Vgl. van Ooyen, Die Staatstheorie des BVerfG und Europa, S. 26; van Ooyen, Der Begriff des Politischen des BVerfG, S. 173.

⁸² Aus der zustimmenden Literatur siehe nur Vitzthum, Der Staat der Staatengemeinschaft, S. 60, dessen Ansicht zufolge auf Grund der gemäßigt dualistischen Konzeption des Grundgesetzes Verfassungsnormen nach außen abgeschirmt und nach innen mit Hilfe von Gesetzen differenziert weitergegeben werden.

⁸³ Sie geht zurück auf Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 396, der von der „Undurchdringlichkeit des Staates“ sprach. Zur Kritik siehe Kelsen, Das Problem der Souveränität, S. 74 ff.

Schlussfolgerung aus dem Begriff der Souveränität.⁸⁵ Spätestens seit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften ist die Sichtweise eines von einem „Souveränitätspanzer“⁸⁶ umgebenen Staates, der die Undurchdringlichkeit externer Hoheitsgewalt zur Folge habe, nicht mehr aufrecht zu erhalten.⁸⁷

Auch in der jüngeren Judikatur des BVerfG erscheint diese staatszentrierte und introvertierte Sicht eines souveränen Nationalstaates nicht nur als Ausgangspunkt für die Ordnung eines politischen Gemeinwesens, sondern, für das Gericht, als wesentliches Element einer globalen Rechtsordnung. Einerseits stellt das BVerfG in *Lissabon* auf das Souveränitätsverständnis der Präambel des Grundgesetzes ab, nach der das Grundgesetz sich von einer selbstgenügsamen und selbstherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit löse und zu einer Sicht auf die Einzelstaatsgewalt zurückkehre, welche Souveränität als völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit⁸⁸ auffasse.⁸⁹ Andererseits steht dieser Sicht die These des Gerichts gegenüber, dass das Grundgesetz nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität als Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden, verzichte.⁹⁰ Einen Widerspruch sieht das Gericht aber gerade dann nicht, „wenn ausnahmsweise, unter besonderen und engen Voraussetzungen, das Bundesverfassungsgericht Recht der Europäischen Union für in Deutschland nicht anwendbar erklärt.“⁹¹ Diese Lizenz zum Rechtsbruch, für die sich das BVerfG selbst eine Reservekompetenz⁹² zugesteht, widerspricht dem hier vertretenen Verständnis staatlicher Souveränität als völkerrechtlich bedingte und ausgestaltete Autonomie der gemeinschaftlich organisierten Staaten. Mag es sich bei dieser Reservekompetenz um eine primär theoretische, selten wahrgenommene,⁹³ Kompetenz handeln, so ist doch gerade aus rechtstheoretischer Perspektive der

⁸⁴ Eine Theorie, oder besser: Doktrin, die von der Undurchlässigkeit des Staatsgebietes ausgeht, bedient sich naturwissenschaftlicher Erklärungsmuster und stellt diese gleichzeitig als rechtlich dar. Siehe kritisch auch schon *Henrich*, Theorie des Staatsgebiets, S. 37. Die naturwissenschaftliche Undurchdringlichkeit des Raumes ist für die Rechtswissenschaft aber untauglich. Die Ausschließlichkeit des Staatsgebietes ist vielmehr rein normativ zu verstehen, vgl. *Henrich*, Theorie des Staatsgebiets, S. 48. Die oft herangezogene Ausschließlichkeit oder Undurchdringlichkeit des Staatsgebietes (Impermeabilität) stellt nicht viel mehr als ein vages Bild zur Erläuterung politischer Machtverhältnisse dar, vgl. *Henrich*, Theorie des Staatsgebiets, S. 47.

⁸⁵ Vgl. *Hughes*, *Confederacies*, S. 13 f. Siehe auch die Kritik bei *Tietje*, DVBL, Bd. 118, 2003, S. 1081 (S. 1091): „Durch die Kombination von Impermeabilitätstheorie und Territorialitätsprinzip kam es zu einer Isolation des staatlichen Organisationsbereiches.“

⁸⁶ *Murswiek*, *Der Staat*, Bd. 32, 1993, S. 161 (176).

⁸⁷ Vgl. *Steiger*, *Staatlichkeit und Überstaatlichkeit*, S. 60. Von einem solchen „Souveränitätspanzer“ – gerade in Bezug auf die EG – sprach aber insbesondere *Bleckmann*, AVR, Bd. 23, 1985, S. 450 (460). Auch *Schmahl*, EuR, Bd. 43, Beiheft 1, 2008, S. 7 (32) wählt diesen fragwürdigen Begriff und die damit einhergehende Perspektive.

⁸⁸ Diese Definition geht zurück auf *von Martitz*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Bd. I, S. 416. Siehe hierzu sogleich in den folgenden Anmerkungen.

⁸⁹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 – *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 (346 [para. 223]), unter Verweis auf das soeben angegebene Zitat von *Ferdinand von Martitz* in seinem in altdeutscher Schrift verfassten Buch aus dem Jahre 1888. Die Gründe für die Heranziehung eines derartigen, eher speziellen Werkes zum Straf- und Auslieferungsrecht vergangener Tage sind angesichts der Fülle an kontemporärer Literatur zur Souveränität und zum Verhältnis von Völkerrecht und staatlichem Recht nicht direkt ersichtlich.

⁹⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 – *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 (400 [para. 340]).

⁹¹ BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 – *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 (401 [para. 340]).

⁹² Vgl. BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 – *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 (401 [para. 341]).

⁹³ Für einen Fall, in dem die Identitätskontrolle angewendet und ihre strengen Voraussetzungen erfüllt wurde, siehe BVerfG, Beschluss vom 15. 12. 2015 – *Gewährleistung einzelfallbezogenen Grundrechtsschutzes*

verbleibende Widerspruch unbefriedigend.⁹⁴ Es darf aber auch nicht übersehen werden, dass das BVerfG als Hüter der Verfassung mittlerweile in seiner Rechtsprechung versucht, sowohl deutsches Verfassungsrecht als auch Unionsrecht gebührend zu berücksichtigen. Die Begründung für einen grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Unionsrechts mit ausnahmsweise zulässiger Identitätskontrolle sucht das BVerfG in Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 EUV und sieht sich durch die Rechtsprechung des EuGH bestätigt.⁹⁵ Aus föderaler Perspektive ist es auch zutreffend, dass einerseits die Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet sind (Art. 4 Abs. 3 EUV), andererseits die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten wahren soll (Art. 4 Abs. 2 EUV), ohne die sie gar nicht existieren könnte. Es bleibt dennoch aus rechtstheoretischer Perspektive die Frage, warum es in den Anfängen der deutschen Verfassungsentwicklung immer wieder zu einer (Über-) Betonung der nationalen Identität gekommen ist.

Die Betrachtung der Undurchdringlichkeit der staatlichen Rechtsordnung geht zurück auf dualistische Sicht des Verhältnisses von Staatsrecht und Völkerrecht von *Triepel*⁹⁶, welche in der Vergangenheit in der deutschen Staatsrechtswissenschaft Begeisterung und Zustimmung ausgelöst hat.⁹⁷

im Rahmen der Identitätskontrolle (paras. 34 ff.).

⁹⁴ Vielleicht hätte das Gericht das Zitat von *Ferdinand von Martitz* um einige unmittelbar vorangehende Sätze ergänzen sollen: „Denn die Beziehung zwischen Völkerrecht und den Landesrechten ist keine bloß gegensätzliche. Zwar ist die unendliche Mannigfaltigkeit des Rechts [...] eine naturgemäße. Rechtsuniformität kann im allgemeinen kein Kulturideal sein. Alle die unzähligen Satzungen territorialer Autorität sind doch aber innerhalb der völkerrechtlichen Ordnung erwachsen. Das Völkerrecht schließt sie zu einer Einheit zusammen. Es gibt Maßstab und Schranke für die Bethätigung der Einzelstaatsgewalten, deren Souveränität völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit ist.“ So ausdrücklich schon von *Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. I, S. 416 (Hervorhebungen hinzugefügt). Dann wäre aber entweder (zu) deutlich geworden, dass das Gericht in Erwägung zieht, das Verhältnis von Völkerrecht und staatlichem Recht fortan monistisch zu betrachten, oder es wollte den vorzugswürdigen Monismus weiterhin ablehnen. Da aber letztgenannte Interpretation schon durch das verkürzte Zitat des Gerichts nahezu ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um eine „stille Revolution“ handelt, die eine tiefgreifende Rechtsprechungsänderung vorbereitet oder gar eine Übung in der Kunst des Rückzugs. Zur (gebotenen) Kunst des Rückzugs siehe *Schönberger*, Der Staat, Nr. 4, Bd. 48, 2009, S. 535 (557 f.).

⁹⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. 12. 2015 – *Gewährleistung einzelfallbezogenen Grundrechtsschutzes im Rahmen der Identitätskontrolle* (para. 44) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 12. 6. 2014, Rs. C-156/13 – *Digibet Ltd und Gert Albers gegen Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG* (Rn. 34).

⁹⁶ Vgl. *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 8 f., 11, 111, 156 ff., 254 ff. Seiner Ansicht nach kann es allgemeines Völkerrecht, das nicht nur die Vertragsparteien, sondern alle Staaten bindet, nicht geben, vgl. a. a. O., S. 83 f. Zur Widerlegung dieser Lehre siehe *Kelsen*, Das Problem der Souveränität, S. 138 f. Für eine Betrachtung der Theorie von *Kelsen* im Verhältnis zu *Triepel* siehe *Amrhein-Hofmann*, Monismus und Dualismus, S. 195 ff.

⁹⁷ Vgl. *Fassbender*, Souveränität, S. 1092. Zur Bedeutung des Werkes von *Triepel* für die deutsche Staatsrechtslehre siehe *Tietje*, DVBl., Bd. 118, 2003, S. 1081 (S. 1083). Siehe ferner die deutliche Kritik bei *Tomuschat*, VVDStRL, Bd. 36, 1978, S. 7 (60, Leitsatz 4 a): „Auch in der dualistischen Konstruktion des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht äußert sich eine Welterfahrung, welche die staatliche Souveränität als unerlässliches Schutzinstrument der Nation betrachtet und dem Völkerrecht ein fundamentales Mißtrauen entgegenbringt.“ Ein solches Mißtrauen scheinen unsere Nachbarn in der Schweizerischen Eidgenossenschaft dem Völkerrecht nicht entgegenzubringen, denn dort gilt der Monismus und die automatische Adoption von Völkerrecht im schweizerischen Landesrecht als ungeschriebene Verfassungsgrundsätze. Siehe hierzu *Odendahl* in: *Ehrenzeller et al.*, St. Galler Kommentar zur BV, Bundesverfassung und Völkerrecht in Wechselbeziehung, Rn. 43 m. w. N. sowie auch *Hangartner* in: *Ehrenzeller et al.*, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 Rn. 45; Aus der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts vgl. BGE 122 II (1996), S. 485 (487), wo das Gericht nach einem Rekurs auf Art. 26 und Art. 27 WVRK den Vorrang völkerrechtlicher Normen vor innerstaatlichem,

Wer hier stehen bleibt,⁹⁸ begnügt sich einerseits mit einer introvertierten Binnensicht und ignoriert oder verkennt andererseits die sowohl historische wie normative Dimension der Gründung der Vereinten Nationen.⁹⁹ Denn genau betrachtet vollzog sich der Paradigmenwechsel nicht erst mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften, sondern schon wenige Jahre zuvor mit der Gründung der Vereinten Nationen.¹⁰⁰

II. Souveränität und die Vereinten Nationen

Ausgangspunkt für die hier vertretene Betrachtung staatlicher Souveränität in ihrer internationalen und völkerrechtlichen Dimension ist Art. 2 Nr. 1 UN-Charta, der den „Grundsatz der souveränen Gleichheit aller ihrer Mitglieder“ beinhaltet. Hieraus folgt keine Aufgabe des Begriffs der Souveränität an sich. Was sich mit der Gründung der Vereinten Nationen aber änderte, ist eine grundlegende inhaltliche Neuausrichtung des Konzepts der Souveränität und der Betrachtung der Staatenwelt.¹⁰¹ Der Idee der rechtlichen Gleichheit aller Staaten wurde auf der UN-Gründungskonferenz bewusst Vorrang vor der staatlichen Souveränität gegeben.¹⁰² Zum einen folgt aus der rechtlichen Gleichheit aller Mitglieder, dass kein Staat über einen anderen Staat Hoheitsgewalt ausüben darf, es sei denn, es liegt hierfür eine Erlaubnis vor. Hieran wird ersichtlich, dass staatliche Souveränität allenfalls nach „innen“ hin (im Verhältnis zu den Staatsbürgern) existieren kann, nach „außen“ hin (im Verhältnis der gleichberechtigten Staaten) kein Staat Höchster sein kann, so dass ein Staat in Relation zu anderen Staaten – wenn überhaupt und nur unter Verengung auf die Epoche des Koordinationsvölkerrechts bezogen – nur als unabhängig, nicht aber als souverän bezeichnet werden konnte.¹⁰³ Zum anderen folgt aus der rechtlichen Gleichheit aber auch – und dies ist der bedeutendere

auch später erlassenen Recht, aus der Natur des Völkerrechts abgeleitet hat: „[...] le principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne, de sorte que l'argument tiré de la lex posterior est inapplicable [...]“. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen für eine solche völkerrechtsfreundliche Sichtweise finden sich in Art. 5 Abs. 4 und Art. 191 BV. Dass in der Schweizerischen Eidgenossenschaft die sog. Schubert-Praxis existiert, wird vom Verfasser nicht übersehen, stellt seiner Ansicht nach aber gerade eine Bestätigung der *grundsätzlichen* Völkerrechtsfreundlichkeit dar, die nach dieser – in der Literatur umstrittenen – Praxis nur *ausnahmsweise* vom schweizerischen Gesetzgeber durch Erlass eines späteren Gesetzes und ausdrückliche Erklärung über die Billigung des Widerspruchs zwischen Völkerrecht und schweizerischem Recht durchbrochen werden können soll.

⁹⁸ Siehe ansatzweise kritisch, aber letztlich doch der h. M. folgend *Amrhein-Hofmann*, Monismus und Dualismus, S. 264 ff., 298 ff., 314 ff. (319 ff.), 338, jeweils m. w. N.

⁹⁹ Die Existenz von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG kann und soll hier nicht geleugnet werden. Eine nationale Rechtsnorm und der damit eingenommenen Standpunkt ist aber *per se* nicht geeignet, zur allgemeinen Theorie eines universellen, für alle Staaten der internationalen Staatengemeinschaft geltendes Völkerrecht beizutragen. Zur Kritik an der etatistischen Binnenperspektive siehe auch *Tietje*, DVBl., Bd. 118, 2003, S. 1081 (S. 1092, 1094).

¹⁰⁰ Ausführlicher zu den hier nicht weiter zu erwähnenden Auswirkungen der Gründung der Vereinten Nationen *Wilcox*, International Confederation, S. 31 ff.

¹⁰¹ Der Begriff der Souveränität hat sich aber auch schon zuvor stets als wandlungs- und anpassungsfähig gezeigt, vgl. *Fassbender*, Souveränität, S. 1089 und S. 1095.

¹⁰² Vgl. *Fassbender*, Souveränität, S. 1094. Zum „Constitutional Moment“ bei der Gründung der Vereinten Nationen (sowie zur UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft) siehe ausführlicher *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (573); *Fassbender*, „We the Peoples of the United Nations“, S. 288. Auch *Tietje/Hamelmann*, JuS 2006, S. 299 (299, 301) sprechen von der UN-Charta als Verfassungsrecht der internationalen Gemeinschaft.

¹⁰³ Vgl. auch schon *Kelsen*, Das Problem der Souveränität, S. 39.

Schritt, den die Gründungsstaaten der Vereinten Nationen selbst gegangen sind – die Unterordnung aller Staaten unter die verfasste¹⁰⁴ internationale Gemeinschaft¹⁰⁵, denn Gleichheit mehrerer Staaten kann es nur in einer Gemeinschaft geben.¹⁰⁶

Dies wurde von *Kelsen* schon früh erkannt und treffend formuliert: „Sovereignty in the sense of international law can mean only the legal authority or competence of a State limited and limitable only by international law and not by the national law of another State.“¹⁰⁷ Souveränität ist demnach der völkerrechtlich definierte Rechtsstatus eines unabhängigen Staates.¹⁰⁸ Zu einer so verstandenen Souveränität gehört im Zeitalter der Vereinten Nationen, deren oberste Ziele nach Art. 1 Nr. 1 UN-Charta primär die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit sind, deshalb auch die Verpflichtung der Staaten, diese Gemeinschaftswerte und -ziele zu schützen und zu fördern.¹⁰⁹ Zu den rechtlichen Verpflichtung der Staaten sowie auch einer internationalen Organisation wie die UN gehört aber auch der internationale Menschenrechtsschutz (vgl. Art. 1 Nr. 2 UN-Charta).¹¹⁰ Das veränderte Verständnis staatlicher Souveränität und die damit einhergehende Idee einer internationalen Ordnung, welche ihren Geltungsgrund aus der Wohlfahrt der gesamten Menschheit sowie den unveräußerlichen Menschenrechten ableitet,¹¹¹ stellt einen beachtlichen Wendepunkt in der Entwicklung des Völkerrechts dar.¹¹² Hieraus folgt zwar nicht unmittelbar die Gleichstellung des Individuums mit den Staaten als umfassende Völkerrechtssubjekte. Als partielle Völkerrechtssubjekte können aber auch sie Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sein. Betrachtet man (individuelle) Rechte als eine Seite der Medaille, ist es nur konsequent, dass auch im Völkerrecht nicht nur Rechte, sondern immer häufiger auch Pflichten von natürlichen Personen statuiert werden. Zu den Rechten wird man im Rahmen der vorliegenden Untersuchung insbesondere die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes sowie ein Mindestmaß an Datenschutz und die Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zählen müssen, denn das Völkerrecht steht nicht mehr allein im Dienst der Staatsräson, sondern dient primär dem Gemeinwohl der internationalen

¹⁰⁴ Vgl. *Tomuschat*, RdC, Bd. 281, 1999, S. 9 (162).

¹⁰⁵ Zur Betonung der Gemeinschaftsbindung und zum Begriff der internationalen Gemeinschaft siehe *Tomuschat*, AVR, Bd. 33, 1995, S. 1 (6).

¹⁰⁶ Vgl. *Fassbender*, Souveränität, S. 1094 f. Siehe aber schon wesentlich früher die deutliche Kritik an den Mitgliedern des Völkerbundes und deren unangetasteter Souveränität *Schücking/Wehberg*, Die Satzung des Völkerbundes. Erster Band, S. 52: „Somit bleibt [...] dieses Palladium, das die Staaten seit dem Zerfall der mittelalterlichen Weltordnung als eine Art ‚höchstes Gut‘ betrachten und das erst wieder verschwinden wird, wenn die Staaten begriffen haben werden, daß ihnen nicht mehr wie einst von Kaiser und Papst ein fremder Wille aufgezwungen werden soll, sondern daß sie für die Aufgabe des unumschränkten Eigenwillens Anteil an der Bildung eines Gesamtwillens erhalten sollen.“

¹⁰⁷ *Kelsen*, YLJ, Bd. 53, 1944, S. 207 (208). Ihm folgend *Fassbender*, *Kelsen und die VN*, S. 781.

¹⁰⁸ Vgl. *Fassbender*, Souveränität, S. 1095 m. w. N. Siehe auch schon *Kelsen*, ZaöRV, Bd. 19, 1958, S. 234 (241).

¹⁰⁹ Vgl. *Fassbender*, Souveränität, S. 1095. Diese Verpflichtung beinhaltet auch die Einschränkung der staatlichen Souveränität, wenn die UN, konkret der Sicherheitsrat, die Anwendung von Gewalt oder sonstigen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit beschließt. Siehe hierzu schon *Wilcox*, International Confederation, S. 32 und aktueller *Grimm*, Souveränität, S. 84.

¹¹⁰ Vgl. *Fassbender*, Souveränität, S. 1098.

¹¹¹ Vgl. *Hailbronner/Kau* in: *Vitzthum*, Völkerrecht, Dritter Abschnitt Rn. 5.

¹¹² Vgl. *Hailbronner/Kau* in: *Vitzthum*, Völkerrecht, Dritter Abschnitt Rn. 227.

Gemeinschaft¹¹³ und letztlich auch den Völkern und Individuen.¹¹⁴

Die fragwürdige Ansicht, wonach „[s]ouverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet,“¹¹⁵ so dass es letztlich um reine Machtpolitik geht und nicht mehr um die Herrschaft des Rechts,¹¹⁶ ist deshalb ebenso abzulehnen wie die dahinter stehende Suspendierung der *rule of law* in den internationalen Beziehungen respektive im Völkerrecht. Diese auf Carl Schmitt zurückgehende Denkweise verkennt nicht nur die Bedeutung der Gründung der Vereinten Nationen und den damit vollzogenen tiefgreifenden Strukturwandel im Völkerrecht sondern auch die gegenwärtige Anerkennung und das weitergehende Potential einer *international rule of law*. Mag es auch zutreffen, dass der Ausnahmezustand interessanter ist als der Normalfall,¹¹⁷ so ist das Denken vom außerrechtlichen Ausnahmezustand her für die Beschreibung der staatlichen Souveränität auf der Basis einer geltenden Rechtsordnung, dem Normalzustand, ungeeignet. Wer im Ausnahmezustand das Entscheidungsmonopol besitzt, kann zwar als Machtinhaber und politischer Souverän bezeichnet werden.¹¹⁸ Hierin liegt aber nicht das Wesen der staatlichen Souveränität,¹¹⁹ denn eine staatliche Ordnung ist richtigerweise eine Rechtsordnung,¹²⁰ so dass staatliche Souveränität nur als rechtliche Souveränität begriffen werden sollte. Es wäre deshalb ein Widerspruch, den außerrechtlichen Ausnahmezustand mit einer rechtlichen (staatlichen) Entscheidungsbefugnis begründen zu wollen.¹²¹

International betrachtet stellt ferner die Existenz von zwingendem Völkerrecht (*ius cogens*) im Sinne von Art. 53 und Art. 64 WVRK eine rechtliche Bindung durch übergeordnete Normen dar, von der weder Staaten noch internationale Organisationen abweichen dürfen.¹²² Rechtliche Grauzonen oder von der Vorherrschaft des Rechts (*rule of law*) ausgenommene Bereiche (*domaine réservé*) kann es in einer solchen Gemeinschaft gleicher

¹¹³ Vgl. Fassbender, Souveränität, S. 1093. Siehe weiterführend zum Schutz der Menschenrechte als zentralen Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls Fassbender, EuGRZ, Bd. 30, 2003, S. 1.

¹¹⁴ Vgl. Peters, EJIL, Nr. 3, Bd. 20, 2009, S. 513 (541 f.).

¹¹⁵ So Schmitt, Politische Theologie, S. 9 und Schmitt, Politische Theologie², S. 11. Siehe ferner Schmitt, Die Kernfrage des Völkerbundes, S. 10: „Was Souveränität bedeutet, zeigt sich in den entscheidenden Ausnahmefällen. Daß hier vorläufig noch jeder Staat selbst entscheidet, versteht sich, wenigstens bei einer Großmacht, von selbst.“

¹¹⁶ Nach Grimm, Souveränität, S. 76 f. erscheint der Begriff der Souveränität bei Carl Schmitt als Kehrseite der verfassungsgebenden Gewalt, d. h. als verfassungsaufhebende Gewalt und führt so aus dem Verfassungsstaat hinaus.

¹¹⁷ Vgl. Schmitt, Politische Theologie, S. 15.

¹¹⁸ Vgl. Schmitt, Politische Theologie, S. 13.

¹¹⁹ So aber Schmitt, Politische Theologie, S. 13.

¹²⁰ Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 117; Kelsen, Reine Rechtslehre², S. 289.

¹²¹ Möglich wird dies für Schmitt freilich deswegen, weil er den Staat entgegen Kelsen nicht als Rechtsordnung begreift und eine Verfassung als „brutales soziologisch-politisches Faktum“ ansieht, vgl. Schmitt, Politische Theologie, S. 21; Schmitt, Politische Theologie², S. 29.

¹²² Vgl. Bryde, Der Staat, Bd. 42, 2003, S. 61 (66). Bei einer internationalen Betrachtung von Souveränität wird man man allerdings beachten müssen, dass die hiermit teilweise in Verbindung gebrachten normativen Werte (z. B. Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte, Gleichheit, Selbstbestimmung) aufgrund unterschiedlicher (Rechts-) Kulturen und gesellschaftlicher und sowie sozio-kultureller Bedingungen nicht einfach vereinheitlicht werden können und letztlich ein detailliertes universelles Konzept der Souveränität – ähnlich wie bei der Universalität der Menschenrechte oder der *international rule of law* – problematisch erscheinen lassen, vgl. hierzu auch Sarooshi, International Organizations, S. 9 f. Betrachtet man den Begriff der Souveränität aber als ein weiterhin umstrittenes und offenes Konzept, relativiert sich das Problem und es wird zugleich die Möglichkeit eröffnet, Begriff und Inhalt von Souveränität den wachsenden Erkenntnissen und Entwicklungen im Völkerrecht anzupassen.

Staaten – gleich ob regional oder international – nicht mehr geben.¹²³ Seit der Gründung der Vereinten Nationen nach dem Zweiten Weltkrieg kann Souveränität auch als Prinzip der Menschlichkeit, das den Sinn und Zweck des Völkerrechts und der internationalen Staatengemeinschaft bildet und die Ausübung hoheitlicher Gewalt nur im Interesse der Humanität legitimiert, verstanden werden:

„[...] the normative status of sovereignty is derived from humanity, understood as the legal principle that human rights, interests, needs, and security must be respected and promoted, and that this humanistic principle is also the telos of the international legal system. Humanity is the A and Ω of sovereignty. State sovereignty remains foundational only in a historical or ontological sense, to the extent that the states' mutual respect for each other's sovereignty constitutes the legal system of juxtaposed actors and governs law-making. State sovereignty is not only – as in the meanwhile canonical view – limited by human rights, but is from the outset determined and qualified by humanity, and has a legal value only to the extent that it respects human rights, interests, and needs. It has thus been humanized. Consequently, conflicts between state sovereignty and human rights should not be approached in a balancing process in which the former is played off against the latter on an equal footing, but should be tackled on the basis of a presumption in favour of humanity.“¹²⁴

In Anlehnung an die Begriffsdeutung von *Fassbender*¹²⁵ wird hier Souveränität eines (europäischen) Staates verstanden als die ihm durch die Verfassung der internationalen Gemeinschaft, vornehmlich die UN-Charta, sowie durch die Verfassung der europäischen Gemeinschaft, vornehmlich der EUV und AEUV, eingeräumte und garantierte Autonomie. Sie bezeichnet den Anspruch auf Selbstentfaltung und Eigenverantwortlichkeit in einem völkerrechtlich und europarechtlich definierten Rechtskreis. Souveränität ist seit der Gründung der EU und UN nicht mehr allein auf Staaten beschränkt und findet ihre Legitimation auch nicht in der bloßen Existenz von Staaten, sondern primär in den Verfassungen der europäischen sowie internationalen Gemeinschaft und den damit bezweckten Zielen. Souverän ist deshalb nicht, wer Stärke und Macht zur Gewaltausübung besitzt und demonstriert, sondern wer als Teil einer europäischen und internationalen Gemeinschaft in der Lage ist, seine ihm vom Völkerrecht übertragenen Kompetenzen gemeinschaftlich und im Interesse der Menschen wahrzunehmen.

III. Souveränität und Föderalismus

Eine so verstandene Souveränität lässt sich dann auch mit föderal gegliederten Staaten und föderalen Staatenverbindungen in Einklang bringen. Dass diese Forderung nicht neu ist und der Begriff der Souveränität schon seit längerem nicht nur einem der beiden

¹²³ Vgl. auch *Bryde*, *Der Staat*, Bd. 42, 2003, S. 61 (68): „Wenn das Völkerrecht Menschenrechte garantiert, beansprucht es die Regelung aller Lebensbereiche auch innerhalb der Staaten. In einer Völkerrechtsgemeinschaft mit Menschenrechtskatalog gibt es keine *domaine réservé* im Sinne der klassischen Souveränitätslehre mehr.“ Siehe aus schweizerischer Sicht auch *Biaggini*, *BV-Kommentar CH*, Art. 3 Rn. 20.

¹²⁴ *Peters*, *EJIL*, Nr. 3, Bd. 20, 2009, S. 513 (514).

¹²⁵ Vgl. *Fassbender*, *Souveränität*, S. 1096.

Pole (Bund beim Bundesstaat oder Gliedstaaten beim Staatenbund) zugeordnet werden kann, sondern – wie in einer Föderation – auch in einem Schwebezustand gehalten kann, zeigen die Lehren des noch früheren, 16. Jahrhunderts, in dem es mit dem „Dutch Bund“ eine dritte Kategorie an Staatenverbindungen gab sowie im 19. Jahrhundert die deutschen Erfahrungen mit dem Deutschen Bund (1815–1866), dem Norddeutschen Bund (1866/67–1871) und dem Deutschen Reich (1871–1918).¹²⁶

Wenn man Föderalismus generell darin erkennt, dass politische Gemeinschaften als selbständige Einheiten koexistieren und interagieren und dabei durch eine gemeinsame Rechtsordnung mit eigener Autonomie zusammengefasst und geeinigt werden,¹²⁷ kann man diese Rechtsordnung, die auch durch einen völkerrechtlichen Vertrag begründet werden kann,¹²⁸ als funktionale Verfassung betrachten und an die Stelle der bislang allein staatlichen Verfassungen setzen.¹²⁹ Diese funktionale Verfassung der Organisation nimmt dann zusammen mit den Verfassungen der Gliedstaaten den Platz der früher alleine stehenden nationalen Verfassungen ein und ist Quelle der staatlichen Souveränität.

Zur Klarstellung, dass die Souveränität der basalen Glieder zwar durch die höchste Ordnung bedingt, aber nicht notwendigerweise beschränkt ist, kann man in die Verfassung einer internationalen Organisation eine Bestimmung entsprechend Art. 3 der schweizerischen Bundesverfassung¹³⁰ aufnehmen. Allerdings wurde bei diesem „föderalistischen Grundsatzartikel“¹³¹ weniger eine Regelung der Souveränität und einer etwaigen Souveränitätsverteilung zwischen Bund und Kantonen, als vielmehr die Grundregel der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung niedergeschrieben.¹³² Die Norm wurde deshalb als Kompromissformel mit hohem Symbolgehalt bezeichnet, sei letztlich aber nur ein Trostpflaster für den unwiderruflichen Souveränitätsverlust, den die Kantone,

¹²⁶ Vgl. *Leibfried/van Elderen*, GLJ, Nr. 8, Bd. 10, 2009, S. 1297 (1305). Siehe auch *Kahl*, *Der Staat*, Bd. 33, 1994, S. 241 (244), der seine Aussage zur Ergänzung des Begriffspaars Bundesstaat–Staatenbund am Schluss (S. 257) aber letztlich wieder revidiert und auf der Linie von *Kirchhof* die Alternative von Bundesstaat und Staatenbund als nicht überwindbar betrachtet, dabei den von ihm zuvor favorisierten Begriff Staatenverbund wieder auf einen Staatenbund herkömmlicher Lesart reduziert.

¹²⁷ Vgl. *Friedrich*, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 7 f.: „In short, we have federalism only if a set of political communities coexist and interact as autonomous entities united in a common order with an autonomy of its own.“ Eine vergleichbare Begriffsbeschreibung findet sich auch schon bei *Friedrich*, *International Federalism*, S. 130. Kritisch im Hinblick auf das Abstellen auf eine (gesellschafts-) vertragliche Bindung *King*, *Federalism and Federation*, S. 56: „Contract theory, however, may promote distinct varieties of purpose, and so, too, federalism, when contractually conceived.“ Sieht man hingegen den Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* als übergeordnete Grundnorm an, kann diese Kritik auch widerlegt oder zumindest relativiert werden.

¹²⁸ Vgl. *Friedrich*, *International Federalism*, S. 143.

¹²⁹ Vgl. *Friedrich*, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 8: „The idea of a compact is inherent in federalism, and the ‚constituent power,‘ which makes the compact, takes the place of the sovereign.“

¹³⁰ „Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.“ Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist online abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/1/101.de.pdf>. Siehe zu diesem Vorschlag *Friedrich*, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 159 f. Dieser hatte diesen Vorschlag zwar noch zur alten Rechtslage vor der im Jahre 1998 erfolgten und 1999 in Kraft getretenen Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung geäußert. Da die Vorschrift des Art. 5 der alten Bundesverfassung (sowohl BV 1848 als auch BV 1874) aber auf Art. 3 verwies und dieser fast unverändert (Halbsatz 1 wörtlich und Halbsatz 2 redaktionell angepasst) Eingang in die revidierte BV 1999 gefunden hat (vgl. zum Ganzen *Biaggini*, BV-Kommentar CH, Art. 3 Rn. 1) kann der Vorschlag von *Friedrich* auch heute noch Gültigkeit beanspruchen.

¹³¹ *Schweizer in: Ehrenzeller et al.*, *St. Galler Kommentar zur BV*, Art. 43 Rn. 6.

¹³² Vgl. *Biaggini*, BV-Kommentar CH, Art. 3 Rn. 1.

die schon vor der Bundesstaatsgründung nicht im vollen Sinne souverän gewesen seien, im Jahr 1848 mehr oder weniger freiwillig hingenommen hätten.¹³³ Die vor allem praktische Bedeutung der Norm liege deshalb in dem bundesstaatlichen Prinzip der (begrenzten) Einzelermächtigung.¹³⁴ Obwohl es naheliegender gewesen wäre, den Begriff Souveränität mit Eigenständigkeit oder Hoheitsbefugnisse zu ersetzen, wurde bei der Totalrevision der Bundesverfassung aus Traditionsgründen der bisherige Wortlaut in Art. 3 BV unverändert übernommen.¹³⁵ Als Pendant zu Art. 3 BV kann Art. 47 Abs. 1 BV¹³⁶ gesehen werden, welcher von dem gegenseitigen Blickwinkel aus, gewissermaßen „von oben“, die Eigenstaatlichkeit der Kantone im Sinne einer Souveränität der Glieder sicherstellen soll.¹³⁷ Hierfür wird der Bund verpflichtet, die gliedstaatliche Selbstbestimmung und die politische Orientierung der Kantone zu wahren, sie zu respektieren, und sie nicht zu verletzen.¹³⁸ Dieses Wechselspiel zwischen Nichteingreifen des Bundes und Schutz der Kantone wurde deshalb zutreffend als Verpflichtung zur Wahrung der kantonalen Eigenständigkeit im aktiven und passiven Sinn beschrieben.¹³⁹ Die Wahrung der Eigenstaatlichkeit der Gliedstaaten ist Ausdruck eines Respekts (*comity*) des Bundes gegenüber den Gliedstaaten und Voraussetzung jeder föderalen Partnerschaftlichkeit. Eine solche ist langfristig nur möglich, wenn der Bund von einer Toleranz bei unterschiedlichen Haltungen und von dem Respekt der Gleichwertigkeit der bundesstaatlichen Partner ausgeht.¹⁴⁰ Deshalb ist das Mittel des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV¹⁴¹ / Art. 31 GG¹⁴²) zwar notwendige Bedingung, um in einem föderal organisierten Bund die Einheit der Rechtsordnung zu wahren und dadurch auch Rechtsklarheit und Rechtssicherheit herzustellen,¹⁴³ darf jedoch nicht voreilig und auch nicht „im Zweifel“ gegen ein Glied (Kanton/Land) herangezogen werden, sondern bedarf einer besonderen Rechtfertigung.¹⁴⁴

Auch wenn es sich bei der Souveränität um eine antiquierte Terminologie handelt, kann man gerade durch die Verwendung wie in Art. 3 BV deutlich machen, dass das Konzept der unbeschränkten Souveränität so nicht mehr aufrecht erhalten werden kann und der Rekurs auf Souveränität heute ihre Beschränkbarkeit, aber auch ihre eigene Beschränktheit deutlich macht.¹⁴⁵ Seit der Lissaboner Reform existiert eine ähnliche Regelung in Art. 4 Abs. 1 EUV und Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV. Die Formulierung und das

¹³³ Vgl. Biaggini, BV-Kommentar CH, Art. 3 Rn. 3.

¹³⁴ Vgl. Biaggini, BV-Kommentar CH, Art. 3 Rn. 4.

¹³⁵ Vgl. Schweizer in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 3 Rn. 8. Hingegen wurde in Art. 1 BV die Bezeichnung der Kantone als „souverän“ gestrichen, vgl. Hafner/Schweizer in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 1 Rn. 11, so dass dieses Vorgehen etwas uneinheitlich wirkt.

¹³⁶ „Der Bund wahrt die Eigenständigkeit der Kantone.“ Im Hinblick auf die Europäische Union und das Verhältnis zu den Mitgliedstaaten könnte man formulieren: Die Union achtet die Eigenstaatlichkeit der Mitgliedstaaten. Allerdings läuft eine so allgemein gehaltene Formulierung Gefahr, als bloß politische Verpflichtung verstanden zu werden, so dass das wechselseitige und rechtliche Prinzip der Bundes- respektive Unionstreue vorzugswürdig erscheint.

¹³⁷ Vgl. Kägi-Diener in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 47 Rn. 5, Rn. 7.

¹³⁸ Vgl. Kägi-Diener in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 47 Rn. 7.

¹³⁹ Vgl. Forster, Eigenständigkeit der Kantone, Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts und Bundesgarantien, S. 132.

¹⁴⁰ Vgl. Kägi-Diener in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 47 Rn. 8.

¹⁴¹ „Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor.“

¹⁴² „Bundesrecht bricht Landesrecht.“

¹⁴³ Vgl. Ruch in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 49 Rn. 3.

¹⁴⁴ Ähnlich auch Kägi-Diener in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 47 Rn. 9.

¹⁴⁵ So zu Recht Biaggini, BV-Kommentar CH, Art. 3 Rn. 21.

dahinterstehende Konzept der Souveränität in der schweizerischen Bundesverfassung mag zwar etwas nebulös erscheinen,¹⁴⁶ hat aber den Vorteil, dass im Gegensatz zur Formulierung im EUV nicht nur auf die Zuständigkeiten und Kompetenzen abgestellt wird, sondern Souveränität neben die einzelnen Kompetenzen gestellt wird, so dass deutlich wird, dass Souveränität eben nicht die Summe einzelner Kompetenzen ist und umgekehrt die Übertragung einzelner Hoheitsrechte auch nicht zu einem partiellen Verlust an Souveränität führt.

C. Eine universelle Weltrechtsordnung?

In Anbetracht der Entwicklung des Völkerrechts zur Weltrechtsordnung und dem Erfordernis der einheitlichen Anwendung insbesondere der Menschenrechte (siehe oben, A.) sowie mit Blick auf die soeben skizzierte Begründung staatlicher Souveränität durch das Völkerrecht (siehe oben, B.) liegt es nahe, die Frage eines möglichst effektiven Individualrechtsschutzes mit einer universellen Weltrechtsordnung zu beantworten. Die Idee eines globalen Rechtssystems, an dem sich (möglichst) alle Staaten beteiligen, ist nicht neu. Wesentliche Versuche einer weltweiten Friedens- und Rechtsordnung stellten der gescheiterte Völkerbund (*League of Nations / Société des Nations*) sowie gegenwärtig die Vereinten Nationen (*United Nations / Nations Unies*) dar. Während beiden Konzepten die Idee der Universalität zugrunde liegt, nach der alle Staaten Mitglieder sein können, wird das Verhältnis der Staaten untereinander (horizontale Dimension) und im Verhältnis der Staaten zu der überwölbenden Rechtsordnung (vertikale Dimension) aber nur marginal geregelt und in gewisser Weise vorausgesetzt. Deshalb wird zunächst untersucht, ob im Rahmen der UN eine auf Universalität angelegte Struktur existiert. Vergleichend wird dabei die Struktur des Völkerbundes herangezogen, soweit dessen mehr oder weniger erfolglose Geschichte Erkenntnisse für künftige föderale Strukturen auf globaler Ebene bereithält.

I. Existierende Strukturen – Zur Rechtsnatur der UN

Die Vereinten Nationen bilden keinen Weltstaat und auch keinen Weltbundesstaat.¹⁴⁷ Sie waren auch nicht als Weltstaat im *Kant'schen* Sinne konzipiert,¹⁴⁸ sondern stellen sich zunächst als internationale Organisation im weiten Sinne dar. Die teilweise vorzufindende, aber inoffizielle Bezeichnung der UN als Organisation der Vereinten Nationen (*United Nations Organization, UNO*) wäre deshalb genauer. Die Grundlage der UN ist zwar formell ein multilateraler, völkerrechtlicher Vertrag. Dieser hat die UN aber nicht nur explizit mit Rechts- und Geschäftsfähigkeit (Art. 104 UN-Charta) sondern implizit auch mit funktioneller Völkerrechtspersönlichkeit ausgestattet,¹⁴⁹ so dass die UN ein völkerrechtlich selbständiges Handlungs- und Zurechnungsobjekt darstellt.¹⁵⁰ Die Orga-

¹⁴⁶ Vgl. Friedrich, Trends of Federalism in Theory and Practice, S. 159 f.

¹⁴⁷ Vgl. Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 99 (S. 77), die diese Sicht unter Berufung auf Art. 2 Nr. 1 UN-Charta damit begründen, dass die UN aus souveränen Staaten und zwischen den Staaten und der UN keine Teilung der Souveränität bestehe.

¹⁴⁸ So aber explizit Kristoferitsch, Vom Staatenbund zum Bundesstaat?, S. 18.

¹⁴⁹ Vgl. die Präambel, in der von der Gründung einer internationalen Organisation die Rede ist. Siehe ferner Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 99 (S. 77 f.) und § 415 (S. 250 f.).

¹⁵⁰ Grundlegend IGH, Gutachten vom 11. 4. 1949 – *Reparations*, ICJ Reports 1949, S. 174 (179).

nisation der Vereinten Nationen ist aber mehr als die Summe der einzelnen Mitglieder, sie ist eine eigenständige juristische Person des Völkerrechts und Forum für das Recht und die Politik der internationalen Gemeinschaft.¹⁵¹

Der IGH hat in seinem *Reparations*-Gutachten¹⁵² aus dem Jahre 1949 die objektive Völkerrechtspersönlichkeit der UN auch gegenüber Staaten, die nicht Mitglied der Vereinten Nationen sind oder die die UN nicht anerkannt haben, ausdrücklich festgestellt.¹⁵³ Diese eigenständige Rechtspersönlichkeit der UN wurde auch vom EGMR insbesondere in *Behrami and Saramati* anerkannt.¹⁵⁴ Wie in dem *Reparations*-Gutachten des IGH deutlich wurde, ist eine ausdrückliche Bestimmung, die einer internationalen Organisation Völkerrechtspersönlichkeit verleiht, nicht erforderlich.¹⁵⁵ Mit der hier zugrunde liegenden funktionalen Betrachtungsweise (*functional approach*) lässt sich durch Interpretation der Gründungsverträge internationaler Organisationen feststellen, ob diese Völkerrechtspersönlichkeit besitzen.¹⁵⁶

Dabei erscheint es grundsätzlich denkbar, dass die UN entweder eine inter- oder supranationale Organisation darstellt oder aber einen globalen Bund respektive eine weltweite (Kon-) Föderation oder eine Welt-Union. Denn die Frage der Rechtsnatur ist eine andere als die der Rechtswirkung, welche die objektive (Völker-) Rechtspersönlichkeit mit sich bringt. Während die objektive Rechtspersönlichkeit bedeutet, dass das Recht der UN im (Außen-) Verhältnis zu Nicht-Mitgliedern Rechtswirkungen entfalten kann, wird die Frage der Rechtsnatur bei der Beziehung der Organisation zu ihren Mitgliedern relevant. Für die Erklärung dieses Verhältnisses zwischen Organisation und Mitgliedern bedarf es einer näheren Betrachtung des Gründungsvertrags, d. h. der UN-Charta, auf der die Weltorganisation basiert.

Die Präambel der UN-Charta spricht etwas pathetisch von „We, the Peoples of the United Nations [...] have resolved [...]“ („Wir, die Völker der Vereinten Nationen [...] haben beschlossen [...]“) – eine Formulierung die vermuten lassen könnte, dass die Völker der einzelnen Nationen und Staaten Urheber der UN-Charta seien. Diese Vermutung wird auch noch nicht dadurch widerlegt, dass die Präambel erwähnt, dass „unsere Regie-

¹⁵¹ Siehe auch *Claude, Swords into Plowshares*, S. 11: „Its essence is that of a corporate entity rather than a collection of component parts, and its acts, though they be determined by transient combinations of member states, are to be interpreted as expressions of the will and policy of the collectivity.“ Das System der UN selbst wurde dabei funktional betrachtet und in Abgrenzung zum System des Völkerbundes als lose Verbindung internationaler Agenturen umschrieben, vgl. a. a. O., S. 68: „Functionally speaking, the United Nations system was set up as a kind of loose confederation of international agencies.“

¹⁵² IGH, Gutachten vom 11. 4. 1949 – *Reparations*, ICJ Reports 1949, S. 174. Das *Reparations*-Gutachten ist in der völkerrechtlichen Literatur auf Grund des Sachverhalts – Ermordung des US-Gesandten Graf Bernadotte in Palästina – auch als *Bernadotte-Fall* bekannt.

¹⁵³ Vgl. IGH, Gutachten vom 11. 4. 1949 – *Reparations*, ICJ Reports 1949, S. 174 (185): „On this point, the Court’s opinion is that fifty States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality, and not merely personality recognized by them alone, together with capacity to bring international claims.“ In der Literatur wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass die Qualifizierung der UN als objektive Völkerrechtsperson nicht mit einer rein vertraglichen Auslegung der UN-Charta möglich gewesen wäre, sondern eine Betrachtung der UN-Charta als Verfassung erfordere, vgl. *Franck, Is the U.N. Charter a Constitution?*, S. 103. Siehe hierzu sowie generell zur Völkerrechtspersönlichkeit internationaler Organisationen auch *Shaw, International Law*, S. 1187 ff.

¹⁵⁴ Vgl. EGMR, Entscheidung [GK] vom 2. 5. 2007, Appl. nos. 71412/01, 78166/01 – *Behrami v. France and Saramati v. France and Others* (para. 144).

¹⁵⁵ Ebenso *Mosler, The International Society*, S. 50.

¹⁵⁶ Vgl. *Mosler, The International Society*, S. 50.

rungen durch ihre [...] Vertreter [...] diese Charta der Vereinten Nationen angenommen [haben].“ Aufschlussreicher ist dagegen der zweite Halbsatz, der lautet: „[...] and do hereby establish an *international organization* to be known as the ‘United Nations’.“¹⁵⁷ Weiteren Aufschluss geben auch die Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 der UN-Charta sowie der Anhang I (Verzeichnis der Mitglieder der Vereinten Nationen), woraus sich zum einen ergibt, dass die UN als internationale Organisation Mitglieder besitzt – der UN folglich nicht ein Weltvolk auch nicht nur die Summe der nationalen Völker zugrunde liegt – und dass diese Mitglieder der UN derzeit nur Staaten sein können. Festgehalten werden kann an dieser Stelle also zunächst, dass die UN keinen weltweiten Bundesstaat, aber auch nicht nur einen losen Staatenbund, sondern eine internationale Organisation, deren Mitglieder Staaten sind, darstellt.¹⁵⁸

Auch wenn föderale Elemente in der Konzeption der UN-Charta bislang nicht gefunden wurden, bleibt die Frage, ob die UN eine klassische internationale Organisation darstellt, oder ob sie – ähnlich wie die Europäische Union – den Charakter einer supranationalen Organisation besitzt. Hierbei kann sowohl die Theorie als auch die Praxis betrachtet werden. In der Theorie, also insbesondere in der Konzeption der UN-Charta stellt diese nach deren Präambel (nur) eine „internationale Organisation“ dar. Ob dieser Begriff in einem engen¹⁵⁹ oder weiten¹⁶⁰ Sinn zu verstehen ist, wird aus dieser formalen Begrifflichkeit noch nicht ersichtlich. Dabei muss beachtet werden, dass der Begriff der supranationalen Organisation wesentlich jünger ist als die UN-Charta, nämlich erst im Prozess der europäischen Integration geprägt wurde, so dass der bloße Wortlaut der UN-Charta kein Hindernis für die Annahme eines supranationalen Charakters der UN sein kann. Der supranationale Charakter einer Organisation wird üblicherweise an die Durchgriffswirkung der Maßnahmen geknüpft. Im Fall der UN könnte sich eine solche Durchgriffswirkung in konzeptioneller Hinsicht aus Art. 25 UN-Charta ergeben, wonach die Mitglieder der UN übereinkommen, die Beschlüsse des Sicherheitsrates anzunehmen und durchzuführen. Hierdurch wird aber noch keine direkte Durchgriffswirkung ermöglicht, sondern lediglich die Staaten verpflichtet, die Beschlüsse durchzuführen. Auch die (inoffizielle) Überschrift zu Art. 25 UN-Charta¹⁶¹ spricht zu Recht von der bindenden Wirkung der Beschlüsse. Diese Bindungswirkung bezieht sich nach herkömmlicher Lesart in erster Linie auf die Mitglieder der UN, d. h. die Staaten, und bedeutet keine unmittelbare und direkte rechtliche Verpflichtung für das Individuum oder einen Eingriff in dessen Rechte. Auch aus Art. 103 UN-Charta ergibt sich keine derartige Ermächtigung zum Durchgriff auf den Einzelnen. Die Vorschrift regelt lediglich den Vorrang der Charta vor anderen Verpflichtungen.¹⁶² Aus einer bloßen Vorrangregel folgt aber noch keine Durchgriffswirkung oder eine entsprechende Ermächtigung hierzu. Die Frage des

¹⁵⁷ In der deutschen Übersetzung: „[...] und errichten hiermit eine *internationale Organisation*, die den Namen ‚Vereinte Nationen‘ führen soll.“ (Hervorhebungen hinzugefügt). Vgl. auch schon Forsyth, *Unions of States*, S. 201: „The Charter is patently the work of governments, and it is the agreed basis, not of some intimate federal union, but merely of ‚an international organization to be known as the United Nations‘.“

¹⁵⁸ Vgl. auch Forsyth, *Unions of States*, S. 202, dessen Ansicht zufolge aber ein weiterer Aspekt bedeutend sei: „The concept which underlies the United Nations is [...] not that of world confederation but rather of collective hegemony exercised by the great powers.“

¹⁵⁹ Internationale Organisationen als herkömmliche, „klassische“ Organisationen des Völkerrechts.

¹⁶⁰ Internationale Organisationen als Oberbegriff für inter- und supranationale Organisationen.

¹⁶¹ Vgl. in der Gesetzessammlung Sartorius II, Nr. 1.

¹⁶² Vgl. insofern erneut die inoffizielle Überschrift zu Art. 103 UN-Charta in Sartorius II, Nr. 1.

Durchgriffs ergibt sich – die Ebene der EG/EU hier zunächst außen vor gelassen – nach der herkömmlichen Ansicht erst im nationalen Recht der Staaten, welches entweder monistisch (wie in der Schweiz) oder dualistisch (wie in Deutschland) strukturiert sein kann und dementsprechend die Durchgriffswirkung unmittelbar oder aber erst nach einer entsprechenden Transformation anordnet. Nach der hier vertretenen Ansicht kann die Frage der Durchgriffswirkung aber nicht allein vom Standpunkt einer staatlichen Rechtsordnung und mit einer nationalen Sichtweise beantwortet werden. Eine Begründung findet die hier gewählte Perspektive im Wesentlichen in den Überlegungen, die Art. 26 und Art. 27 WVRK zugrunde liegen. Denn bei einer allein nationalen Perspektive würde es in manchen (monistischen) Staaten zu einer Durchgriffswirkung kommen, in anderen (dualistischen) Staaten hingegen nicht.

Angesichts der Rechtspraxis der UN – insbesondere die der finanziellen Sanktionen und der Terroristenlisten – kam es in den letzten Jahrzehnten zu vermehrten Resolutionen und Beschlüssen, die unmittelbare Rechtswirkungen für die betroffenen Individuen entfalten, da sie sich nicht mehr nur an die Staaten richten, sondern direkt gegen einzelne Personen und Gruppen, und so zu einer Durchgriffswirkung führen.¹⁶³ Diese Sanktionspraxis der UN ist angesichts des weiten Ermessensspielraums des Sicherheitsrates von den Kompetenzen der UN und ihrer Organe gedeckt und stellt auch kein *ultra vires*-Handeln dar. Dies rechtfertigt es, mit der hier gewählten funktionalen Betrachtung die UN als supranationale Organisation zu bezeichnen.¹⁶⁴ In der Literatur wurde schon früh ein Ansatz überstaatlicher Zwangsgewalt im Bereich der Exekutive darin gesehen, dass der Sicherheitsrat nach Kapitel VII der UN-Charta Zwangsmaßnahmen gegen einen Staat beschließen und auch deren Durchführung anordnen kann.¹⁶⁵ Bekanntlich ist dieser Ansatz 25 Jahre später zu einem umfassenden Katalog internationaler Zwangsmaßnahmen nicht nur gegen Staaten und politische Gruppierungen sondern durch die Terroristenlisten auch gegen einzelne natürliche Personen ausgeweitet worden. Was also schon in der UN-Charta angelegt war, vor einigen Jahrzehnten lediglich ansatzweise genutzt wurde und deshalb nur rudimentär erkennbar war, hat sich heute zu einer weitreichenden Ausübung hoheitlicher Gewalt gegenüber dem Individuum auf internationaler Ebene verdichtet. Dass hierbei der Menschenrechtsschutz für die UN selbst, insbesondere die formale Bindung der Organisation an den IPbpR, ebenso wenig ausgebaut wurde wie das mangelhafte Rechtsschutzsystem der UN,¹⁶⁶ ist bedauerndswert, ändert aber nichts an der rechtlichen Einstufung der Sanktionen als hoheitliche Maßnahmen der inter- und supranationalen Organisation der Vereinten Nationen.

¹⁶³ Ein anderes Beispiel für die Durchgriffswirkung stellen Verurteilungen von Individuen vor dem Internationalen Strafgericht für das ehemalige Jugoslawien (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, ICTY) und vor dem Internationalen Strafgericht für Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda*, ICTR) dar, deren Rechtsgrundlagen in Resolutionen des Sicherheitsrates zu finden sind.

¹⁶⁴ Vgl. Frank, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 77 mit Fn. 359, für den die Bindungswirkung der Beschlüsse nach Art. 25 UN-Charta ausreicht, um die UN als internationale Organisation mit supranationalen Elementen zu qualifizieren.

¹⁶⁵ Vgl. Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 100 (S. 78).

¹⁶⁶ Vgl. schon Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 100 (S. 78 f.), deren Einschätzung auch heute noch Gültigkeit besitzt.

II. Die UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft

Von der Kategorisierung als inter- und supranationale Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit zu unterscheiden ist die Frage, ob die Weltorganisation mit der UN-Charta auch eine eigene Verfassung besitzt.¹⁶⁷ Der Begriff der Verfassung (*constitution*) ist nicht auf Staaten beschränkt und kann in einem funktionalen Sinn auf jede politische Einheit angewendet werden. Die Funktion einer Verfassung, die letztlich auf die Idee der *rule of law* zurückgeführt werden kann, besteht insbesondere in der rechtlichen Bindung und Kontrolle der Ausübung von Macht und hoheitlicher Gewalt, welche durch die im Rahmen der Verfassung geschaffenen Organe wahrgenommen werden können.¹⁶⁸

International und völkerrechtlich betrachtet ist deshalb kein einheitlicher und hierarchischer Weltstaat erforderlich, um bei dem Vorliegen verfassungsrechtlicher Merkmale auf universeller Ebene von einer Verfassung der internationalen Gemeinschaft sprechen zu können.¹⁶⁹ Wenn aber gerade kein Weltstaat entstehen soll, bedarf es auch keiner Nachahmung einer nationalen Verfassung auf der internationalen Ebene.¹⁷⁰

Auch wenn die UN-Charta selbst keinen Katalog an Menschenrechten enthält, sind verfassungsrechtliche Elemente nicht nur mit hier weniger interessierenden Organen und deren Aufgaben- und Kompetenzverteilungen erkennbar,¹⁷¹ sondern liegen vor allem auch in der primären Zielsetzung der Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit – zum Schutze der internationalen Gemeinschaft und letztlich der Weltbevölkerung. Diese an sich (quantitativ) beschränkten Ziele dürfen nicht unterschätzt werden, da es sich bei ihnen (qualitativ) um die grundlegendsten und bedeutendsten Funktionen einer jeden Gemeinschaft handelt.¹⁷² Im Unterschied zu früheren Verwaltungsgemeinschaften ist die UN deshalb trotz des primären Ziels der Sicherung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit keine sich in der Verfolgung konkreter Zwecke erschöpfende Organisation.¹⁷³ Das in der UN-Charta niedergelegte Friedensziel ist nur mit

¹⁶⁷ Ablehnend *Uerpmann*, JZ 2001, S. 565 (S. 565), der in der UN-Charta zwar wichtige Elemente internationalen Verfassungsrechts erblickt, ihre Regelungen insgesamt aber als zu fragmentarisch ansieht, als dass sie sich einer Vollverfassung der internationalen Gemeinschaft ähneln würden. Es ist aber nicht nachvollziehbar, warum es zwischen dem dichotomischen „entweder/oder“ einer Vollverfassung nicht auch eine sich im Aufbau befindliche (Teil- oder Grund-) Verfassung der internationalen Gemeinschaft geben soll. Ablehnend auch *Pernice*, *The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism*, S. 983, der dies vor allem mit einer mangelnden Gewaltenteilung und dem Fehlen effektiven Menschenrechtsschutzes auf der Ebene der UN sowie der dort fehlenden demokratischen Strukturen begründet.

¹⁶⁸ Ähnlich auch *Fassbender*, *Grund und Grenzen der konstitutionellen Idee im Völkerrecht*, S. 89.

¹⁶⁹ Siehe auch schon *Tomuschat*, RdC, Bd. 281, 1999, S. 9 (89): „The notion of an international community living under a common constitution has nothing to do, however, with a super-State which could claim supremacy over States, relegating them to pure ‚provinces‘ or autonomous entities.“ Weiter auf S. 90: „International society finds itself at a medium point between the traditional model of sovereign self-sufficient States and a world with hierarchical structure, topped by a single command centre.“ Ihm folgend *Fassbender*, „We the Peoples of the United Nations“, S. 275 mit Fn. 29. Siehe auch *Fassbender*, *Grund und Grenzen der konstitutionellen Idee im Völkerrecht*, S. 87.

¹⁷⁰ Vgl. *Fassbender*, „We the Peoples of the United Nations“, S. 281; *Fassbender*, *Grund und Grenzen der konstitutionellen Idee im Völkerrecht*, S. 79, 89. Ansatzweise auch *Uerpmann*, JZ 2001, S. 565 (S. 565).

¹⁷¹ Siehe hierzu aber *Franck*, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, S. 99 f., der auf Grund der Errichtung legislativer, exekutiver und judikativer Institutionen auf der Ebene der UN ein typisches Merkmal einer Verfassung erblickt, da diese das System aufrecht erhalten: „Perhaps the most important characteristic of a constitution is that it creates a machine that runs by itself.“ (vgl. a. a. O., S. 99).

¹⁷² Vgl. *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (574). Ähnlich auch schon *Tomuschat*, RdC, Nr. IV, Bd. 241, 1993, S. 195 (334).

allgemeinen, universellen Prinzipien erreichbar, so dass die Ziele und Grundsätze der UN-Charta den Kern einer Verfassungsordnung der Staaten darstellen,¹⁷⁴ die letztlich auch den Menschenrechten dienen.

Weitere Kennzeichen einer Verfassung sind üblicherweise der Vorrang (hierzu 1.) und die Dauerhaftigkeit (hierzu 2.) eines Rechtstextes. Eher selten, keineswegs aber völlig neu ist die Niederlegung verfassungsrechtlicher Normen in einem Verfassungsvertrag (hierzu 3.).

1. Vorrang des universellen Völkerrechts in der globalen Normenhierarchie

Um von einer Verfassung im materiellen und funktionellen Sinn sprechen zu können, genügt es, wenn Rechtsnormen existieren, die die Bedürfnisse der internationalen Gemeinschaft verfassungsrechtlich regeln und durch einen hierarchischen Vorrang gegenüber den einzelnen Verfassungen der Staaten absichern.¹⁷⁵ Der Vorrang des UN-Rechts ergibt sich neben dem speziellen, auf den Sicherheitsrat beschränkten Art. 25 UN-Charta in erster Linie aus der grundlegenden Bestimmung in Art. 103 UN-Charta.¹⁷⁶ Dieser Vorrang des Verfassungsrechts der UN bedeutet einen grundsätzlichen Vorrang nicht nur vor nationalem (Verfassungs-) Recht und dem Recht einer regionalen Organisation (wie der Europäischen Union),¹⁷⁷ sondern auch einen Vorrang vor gewöhnlichem (partikulärem) Völkerrecht, d. h. völkerrechtlichen Verträgen, Völkergewohnheitsrecht, allgemeinen Rechtsprinzipien des Völkerrechts und durch Richterrecht geschaffenes Völkerrecht.¹⁷⁸ Eine Ausnahme dieses Grundsatzes gilt für die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts sowie für Regeln, die Völkergewohnheitsrecht darstellen und mit Gründung der UN oder im Laufe der Entwicklung des Rechts der UN zum Bestandteil des positiven Verfassungsrechts der UN geworden sind.¹⁷⁹ Diese nehmen am Anwendungsvorrang des Verfassungsrechts der UN gemäß Art. 103 UN-Charta teil.¹⁸⁰ Das Verfassungsrecht der UN steht aber nicht allein an der Spitze der Normenpyramide der Weltrechtsordnung. Über dem Verfassungsrecht, dieses teilweise aber auch überlappend, steht das zwingende Völkerrecht (*ius cogens*).

Für das Sekundärrecht der UN, vor allem Resolutionen und Beschlüsse des Sicherheitsrates, bedeutet die (teilweise) Überordnung des zwingenden Völkerrechts über das Verfassungsrecht der UN letztlich, dass sekundäre Rechtsakte im Einklang mit *ius cogens* stehen müssen. Andernfalls nehmen sie ihrerseits nicht am Vorrang des UN-Rechts vor nationalem und regionalem Recht teil. Denn gemäß Art. 103 UN-Charta gehen nur „Verpflichtungen aus dieser Charta“ widerstehendem Recht vor, woraus gefolgert wer-

¹⁷³ Vgl. Dicke in: Wolfrum, Hdb. VN, Nr. 132 Rn. 11.

¹⁷⁴ Vgl. Dicke in: Wolfrum, Hdb. VN, Nr. 132 Rn. 11.

¹⁷⁵ Vgl. Fassbender, „We the Peoples of the United Nations“, S. 281 f.

¹⁷⁶ Vgl. Franck, Is the U.N. Charter a Constitution?, S. 98 f., der hierin eine wesentliche Eigenschaft der UN-Charta als Verfassung erblickt. Siehe auch Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (577) m. w. N. Auch Bernhardt in: Simma, The Charter of the UN, Bd. II, Art. 103 Rn. 18, 22 bezeichnet die UN-Charta zutreffend als *the constitution of the international community* und betont zu Recht die Notwendigkeit der Beachtung des Vorrangs.

¹⁷⁷ Vgl. Bernhardt in: Simma, The Charter of the UN, Bd. II, Art. 103 Rn. 5, 18.

¹⁷⁸ Hinsichtlich völkerrechtlicher Verträge und Völkergewohnheitsrecht auch Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (585).

¹⁷⁹ Ähnlich (allerdings wohl beschränkt auf Völkergewohnheitsrecht) auch Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (585 f.), der hierfür als Beispiel den Grundsatz *pacta sunt servanda* nennt.

¹⁸⁰ Vgl. Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (586).

den kann, dass es sich um rechtmäßige, genauer: verfassungsmäßige Pflichten handeln muss.¹⁸¹ Eine Verpflichtung, die dem Verfassungsrecht der UN widerspricht, weil sie zugleich zwingendem Völkerrecht widerspricht, kann nicht am Anwendungsvorrang des UN-Rechts teilhaben.¹⁸² Andererseits steht regionales Völkerrecht wie das Unionsverfassungsrecht unter dem Recht der UN.¹⁸³ Das primär in der UN-Charta niedergelegte Verfassungsrecht der UN erfüllt deshalb mit seinem Vorrang gegenüber staatlichem und regionalem Recht eine grundlegende Funktion einer Verfassung.

2. Eine auf Ewigkeit angelegte, anpassungsfähige Verfassung

Neben dem normativen Vorrang ist die unbegrenzte Geltungsdauer typisches Kennzeichen einer Verfassung. Da ein Zeitpunkt der Beendigung der Organisation der Vereinten Nationen in der UN-Charta nicht vorgesehen ist, liegt das Moment der Ewigkeit auch der UN-Charta zugrunde. Vorgesehen ist in ihr aber die Möglichkeit der Änderung und Ergänzung der UN-Charta (Art. 108 und Art. 109 UN-Charta), so dass diese Bestimmungen als Voraussetzungen für eine Verfassungsänderung betrachtet werden können.¹⁸⁴ Diese sind im Gegensatz zu den herkömmlichen Erfordernissen beim Abschluss und der Ergänzung völkerrechtlicher Verträge und im Gegensatz zu Art. 26 Abs. 1 der VB-Satzung nicht nur einstimmig möglich.¹⁸⁵ Für eine Änderung der UN-Charta genügt eine Mehrheitsentscheidung.¹⁸⁶

Ein weiterer bedeutender Unterschied und zugleich Bestätigung der UN als eine auf Ewigkeit angelegte Friedensgemeinschaft ist die nicht explizit geregelte Möglichkeit eines Austritts eines Mitglieds. Einen solchen wird man einem Staat zwar nicht verweigern können.¹⁸⁷ Den einmal eingegangenen, verfassungsrechtlichen Verpflichtungen der

¹⁸¹ Vgl. Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (590 f.).

¹⁸² Vgl. Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (591) m. w. N. in Fn. 212.

¹⁸³ Der IGH schließt aus Art. 103 UN-Charta zu Recht die Unterordnung regionaler Abkommen der Mitglieder und Abkommen einer Regionalorganisation (wie der EU) unter das Recht der UN (zumindest sofern sie die Jurisdiktion des Gerichtshofs beeinträchtigen können oder die Streitbeilegung betreffen), vgl. IGH, Urteil (*Jurisdiction and Admissibility*) vom 26. 11. 1984 – *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 1984, S. 392 (S. 440, para. 107): „Furthermore, it is also important always to bear in mind that all regional, bilateral, and even multilateral, arrangements that the Parties to this case may have made, touching on the issue of settlement of disputes or the jurisdiction of the International Court of Justice, must be made always subject to the provisions of Article 103 of the Charter [...]“ (Hervorhebung hinzugefügt). Zur Betrachtung der ehemaligen EG respektive der heutigen EU als offenes Subsystem des Völkerrechts siehe auch Marschik, Subsysteme im Völkerrecht, S. 258, 272.

¹⁸⁴ Siehe zum Ganzen auch Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (578).

¹⁸⁵ Die Norm lautete: „Amendments to this Covenant will take effect when ratified by the Members of the League whose Representatives compose the Council and by a majority of the Members of the League whose Representatives compose the Assembly.“ bzw. in einer deutschen Übersetzung: „Abänderungen der gegenwärtigen Satzung treten mit der Ratifikation durch die Gesamtheit der im Rate und die Mehrheit der in der Bundesversammlung vertretenen Bundesmitglieder in Kraft.“

¹⁸⁶ Siehe hierzu Art. 109 Abs. 2 UN-Charta, wonach eine Zwei-Drittel-Mehrheit – wie auch gemäß Art. 79 Abs. 2 GG – ausreichend ist. Siehe auch Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (578). Ähnlich auch Franck, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, S. 97 f., der allerdings mehr auf die erschwerte Abänderbarkeit der UN-Charta (Zustimmung aller ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates) als typisch verfassungsrechtliches Merkmal abstellt. Für beide Aspekte zusammen siehe auch Karl/Mützelburg/Witschel in: Simma, *The Charter of the UN*, Bd. II Art. 109 Rn. 15.

¹⁸⁷ Vgl. Karl/Mützelburg/Witschel in: Simma, *The Charter of the UN*, Bd. II Art. 108 Rn. 43 und Art. 109 Rn. 17.

internationalen Gemeinschaft kann er sich dadurch aber nicht mehr vollständig entziehen.¹⁸⁸ Dies ist letztlich nur logische Folge der rechtlichen Qualifizierung der UN-Charta als Verfassungsvertrag. Bei den verfassungsrechtlichen Pflichten, die ein Mitglied der UN einmal eingegangen ist, handelt es sich um objektive Rechte und Pflichten der internationalen Gemeinschaft, von denen ein Staat sich durch Kündigung der Mitgliedschaft in der Organisation nicht befreien kann.¹⁸⁹

Dieser Feststellung steht weder das Verbot völkerrechtlicher Verträge zu Lasten Dritter (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) gemäß Art. 34 WVRK noch der Grundsatz *res inter alios acta* entgegen. Wenn man die UN-Charta als universelle Verfassung der internationalen Gemeinschaft betrachtet,¹⁹⁰ ändern sich auch die anwendbaren Auslegungsregeln für die methodische Interpretation.¹⁹¹ Die in der WVRK niedergelegten Auslegungsregeln für völkerrechtliche Verträge werden damit zwar nicht obsolet, denn genau betrachtet ist die UN-Charta ein Verfassungsvertrag, also eine Verfassung, die durch einen Vertrag entstanden ist. Auf Grund dieser Mischform und der eingetretenen Statusänderung der rechtlichen Grundlagen der UN gewinnen verfassungsrechtliche Auslegungsprinzipien im Verhältnis zu vertraglichen Auslegungskriterien Bedeutung,¹⁹² so dass schon hierdurch fraglich erscheint, ob die Regel *pacta tertiis non nocet* für das Verfassungsrecht der internationalen Gemeinschaft uneingeschränkte Gültigkeit beanspruchen kann. Neben diesen Bedenken, die letztlich eher für eine Verpflichtung auch der Nicht-Mitglieder der UN sprechen, ist positiv-rechtlich Art. 2 Nr. 6 UN-Charta¹⁹³ sowie auch der Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten zu beachten.¹⁹⁴ Dieser ist nicht nur in Art. 2 Nr. 1 UN-Charta niedergeschrieben, sondern gilt auch als allgemeiner Grundsatz des

¹⁸⁸ Vgl. *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (613) Siehe auch *Franck*, Is the U.N. Charter a Constitution?, S. 96 f.

¹⁸⁹ Ähnlich auch *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (579), der hier einen wesentlichen Unterschied zum Völkerbund sieht, da Art. 26 Abs. 2 VB-Satzung den zwingenden Austritt eines Staates aus dem Völkerbund vorsah, wenn der betreffende Staat die Änderung nicht akzeptieren wollte. Art. 26 Abs. 2 VB-Satzung bestimmte: „No such amendments shall bind any Member of the League which signifies its dissent therefrom, but in that case it shall cease to be a Member of the League.“ Eine deutsche Übersetzung lautet: „Jedem Bundesmitglied steht es frei, solche Abänderungen abzulehnen; in diesem Falle scheidet es aus dem Bundes aus.“ Vgl. auch *Franck*, Is the U.N. Charter a Constitution?, S. 96.

¹⁹⁰ Vgl. schon *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, § 91 (S. 72). Siehe nun auch *Fassbender*, Grund und Grenzen der konstitutionellen Idee im Völkerrecht, S. 78 f.

¹⁹¹ Siehe hierzu *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (595 ff.); *Franck*, Is the U.N. Charter a Constitution?, S. 102 f. Anderer Ansicht noch *Watson*, HILJ, Nr. 1, Bd. 34, 1993, S. 1 (3 f., 33), der zwar den verfassungsrechtlichen Charakter der UN-Charta erkennt, aber dennoch lediglich die Auslegungsregeln für gewöhnliche völkerrechtliche Verträge (wie sie in der WVRK niedergelegt sind) heranziehen will.

¹⁹² Vgl. *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (595). Siehe instruktiv auch *Ress* in: *Simma*, The Charter of the UN, Bd. I Interpretation Rn. 1, der zu Recht darauf hinweist, dass die vertraglichen Elemente (Vertragschluss, -kündigung und -abänderung) nach dem anwendbaren Vertragsrecht (WVRK) interpretiert werden muss, normative Inhalte des Vertrags respektive der Verfassung (Organisationsrecht der UN sowie von den Organen geschaffenes, sekundäres UN-Recht) aber parallel zum dem nationalen Verfassungsrecht bzw. dem öffentlichen Recht der Vertragsstaaten ausgelegt werden muss, so dass je nach konkreter Norm verschiedene Auslegungsmethoden erforderlich sind.

¹⁹³ *Franck*, Is the U.N. Charter a Constitution?, S. 97 sieht in dieser Bestimmung, nach der Staaten ihren Verpflichtungen aus der Charta weder durch Ablehnung noch durch Austritt entgehen können und die auch zu Verpflichtungen für Nicht-Mitglieder führen kann, zu Recht eine Norm mit verfassungsrechtlichem Charakter. Anderer Ansicht *Vitzthum* in: *Simma*, The Charter of the UN, Bd. I Art. 2 (6) Rn. 23; *Herbst*, Rechtskontrolle, S. 372. Im Grundsatz wie hier *Delbrück* in: *Simma*, The Charter of the UN, Bd. I Art. 25 Rn. 19.

¹⁹⁴ Vgl. *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (581 ff.).

Völkerrechts. Wenn nun in einer auf Universalität angelegten Gemeinschaft wie der UN nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten statuiert werden und diese Nicht-Mitglieder *nicht* binden sollen, würde dies im Fall der Verpflichtungen eine Benachteiligung der Mitglieder darstellen.¹⁹⁵ Eine solche ist nicht nur mit dem Grundsatz souveräner Gleichheit nicht vereinbar, sondern steht auch konträr zu den grundlegenden Aufgaben und Zielen der UN, der Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit.¹⁹⁶ Man wird dabei zwischen verschiedenen Rechten und Pflichten der Nicht-Mitglieder, vor allem wenn sich die UN weiterentwickeln sollte, differenzieren können. So kann beispielsweise ein Nicht-Mitglied nicht verpflichtet werden, Beiträge zur Unterhaltung eines Weltgerichts zu zahlen, kann als Korrelat dann aber auch nicht erwarten, dieses in Anspruch nehmen zu können. Andererseits wären die auf Universalität angelegten Ziele der UN (Weltfrieden und internationale Sicherheit) und letztlich auch die Vereinten Nationen selbst konterkariert, wenn im Bereich des transnationalen Sicherheitsrechts die Verpflichtungen nicht auch für Nicht-Mitglieder gelten würden. Diese differenzierte Anwendung und Auslegung der UN-Charta wird nicht nur ihrem Charakter als Verfassungsvertrag gerecht, sondern steht auch im Einklang mit Art. 2 Nr. 6 und Nr. 7 UN-Charta, wonach einerseits die UN Sorge tragen soll, dass Nicht-Mitglieder den Grundsätzen der UN entsprechend handeln (Nr. 6), die Anwendung von Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII der UN-Charta hingegen unberührt bleiben soll (Nr. 7).

3. Charta, Vertrag – Verfassungsvertrag

Die UN-Charta kann so betrachtet schon heute als universelle Verfassung der internationalen Gemeinschaft betrachtet werden. Obwohl die UN-Charta ursprünglich formal als völkerrechtlicher Vertrag geschlossen wurde, ist es nicht ausgeschlossen, sie materiell und funktional betrachtet als Verfassung der internationalen Gemeinschaft zu erkennen.¹⁹⁷ Als solche steht sie dann auch über den staatlichen Verfassungen ihrer Mitglieder und auch über den Verfassungen von regionalen Organisationen wie der EU.¹⁹⁸ Die grundlegenden Normen einer politischen Gemeinschaft über die Natur und Reichweite dieser Autorität, über die Verteilung der Macht, Kompetenzen und Zuständigkeiten zwischen den verschiedenen Akteuren und Organen sowie die Frage der rechtlichen Kontrolle der jeweiligen Hoheitsgewalt, können in einer Verfassung niedergelegt werden, gleich ob im Rahmen einer staatlichen Rechtsordnung oder in einer inter- oder supranationalen Organisation.¹⁹⁹ Auch in formeller Hinsicht bestätigt die Wahl des Begriffs Charta (*Charter*) statt einfachem Vertrag (*Covenant*) die verfassungsrechtliche Qualität dieses rechtlichen Instruments.²⁰⁰

¹⁹⁵ Vgl. Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (583).

¹⁹⁶ Vgl. Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (584).

¹⁹⁷ Vgl. Fassbender, "We the Peoples of the United Nations", S. 281, 288 f. Ausführlicher Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (568 ff.). Siehe auch Franck, Is the U.N. Charter a Constitution?, S. 100 f.: "[...] the Charter may be, in form, a treaty among state-parties, but it is one which intentionally created a legal entity with rights and responsibilities separate from those of the members." Siehe auch Tietje, DVBl., Bd. 118, 2003, S. 1081 (S. 1087) („universell geltende Verfassungsurkunde der internationalen Gemeinschaft“); Cannizzaro, IOLR, Bd. 3, 2006, S. 189 (194, 209) („constitutive instrument of a new constitutional international legal order“, „constitutive instrument of a universal legal order“).

¹⁹⁸ Dies wird bei Frowein, Implementation of SC Resolutions in Germany, S. 255 verkannt, wenn (in typisch deutscher Lesart) der UN-Charta als völkerrechtlicher Vertrag gemäß Art. 59 Abs. 2 GG lediglich der Rang eines Bundesgesetzes zugesprochen wird.

¹⁹⁹ Vgl. Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (558).

Als Verfassungsvertrag (*consented constitution*) liegt die UN-Charta auf der Linie einiger historischer Bundesverträge (*treaty-constitutions*), die gezeigt haben, dass die durch die Begriffsjurisprudenz verursachte formale Gegenüberstellung von Vertrag und Verfassung in der Vergangenheit nicht verhindern konnte, dass die Verfassung eines Bundes durch einen Vertrag geschaffen wurde.²⁰¹ Von den praktischen Schwierigkeiten eines weltweiten Plebiszits abgesehen, ist die direkt-demokratische Etablierung einer globalen Verfassung auch aus der Perspektive der Verfassungstheorie nicht erforderlich.²⁰² Ebenso wenig bedarf es für die Legitimation einer internationalen Verfassung der zwingenden Einsetzung eines Verfassungskomitees, welches von der Weltbevölkerung für diesen Zweck direkt gewählt wurde.²⁰³ Will man dennoch für die Legitimation einer universalen Verfassung das gegenwärtige westliche Demokratieverständnis heranziehen, genügt es, wenn die demokratisch gewählten Vertreter der Staaten einen völkerrechtlichen Vertrag schließen, der inhaltlich und funktionell die Verfassungsfunktionen der internationalen Gemeinschaft beinhaltet und im Einklang mit den nationalen Verfassungen der Staaten ratifiziert wird. Diesen Anforderungen wird die als multilateraler, völkerrechtlicher Vertrag geschlossene UN-Charta gerecht,²⁰⁴ so dass sie nicht nur als Verfassung der internationalen (Staaten-) Gemeinschaft bezeichnet werden kann, sondern so behandelt werden sollte. Dies setzt methodisch voraus, dass man die UN-Charta heute primär als Verfassung und nicht mehr so sehr als Vertrag auslegt, so dass bei der Anwendung und Auslegung der UN-Charta der ursprüngliche Wille der Vertragspartner in den Hintergrund rücken und stattdessen die objektivierten Verfassungsprinzipien und verfassungsrechtlichen Gewährleistungen hervorgehoben und beachtet werden müssen.²⁰⁵ Diese finden sich teilweise geschrieben in der UN-Charta, wurden mittlerweile aber auch ergänzt durch ungeschriebene Verfassungsprinzipien in Form von Richterrecht

²⁰⁰ Vgl. Wolfrum in: Simma, The Charter of the UN, Bd. I Preamble Rn. 2; Osteneck, Die Umsetzung von UN-Wirtschaftssanktionen durch die EG, S. 318.

²⁰¹ Vgl. Fassbender, "We the Peoples of the United Nations", S. 289, unter Verweis auf die Verfassungen der Königreiche Württemberg und Sachsen von 1819 und 1831, die *Articles of Confederation and Perpetual Union* zwischen den 13 ursprünglichen Staaten der USA aus dem Jahre 1777, der Verfassung der Vereinigten Staaten von 1787, die Akte des Deutschen Bundes aus den Jahren 1815 (Bundesakte) und 1820 (Wiener Schlussakte) und die Verfassungen des Norddeutschen Bundes sowie des Deutschen Reiches aus den Jahren 1867 und 1871. Für die entsprechenden Nachweise der historischen Materialien siehe a. a. O., Fn. 101–104. Siehe auch Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (559 f.). Aus der jüngeren Vergangenheit kann aber auch der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) zumindest funktional als Verfassungsvertrag betrachtet werden. Dieser völkerrechtliche Vertrag (Staatsvertrag) führte zu der Erstreckung des Grundgesetzes (d. h. einer Verfassung) auf die neuen, beigetretenen Bundesländer (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen sowie auf den Teil des Landes Berlin, in dem das GG bisher nicht galt), vgl. Art. 3 EinigVtr. Der Einigungsvertrag wurde hierdurch zwar nicht selbst zum Verfassungsvertrag des vereinigten Deutschlands. Es wird auch an diesem Prozess der Vereinigung zweier Staaten respektive mehrerer Bundesländer, erkennbar, dass ein (völkerrechtlicher) Vertrag die Grundlage für eine (föderale) Verfassung sein kann. Siehe zur deutschen Vereinigung in Form eines Vertrags auch Möllers, 'We are (afraid of) the people': Constituent Power in German Constitutionalism, S. 100.

²⁰² So auch Fassbender, "We the Peoples of the United Nations", S. 288.

²⁰³ Vgl. Fassbender, "We the Peoples of the United Nations", S. 288.

²⁰⁴ Für das Erfordernis der Ratifizierung der UN-Charta nach Maßgabe ihres Verfassungsrechts siehe Art. 110 Abs. 1 UN-Charta. Siehe für diesen Hinweis und zum Vorgenannten Fassbender, "We the Peoples of the United Nations", S. 289 mit Fn. 98.

²⁰⁵ Vgl. Fassbender, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (595). Siehe hierzu, sowie mit Blick auf die WHO und die dazu ergangene Rechtsprechung des IGH, auch Shaw, International Law, S. 1193 f.

des IGH und in Form von vertraglichen Grund- und Menschenrechten (IPbpR, IPwskR). Die Entwicklung der Charta der Grundrechte der Union (GRC) in Europa hat gezeigt, dass es möglich ist, Grund- und Menschenrechte auch in einem separaten Dokument zu verankern und in den Gründungsverträgen hierauf zu verweisen. Dass eine entsprechende Bezugnahme Klausel für das UN-Recht (noch) fehlt, mag man bedauern, ist aber in Anbetracht der weniger stark integrierten Weltgemeinschaft verständlich.²⁰⁶ Das Fehlen einer solchen Verbindlichkeitserklärung auf Seiten der Organisation selbst sowie eines gerichtlichen Forums zur Durchsetzung dieser Garantien ändert nichts an Qualifizierung dieser Grund- und Menschenrechte als verfassungsrechtliche Prinzipien der internationalen Gemeinschaft.²⁰⁷

Staaten befinden sich von ihrer Entstehung an in einem rechtlichen Rahmen²⁰⁸ und akzeptieren durch die Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen die geschriebene Verfassung der internationalen Gemeinschaft. Aber nicht nur die positiv-rechtliche UN-Charta, sondern gerade auch die fundamentalen Regeln des Völkerrechts, welche mit oder gegen den Willen der Staaten diese rechtlich verpflichten, kann zusammen mit der UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft bezeichnet werden.²⁰⁹

Da die Funktion einer Verfassung primär in der rechtlichen Bindung und Kontrolle der Ausübung von Macht und hoheitlicher Gewalt liegt,²¹⁰ bedarf es auch einer minimalen Bindung der UN und ihrer Organe, insbesondere des Sicherheitsrates, an das Recht

²⁰⁶ Die relative Kürze der UN-Charta sollte vielmehr auch als typisches Merkmal einer Verfassung gedeutet werden. In diesem Sinne auch *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (573).

²⁰⁷ *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (588) spricht insbesondere im Hinblick auf die beiden internationalen Menschenrechtsverträge (IPbpR, IPwskR), in seine Worten „world order treaties“ und die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, aber grundsätzlich auch hinsichtlich weiterer Bestimmungen des Völkerrechts, einschließlich Völkergewohnheitsrecht, von „constitutional by-laws“.

²⁰⁸ Dieser besteht insbesondere aus grundlegenden Prinzipien der internationalen Gemeinschaft sowie Regeln, welche nicht von der Zustimmung der Staaten abhängen und zwingendem Völkerrecht (*ius cogens*). Siehe hierzu *Fassbender*, „We the Peoples of the United Nations“, S. 277. Für die erstgenannten grundlegenden Prinzipien der internationalen Gemeinschaft siehe die *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, Annex zur Resolution 2625 (XXV) der Generalversammlung der UN vom 24. 10. 1970, abgedruckt im Jahrbuch der UN (*Yearbook of the United Nations*), Bd. 24 (1970), S. 789–792. Es handelt sich dabei um folgende Prinzipien: (1) The principle that States shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations, (2) The principle that States shall settle their International disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security and justice are not endangered, (3) The duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter, (4) The duty of States to co-operate with one another in accordance with the Charter, (5) The principle of equal rights and self-determination of peoples, (6) The principle of sovereign equality of States, (7) The principle that States shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the Charter.

²⁰⁹ Siehe hierzu grundlegend *Tomuschat*, RdC, Nr. IV, Bd. 241, 1993, S. 195 (211): „[...] States live, as from their birth, within a legal framework of a limited number of basic rules which determines their *basic rights and obligations with or without their will*, leaving them, however, sufficient room for self-responsible action within the openings of that legal edifice. One may call this framework [...] the constitution of international society or, preferably, *the constitution of the international community*, community being a term suitable to indicate a closer union than between members of a society.“ (Hervorhebungen hinzugefügt). Siehe auch *Fassbender*, „We the Peoples of the United Nations“, S. 277.

²¹⁰ Vgl. auch *Fassbender*, CJTL, Bd. 36, 1998, S. 529 (595): „As it is a general principle of any constitutional system of governance that the exercise of power shall be guided and confined by law, [...]“

und an die verfassungsrechtlichen Prinzipien der internationalen Gemeinschaft. Durch eine Ausübung hoheitlicher Gewalt ohne Rechtsbindung verliert die UN insgesamt an Legitimität und läuft Gefahr, an Glaubwürdigkeit zu verlieren und letztlich mangels Akzeptanz in den Staaten und Organisationen der internationalen Gemeinschaft die Rückkehr zum „Recht des Stärkeren“ zu unterstützen. Auch wenn die UN-Charta die Verfassung der internationalen Gemeinschaft darstellt, bleibt das Problem der unzureichenden Selbstbindung an internationale Menschenrechte zunächst bestehen und wird nur in einem langsamen Prozess der Integration gelöst werden können. Als Mittel hierfür eignet sich eine funktional-föderalistische Sichtweise, die im Ausgangspunkt sowohl die Rückkehr zu Realpolitik²¹¹ als auch zu einer idealisierenden Menschenrechtsromantik vermeidet und stattdessen ein Lösungsmodell unter Einbeziehung verschiedener Rechtsebenen anbietet.

III. Gedanken über eine Weltgemeinschaft

Die internationale Gemeinschaft kann als die Summe aller Rechtspersonen, die Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sein können, verstanden werden.²¹² Mit einem solchen Verständnis besteht die internationale Gemeinschaft vor allem aus Staaten, aber auch aus regionalen, inter- und supranationalen Organisationen sowie auch aus Individuen – jeweils soweit das Völkerrecht ihnen (partiell) Rechte verleiht und ihnen Pflichten auferlegt, denn die internationale Gemeinschaft, wie sie hier verstanden wird, ist eine internationale *Rechtsgemeinschaft*. Es wird insoweit weder eine strikte Begrenzung der internationalen Gemeinschaft auf eine *Staatengemeinschaft* vorgenommen, noch eine ausufernde und konturenlose Weltgemeinschaft, in der sich alle Subjekte unabhängig von rechtlichen Bedingungen nach freiem Belieben zugehörig fühlen und erklären dürfen, zugrunde gelegt oder angestrebt. Ob und wie eine solche Weltgemeinschaft rechtlich strukturiert und föderal geordnet sein kann, soll zunächst anhand des gescheiterten Völkerbundes analysiert (hierzu 1.) und sodann rechtstheoretisch und rechtspolitisch mit allgemeinen Überlegungen beantwortet werden (hierzu 2.). Anschließend wird in Abschnitt D. die Alternative eines funktionalen Föderalismus als mittlerer Weg aufgezeigt.

²¹¹ Zu Recht kritisch zum Vorrang der Realpolitik vor dem Recht *Lowe*, *International Law*, S. 18.

²¹² Siehe hierzu auch *Nettesheim*, JZ 2002, S. 569 (S. 569 f.) m. w. N.

1. Vergangenes – Lehren aus dem Scheitern des Völkerbundes

Der Völkerbund war nach Art. 1 Abs. 2 seiner Satzung (*Covenant/Pacte*)²¹³ eine universell angelegte, internationale Organisation, die einem Staatenbund ähnelte und aufgrund schwach föderaler Elemente als skelettartige Form einer Föderation bezeichnet werden kann.²¹⁴ Er konnte nach dem Austritt Deutschlands den Zweiten Weltkrieg nicht verhindern und hat sich etwa ein Jahr nach Kriegsende und Gründung der Vereinten Nationen selbst aufgelöst. Die Gründe für das Scheitern des Völkerbundes sind insgesamt zahlreich und vielfältig, teilweise historischer sowie politischer, aber auch rechtlicher Natur und müssen stets vor dem besonderen historischen Hintergrund betrachtet werden.²¹⁵ Für die vorliegende Untersuchung ist von Bedeutung, dass der Völkerbund in Wirklichkeit niemals ein universelles Forum war,²¹⁶ insbesondere durch das Fernbleiben der USA nie alle Großmächte gleichzeitig vereinen konnte. Das Element der Universalität ist Kristallisationspunkt einer jeden weltweiten Staatenverbindung – gleich ob Völkerbund oder Vereinte Nationen. Durch den globalen Universalitäts-Anspruch und das Fehlen einer regionalen Begrenzung gab es erstmals keine Außensphäre mehr, so dass durch die Staaten auch keine gemeinsamen Bedrohung mehr wahrgenommen werden konnte und demzufolge das Interesse der Staaten am Zusammenhalt innerhalb des Bundes nachließ und schließlich zum Scheitern des Völkerbundes führte.²¹⁷ Dementsprechend wird das Scheitern des Völkerbundes zu Recht auch nicht mit einem Mangel an starken föderalen Elementen begründet, sondern gerade weil der Völkerbund ein weltweiter Bund (*confederation at the world level*) war.²¹⁸ Das Erfordernis einer regionalen Begrenztheit eines (Völker-) Bundes wirkt so als wesentliches Element einer föderalen Ordnung auf der Weltebene.

Die Erfolgsgeschichte der EU lässt sich nicht zuletzt mit dieser These erklären.²¹⁹ Während das Modell des regional (europaweit) begrenzten Bundes respektive einer Föderation von einer Gruppe von Staaten bislang erfolgreich praktiziert wird, stellen die beiden anderen Modelle, der gescheiterte Völkerbund sowie die Vereinten Nationen, lediglich Pläne zur Verwirklichung eines Welt-Bundes oder einer weltweiten Föderation

²¹³ Die englische und französische Fassung der Satzung des Völkerbundes ist abgedruckt in *League of Nations*, Official Journal, Number 1 (February 1920), S. 3–12. Als deutsche Übersetzung ist sie ebenso abgedruckt in *Knipping*, Das System der VN und seine Vorläufer. Band II, S. 401–425. Maßgebend ist allein der englische und französische Wortlaut (vgl. Art. 440 Abs. 2 Friedensvertrag von Versailles vom 28. 6. 1919), wobei allerdings der englische Wortlaut als maßgebender angesehen wird, da der französische Wortlaut im Wesentlichen nur eine Übersetzung des englischen Textes darstelle, vgl. *Schücking/Wehberg*, Die Satzung des Völkerbundes. Erster Band, S. 28. Die amtliche deutsche Übersetzung findet sich im RGBl. Nr. 140 vom 12. 8. 1919, S. 687. Dort ist die Völkerbundsatzung zusammen mit den englischen und französischen Versionen als Teil I des Friedensvertrags von Versailles auf den S. 716–747 abgedruckt. Eine weitere deutsche Übersetzung inklusive der jeweiligen Gegenüberstellung des englischen und französischen Wortlauts sowie eine Kommentierung findet sich bei *Schücking/Wehberg*, Die Satzung des Völkerbundes. Erster Band, S. 231 ff. Allerdings weicht diese Übersetzung und in der Folge auch die Kommentierung stellenweise von der amtlichen Übersetzung ab, vgl. *Schücking/Wehberg*, Die Satzung des Völkerbundes. Erster Band, S. 28.

²¹⁴ Vgl. *Forsyth*, Unions of States, S. 193: „[...] a skeletal form of confederation [...]“

²¹⁵ Vgl. zum Ganzen *Weber* in: *Wolfrum*, Hdb. VN, Nr. 140 Rn. 15.

²¹⁶ Vgl. nur *Forsyth*, Unions of States, S. 194: „[...] here were the intrinsic peculiarities of the League which sprang from its aspiration to universality, or to all-inclusiveness.“

²¹⁷ Vgl. *Forsyth*, Unions of States, S. 198 f.

²¹⁸ Vgl. *Forsyth*, Unions of States, S. 200.

²¹⁹ Mit Blick auf das föderale Bürgerrecht Europas *Schönberger*, Unionsbürger, S. 156, 159.

dar.²²⁰ Wer eine universelle, weltweite Gültigkeit beanspruchende föderale Rechtsordnung zur Garantie subjektiver Rechte und zur gerichtlichen Streitbeilegung schaffen will, kommt an dieser Erkenntnis nicht vorbei und muss sie in Überlegungen zu einer Weltrechtsordnung einbeziehen.

Die verallgemeinerungsfähige These, die man aus dem Scheitern des Völkerbundes ziehen kann – so unbefriedigend sie auch auf den ersten Blick wirken muss – ist deshalb die Ungeeignetheit eines weltweiten Bundes oder einer Föderation zur Verbindung souveräner Staaten, welche primär ihre Eigeninteressen verfolgen und Staatenverbindungen als Verbände zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks begreifen. Deshalb war die alternative Idee einer Verfassung des Völkerbundes von *Erzberger* ein ehrenwertes, aber konzeptionell ebenso zum Scheitern verurteiltes Ziel.²²¹ Diese in der Theorie begrüßenswerte Idee hätte in der Praxis den Zusammenhalt in einem föderal strukturierten Völkerbund keine Aussicht auf nachhaltigen Erfolg gehabt. Wesentliches Argument ist die Fixierung der Staaten auf wirtschaftliche und finanzielle Interessen. Sowohl die „Pflege des Rechts“ als auch die „Wohlfahrt der Völker“ kostet Geld. Kein Staat ist so selbstlos, dass er bereit ist, für diese Ziele einen Bund einzugehen und sich hierdurch finanzielle Verpflichtungen aufzuerlegen.

Aber nicht nur der weitgehende Entwurf von *Erzberger*, sondern auch die tatsächlich angenommene Völkerbundsatzung war, insbesondere in Art. 10 und Art. 11, zu allgemein und zu föderal formuliert und hat durch einen Mangel an konkreten Rechten und Pflichten sowohl des Bundes (beschränkte Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten)²²² als auch der Mitglieder (weites Ermessen) zum Scheitern des Völkerbundes beigetragen.²²³ Insoweit ist auch die politische Allzuständigkeit sowie die mangelnde Aufgaben- und Gewaltenteilung und nicht konkretisierte Kompetenzverteilung im Völkerbund zu nennen.²²⁴ Durch die bislang erfolgreiche UN lässt sich diese These bestätigen. Während der Sicherheitsrat der UN für die Wahrung des konkreten Ziels der internationalen Sicherheit zuständig ist und hierfür legislative und exekutive Kompetenzen besitzt, kann sich die Generalversammlung mit allen weiteren Fragen (z. B. Menschenrechte) befassen, besitzt hierfür aber keine Kompetenz zum Erlass verbindlicher Rechtsakte (vgl. AEMR). Mit dem IGH existiert für den Bereich der Judikative ein Rechtsprechungsorgan, das zumindest in rudimentärer Weise fakultative Zuständigkeiten und Jurisdiktionsbefugnisse besitzt.

Für die Lehre aus dem Scheitern des Völkerbundes kann deshalb festgehalten werden, dass die föderalen Strukturen loser sein müssen, wenn es um die Konzeption einer Weltrechtsordnung geht. Der Fokus sollte deshalb primär auf die staatlichen und re-

²²⁰ Vgl. *Forsyth*, *Unions of States*, S. 203.

²²¹ Sein Entwurf der Verfassung des Völkerbundes sah in Art. 1 vor: „Der Völkerbund ist ein ewiger Bund zur friedlichen Erledigung aller zwischen den Staaten entstehenden Streitfragen und zur gemeinsamen Pflege des Rechts und der Wohlfahrt der Völker.“ Der Entwurf ist abgedruckt als 15. Kapitel in *Erzberger*, *Der Völkerbund*, S. 148 ff.

²²² Kritisch hierzu mit Blick insbesondere auf Art. 16 Völkerbundsatzung auch schon *Schücking/Wehberg*, *Die Satzung des Völkerbundes*. Erster Band, S. 193 ff.

²²³ Siehe zum Ganzen auch *Forsyth*, *Unions of States*, S. 198 f.: „In the case of the League the common interest was created by no such present, real and tangible threat to the sovereignty of each. It resulted from a revulsion against war in general and an aspiration to peace in general, bequeathed by a long and savage struggle. Unfortunately, such general revulsions and aspirations are [...] no match for concrete and specific interests. A state will not in the end uphold the general and non-specific interest at the expense of what is directly relevant to its own survival and welfare.“

²²⁴ Siehe hierzu auch schon *Claude*, *Swords into Plowshares*, S. 68 f.

gionalen Rechtsordnungen gelegt werden. Den Schwerpunkt bildet dann einerseits die nationale und regionale Implementierung der Menschenrechte, andererseits die Etablierung effektiven Rechtsschutzes, der primär auf staatlicher und regionaler Ebene gewährt werden muss. Die internationale Ebene kann so betrachtet weder Ersatz für die staatliche/regionale Ebene noch alleiniges Forum und Ziel sein.

Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass elitäre Konstruktionen im Wege eines *top-down*-Prozesses, wie sie allgemein in den Überlegungen über eine Weltrechtsordnung und besonders bei einem globalen Bund hervortreten, nicht Ausfluss eines revolutionären Aktes sind, der durch einen *bottom-up*-Prozess von Anfang an auf einer breiteren Legitimation beruhen würde, sondern rechtlich einer besonderen legitimatorischen Begründung und faktisch einer Absicherung der Akzeptanz bedürfen. Ohne ausreichende Legitimitäts- und Akzeptanz-Basis sind staatliche, überstaatliche und globale Konstruktionen von Anfang an gefährdet und befinden sich in einer prekären Lage. Im schlimmsten Fall kann es nicht nur zu struktureller Gewalt, sondern auch zu Sezessionsbestrebungen und offenen Bürgerkriegen kommen, wenn die durch die politischen Eliten geschaffene (föderale) Rechtsordnung nicht akzeptiert und anerkannt wird.²²⁵ Deshalb ist es angezeigt, sich auf die föderalistische Grundidee zu besinnen – die Wahrung lokaler Kulturen und die Verhinderung eines nicht mehr steuer- und kontrollierbaren Zentralsystems.²²⁶ In den Worten von *Christopher Hughes*:

„The moral justification of federalism is the preservation of diversity of culture, that is to say of ways of life, of religion [...], social institutions [...], educational policy, language, and codes of law. But you cannot preserve these things intact if you do not keep some source of power local, for these cultural matters in the long follow power.“²²⁷

Dies gilt nicht nur für Kulturen im engeren Sinn, sondern für alle lokal relevanten Bereiche einer Rechtsordnung. Eine solche lokale Relevanz weisen nicht nur die Gerichte auf, sondern zuvor schon die (dezentrale) Verwaltung im weitesten Sinn, so dass auch die Polizei- und Sicherheitsorgane des Staates in erster Linie lokal und regional begrenzt agieren sollten und nur zwingend notwendige Bereiche der internationalen Sicherheit einer „Weltpolizei“ zur Regelung überlassen werden sollten:

„It is necessary to give a certain ‚savour of sovereignty‘ to the states so that they may retain their cultures, their ways of life, longer, and this is perfectly consistent with a good administration of the police. The police power is the material surrounding necessary for this life of local culture—it is the water in which the fish, cultural life, swims.“²²⁸

2. Zukünftiges – Internationaler Föderalismus?

Wenn einerseits der Völkerbund zu wenig Zusammenhalt gewährleisten konnte und zu unbestimmte Ziele formulierte, andererseits ein Weltstaat ebenso wenig eine sinnvolle und praktikable Lösung darstellen kann,²²⁹ ist zu fragen, wo der mittlere Weg liegt. Das

²²⁵ Siehe zu dieser Warnung, allerdings beschränkt auf die EU, auch schon *Oeter*, Vertrag oder Verfassung, S. 256 f.

²²⁶ Vgl. zusammenfassend *Hughes*, *Confederacies*, S. 4: „[...] the purpose of federalism is the maintenance of local cultures.“

²²⁷ *Hughes*, *Confederacies*, S. 4 (Hervorhebung im Original).

²²⁸ *Hughes*, *Confederacies*, S. 4.

eine Extrem, ein imperiales Gebilde, das im Wege eines verfassungspolitischen Rechtskonstruktivismus²³⁰ versucht, einen einheitlichen Weltstaat zu schaffen, ist jedenfalls ebenso abzulehnen wie die Rückkehr zu einer Politik der Macht (*balance of powers*) und die Beschränkung auf ein reines Kooperationsvölkerrecht. Die Lösung könnte indessen in der Anerkennung unterschiedlich stark ausgeprägter föderalen Ordnungen gefunden werden.

Die Rückkehr zu Machtpolitik ignoriert die Möglichkeiten des Rechts, verlagert das Problem auf eine politische Ebene und kann letztlich auch keine vergleichbare Friedensgarantie und Gewährleistung internationaler Sicherheit bieten wie ein System, das auf der *rule of law* basiert. Dies wurde von *Carl Schmitt* übersehen, als er, zunächst mit Blick auf den Völkerbund,²³¹ dann aber auch in seiner Verfassungslehre,²³² eine Verrechtlichung und Vergerichtlichung der internationalen Beziehungen ablehnte.²³³ Die oben erwähnten Schwierigkeiten bei der Etablierung einer *international rule of law* sollten zeigen, dass in den internationalen Beziehungen sowohl das Recht als auch die Politik ihre Berechtigung finden und eine strenge Rechtsbindung und eine gerichtliche Rechtskontrolle nicht immer die besten Mittel zur Lösung internationaler Konflikte darstellt. Schon der Grundsatz *pacta sunt servanda* stellt aber als universelles Rechtsprinzip einen geeigneten, übergeordneten Rahmen dar und nimmt den politischen Einheiten für ihre freiwillig übernommenen Verpflichtungen die Berechtigung zum Rückgriff auf machtpolitische Instrumentarien. Mit der UN-Charta ist mittlerweile ein positiv-rechtlicher Rahmen geschaffen worden, der als Verfassung der internationalen Gemeinschaft die Ausübung von Macht rechtlich beschränken kann und dadurch die *international rule of law* bestärkt.

Das andere Extrem, eine umfassende Weltföderation, die sich einem Welt(bundes)staat annähert, erscheint utopisch,²³⁴ und könnte, wenn überhaupt, allenfalls durch einen sehr langsamen Prozess erreicht werden.²³⁵ Denn der Prozess der Föderalisierung kennt inhärente Beschränkungen, die letztlich die Schaffung einer Weltföderation verhindern.²³⁶ Ein internationales System wie das der UN basiert mehr auf der Stärke und Effektivität seiner Mitglieder,²³⁷ so dass für die Stabilität und Effektivität der Weltorganisation den Staaten eine fundamentale Rolle zukommt. Will man dennoch eine Weltföderation anstreben, müssten die föderalen Strukturen jedenfalls von unten nach oben betrachtet, d. h. von

²²⁹ Vgl. *Kelsen*, *Peace through law*, S. viii: „The League of Nations was certainly too little; the dream of a World State is certainly too much.“ Siehe auch schon *Erzberger*, *Der Völkerbund*, S. 130: „Der Völkerbund kann nicht ein Völkergemisch werden; er beruht vielmehr wie jede erfolgreiche internationale Organisation auf einer kräftigen nationalen Grundlage; daher sind alle Weltverfassungen und ähnliche Bestrebungen als aussichtslose Phantasten abzulehnen.“

²³⁰ Zur konstruktivistischen Versuchung siehe auch *Oeter*, *Vertrag oder Verfassung*, S. 260 m. w. N. der auf *Friedrich August von Hayek* zurückgehenden „constructivist fallacy“ in Fn. 56.

²³¹ Vgl. *Schmitt*, *Die Kernfrage des Völkerbundes*, S. 75.

²³² Vgl. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 363 f.

²³³ Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (60).

²³⁴ Vgl. *Schönberger*, *Unionsbürger*, S. 157 f., 165.

²³⁵ Vgl. *Claude*, *Swords into Plowshares*, S. 417.

²³⁶ Siehe auch *Friedrich*, *International Federalism*, S. 127: „It is essentially the fact that unity is combined with diversity in such a fashion that there coexist spheres of autonomy for the inclusive and the exclusive community, that there coexist spheres of loyalty for both, and that a distinctive characteristics, whether it be living in a particular territory, belonging to a particular church, or practicing a particular trade can be made the basis of assigning persons to the exclusive as well as the inclusive communities.“

²³⁷ Vgl. *Claude*, *Swords into Plowshares*, S. 406.

der lokalen zur regionalen und zur staatlichen sowie zu einer weiteren (über-) regionalen Ebene bis schließlich zur Weltebene, immer loser werden, da andernfalls die Gefahr eines unitarischen Welt(bundes)staates besteht, der durch Zentralisierung föderale Elemente zerstört. Die Idee eine umfassenden Weltföderation hat zwar den scheinbaren Vorteil, dass nicht mehr zu einem „äußeren“ Konflikt zwischen den Staaten kommen kann, es bestünde aber die Gefahr, dass es mangels einheitlicher und homogener Strukturen zu einem „inneren“ Konflikt, etwa in Form eines Bürgerkriegs, kommt.²³⁸ Will man diesem Dilemma entgehen und dabei die Lösung nicht in einer Homogenisierung der Völker und Nationen der Welt suchen, sondern ein pluralistisches System errichten, das die vorhandenen Unterschiede nicht nur politischer, sondern auch wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Art akzeptiert und respektiert, ist es hilfreich, Föderalismus als einen Prozess zu betrachten, der unterschiedliche Arten von Bindungen zwischen den Staaten und Menschen zulässt.²³⁹ Hierfür ist erforderlich, die Föderalisierung der Welt als Prozess zu betrachten.²⁴⁰

Für das europäische Unionsrecht wurde von den Mitgliedstaaten eine Formulierung gewählt, die erkennen lässt, dass die europäische Integration keinen Status, sondern einen Prozess darstellt.²⁴¹ Auch in der unterschiedlich stark ausgeprägten Übertragung von Kompetenzen der Mitgliedstaaten auf die Union wird dieser prozesshafte Charakter erkennbar. Während zu Beginn der europäischen Integration primär wirtschaftliche Kompetenzen übertragen wurden, haben es die Mitgliedstaaten nicht nur für notwendig erachtet, die heutige Union auf dem Gebiet der Handelsbeziehungen, insbesondere im Verhältnis zu Drittstaaten und Organisationen für ausschließlich zuständig und kompetent zu erklären,²⁴² sondern haben mit Fortschreiten des europäischen Integrationsprozesses auch weitere Kompetenzen, beispielsweise für Regelungen der Polizei- und Sicherheitsdienste, zur ausschließlichen oder geteilten Wahrnehmung übertragen.

²³⁸ Vgl. auch schon *Friedrich*, *International Federalism*, S. 154 f.: „But to erect such a structure [a close-knit federal union], when the actual conditions necessary for its endurance do not exist, means inviting disaster, as the recurrence of civil wars in federal systems lacking sufficient homogeneity clearly show. *Façades without substance are risky, because there is the danger that they may be mistaken for the real thing.*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

²³⁹ Vgl. auch schon *Friedrich*, *International Federalism*, S. 155: „A looser federal scheme may be more conducive toward pacification of the world than a hastily constructed closer union. If federalism is understood as a process providing many patterns and designs for structuring a composite community, this sort of organization may present brighter prospects for long-run success than is at present assumed.“

²⁴⁰ Vgl. *Friedrich*, *International Federalism*, S. 155; *Friedrich*, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 184.

²⁴¹ Vgl. nur die Präambel des EUV (in der Fassung von Lissabon): „Entschlossen, den Prozess der Schaffung einer *immer engeren Union* der Völker Europas, [...] weiterzuführen.“ sowie Art. 1 Abs. 2 EUV: „Dieser Vertrag stellt eine *neue Stufe* bei der Verwirklichung einer *immer engeren Union* [...] dar.“ Siehe auch die Präambel des AEUV: „In dem festen Willen, die Grundlagen für einen *immer engeren Zusammenschluss* der europäischen Völker zu schaffen, [...]“ Noch etwas schöner formuliert in der englischen Sprachfassung der Präambel des EUV: „Resolved to continue the process of creating *an ever closer union* among the peoples of Europe, [...]“ sowie in Art. 1 Abs. 2 EUV: „This Treaty marks a new stage in the process of creating *an ever closer union* among the peoples of Europe, [...]“ (Hervorhebungen hinzugefügt). Siehe hierzu auch schon *Hay*, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 41. Zur ablehnenden Betrachtung der EU als *United States of Europe* und zur Hervorhebung der Entwicklung der EU als weiterhin bestehender Prozess (*process of evolution*) sowie beständiger *work in progress* siehe *Fischer*, *ELJ*, Bd. 12, 2006, S. 226 (273).

²⁴² Vgl. *Hay*, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 71 f., welcher zudem der Union aufgrund der Übertragung zugleich die Kompetenz-Kompetenz für diese Materie zuspricht.

Nicht der polarisierende Dualismus zwischen staatsrechtlichem (Welt-) Bundesstaat und völkerrechtlichem Staatenbund, sondern der Mittelweg, der in der Föderation besteht und gerade die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten aufrechterhält, ist deshalb vorzuzugswürdig.²⁴³ Obwohl der Mittelweg häufig die angemessenere Lösung darstellt, bietet die Gegenüberstellung von Bundesstaat und Staatenbund den angeblichen Vorteil von Vereinfachung, Klarheit und Kategorisierbarkeit durch Gegensätzlichkeit. Die verbreitete Ablehnung des dritten Weges kann auch darin gesehen werden, dass die Föderation bislang kaum als eigenständige Kategorie in Betracht gezogen wurde.²⁴⁴

Der Kern einer Theorie der Föderation, die für eine solche Modellbildung erforderlich ist, besteht in der Betrachtung der Föderation als eine Union von Gruppen (Staaten, Organisationen und Menschen), die von einem oder mehreren gemeinsamen Zielen, welche ihre Wurzel in gemeinsamen Werten, Interessen oder Überzeugungen finden, vereint werden, gleichzeitig aber ihre eigene Gruppencharakter für andere Zwecke bewahren.²⁴⁵ Eine solche Föderation vereinigt, ohne zu zerstören und bestärkt die sich vereinigenden Gruppen, die gleichzeitig wesentlichen Einfluss auf das föderale System haben.²⁴⁶

Ein System föderal organisierter Einheiten kann so auch global betrachtet den unterschiedlichen Staaten und Organisationen Kompetenzen zusprechen, diese mit Rechten ausstatten und auch die Verpflichtung zur Wahrung der Grund- und Menschenrechte einschließlich eines effektiven Rechtsschutzes angemessen – vertikal und horizontal – verteilen. Die Pflicht zur föderalen Zusammenarbeit und gegenseitigen Loyalität (*federal comity*) kann, etwa im Falle des Versagens von Rechtsschutz einer Einheit, andere Einheiten zu Ersatzrechtsschutz verpflichten sowie die nachziehende Einheit zum Ausbau ihres Rechtsschutzsystems.

D. Funktionaler Föderalismus als mittlerer Weg zwischen Realismus und Idealismus

Wenn man weder in der Bundesstaat–Staatenbund-Dichotomie verhaftet bleibt noch versucht, dieses statische Modell auf die internationale Ebene zu übertragen, sondern Föderalismus als Prozess betrachtet, der auf regionaler und internationaler Ebene un-

²⁴³ Vgl. *Hughes, Confederacies*, S. 18: „[...] to warn you against the too stark alternatives, of a mere treaty union, or a full confederation. There is a middle way, confederacy, which preserves local statehood.“ Siehe auch schon *Huber, ZVR*, Bd. 12, 1923, S. 1 (S. 6 f.): „Wenn ein Bund souveräner Mächte wirksam und dauerhaft sein soll, so muss er [...] auf dem freiwilligen Zusammengehen seiner Glieder beruhen: nicht die nominelle Übermacht des Ganzen bzw. überwiegender Teile, sondern die Freiheit der Glieder bildet die Grundlage dauernden Zusammenhangs.“

²⁴⁴ Vgl. *Hughes, Confederacies*, S. 18 f.: „This middle way has fallen into unjustified discredit, partly because of a false interpretation of law, and partly [...] because of a reluctance to accord to the concept of confederacy its true philosophical status as a ‚thing‘, a situation with a law of its own, rather than a mere classification.“

²⁴⁵ Vgl. *Friedrich, Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 177: „It is the core of such a theory that a federation is a union of groups, united by one or more common objectives, rooted in common values, interests, or beliefs, but retaining their distinctive group character for other purposes.“

²⁴⁶ Vgl. *Friedrich, Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 177: „It unites without destroying the selves that are uniting and is intended to strengthen them; it constitutes organized cooperation of groups as groups. The nature of the particular groups which federate will have a decisive impact upon the particular system.“

terschiedlich stark fortgeschritten und ausgeprägt sein kann, wird das Modell eines funktionalen Föderalismus, der alle Ebenen einschließen kann, ermöglicht.²⁴⁷

Föderalismus ist zwar nicht nur ein rechtliches, sondern auch politisches Konzept, bietet aber die Möglichkeit, horizontal und vertikal vernetzte Rechtsebenen mit rechtlichen Strukturen zu erklären und beschränkt sich nicht in vagen Beschreibungen wie sie etwa durch die politische Theorie eines Mehrebenensystems oder einer *Multi-Level-Governance* formuliert werden.²⁴⁸ Funktionaler Föderalismus als mittlerer Weg ist auch deshalb vorzugswürdig, weil es nicht nur um dogmatische Strukturen geht, sondern um die konkrete Ausgestaltung föderaler Ordnungen und Föderalismus auf einer regionalen und der internationalen Ebene nicht als Ersatz für politische, staatliche Einheiten gesehen werden kann.

Funktional wird Föderalismus hier auch deshalb bezeichnet, weil es auf der Weltebene keine umfassende politische Einheit geben kann, internationaler Föderalismus daher immer funktional begrenzt und einem oder mehreren spezifischen Zwecken dienen muss. Die Ergänzung der föderalistischen und föderalen Sicht um das Adjektiv funktional darf aber nicht als Rückkehr zu einer rein funktionalen Betrachtung der internationalen Beziehungen fehlgedeutet werden und meint auch nicht nur wirtschaftspolitische „Zweckverbände funktioneller Integration“²⁴⁹, wie sie einst von *Hans Peter Ipsen* für die Europäischen Gemeinschaften in den ersten Jahrzehnten nach deren Gründung zutreffend formuliert wurde. Der Rekurs auf einen funktionalen Föderalismus rechtfertigt sich dadurch, dass der Prozess der Föderalisierung langsam voranschreitet und im Ausgangspunkt regelmäßig funktionsbezogen ist.²⁵⁰ Deswegen konnte auch in der Nachkriegszeit eine umfassende europäische politische Gemeinschaft (EPG) nicht realisiert werden, so dass zunächst der wirtschaftlich beschränkten Integration in Europa der Vorzug gegeben wurde. Ohne sich hierin erschöpfend zu manifestieren, ist das funktionale Element in kompetenzieller Hinsicht in dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und in dem Subsidiaritätsprinzip beispielsweise der EU²⁵¹ aber auch schon in der losen Föderation der USA²⁵² von 1781 bis 1787/88 zu erkennen. Dass eine funktionelle Integration

²⁴⁷ Siehe schon *Friedrich*, Trends of Federalism in Theory and Practice, S. 82 f. (und S. 173): „There are those who would deny that there is any such thing as international federalism, urging a sharp differentiation between the federalism of a federal state and the internationalism of a confederation of states. Indeed this distinction used to be the quintessence of the static and formalistic approach. It still survives in much popular discussion and propaganda. [...] There are, however, times, when it may be very difficult to say whether one or the other situation prevails. [...] It is therefore desirable both to recognize the existence of international federalism and not to misunderstand it as a sharply defined alternative to national federalism. Federal orders range [...] over a wide spectrum between the nonfederal limits of a unitary state and a plurality of states. They are all part of the general process that federalism is and involves.“ Siehe auch schon *Friedrich*, International Federalism, S. 119: „[...] the term ‚international‘ should mean that federalism is typically an intergroup pattern of relations between more or less autonomous entities and the process or processes by which such a pattern gets established and continues to operate and change.“

²⁴⁸ Vgl. *Schönberger*, AöR, Nr. 1, Bd. 129, 2004, S. 81 (85). Siehe auch schon *Warleigh*, WEP, Nr. 3, Bd. 21, 1998, S. 1 (11): „A key difference between MLG [*Multi-Level-Governance*] and federal theories which is worth recalling here is that federalism relies on clear, legally binding separation or sharing of powers whereas a system of MLG is characterised by constant change and variation in power and competence distribution across the range of policy areas.“

²⁴⁹ *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, § 8 Rn. 24–32 und § 54 Rn. 124).

²⁵⁰ Ähnlich auch schon *Hay*, Federalism and Supranational Organizations, S. 90.

²⁵¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 EUV und Art. 5 Abs. 1–3 EUV.

²⁵² Vgl. Art. II der Konföderationsartikel (*Articles of Confederation and Perpetual Union*) von 1777: „Each

im Laufe der Zeit zu einer Verschiebung des Schwerpunktes hin zu einer funktionalen Föderation führen kann, widerspricht sich nicht, sondern ist geradezu typisch für den Prozesscharakter, das Prozesshafte des Föderalismus.

Neben dem utopisch anmutenden Weltfrieden ist das Hauptziel der Vereinten Nationen die Schaffung und Erhaltung internationaler Sicherheit, durch das sich die UN *funktional* legitimiert und so Bestandteil des internationalen Föderalismus geworden ist. Während auf der Ebene der EU die regional begrenzte Vereinigung der Staaten es ermöglichte, von der ursprünglichen Wirtschaftsgemeinschaft zu einer umfassenderen, stärker integrierten Union voranzuschreiten und hierdurch das funktionale Element der Union um einige Politikfelder zu erweitern, ist dies auf Ebene der UN nur schwer möglich. Dort sind allein die elementaren Bedingungen, die das Überleben der Staaten und Menschen erst garantieren, permanente Funktionen und Legitimationsbasis der in der UN organisierten internationalen Gemeinschaft. Zu diesen Bedingungen gehört in erster Linie, aber nicht allein, die internationale Sicherheit. Was einst für den Krieg formuliert wurde,²⁵³ gilt heute auch für die internationale Sicherheit – eine Sicherheit, die in den Augen der internationalen Gemeinschaft durch internationalen Terrorismus bedroht wird: Zur Vermeidung von Krieg und zur Gewährleistung internationaler Sicherheit kann die Achtung und Durchsetzung internationaler Menschenrechte einen entscheidenden Beitrag leisten. Eine Ergänzung der elementaren Funktionen der UN um weitere, politische Ziele, wie sie in regional beschränkten Organisationen oder in kleineren politischen Einheiten, Staaten, vorzufinden sind (beispielsweise die Grundfreiheiten der Union und die teilweise damit einhergehenden wirtschaftlichen und sozialen Leistungen für Unionsbürger), würde aber nicht nur einen entsprechenden politischen Willen auf der Weltebene hierzu erfordern, sondern vor allem auch eine internationale Solidarität und ein Gemeinschaftsgefühl, letztlich rechtssoziologische Faktoren, die derzeit kaum existieren und wohl auf lange Sicht auch nicht erreicht werden können.²⁵⁴ Stärker integrierte regionale Organisationen mit ausgeprägteren föderalen Strukturen besitzen daher neben der Weltorganisation der UN mit einer sehr beschränkten Aufgabe und kaum föderalen Strukturen weiterhin ihre Daseinsberechtigung, beide Typen ergänzen sich gegenseitig.²⁵⁵ Föderalismus, international betrachtet, darf deshalb nicht als

state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled.“

²⁵³ Siehe *Claude, Swords into Plowshares*, S. 381: „In the first place, war is regarded as the product of the objective conditions of human society. It is the result neither of man's native instinct nor of his acquired sinfulness, neither of the state's inherent nature nor of its irrational policy; war is a disease of global society, caused by grave deficiencies in the economic and social circumstances of mankind. Poverty, misery, ill-health, illiteracy, economic insecurity, social injustice, exploitation, discrimination—these are the factors responsible for the desperation, apathy, frustration, fear, cupidity, and hatred that make the world susceptible to war.“ Dabei darf aber nicht verkannt werden, dass Ursache und Wirkung in einer Wechselbeziehung stehen. Siehe in einem ähnlichen Sinn auch a. a. O., S. 387 f. m. v. N.

²⁵⁴ Zum Erfordernis einer Gemeinschaft als Bedingung, aber auch als Folge einer Weltföderation siehe *Claude, Swords into Plowshares*, S. 418 f., 430.

²⁵⁵ Siehe allgemeiner auch schon *Claude, Swords into Plowshares*, S. 105: „[...] it may be contended, that regional organizations are particularly suitable for the cultivation of intensive cooperation among states, while global organizations have special advantages for dealing with conflict among states.“ Die UN-Charta anerkennt Regionalorganisationen in einem eigenen Kapitel (VIII). Aber auch im Rahmen von Kapitel VII ist anerkannt, dass die internationalen Einrichtungen im Sinne von Art. 48 Abs. 2 UN-Charta regionale Organisationen sein können, so dass die Mitgliedstaaten der UN, die gleichzeitig Mitgliedstaaten der EU sind, Beschlüsse des Sicherheitsrates allein durch entsprechende Maßnahmen der Union durchführen und damit ihre Verpflichtungen erfüllen können.

Alternative zu einem nationalen und auch nicht als Alternative zu einem europäischen Föderalismus verstanden werden, sondern muss diesen ergänzen.²⁵⁶

Für das Verständnis eines funktionalen Föderalismus ist es erforderlich, die strenge Bundesstaat–Staatenbund-Dichotomie aufzugeben und föderale Modelle dazwischen anzuerkennen. Hierzu dient der folgende Abschnitt.

I. Das Dogma der Bundesstaat–Staatenbund Dichotomie

Für die Einteilung der Staatenverbindungen wird traditionellerweise zwischen der staatsrechtlichen Form des Bundesstaates und der völkerrechtlichen Verbindung von Staaten in einem Staatenbund unterschieden.²⁵⁷ Üblicherweise werden hierfür insbesondere die Unterscheidungsmerkmale Souveränität, Kompetenz-Kompetenz, Art des Gründungsaktes bzw. Art des Gründungsdokuments (völkerrechtlicher Vertrag oder Verfassung), Rechtsquelle (Völkerrecht, Staatsrecht), Sezessionsrecht, Nullifikationsrecht gegenüber Bundesgesetzen, Gesetzesvorrang („Bundesrecht bricht Landesrecht“) und Völkerrechtssubjektivität genannt.²⁵⁸ Die Souveränität kann nach dieser dichotomischen Lesart entweder beim Bund als übergeordneter Instanz (dann: Bundesstaat) oder nur bei den Gliedstaaten (dann: Staatenbund) vorhanden sein.²⁵⁹

1. Der Staatenbund

Ein Staatenbund wird nach der häufig herangezogenen und im Ausgangspunkt immer noch relevanten Beschreibung von *Jellinek* definiert als „[...] die dauernde, auf Vereinbarung beruhende Verbindung unabhängiger Staaten zum Zweck des Schutzes des Bundesgebietes nach außen und innerer Friedensbewahrung zwischen den verbündeten Staaten, wozu auch die Verfolgung anderer Zwecke verabredet werden kann.“²⁶⁰ Ein Staatenbund entstehe, „[...] wenn Staaten ein dauerndes politisches Bündniss, dessen Zweck mindestens in gemeinsamer Vertheidigung besteht, mit ständigen Bundesorganen errichten.“²⁶¹ Kennzeichnend für einen Staatenbund ist nach dieser Lesart, dass das Band, welches die Staaten miteinander verknüpft, ein Vertrag ist und dass die vereinigten Staaten souverän sind und bleiben: „Nur an der Souveränität der verbündeten Staaten hat der Staatenbund seine Grenze.“²⁶² Das unterscheidende Merkmal zwischen Staatenbund und Bundesstaat wurde demzufolge primär in der Souveränität der Bundesglieder gesehen.²⁶³ Da zum damaligen Zeitpunkt die Zahl der Staatenbünde gering und die völkerrechtliche Ordnung zu inkonsistent war, um in ihr das Dasein völkerrechtlicher

²⁵⁶ Vgl. *Claude*, *Swords into Plowshares*, S. 427.

²⁵⁷ Für einen Überblick der Autoren mit den entsprechenden Unterscheidungsmerkmalen siehe *Kristoferitsch*, *Vom Staatenbund zum Bundesstaat?*, S. 33 ff.

²⁵⁸ Vgl. auch die kurze Übersicht bei *Kristoferitsch*, *Vom Staatenbund zum Bundesstaat?*, S. 33 ff. und S. 44.

²⁵⁹ Der wesentliche Mitbegründer bzw. Mitverursacher dieser dichotomischen Betrachtungsweise kommt selbst zu dem Schluss, dass sich die Staatenverbindungen im wesentlichen „in dem Gegensatz des Staatenbundes und des Bundesstaates [erschöpfen]“, vgl. *Jellinek*, *Staatenverbindungen*, S. 316.

²⁶⁰ *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, S. 762. Diese Verbindung bedarf einer dauernden Organisation zur Verwirklichung der Bundeszwecke, vgl. a. a. O.

²⁶¹ *Jellinek*, *Staatenverbindungen*, S. 172.

²⁶² *Jellinek*, *Staatenverbindungen*, S. 172. Vgl. auch *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, S. 765 f.: „Solange das Prinzip der Souveränität der Gliedstaaten rechtlich anerkannt ist, bleibt eine derartige Verbindung, wie immer sie gestaltet sein mag, ein Staatenbund.“

²⁶³ Vgl. *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, S. 767.

Körperschaften, die über ihren Gliedstaaten mit Einheitswillen ausgerüstet dastehen, nachzuweisen, wurde der Typus des Staatenbundes als bloßes Rechtsverhältnis²⁶⁴ und später als „völkerrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand“²⁶⁵ bezeichnet.

Die These, dass ein Staatenbund keine juristische Person des öffentlichen Rechts respektive des Völkerrechts, sein kann,²⁶⁶ ist nicht mehr haltbar, denn ihr lagen mehrere Annahmen zugrunde, die heute keine Geltung mehr besitzen: Zum einen seien Staaten selbst keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts und zum anderen kenne das Völkerrecht als Völkerrechtssubjekte lediglich Staaten und schließlich kenne das Völkerrecht auch nicht das aus dem Privatrecht stammende Rechtsinstitut der juristischen Person.²⁶⁷ Sowohl die Qualifizierung von Staaten als juristische Personen des öffentlichen Rechts (Gebietskörperschaften) als auch die Erweiterung der Kategorien der Völkerrechtssubjekte einschließlich der Etablierung und Anerkennung internationaler Organisationen als juristische Personen kann heute nicht mehr geleugnet werden. Demzufolge muss es heute auch möglich sein, den Typus Staatenbund als juristische Person zu bezeichnen oder – will man bekannte Strukturen und Terminologien nicht aufweichen oder mit neuen vermischen – einen neuen Typus schaffen: Die Föderation als juristische Person des Völkerrechts respektive des internationalen Rechts der Staatenverbindungen.

Da in der Vergangenheit keiner der Staatenbünde eine lange Existenz genießen konnte, wurde behauptet, dass ein Staatenbund auf Dauer nicht imstande sei, sich zu erhalten, da er entweder auseinander falle oder an seine Stelle ein Bundesstaate trete.²⁶⁸ So sah *Jellinek* den Bundesstaat als „einzige gesunde und normale Form“²⁶⁹ der Staatenverbindungen an.

2. Der Bundesstaat

Die nach Ansicht von *Jellinek* vorzugswürdige Form einer Staatenverbindung, der Bundesstaat, wird demgegenüber als Staat angesehen, der unterschiedlich stark ausgeprägte föderative Strukturen besitzen kann. Nach seiner Definition ist ein Bundesstaat ein aus einer Mehrheit von Staaten gebildeter souveräner Staat, dessen Staatsgewalt aus seinen zu staatlicher Einheit verbundenen Gliedstaaten hervorgeht.²⁷⁰ Der Bundesstaat ist nach dieser Definition gekennzeichnet durch eine souveräne Bundesebene und nicht-souveräne Gliedstaaten.²⁷¹ Soweit die Herrschaft des Bundesstaates reiche, würden die Gliedstaaten ihren staatlichen Charakter verlieren.²⁷² Umgekehrt sei ihr Charakter als Staaten gewahrt, soweit die bundesgewaltfreie Sphäre der Gliedstaaten reiche.²⁷³ Die

²⁶⁴ *Jellinek*, Staatenverbindungen, S. 178 m. w. N.

²⁶⁵ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 764 m. w. N.

²⁶⁶ So noch *Jellinek*, Staatenverbindungen, S. 178 f. m. w. N.

²⁶⁷ Vgl. *Jellinek*, Staatenverbindungen, S. 179 ff.

²⁶⁸ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 769.

²⁶⁹ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 785.

²⁷⁰ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 769. Siehe auch a. a. O., S. 278: „[...] ein Staat, in welchem die souveräne Staatsgewalt die Gesamtheit der in ihrem Herrschaftsbereich auszuübenden Functionen verfassungsmässig derart vertheilt, dass sie nur ein bestimmtes Quantum derselben sich zur eigenen Ausübung vorbehält, den Rest jedoch ohne Controle über die Festsetzung der regelnden Normen, sowie über die Art und Weise der Ausübung selbst, insoferne nur die verfassungsmässigen Schranken eingehalten werden, den durch diese verfassungsmässige Zuweisung von selbständiger staatlicher Macht geschaffenen nicht-souveränen Gliedstaaten überlässt.“

²⁷¹ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 770.

²⁷² Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 771.

Gründung des Bundesstaates wird dabei als nationale Tat angesehen, die wie der Akt der Staatengründung überhaupt nicht juristisch konstruiert werden könne.²⁷⁴ Wesentlich für die Entstehung eines Bundesstaates sei die Gründung durch Verfassungsgebung, so dass ein Bundesstaat nicht durch einen (völkerrechtlichen) Vertrag entstehen könne.²⁷⁵ Die Dichotomie Staatenbund–Bundesstaat beruht demzufolge auf einer weiteren Dichotomie, der von Völkerrecht und Staatsrecht: Beides sind nach dieser Lesart unterschiedliche und getrennte Rechtsordnungen, wobei dem Völkerrecht keine dem Staatsrecht vergleichbare Qualität beigemessen wird und die einzig wahre Staatenverbindung, der Bundesstaat, demzufolge nur durch einen staatsrechtlichen Akt entstehen könne.

3. Anmerkungen

Das von *Jellinek* geprägte Begriffspaar hat in der Vergangenheit weitgehende Akzeptanz gefunden haben, wurde aber auch schon früh kritisiert, da es auf ganz verschiedene Momente abstellen und deshalb nicht geeignet sei, einen Vergleich der durch sie bestimmten Staatenverbindungen zu ermöglichen.²⁷⁶ Unerwähnt bleibt aber häufig, dass *Jellinek* keineswegs eine Beschränkung auf diese beiden Formen von Staatenverbindungen vornehmen wollte. Stattdessen hat er schon früh darauf hingewiesen, dass Staatenverbindungen in der Regel viel differenziertere Typen bieten als Einheitsstaaten, so dass eine systematische Klassifikation noch viel mehr Unterabteilungen schaffen müsste als bei der Einteilung von Einheitsstaaten, ohne irgendeine individuelle Bindung nach allen Richtungen hin in die aufgestellten Kategorien fassen zu können.²⁷⁷ Dennoch wurde diese Forderung zur Schaffung weiterer Modelle zur Erklärung föderaler Staatenverbindungen nur vereinzelt aufgegriffen und stattdessen meist die vereinfachende Dichotomie Staatenbund–Bundesstaat bevorzugt.

Die Gegenüberstellung von Staatenbund–Bundesstaat führt zu weiteren Dichotomien, die der Rechtspraxis nicht entsprechen und differenzierte Lösungen in der Rechtstheorie nicht zulassen, weil sie dogmatisch alle Elemente zur Beschreibung einer Staatenverbindung in entweder/oder-Schemata fassen. Vor allem bei dem Kriterium der Souveränität wird deutlich, dass die Dichotomie Staatenbund–Bundesstaat zu einer Lösung entweder zugunsten der Ebene des Bundes oder der Gliedstaaten zwingt. Lässt man die Frage hingegen offen und die Souveränität im Schwebezustand, wird die Betrachtung von weiteren Formen von Staatenverbindungen und föderalen Systemen ermöglicht. Aber auch bei anderen Kriterien, die zur Qualifizierung einer Staatenverbindung als Staatenbund oder Bundesstaat dienen sollen,²⁷⁸ wird deutlich, dass die Staatenbund–Bundesstaat Dichotomie eine Entscheidung schwer bis unmöglich macht und letztlich in der rechtlichen Diskussion zu unnötiger Polarisierung neigt. Als Beispiel soll hier anhand der

²⁷³ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 772.

²⁷⁴ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 775 m. w. N.

²⁷⁵ Vgl. *Jellinek*, Staatenverbindungen, S. 256 f.

²⁷⁶ Vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 207 f. Mit Blick auf die Antithesen Staatenbund als völkerrechtliche Beziehung – Bundesstaat als staatsrechtliche Verfassung zu Recht kritisch auch schon *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 366. Mit Blick auf die Europäischen Gemeinschaften (heutige Union) siehe *Steiger*, Staatlichkeit und Überstaatlichkeit, S. 149.

²⁷⁷ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 742.

²⁷⁸ Zu den verschiedenen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Bundesstaat und Staatenbund siehe *Kristoferitsch*, Vom Staatenbund zum Bundesstaat?, S. 46 f.; Siehe auch *Kahl*, Der Staat, Bd. 33, 1994, S. 241 (243 f.).

Europäischen Union der Verweis auf die (Völker-) Rechtspersönlichkeit sowohl der Mitgliedstaaten als auch der Union, die Existenz sowohl von Gerichten der Union als auch der Mitgliedstaaten, die demokratische Legitimation sowohl über die nationalen Parlamente als auch über das Europäische Parlament, sowohl die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit sekundärer EU-Rechtsakte (Verordnungen) in den Mitgliedstaaten als auch die Möglichkeit des Erlasses von umsetzungsbedürftigen Rechtsakten (Richtlinien) und auch die differenzierte Struktur der Verwaltung sowohl unmittelbar durch Organe und Einrichtungen der Union (z. B. Europol) als auch mittelbar durch Organe und Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten, genügen.

An dieser Stelle lässt sich deshalb zunächst festhalten, dass die Begriffe Bundesstaat und Staatenbund weder aufgegeben werden müssen noch sollen, im Hinblick auf differenziertere Zwischenlösungen föderaler Rechtsordnungen aber nicht länger als alternatives Begriffspaar aufgefasst werden können.²⁷⁹

II. Terminologische und strukturelle Näherungen

Die Jurisprudenz ist eine Wissenschaft, die in einem nicht unwesentlichen Maß von der Verwendung genauer Begriffe abhängt, so dass terminologische Unklarheiten und Missverständnisse möglichst von Anfang an verhindert werden müssen. Da die Begrifflichkeiten im Völkerrecht, im Recht der internationalen Staatenverbindungen und der Theorie des Föderalismus teilweise sehr uneinheitlich sind, sollen an dieser Stelle zunächst einige terminologische Klärungen und definitorische Näherungen sowie gegebenenfalls Festlegungen erfolgen. Dieses Bedürfnis ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem gewandelten Verständnis der relevanten Begriffe, die teilweise seit mehr als 100 Jahren in der Diskussion über Staatenverbindungen verwendet werden.²⁸⁰

Für die rechtstheoretische Erklärung von Staatenverbindungen und Beschreibung der verschiedenen Modelle wurden in der Literatur unter anderem folgende Begrifflichkeiten herangezogen: Staatenbund, Bundesstaat, Staatenverbund, Föderation, Konföderation, Bund, Union, Eidgenossenschaft, *confederacy*, *federation*, *confederation*, *union*, *federal union*, *federal government*, *system of states*, *community*, *perpetual league* und auch *république fédérative*.²⁸¹ Teilweise wurden die Begriffe *federal union*, *confederation* und *union* synonym verwendet.²⁸² Ob diese Gleichsetzung ebenso für die vorliegende Untersuchung verwendet werden kann, bedarf einer genaueren Klärung dieser Begriffe und gegebenenfalls begrifflicher Festlegungen. Aus dem deutschen Sprachkreis können neben den schon erwähnten Terminologien Bundesstaat und Staatenbund grundsätzlich die Begriffe Staatenverbund, Gemeinschaft, Union, Bund, Bündnis, Föderation, Konföderation und inter-/supranationale Organisation herangezogen werden, um als formelle Grundlage für ein allgemeines Modell einer föderalen Organisation zu dienen. Aus dem Englischen kommen in erster Linie die Begriffe *federal state*, *community*, *union*, *federation*,

²⁷⁹ Vergleichbar zur Verabschiedung der Typologie Staatenbund–Bundesstaat–Einheitsstaat wurde im englischsprachigen Schrifttum die Verabschiedung der *unitary/confederal/federal*-Typologie vorgeschlagen. Siehe hierzu King, *Federalism and Federation*, S. 134 ff.

²⁸⁰ Dass die Terminologien relativ uneinheitlich sind, ist wenig erstaunlich und erklärt sich insbesondere dadurch, dass in der internationalen Völkerrechts- und Föderalismus-Forschung nicht nur verschiedene Kulturen und Sprachen, sondern in diesem Grundlagenbereich auch das Fehlen einer einzelnen Autorität, welche verbindliche Definitionen erlassen könnte, zu beachten und zu respektieren sind.

²⁸¹ Vgl. Forsyth, *Unions of States*, S. 1.

²⁸² Vgl. Forsyth, *Unions of States*, S. 2.

confederation, confederacy sowie *inter-/supranational organisation* und aus dem Französischen insbesondere die Begriffe *état fédéral, communauté, union, fédération, confédération* in Betracht.

1. Negative Abgrenzungen

Der *Bundesstaat* ist nach der klassischen Lehre eine staatsrechtliche Verbindung, bei der ein souveräner Staat durch ein gewisses revolutionäres Element entsteht und die sich verbindenden Gliedstaaten ihre Souveränität verlieren. Der *Staatenbund* dagegen ist nach der herkömmlichen Lehre eine auf Dauer angelegte und auf völkerrechtlicher Vereinbarung beruhende Verbindung souveräner Staaten zu einem gemeinsamen Zweck, bei der die Einzelstaaten im Gegensatz zum Bundesstaat auch nach der Verbindung souverän bleiben sollen. Beide Terminologien sind besetzte und deshalb problematische Begriffe,²⁸³ die nicht wesentlich verändert werden sollten, da eine Änderung einer Definition stets Rechtsunsicherheit mit sich bringt, auch wenn es andererseits (wie beim Begriff der Souveränität) angezeigt sein kann, Begriffe den veränderten Rechtsentwicklungen anzupassen. Da aber die Begriffe Bundesstaat und Staatenbund nach wie vor ihre Berechtigung haben und andere Begriffe zur Verfügung stehen, um als Beschreibung für Zwischenlösungen zu fungieren, soll das bekannte Begriffspaar Bundesstaat–Staatenbund im wesentlichen unverändert bestehen bleiben und vielmehr als Abgrenzung zu der hier verfolgten Alternative dienen. Da ferner der Begriff des Bundesstaates mit *federal state* sowie mit *état fédéral* und der Begriff des Staatenbundes mit *confederation* sowie mit *confédération* übersetzt werden kann,²⁸⁴ sollen auch diese Begriffe im Folgenden nicht weiter herangezogen werden. Selbiges gilt für den Begriff der Konföderation, der ebenfalls einen vertraglichen Zusammenschluss selbständiger Einheiten darstellt, die zwar nach außen gemeinsam auftreten, ihre Souveränität aber behalten sollen, so dass er lediglich eine sprachliche (ältere) Alternative zum Begriff des Staatenbundes darstellt.

Nicht unerwähnt bleiben soll der Begriff einer *confederacy*, der zwar grundsätzlich ebenso für die hier favorisierte Mittellösung einer Staatenverbindung herangezogen werden könnte. Er ist historisch betrachtet allerdings mit der Geschichte der Vereinigten Staaten verbunden und nimmt mit dem damit verbundenen Konzept einer *confederacy*²⁸⁵ einen spezifischen Blickwinkel der USA ein, der für eine allgemeine Theorie nur bedingt geeignet erscheint.

Eine geeignete Zwischenlösung könnte der vom BVerfG geprägte *Staatenverbund* sein. War der Begriff des Staatenverbundes im *Maastricht*-Urteil noch wenig konturiert,²⁸⁶ so lieferte das BVerfG im *Lissabon*-Urteil eine Definition des selbst eingeführten Begriffs des (Staaten-) Verbundes, wonach „[d]er Begriff des Verbundes [...] eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten [erfasst], die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen

²⁸³ Ähnliches gilt für den Begriff der Eidgenossenschaft, der hier nicht weiter herangezogen wird, weil seine Verallgemeinerung die historisch einzigartige Staatswerdung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ignorieren würde.

²⁸⁴ Vgl. für die englischen Übersetzungen *Forsyth*, *Unions of States*, S. 134, der hier allerdings nicht von *confederation*, sondern von *confederation of states* spricht.

²⁸⁵ Siehe hierzu *Hughes*, *Confederacies*, S. 3, 18.

²⁸⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 12. 10. 1993 – *Maastricht*, BVerfGE 89, 155 (181, 184–186, 188, 190 sowie LS 1 und 8).

Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben.“²⁸⁷ Ins Englische könnte der Begriff des Staatenverbundes mit *unions of states* oder *association of states* übersetzt werden.²⁸⁸ In der englischen Übersetzung des Lissabon-Urteils des BVerfG wird der Begriff des Staatenverbundes hingegen mit *association of sovereign national states* übersetzt und der (Staaten-) Verbund wie folgt definiert: „The concept of *Verbund* covers a close long-term association of states which remain sovereign, an association which exercises public authority on the basis of a treaty, whose fundamental order, however, is subject to the disposal of the Member States alone and in which the peoples of their Member States, i. e. the citizens of the states, remain the subjects of democratic legitimisation.“²⁸⁹ In der englischen Fassung des Urteils wird nicht zuletzt durch den Rekurs auf die Souveränität von Nationalstaaten deutlich, dass es sich in Wahrheit bei dem Begriff des Staatenverbundes des BVerfG um einen Staatenbund im Sinne von *Jellinek* handelt, sich diesem jedenfalls inhaltlich zu sehr annähert als dass er für die weitere Abhandlung Verwendung finden könnte.

Weil die Begriffe *Gemeinschaft* und *Union* einerseits relativ allgemein, andererseits ebenso historisch besetzt sind und das Modell der Europäischen Union zwar als Prototyp für eine föderale Organisation fungieren kann, aber nicht zwingend muss, sollen auch diese Begriffe sowie die englischen und französischen Entsprechungen (*community/communauté* und *union*) hier nicht gewählt werden.

Nicht völlig ungeeignet, aber einerseits zu spezifisch, andererseits historisch und politisch besetzt, erscheint auch der Begriff des *Bündnisses* sowie auch der vergleichbare Begriff einer *Allianz*. Ein Bündnis wird herkömmlich als eine vertraglich geregelte Beziehung zwischen gleichberechtigten Partnern aufgefasst.²⁹⁰ Da aber ein Bündnis und eine Allianz oftmals nur einem bestimmten Zweck dient – entweder (noch vor der Gründung der UN) der gemeinsamen Kriegsführung oder (seit Gründung der UN) der gemeinsamen militärischen Verteidigung oder einer humanitären Intervention – werden diese Begriffe hier nicht weiter herangezogen.

Problematisch erscheint auch der Begriff des *Bundes*, der zwei grundlegende Probleme aufweist: Einerseits kann er zwar für Staatenverbindungen herangezogen werden, wie dies in der gegenwärtigen Literatur über die Europäische Union auch geschieht.²⁹¹ Andererseits wird er aber – zumindest im deutschsprachigen Raum – oftmals allein für die oberste Ebene eines Bundesstaates – nicht zuletzt der Bundesebene der Bundesrepublik Deutschland – verwendet, so dass Missverständnisse nicht ausgeschlossen werden können.²⁹² Das zweite Problem ergibt sich aus der spezifischen Verwendung des Bundesbegriffs durch *Carl Schmitt*. Dementsprechend wird in der englischsprachigen Literatur

²⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 – *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 (348 [para. 229] und LS 1).

²⁸⁸ Vgl. *Schönberger*, GLJ, Nr. 8, Bd. 10, 2009, S. 1201 (1205 in Fn. 22).

²⁸⁹ BVerfG, Judgment of 30 June 2009 – *Lissabon*, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html, para. 229 (Hervorhebung im Original).

²⁹⁰ Vgl. schon *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 365, der hier aber die Verpflichtung eines Staates zum Kriege hinzufügt.

²⁹¹ Siehe zur diesbezüglichen Theorie des Bundes *Schönberger*, AöR, Nr. 1, Bd. 129, 2004, S. 81 (85, 98 ff.). Diese Theorie des Bundes verwendet Kategorien föderaler Ordnungen, ohne sich dabei an der traditionellen Staatenbund–Bundesstaat-Dichotomie zu orientieren, so dass der Begriff des *Bundes* als juristischer Allgemeinbegriff für föderale Staatenverbindungen, die sich *nicht* zu einem Bundesstaat entwickelt haben, fungiert. Siehe hierzu *Schönberger*, Unionsbürger, S. 11.

²⁹² Andererseits lassen sich ungewollte Assoziationen über einen erreichten oder angestrebten Integrationsstand einer Staatenverbindung nie ganz vermeiden (vgl. *Schönberger*, Unionsbürger, S. 144), so dass die Theorie des Bundes, nicht nur terminologisch betrachtet, herangezogen werden kann.

der Begriff des Bundes im Sinne der Bundeslehre von *Carl Schmitt* mit *federal union of states* übersetzt.²⁹³ Eine Beschränkung des Begriffs des Bundes auf die Bundeslehre von *Carl Schmitt* ist hier aber – vor allem aufgrund seiner Begründung durch Homogenität – nicht gewollt und wird zu Recht kritisiert und abgelehnt.²⁹⁴ Hingegen würde die von *Forsyth* geprägte englische Übersetzung *federal union of states* die hier zu betrachtende Art einer Staatenverbindung zwischen Staatenbund und Bundesstaat inhaltlich relativ gut beschreiben,²⁹⁵ wird hier aber allein deshalb nicht allein herangezogen, weil in erster Linie auch ein deutscher Begriff gefunden werden soll.

In Betracht kommt insoweit das Konzept und der Begriff des *Föderalismus*. Föderalismus (englisch *federalism* sowie französisch *fédéralisme*) ist im Allgemeinen ein Organisations- und Ordnungsprinzip, bei dem die einzelnen Glieder über eine gewisse Eigenständigkeit verfügen, aber zu einer übergeordneten Gesamtheit zusammengeschlossen sind. Für das Konzept des Föderalismus ist konstitutiv, dass der andere in seiner Eigenheit, die insbesondere in der Sprache, Kultur, Weltanschauung und Geschichte zum Ausdruck kommt, akzeptiert und respektiert wird, so dass man auch Komplexität akzeptieren und jede Vereinfachung und Homogenisierung ablehnen muss.²⁹⁶ Föderalismus als politische Ordnung unterschiedlicher Gemeinschaften ist demzufolge gekennzeichnet durch einen Wettbewerb zwischen den Gliedstaaten, führt zwar zu einem erhöhten Koordinationsaufwand, kann aber die politische Innovation fördern und garantiert verschiedenen Gruppen und Gebieten eine relative Einheit in Vielfalt.²⁹⁷ Der Begriff des Föderalismus kann zwar im Ausgangspunkt als Grundlage für die Beschreibung differenzierter Modelle der Verbindung politischer Einheiten dienen, ist letztlich aber für eine rechtstheoretische Betrachtung unzureichend. Während der Begriff des Föderalismus der Politikwissenschaft zugeordnet werden kann, verkörpert stattdessen der Begriff der *Föderation* (*federation/fédération*) die Idee einer institutionalisierten Rechtsordnung.²⁹⁸ Föderalismus ist zwar ein flexibles Instrument und stellt geeignete Bausteine

²⁹³ Vgl. *Forsyth*, *Unions of States*, S. 147. Für eine positive Würdigung dieser Betrachtung von *Forsyth* siehe *Warleigh*, WEP, Nr. 3, Bd. 21, 1998, S. 1 (5, 14 f.). Für die synonyme Verwendung von *federation* und *Bund* siehe (mit Blick auf Europas föderales Bürgerrecht) *Schönberger*, ERPL, Bd. 19, 2007, S. 61 (63).

²⁹⁴ Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (49, 51 mit Fn. 19).

²⁹⁵ Eine *federal union of states*, die *Forsyth* in seinem Buch *Unions of States – The Theory and Practice of Confederation* synonym mit dem Begriff einer *confederation* verwendet, weil er begrüßenswerterweise mehr auf die inhaltlichen Strukturen als auf eine formale Begriffsfindung abstellt, kann zusammengefasst werden als ein freiwilliger Zusammenschluss von politischen Einheiten (in der Regel Staaten, jedenfalls aber keine Völker oder Nationen) auf einer vertraglichen Grundlage zur Erreichung gemeinsamer Ziele, die durch die Schaffung supranationaler Organe erreicht werden sollen. Vgl. *Forsyth*, *Unions of States*, S. 2 *et passim*.

²⁹⁶ Vgl. im Hinblick auf die schweizerische Bundesverfassung, aber im Rahmen allgemeiner Überlegungen *Schweizer* in: *Ehrenzeller et al.*, *St. Galler Kommentar zur BV*, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 Rn. 1 m. w. N. Umgekehrt kann eine starke Heterogenität auch die Integration innerhalb einer Föderation behindern und zu einer nur geringen Mobilität der Bürgerinnen und Bürger führen, vgl. mit Blick auf die kulturellen, mentalen und sprachlichen Unterschiede innerhalb der EU *Schönberger*, ERPL, Bd. 19, 2007, S. 61 (78).

²⁹⁷ Vgl. *Schweizer* in: *Ehrenzeller et al.*, *St. Galler Kommentar zur BV*, Vorbemerkungen zu Art. 42–135 Rn. 4 m. w. N.

²⁹⁸ Vgl. *King*, *Federalism and Federation*, S. 20 f.: „Accordingly, ‚federalism‘ is employed where the interest is primarily ideological (whether in the weak or strong sense), while ‚federation‘ is applied to designate a more descriptive, institutional arrangement of fact, without particular regard to whether it is being supported or opposed.“ Siehe ferner a. a. O., S. 74 ff. Vgl. auch *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (47 mit Fn. 9). Allerdings wird das eben erwähnte Zitat von *King* bei *Beaud* nicht richtig

für eine internationale Kooperation zur Verfügung,²⁹⁹ als rechtlicher Begriff ist dieses politische Konzept aber zu allgemein und für die normative Beschreibung alternativer Staatenverbindungen nicht ausreichend.

Aus dem deutschen Sprachkreis kommt hingegen der Begriff der *Föderation* in Betracht, der ursprünglich auf der Grundlage der Bundeslehre von *Carl Schmitt* als *fédération*³⁰⁰ eingeführt wurde und ebenso mit *federation* ins Englische übersetzt werden kann.

2. Die Föderation

Eine Föderation kann zunächst in einer politischen Einheit, die föderal gegliedert ist, gesehen werden und besagt noch nichts genaues über die Struktur innerhalb der Föderation und das Verhältnis der Einheiten zueinander aus.³⁰¹ Die Föderation ist, negativ formuliert, die Verneinung der Unterscheidung zwischen Staatenbund und Bundesstaat³⁰² und positiv formuliert eine freiwillige Verbindung von politischen Einheiten, die sich vereinigen, um eine neue, andere politische Einheit zu gründen, ohne sich aber in ihr aufzulösen.³⁰³ Eine Föderation stellt hiernach eine freie Union von politischen Einheiten (Staaten) dar und ihr wesentliches Merkmal besteht darin, diese Einheiten zu vereinigen, ohne sie zu absorbieren.³⁰⁴ Die Freiheit der Union sowie das dahinterstehende Element des freiwilligen Zusammenschlusses der politischen Einheiten kennzeichnet dabei den Unterschied zu einem Zwangsverband, der sich als Folge von Macht und Krieg ergeben kann.³⁰⁵ Damit ist zugleich die Möglichkeit angesprochen, durch einen Vertrag, der das typische Instrument für einen freiwilligen Zusammenschluss darstellt, eine so verstandene Föderation zu gründen. Es ist dann aber kein gewöhnlicher Vertrag mehr, sondern ein verfassungsrechtlicher Pakt (mit den Worten von *Carl Schmitt* ein Bundesvertrag als zwischenstaatlicher Statusvertrag)³⁰⁶ oder schlicht ein Verfassungsvertrag.³⁰⁷

Der Begriff der Föderation wie er hier zugrunde gelegt wird, darf aber nicht mit dem Begriff und Konzept einer „Europäischen Föderation“ verwechselt werden, den der ehemalige deutsche Außenminister *Joschka Fischer* unter Verweis auf *Robert Schuman* in seiner Humboldt-Rede verwendete, um politische Vorschläge zur Finalität der europäischen Integration zur Diskussion zu stellen.³⁰⁸ Diese auf einer Souveränitätsteilung von Europa und Nationalstaat basierende Föderation³⁰⁹ könne nur durch einen Verfassungs-

wiedergegeben. Die zweite Nennung von „federalism“ muß dort mit „federation“ ersetzt werden.

²⁹⁹ Siehe hierzu *Mosler*, *The International Society*, S. 189–191.

³⁰⁰ Umfassend *Beaud*, *Théorie de la Fédération*.

³⁰¹ Deshalb steht die Ablehnung des Begriffs der Föderation für die Europäische Gemeinschaft bei *Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft*, S. 63 f. auch nicht im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht. *Hallstein* setzt die Föderation mit einem (Bundes-) Staat gleich sowie der Konföderation gegenüber und folgert, dass die EG keine Föderation, sondern eine supranationale Gemeinschaft gewesen sei. An sich stimmt die von ihm als „dritte Lösung“ (S. 63) bezeichnete Beschreibung inhaltlich aber mit der hier gewählten Perspektive und dem Begriff der Föderation, wie er im Folgenden verwendet wird, überein.

³⁰² Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (49).

³⁰³ Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (53).

³⁰⁴ Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (53).

³⁰⁵ Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (54).

³⁰⁶ Vgl. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 367.

³⁰⁷ Vgl. *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (55).

³⁰⁸ Vgl. *Fischer*, *Vom Staatenverbund zur Föderation*, S. 24.

³⁰⁹ Vgl. *Fischer*, *Vom Staatenverbund zur Föderation*, S. 26.

vertrag³¹⁰ und durch eine konstitutionelle Neugründung³¹¹ Europas erfolgen. Denn ein Schritt von der verstärkten Zusammenarbeit hin zu einem Verfassungsvertrag bedarf keines bewussten politischen Neugründungsaktes.³¹² Die europäische Föderation – so wie sie hier verstanden und betrachtet wird – ist schon heute *de constitutione lata* vorhanden und kann auch im Rahmen der bestehenden Verträge weiterentwickelt werden.

Im Folgenden wird deshalb im Ausgangspunkt die Bundeslehre von *Carl Schmitt* herangezogen und auf Grund der engeren Verwandtschaft des rechtlichen Begriffs der Föderation mit dem politischen Prozess des Föderalismus die Föderation als rechtliche Grundordnung dieser politischen Einigung herangezogen. *Schmitt* definierte den Bund als „[...] eine auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird.“³¹³

Diese Beschreibung trifft auch auf den hier favorisierten Begriff der Föderation zu und wird deshalb im wesentlichen unverändert übernommen, so dass die Ausführungen von *Schmitt* über den Bund im Folgenden *mutatis mutandis* auf die Föderation übertragen werden können.³¹⁴

Begrifflichkeiten und Terminologien mögen sowohl in der Politik- als auch Rechtswissenschaft sehr bedeutend sein, können mitunter aber auch zu formalen Betrachtungen führen, die sich letztlich in einem terminologischen Labyrinth verlieren. Ein gutes Beispiel für die Begrenztheit und auch geschichtliche Bedingtheit juristischer Terminologien stellt einer unserer Nachbarstaaten, die Schweizerische Eidgenossenschaft, dar. Die

³¹⁰ Vgl. *Fischer*, Vom Staatenverbund zur Föderation, S. 24.

³¹¹ Vgl. *Fischer*, Vom Staatenverbund zur Föderation, S. 30.

³¹² So aber ausdrücklich *Fischer*, Vom Staatenverbund zur Föderation, S. 39.

³¹³ *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 366.

³¹⁴ Auf die Lehren von *Carl Schmitt* zurückzugreifen könnte durchaus bedenklich erscheinen und sollte auch jede aufgeklärte Juristin und jeden aufgeklärten Juristen zur aufmerksamen Lektüre des vorliegenden Textes bewegen. An sich könnte man *Carl Schmitt* aufgrund seiner Verbindungen zum Hitler-Regime sowie wegen seiner nationalsozialistischen Einstellungen jede wissenschaftliche Anerkennung absprechen. Unter der Annahme, dass es möglich erscheint, einen nicht-faschistischen Teil seiner Schriften von den übrigen Propaganda-Schriften zu trennen, wird im Folgenden dennoch auf die Bundeslehre von *Carl Schmitt* Bezug genommen. Ähnlich auch *Beaud*, *Der Staat*, Bd. 35, 1996, S. 45 (49), dessen Lehre der Föderation im Wesentlichen auf der Bundeslehre von *Carl Schmitt* beruht: „Wegen inhaltlicher Schwächen kann jedoch nicht die gesamte Konstruktion Schmitts übernommen werden.“ Dabei muss stets klar sein, dass selbst unter Zugrundelegung dieser Annahme die Gefahr besteht, dass auch an sich nicht-faschistische Texte von *Carl Schmitt* nationalsozialistisches Gedankengut enthalten, so dass es gegebenenfalls letztlich dem Leser und der Leserin obliegt, hieraus die notwendigen Schlüsse zu ziehen. Soweit im Folgenden auf die Lehre des Bundes von *Carl Schmitt*, welche sich im 4. Abschnitt („Verfassungslehre des Bundes“) seiner monographischen Abhandlung „Verfassungslehre“ befindet, Bezug genommen wird, kann grundsätzlich dem folgendem Zitat von *Forsyth*, *Unions of States*, S. 147 f. beigelegt werden: „*Carl Schmitt's exposition of the nature of a Bund [...] provides the first example of this alternative approach. Schmitt wrote his book while he was Professor at Bonn. Later his academic reputation was severely damaged by his support of the Hitler régime. Fortunately, the Verfassungslehre is untainted by the ideology he later endorsed and can still be read today as a profound and in many ways brilliant academic study.*“ Ergänzt werden muss allerdings, dass weder die gesamte Verfassungslehre noch die gesamte Bundeslehre von *Carl Schmitt* unkritisch übernommen werden kann. Insbesondere das Faible von *Carl Schmitt* für Homogenität wird vom Verfasser nicht geteilt, denn ein Bund respektive eine Föderation und allgemein Föderalismus dient gesellschaftlichem Pluralismus: Vielfalt in Einheit. Siehe hierzu auch *Hay*, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 90: „Underlying all federal structures is the demand for ‚recognition of diversity‘.“

lateinische Staatsbezeichnung *Confœderatio Helvetica*, aber auch die offiziellen Übersetzungen³¹⁵ in die Landessprachen deuten zunächst auf die Existenz einer Konföderation, einen bloßen Staatenbund hin.³¹⁶ Indessen ist heute unbestritten, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft einen Bundesstaat darstellt.³¹⁷ Nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis haben überkommene Begrifflichkeiten demzufolge nur begrenzte Aussagekraft. Deshalb soll im Folgenden der Begriff der Föderation inhaltlich betrachtet und seine strukturellen Grundlagen und Wesensmerkmale näher dargestellt werden.

III. Wesensmerkmale und rechtliche Strukturen einer Föderation

Im Folgenden sollen, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, die hier und für den weiteren Gang der Abhandlung relevanten Wesensmerkmale der Föderation im Überblick dargestellt werden. Diese sind: Die freie Vereinbarung einer auf Dauer angelegten Vereinigung (hierzu 1.), der Status und die politische Selbsterhaltung aller Mitglieder (hierzu 2.) sowie der gemeinsame Zweck als funktionales Element der Föderation (hierzu 3.).

1. Vertrag und Verfassung – Der *foedus* als Grundlage einer Föderation

Die freie Vereinbarung, auf welcher die Föderation beruht, stellt einen Vertrag dar, ist zugleich aber mehr als ein gewöhnlicher völkerrechtlicher Vertrag und kann als *foedus* bezeichnet werden.³¹⁸ Der *foedus* ist geschichtlich betrachtet ein besonderer Vertrag, der völkerrechtlich besonders verbindlich sein sollte und deshalb nur für besonders bedeutsamen Ereignisse verwendet wurde. Dabei hat die Geschichte gezeigt, dass eine Föderation nicht nur durch den Prozess einer revolutionären Verfassungsgebung entstehen kann, sondern ebenso durch einen Vertrag im weitesten Sinn, einen *foedus*.³¹⁹

Die gegenteilige Auffassung, die die Verfassungsgebung durch einen Vertrag ablehnt, ist zurückzuführen auf ein dualistisches Verständnis von staatlichem und internationalem (Völker-) Recht. *Hans Kelsen* hat dies treffend wie folgt formuliert:

„There is no absolute borderline between these two kinds of communities, one of which is constituted by national, the other by international law, since there is no absolute borderline between the sphere of national and that of international law.

³¹⁵ *Confédération suisse*, *Confederazione Svizzera* und *Confederaziun svizra*.

³¹⁶ Siehe zu dieser begrifflichen Verwirrung auch den aufklärenden Hinweis bei *Jean-François Aubert*, The historical development of Confederations, in: *European Commission for Democracy through Law*, The modern concept of confederation, S. 17–37 (35, para. 62).

³¹⁷ Vgl. nur *Biaggini*, BV-Kommentar CH, Art. 1 Rn. 4; *Gérald-A. Beaudoin*, The modern concept of confederation, in: *European Commission for Democracy through Law*, The modern concept of confederation, S. 52–58 (55).

³¹⁸ Siehe auch *Forsyth*, Unions of States, S. 2.

³¹⁹ Vgl. (mit Blick auf die Schweizerische Eidgenossenschaft von 1874) *Greber*, Die strukturellen Grundlagen des Schweizerischen Bundesstaats, S. 8: „Der Bund gibt die Idee eines *Vertrags* wieder, der hinter jedem Bundesstaat steht.“ (Hervorhebung im Original). Weiter a. a. O., S. 9: „Es besteht aber dogmatisch kein zwingender Grund dafür, die Möglichkeit eines Bundes, im Sinne eines vorpositiven Vertrags, beim Bundesstaat auszuschließen. Der Vertrag wird konstitutiver Teil der verfassungsgebenden Gewalt. Diese unterscheidet sich somit vom Einheitsstaat dadurch, dass sie nicht homogen, sondern komplex aufgebaut ist. Die sogenannte vertragliche Grundlage des Bundesstaats ist das rechtliche Spiegelbild des im Föderalismusbegriff immanenten *foedus*‘. Verschiedene Bundesstaaten beziehen sich auf einen Bund (Union) wie z. B. die Vereinigten Staaten oder Indien.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

National law can arise from international law as, for instance, the *constitution of a federal State established by an international treaty*. Such a constitution is national law since it is the basis of the law of a State; and it is at the same time international law since it is the contents of an international treaty. Only the dogmatic prejudice of dualistic interpretation of the relationship between national and international law can prevent recognition of this fact.“³²⁰

Nicht Vertrag *oder* Verfassung, sondern Vertrag *und* Verfassung ist deshalb die Antwort auf die Frage des Gründungsakts und -dokuments einer Föderation. Der Vertrag zur Gründung einer Föderation ist deshalb besonderer Art, weil die Zugehörigkeit zur Föderation einem freien Willensentschluss entspringt, der Vertrag aber nicht frei kündbar ist und ein Staat (oder allgemein eine politische Einheit) sich durch die Zugehörigkeit zur Föderation einem politischen Gesamtsystem einordnet.³²¹ Die Verfassung der Föderation ersetzt aber nicht die staatlichen Verfassungen, sondern setzt diese als notwendige Grundlage voraus und ergänzt sie.³²² Das heutige Korrelat zu einem *foedus* kann deshalb in einem *Verfassungsvertrag* gesehen und so bezeichnet werden. Ein solcher Verfassungsvertrag enthält einerseits als Vertrag unterschiedlich stark ausgeprägte Funktionen einer Verfassung und bewirkt andererseits als zwischen- und überstaatlicher Statusvertrag eine Änderung der (bundes-) staatlichen Verfassungen der Mitglieder der Föderation: Der Inhalt des Verfassungsvertrags ist gleichzeitig Inhalt der Verfassung der Föderation als auch Bestandteil der Verfassung jedes Gliedstaates.³²³ Da es sich bei einem solchen Verfassungsvertrag nicht um eine (bundes-) staatsrechtliche Verfassung handelt, der vertragliche Zusammenschluss mittels einer föderalen Verfassung vielmehr die politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Unterschiede der Völker anerkennen und respektieren soll, bedarf es auch keiner Homogenität eines einheitlichen Volkes der Föderation:

„The treaty establishing a confederation may well be ratified, not merely by the governments or parliaments, but by the peoples of various partner states. [...] The important thing is that the constitution of a confederation is not, by definition, the unilateral act of one people, that is to say, the people of the confederation as a whole, considered as homogenous unity and acting by a strict majority vote. A confederation is formed precisely because a nation or people in this sense is deemed not to exist, because the sense of identity and thus of trust between the citizens of each member state does not run to that depth.“³²⁴

³²⁰ Kelsen, *Peace through law*, S. 40 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

³²¹ Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 367.

³²² Vgl. im Hinblick auf die Idee eines Völkerbundes schon früh Erzberger, *Der Völkerbund*, S. 129 f. (13. Kapitel): „Genau wie jeder Staat seine Verfassung hat und zur Aufrechterhaltung und Durchführung der Verfassung über Machtmittel verfügt, genau so muß der Völkerbund auf einer Verfassung beruhen, die von allen Bundesstaaten anerkannt wird und deren Schutz ein wesentlicher Teil von ihr ist. [...] Die Verfassung des Völkerbundes kann auch nicht an die Stelle der Verfassungen der Bundesstaaten treten: Sie setzt diese vielmehr voraus, läßt sie unberührt und baut auf ihnen auf.“ Diesen grundsätzlich zustimmungswürdigen Ausführungen muss lediglich hinzugefügt werden, dass die Verfassung der Föderation die Verfassungen der Gliedstaaten nicht völlig unberührt lässt, sondern zumindest materiell ergänzt und verändert: Die Verfassung der Föderation wird, wenn auch nicht formell, so doch materiell und funktional betrachtet Teil der Verfassungen der Gliedstaaten.

³²³ Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 368.

³²⁴ Forsyth, *Towards a new concept of confederation*, in: *European Commission for Democracy through Law*, *The modern concept of confederation*, S. 59–67 (64).

In der Literatur wurde der Charakter eines Verfassungsvertrages durch Vergleich mit einer Vereinigung zweier Personen im Rahmen einer Ehe versucht zu verdeutlichen. Auch wenn dieses Vorgehen aus begriffsjuristischer Sicht kritikanfällig sowie methodisch stark begründungswürdig ist und normative Schlussfolgerungen oder direkte Parallelen sich verbieten, soll dieser Vergleich als Metapher für den Verfassungsvertrag einer Föderation herangezogen werden:

„The contract [of marriage] merges into the status [...] It is the same with confederacies and federations: the union started with a compact (perhaps), but the union of the confederated states does not necessarily continue to be of the nature of a compact or treaty. *The contract becomes a law, a status.* What has been formed is not a partnership, but a corporation.“³²⁵

Ein solcher Verfassungsvertrag bezweckt eine dauernde Ordnung und dient nicht nur einer vorübergehenden Regelung. Die Föderation stellt eine auf Dauer angelegte Verbindung ihrer Mitglieder dar, ein „ewiger“, d. h. auf Dauer berechneter Bund.³²⁶ Durch die Einbindung der Mitglieder der Föderation in ein Gesamtsystem und den besonderen Charakter des Verfassungsvertrages wird dessen freie Kündbarkeit durch ein einzelnes Mitglied ausgeschlossen.³²⁷

2. Der Status der Mitglieder und ihre politische Selbsterhaltung

Nicht ausgeschlossen ist hingegen trotz der *per se* ewigen Verbindung der Austritt eines Mitglieds der Föderation als *ultima ratio* für den (politischen) Extremfall. Einen solchen Austritt wird man keinem Mitglied verwehren dürfen, da sonst die Grenze hin zu einem Bundesstaat, der nur eine (gewaltsame) Sezession kennt, überschritten wäre. Allerdings ist kein rechtlicher Grund ersichtlich, einem Staat oder sonstigen Mitglied der Föderation den freien Austritt generell zu erlauben und in der Verfassung zu verankern. Die Föderation zwingt keinen Staat, ihr beizutreten. Ermöglicht man den Mitgliedstaaten den Austritt aus der Föderation, so werden sie vielleicht leichter bereit sein, ihr beizutreten.³²⁸ Ist aber ein Staat der Rechtsgemeinschaft der Föderation beigetreten, so hat er damit erklärt, an Stelle der Gewalt das Recht zu setzen.³²⁹ Die Anerkennung des Rechts schließt es aus, dass ein Staat nach Belieben die Rechtsgrundlage missachtet, den Verfassungsvertrag kündigt und aus der Föderation austritt: Alle föderalen Systeme beruhen auf der Dauer des gebildeten Zustandes.³³⁰ Die explizite Gewährung des Rechts zum Austritt würde die Föderation praktisch von den Einzelstaaten abhängig machen, da diese jederzeit mit ihrem Austritt drohen könnten.³³¹ Überdies müssten die Föderation und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Politik stets die Möglichkeit ins Auge fassen, dass ein Mitgliedstaat sich aus der Föderation löst.

³²⁵ Hughes, *Confederacies*, S. 12 (Hervorhebung hinzugefügt).

³²⁶ Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 367.

³²⁷ Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 367.

³²⁸ Vgl. Bowie/Friedrich, *Probleme einer europäischen Staatengemeinschaft*, S. 83.

³²⁹ So für die Idee des Völkerbundes schon Erzberger, *Der Völkerbund*, S. 131.

³³⁰ Vgl. schon Erzberger, *Der Völkerbund*, S. 131. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum ein Staat aus einer Föderation, in der er den Schutz der Gemeinschaft genießt ohne bevormundet zu werden, austreten wollte. Siehe hierzu mit Blick auf den Völkerbund a. a. O.

³³¹ Vgl. Bowie/Friedrich, *Probleme einer europäischen Staatengemeinschaft*, S. 83.

Streitigkeiten der Mitglieder einer Föderation, sowohl in horizontaler als auch in vertikaler Richtung, müssen vielmehr rechtlich, letztlich also gerichtlich ausgetragen werden. Dies erfordert die Einrichtung eines Gerichts, dessen Art und Umfang von den Mitgliedern selbst bestimmt werden kann. Für diesen rechtlichen Rahmen wird in einer Föderation ein bloß fakultatives (Schieds-) Gericht nicht mehr ausreichen.³³² Erforderlich und kennzeichnend für die Föderation ist ein obligatorisches und übergeordnetes Gericht, welches zur verbindlichen Streitsentscheidung befugt ist.³³³

Selbst wenn im Extremfall ein Mitglied der Föderation den Austritt bevorzugen würde, könnte sich dieses Mitglied nicht den verfassungsvertraglichen Verpflichtungen der Föderation entziehen. Denn durch den freiwilligen Akt der Gründung einer Föderation oder durch den Beitritt zu einer Föderation ändert sich zugleich die Verfassung jedes Mitglieds: Die Föderation begründet einen neuen Status jedes Mitglieds.³³⁴ Diesen Status kann ein Mitglied nicht mehr einseitig ändern. Auch ein Austritt, der auf der Grundlage einer Entscheidung aller oder der Mehrheit der Mitglieder der Föderation basiert, kann nicht zu einer vollständigen Befreiung der verfassungsvertraglichen Verpflichtungen der Föderation führen. Als Statusvertrag besitzt die Rechtsgrundlage der Föderation verfassungsrechtliche Qualität und entfaltet somit objektive Wirkungen.

Obwohl die freie Lösung wie bei einem Staatenbund nicht mehr möglich ist, erfordert die Föderation keine so enge Verbindung wie in einem Bundesstaat. Die einzelnen Mitglieder der Föderation können vielmehr selbst Bundesstaaten sein und werden trotz der Einbindung in ein Gesamtsystem in dieser Hinsicht nicht verändert.³³⁵ Allerdings bezweckt die Vereinigung in einer Föderation die Erhaltung der rechtlichen und politischen Existenz *aller* Mitglieder.³³⁶ Die Garantie dieser Existenz besteht in dreifacher Hinsicht: Von jedem einzelnen Mitglied gegenüber allen, von allen Mitgliedern gegenüber jedem einzelnen und gegenüber allen zusammen.³³⁷ Da die Existenz der Mitglieder nur im Rahmen der Föderation gewährleistet werden kann, besteht der Status der Mitglieder aus einer Wechselbeziehung zwischen Einzelverfassung der Staaten und Gesamtverfassung der Föderation. Das Wesen der Föderation liegt in einem Dualismus der politischen Existenz, in einer föderativen Verbindung und politischen Einheit auf der einen Seite mit dem Weiterbestehen einer Mehrheit, einem Pluralismus politischer Einzeleinheiten auf der anderen Seite.³³⁸ Für diesen Pluralismus, die Heterogenität der Mitglieder, bedarf es bewusster und klar formulierter Rechte sowohl der Föderation als auch der Glieder. Heterogenität bedeutet eine Spannungslage vor allem zwischen den Gliedstaaten und der Föderation, so dass Mechanismen entwickelt werden müssen, die eine rechtliche Lösung dieser Konfliktlagen ermöglicht und so zu einer politischen Zufriedenheit auf beiden Seiten führt:

³³² Für ein obligatorisches Schiedsgericht hinsichtlich des Völkerbundes *Erzberger*, *Der Völkerbund*, S. 89 ff., 131 und in Art. 11 seines Entwurfs einer Verfassung des Völkerbundes (S. 151).

³³³ Deutlich schon im Hinblick auf die Idee des Völkerbundes und das von ihm favorisierte obligatorische Schiedsgericht *Erzberger*, *Der Völkerbund*, S. 93.

³³⁴ Vgl. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 366.

³³⁵ Für die treffende Beschreibung der föderalen Konzeption der Europäischen Gemeinschaft siehe auch schon *Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft*, S. 439: „Diese Gemeinschaft ist so angelegt, daß sie die doppelte Aufgabe löst, auf den Gebieten ihrer Zuständigkeit eine die beteiligten Staaten und ihre Bürger unmittelbar bindende Ordnung zu schaffen und dennoch die Staaten, die ihre Mitglieder sind, als solche fortbestehen lassen. Das aber ist das Wesen der Föderation.“

³³⁶ Vgl. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 368.

³³⁷ Vgl. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 368.

³³⁸ Vgl. *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 371.

„Modern confederations or aspirant confederations, which are based on the ethnic heterogeneity of their members, rather than, as in the past, on their homogeneity, will not survive or succeed if they do not deliberately adjust to this primordial tension, and specify as clearly as possible the guaranteed rights not merely of the union but also of the parts. It need hardly be added that machinery for conciliating differences resulting from the conflict of the rights of the union and parts will need also be concomitantly more developed. One is not advocating deadlock, but *mutual respect*.“³³⁹

Deshalb muss das durch das Dogma der Homogenität geleitete Demokratieverständnis, wie es vor allem durch *Carl Schmitt* postuliert und geprägt wurde, zurückgewiesen werden.³⁴⁰ Das Beispiel der Schweizerischen Eidgenossenschaft und die Erfahrung mit einer Vielfalt an Kultur und Sprache zeigt sehr gut, dass das Fehlen eines homogenen Volkes keine Voraussetzung für einen demokratischen Staat und auch nicht für einen Bundesstaat ist.³⁴¹ Zuzugeben ist allerdings, dass die Gleichartigkeit in einer Föderation um so mehr bestehen muss, je enger die föderalen Strukturen werden oder werden sollen. Deshalb müssen von unten nach oben betrachtet, d. h. von der lokalen/regionalen zur staatlichen und internationalen Ebene, immer losere föderale Strukturen bestehen.³⁴² Sofern man an den Punkt gelangen sollte, an dem man eine föderale Modellbildung nur noch mit der Voraussetzung einer umfassenden Homogenität begründen kann, sollte man das zugrundeliegende Modell überdenken und eine Systembildung wählen, die die vorhandenen pluralistischen Strukturen und Bedingungen anerkennt statt von einer nicht vorhandenen Homogenität auszugehen.³⁴³ Andernfalls wäre eine solche Föderation nicht von Dauer.

Dasselbe gilt für die Übertragung des nationalstaatlichen Verständnisses von Demokratie im Sinne einer (idealtypischen) Volkssouveränität. Am Beispiel der Europäischen Union lässt sich dieses Verbot der Analogie genuin staatsrechtlicher Konzepte leicht verdeutlichen. Mit der nicht selten geforderten Etablierung der Volkssouveränität auf der Ebene der Union würde diese ihren Charakter als supranationale Föderation verlieren und zu einem europäischen Bundesstaat erstarken.³⁴⁴ Will man die Föderation aufrecht

³³⁹ Forsyth, Towards a new concept of confederation, in: *European Commission for Democracy through Law*, The modern concept of confederation, S. 59–67 (67) (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁴⁰ Vgl. Pernice, DVBl., Bd. 115, 2000, S. 847 (850) m. w. N.

³⁴¹ Vgl. Biaggini, BV-Kommentar CH, Art. 1 Rn. 13.

³⁴² Siehe auch schon Hay, Federalism and Supranational Organizations, S. 98, dessen Ansicht zufolge das föderale Prinzip (*federal principle*) immer dann vorhanden ist, wenn „[...] (1) there is a process involving the transfer of a substantial portion of the power and authority to govern free from interference to a central authority, established for some specific purpose or purposes, by two or more groups which are fairly homogenous in themselves but differ from each other in some significant respect(s) as a result of which they desire to retain a substantial portion of the power and authority to govern themselves free from interference from either the other group or groups or from the central authority; or (2) whenever a unitary government (a) transfers a substantial amount of the power and authority to govern free from interference to one or more groups, which are fairly homogenous in themselves but which differ from the unitary government and/or from each other in some significant respect(s), and (b) retains a substantial amount of the power and authority to govern free from interference from the group or groups; and (3) when there is freedom to exercise without interference the power which was transferred or retained. Any organization or any aspect of an organization meeting these criteria may then be considered 'federal'.“ (Hervorhebungen im Original).

³⁴³ Für die verstärkte Beachtung pluralistischer Strukturen auf dem Gebiet der europäischen Menschenrechte plädiert deshalb (im Ergebnis zu Recht) Krisch, MLR, Nr. 2, Bd. 71, 2008, S. 183 (214) *et passim*.

erhalten, bedarf es der Anerkennung der Heterogenität der Glieder und des Pluralismus in einer Föderation. Die Anerkennung von Heterogenität und Pluralismus muss letztlich auch dazu führen, die Souveränität in einer Föderation stets in einer Schwebelage zu halten. Denn sieht man die Souveränität bei der Föderation, wird sie zu einem Bundesstaat, sieht man sie hingegen bei den Mitgliedstaaten, zerfällt sie in ihre einzelnen Glieder. Nur wenn die Frage der Souveränität offen gehalten und die Föderation als Prozess betrachtet wird, kann ihre Existenz gesichert werden.³⁴⁵

3. Der gemeinsame Zweck – Das funktionale Element

Der grundlegendste Zweck einer jeden Staatenverbindung war und ist die Selbsterhaltung der Staaten, welche sich ohne die Verbindung gegen einen Angriff schutzlos sehen würden. Hieraus legitimiert(e) sich insbesondere der Völkerbund, die Vereinten Nationen und auch die Europäischen Gemeinschaften respektive die heutige Union.³⁴⁶ Der Schutz nach außen gegen militärische Angriffe und die Befriedigung nach innen durch die Pflicht der Mitglieder, alle Streitigkeiten im Rahmen des Rechts auszutragen, ist ebenso grundlegende Bedingung und Zweck einer jeden Föderation. Ein Verzicht hierauf erscheint nur dann möglich, wenn dieser Zweck anderweitig, gegebenenfalls durch eine weitere, übergeordnete Föderation ausreichend gesichert wird. Diesen grundlegenden Zweck kann man historisch betrachtet insbesondere in Art. III³⁴⁷ der *Articles of Confederation* der Vereinigten Staaten vom 15. 11. 1777 und in Art. II³⁴⁸ der Deutschen Bundesakte vom 8. 6. 1815 wiederfinden.³⁴⁹ Die Schutz- und Friedensfunktion erscheint somit als notwendige, aber nicht zwangsläufig alleinige Funktion einer Föderation.

Von den Mitgliedern der Föderation können auch weitere Zwecke vereinbart werden. Diese können beispielsweise in der Förderung der Wohlfahrt liegen und in wirtschaftlichen Motiven der einzelnen Mitglieder der Föderation begründet sein.³⁵⁰ Wie das Beispiel des gescheiterten Völkerbundes gezeigt hat, kann aber niemals auf einen grundlegenden, spezifischen Zweck, regelmäßig die Schutz- und Friedensfunktion, verzichtet

³⁴⁴ Vgl. *Beaud*, Der Staat, Bd. 35, 1996, S. 45 (65 f.). Zu Recht kritisch im Hinblick auf die mitunter idealisierende oder gar verfälschende Betrachtung der deutschen Volkssouveränität und der demokratischen Legitimation über das föderale Zweikammersystem Bundestag/Bundesrat *Schönberger*, Der Staat, Nr. 4, Bd. 48, 2009, S. 535 (546).

³⁴⁵ Vgl. *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 372 f.

³⁴⁶ Dasselbe gilt für stärker integrierte Staatenverbindungen respektive klassische Bundesstaaten wie die USA, die Schweiz und Deutschland. Auch hier war primäre Funktion zunächst die Verteidigung nach außen und die Sicherheit im Inneren, vgl. *Schönberger*, ERPL, Bd. 19, 2007, S. 61 (74), der mit Blick auf föderale Bürgerrechte ergänzt, dass bei den genannten Beispielen die wirtschaftliche Wohlfahrt zu Beginn gerade kein Zweck des föderalen Zusammenschlusses gewesen ist und die Gleichstellung erst im Laufe der Zeit erfolgte.

³⁴⁷ „The said States hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretense whatever.“

³⁴⁸ „Der Zweck desselben ist Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten.“

³⁴⁹ Siehe auch *Giorgio Malinverni*, The classical notions of a confederation and of a federal State, in: *European Commission for Democracy through Law*, The modern concept of confederation, S. 39–51 (46 f.).

³⁵⁰ Siehe zu Recht deutlich aber auch *Forsyth*, Towards a new concept of confederation, in: *European Commission for Democracy through Law*, The modern concept of confederation, S. 59–67 (62): „Stripped to the core, the motive is political – even if the content may appear primarily ‚economic‘. The drive to become powerful – economically and militarily – vis-à-vis other states is as old as history.“

werden. Auch die Föderation ist als Modell für eine Staatenverbindung deshalb nicht ohne diese Funktionsbezogenheit denkbar. Für die Erreichung eines singulären Ziels und der Durchsetzung partikulärer Interessen ist eine Föderation nicht erforderlich. Hierfür genügen herkömmliche bi- oder multilaterale Kooperationen auf rein zwischenstaatlicher, horizontaler Ebene. Eine Föderation ist vielmehr durch einen weiter reichenden, gemeinsamen politischen Zweck gekennzeichnet und hält die Mitglieder durch das zweckgebundene Band der Föderation zusammen. Verändern sich die Ziele der Mitglieder und entfällt der gemeinsame Zweck, ändert sich auch die Föderation und ist durch (Selbst-) Auflösung bedroht. Umgekehrt kann die Mehrung der gemeinsamen Ziele und die Vertiefung der gemeinsamen Zwecksetzung die Föderation stärken und die Mitglieder besser integrieren. Die Föderation unterliegt deshalb einem ständigen Wandel, einem föderalen Prozess. Die Funktion und Zukunft einer Föderation ist maßgeblich von den Zielen der Mitglieder und der gemeinsamen Zwecksetzung abhängig und deshalb auch von der Frage, ob und inwieweit die Mitglieder den gemeinsamen Zweck fördern und inwieweit die Föderation eine Möglichkeit besitzt, die Mitglieder im Interesse der Gemeinschaft hierzu aufzufordern oder rechtlich zu zwingen. Eine Föderation besteht deshalb nicht zum bloßen Selbstzweck sondern legitimiert sich aus den Interessen, Bedürfnissen und Zielen der Mitglieder. Diese kulminieren in einem gemeinsamen politischen Zweck, der zugleich die rechtliche Grundlage für die Gründung, Aufrechterhaltung, aber auch für die Auflösung der Föderation sein kann.

IV. Supranationale Organisationen – Funktionale Verbindungen politischer Einheiten mit föderalen Strukturen

Eine supranationale Organisation ist zwar nicht in jeder Hinsicht mit einer Föderation identisch, es bestehen aber bei beiden Arten inhaltlich und strukturell betrachtet weitgehende Gemeinsamkeiten.

Internationale Organisationen gehören in das Spektrum der Staatenverbindungen ebenso hinein wie Staatenbünde oder Bundesstaaten und können ebenso wie diese föderale Elemente und Strukturen aufweisen.³⁵¹ Internationale Organisationen können daher generell als Staatenbünde bezeichnet werden. Umgekehrt können Staatenbünde unter die Definition internationaler Organisationen fallen und sind Beispiele für hoch integrierte internationale Organisationen.³⁵² Der Begriff der inter- oder supranationalen Organisationen ist zwar an sich nicht föderalismusbezogen,³⁵³ Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine supranationale Organisation föderale Strukturen aufweist. Ob ein solches Gebilde dann formell als Staatenbund, Bundesstaat, inter- oder supranationale Organisation oder eben als Föderation respektive Bund bezeichnet wird, ist nicht von entscheidender Bedeutung.³⁵⁴

Der Terminus *supranational* tauchte ursprünglich in Art. 9 EGKS³⁵⁵ auf und ver-

³⁵¹ Vgl. Schönberger, Unionsbürger, S. 155 f. m. w. N. in Fn. 102.

³⁵² Vgl. Kristoferitsch, Vom Staatenbund zum Bundesstaat?, S. 18 sowie schon Seidl-Hohenveldern/Loibl, Internationale Organisationen, Rn. 0113 und Rn. 0116.

³⁵³ Vgl. Schönberger, Unionsbürger, S. 9 f., der deshalb den Begriff des Bundes bevorzugt.

³⁵⁴ Vgl. Schönberger, Unionsbürger, S. 12.

³⁵⁵ Vgl. den englischen Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 EGKS: „The members of the High Authority shall exercise their functions in complete independence, in the general interest of the Community. In the fulfillment of their duties, they shall neither solicit nor accept instructions from any government or

schwand zwar mit dem Fusionsvertrag³⁵⁶ wieder aus dem Wortlaut der Verträge der heutigen Union, nicht aber aus dem Wortschatz der Rechts- und Politikwissenschaft.

Da eine Organisation unterschiedlich viele und unterschiedlich stark ausgeprägte Elemente supranationalen Charakters besitzen kann,³⁵⁷ sollte Supranationalität nicht mit einem „Alles-oder-Nichts-Schema“ betrachtet werden.³⁵⁸ Zum einen ist der Übergang von einer internationalen zu einer supranationalen Organisation fließend und zum anderen kann das Ausmaß des supranationalen Charakters einer Organisation variieren.³⁵⁹ Wesentliches Element der Supranationalität ist neben der Weisungsunabhängigkeit der supranationalen Organe deren Befugnis zur direkten Ausübung von Hoheitsgewalt innerhalb der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten (Durchgriffswirkung).³⁶⁰ Dieses Element ist Wesensmerkmal sowohl einer supranationalen Organisation als auch einer Föderation.

Strukturell betrachtet bestehen zwischen einer Föderation und einer supranationalen Organisation weitgehende Gemeinsamkeiten.³⁶¹ Sowohl die supranationale Organisation als auch die Föderation ist völkerrechtsunmittelbar. Beide werden von Mitgliedern (Staaten) ins Leben gerufen und können von diesen mit Rechts- und Völkerrechtspersönlichkeit ausgestattet werden. Das Gründungsdokument ist in beiden Fällen weder ein rein völkerrechtlicher Vertrag noch eine staatsrechtliche Verfassung, sondern ein Verfassungsvertrag. Sowohl die Föderation als auch die supranationale Organisation besitzt kein eigenes Gebiet und kein eigenes Volk, sondern setzt sich aus der Gemeinschaft der Völker zusammen, die in den einzelnen Territorien der Mitglieder der Föderation/Organisation leben. Föderation und Organisation bezwecken die Erreichung gemeinsamer Ziele der Mitglieder. Hierfür werden sowohl in der Föderation als auch in der supranationalen Organisation gemeinsame, überstaatliche (supranationale) Or-

from any organization. They will abstain from all conduct incompatible with the *supranational character of their functions*." (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁵⁶ Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8. 4. 1965, in Kraft getreten am 1. 7. 1967.

³⁵⁷ In der Literatur wurden einzelne Kriterien vorgeschlagen, die kumulativ vorliegen müssten, um eine Organisation als supranational qualifizieren zu können. Dies seien vor allem die Unabhängigkeit der Organe, die Verbindlichkeit der Rechtsakte der Organe, das Mehrheitsprinzip, die direkte Ausübung von Hoheitsrechten in den Mitgliedstaaten, die Durchsetzbarkeit des supranationalen Rechts sowie die Finanzautonomie, vgl. *Chapuis*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 26 ff. Es ist aber fraglich, ob schon beim Fehlen eines dieser Elemente die Qualifizierung einer Organisation als supranational scheitern muss. Quantitative und qualitative Unterschiede sollten vielmehr als solche hingenommen werden statt in ein „Entweder/Oder-Schema“ zu verfallen. Vgl. in diesem Sinne *Frank*, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 76.

³⁵⁸ Ähnlich schon *Hay*, Federalism and Supranational Organizations, S. 36. Siehe auch *Frank*, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 77.

³⁵⁹ Siehe auch *Yves Lejeune*, Contemporary concept of confederation in Europe – lessons drawn from the experience of the European Union, in: *European Commission for Democracy through Law*, The modern concept of confederation, S. 122–142 (124): „A ‚supranational‘ organisation is an organisation dedicated to integration on which its founders have conferred characteristics considered unusual for intergovernmental organisations (though not necessarily for confederations). The more an international organisation integrates its members, the more ‚supranational‘ it becomes.“

³⁶⁰ Vgl. *Chapuis*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 29.

³⁶¹ Siehe hierzu auch (allerdings mit teilweise abweichenden Ansichten) *Yves Lejeune*, Contemporary concept of confederation in Europe – lessons drawn from the experience of the European Union, in: *European Commission for Democracy through Law*, The modern concept of confederation, S. 122–142 (124 ff.). Zur Betrachtung der (heutigen) Union als eine *confederation of states*, die der hier dargestellten Föderation ähnlich ist, siehe a. a. O., S. 140 f.

gane eingesetzt, die autonom sind und selbständige Entscheidungen treffen können – sowohl im Bereich der Legislative und Exekutive als auch im Bereich der Judikative. Die Ausstattung der einzelnen Organe der Föderation respektive der supranationalen Organisation wird aber nicht umfassend vorgenommen, sondern beschränkt auf den gemeinsamen Zweck der Föderation/Organisation und die im Verfassungsvertrag im Einzelnen festgelegten Ziele.

Die Dichotomie zwischen nationalem und internationalem Recht, welche der tradierten Bundesstaat–Staatenbund-Dichotomie zugrunde liegt, ist auch für eine differenzierte Betrachtung inter- und supranationaler Organisationen ungeeignet. Supranationale Organisationen befinden sich zwischen den Polen einer rein (bundes-) staatlichen Rechtsordnung und einer internationalen Organisation im Sinne des herkömmlichen Völkerrechts.³⁶² Die Europäischen Gemeinschaften und die heutige Union haben für die Verabschiedung der starren Zweiteilung einen wesentlichen Beitrag geleistet. Das sekundäre Recht der Union ist seinem Ursprung nach kein nationales Recht, sondern originäres Recht der Union als einer supranationalen Organisation,³⁶³ seiner Struktur nach föderal und entfaltet Rechtswirkungen wie innerstaatliches Recht.³⁶⁴ Diese unmittelbaren Rechtswirkungen kann das genuin föderale Recht aber nur entfalten, weil der Föderation respektive der supranationalen Organisation zuvor Hoheitsrechte übertragen wurden.

1. Die Übertragung von Hoheitsrechten

Eine Übertragung von Hoheitsrechten (für die Bundesrepublik Deutschland insbesondere im Sinne von Art. 24 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG)³⁶⁵ liegt vor, wenn ein Staat seinen ausschließenden Anspruch auf Ausübung von Hoheitsrechten zurücknimmt und zugleich darin einwilligt, dass eine fremde Hoheitsgewalt diese Hoheitsrechte mit der Folge wahrnimmt, dass unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dieser fremden Hoheitsgewalt und dem Individuum oder staatlichen Behörden entstehen.³⁶⁶ Die Übertragung ist dann mit einer Durchgriffswirkung verbunden, so dass das Individuum den

³⁶² Ähnlich auch *Claude*, *Swords into Plowshares*, S. 109: „Supranational institutions are conceived as falling between the poles of federal government and international organization; they are defined in terms of their approximation of the former and their deviation from the latter. In short, they are regarded as sufficiently advanced to be treated as different in kind from conventional international organizations.“

³⁶³ Siehe hierzu *Chapuis*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 100 f. sowie sogleich im Text.

³⁶⁴ Vgl. schon *Hay*, ASIL Proceedings, Bd. 59, 1965, S. 195 (199): „The contribution of the Communities for legal science is the breaking-up of the rigid dichotomy of national and international law. [...] The central point is that, *while forming*, the Communities fashion intermediate forms of law which are neither national nor international law. It is municipal law in effect, federal in structure, but not national in origin.“ (Hervorhebung im Original).

³⁶⁵ Für andere Staaten der EU siehe die rechtsvergleichende Studie von *Chapuis*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 115 ff. Dort sind auch im Anhang (S. 317–337) die relevanten verfassungsrechtlichen Bestimmungen für Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal und Spanien aufgeführt. Siehe aber auch für Österreich Art. 9 Abs. 2 S. 1 des österreichischen Bundesverfassungsgesetz (B-VG). Das B-VG ist in seiner aktuellen Fassung abrufbar unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138> (<http://bit.ly/10TAhKu>).

³⁶⁶ Vgl. *Baldus*, Transnationales Polizeirecht, S. 250 f. m. w. N. in Fn. 23.

Maßnahmen einer supranationalen Hoheitsgewalt direkt ausgesetzt ist, ohne dass es eines dazwischen geschalteten Aktes genuin staatlicher Hoheitsgewalt bedarf.³⁶⁷ Die Übertragung von Hoheitsrechten bedarf nicht zwingend einer Änderung der Zuständigkeiten, sondern liegt schon dann vor, wenn eine fremde Hoheitsgewalt zu schlicht-hoheitlichem Handeln ermächtigt wird und sich hierdurch die Gefahr faktischer Grundrechtsverletzungen ergeben kann.³⁶⁸

Der Vorgang der Übertragung von Hoheitsrechten ist sprachlich missverständlich und suggeriert die „Übertragung“ staatlicher Hoheitsrechte auf eine Organisation. Bei dem Vorgang der Übertragung von Hoheitsrechten handelt es sich normativ betrachtet nicht um eine eigentliche „Übertragung“ im allgemein-sprachlichen Sinn, sondern um die Entstehung eigener Hoheitsrechte bei der Organisation durch gemeinsame Ermächtigung der Mitgliedstaaten.³⁶⁹ Es handelt sich dabei um einen kollektiven Verzicht der übertragenden Einheiten (Staaten), die jeweils einzeln auf die bis dato alleinige, ausschließliche Inanspruchnahme ihrer Hoheitsrechte und Gewährung von Kompetenzen an ihre eigenen (Staats-) Organe verzichten und sich stattdessen bereit erklären, die Organisation mit eigenen Hoheitsrechten auszustatten sowie den Organen der Organisation die (alleinige/geteilte) Kompetenz zur Wahrnehmung ihrer Zuständigkeiten im Interesse aller Mitglieder zuzusprechen.³⁷⁰

In der Vergangenheit wurde die Übertragung aber nicht immer in diesem Sinne verstanden, sondern mitunter als Delegation oder Mandat betrachtet.³⁷¹ Dies hatte die Folge, dass Hoheitsrechte als lediglich abgeleitete (derivative) Rechte betrachtet wurden und die originäre Entstehung von Hoheitsrechten bei der Organisation abgelehnt wurde. Diese Sicht verkennt sowohl die Rechtspersönlichkeit der Organisation als auch den Vorgang der Übertragung von Hoheitsrechten. Ausgangspunkt soll hier zunächst die Erkenntnis sein, dass internationale Organisationen, ebenso wie Staaten, stets durch ihre Vertreter handeln müssen. Als juristische Person des öffentlichen respektive des Völkerrechts sind sie ebenso wie Staaten eine juristische Konstruktion, eine Fiktion, die nur durch entsprechende Organe am Rechtsleben teilhaben kann.³⁷²

Die Existenz von einfachen Vertretungen (*agency relationships between states and international organizations*), die gemäß einer in der Literatur vertretenen dreifachen Typologie³⁷³ das eine Ende des Spektrum markieren,³⁷⁴ ist international sowohl von der Rechtsprechung (IGH) als auch von der *International Law Commission* (ILC) sowie auch in der Literatur anerkannt.³⁷⁵ Derartige Vertreterbeziehungen (*agency relationships*) sind eher rudimentär ausgestaltete Rechtsbeziehungen und für die hier ausgewählten Rechtsordnungen supranationaler Organisationen und stärker integrierte Systeme föderaler Staatenverbindun-

³⁶⁷ Vgl. Baldus, Transnationales Polizeirecht, S. 251.

³⁶⁸ Vgl. Baldus, Transnationales Polizeirecht, S. 365.

³⁶⁹ Vgl. Seidl-Hohenveldern/Loibl, Internationale Organisationen, Rn. 0107.

³⁷⁰ Ähnlich Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 106 f.; Frank, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 65.

³⁷¹ Zur Ungeeignetheit dieser Konstruktionen siehe Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 93, 95.

³⁷² Ähnlich (bezogen auf Staaten) auch Brownlie, The Rule of Law in International Affairs, S. 85.

³⁷³ Siehe zu dieser Typologie der unterschiedlichen Arten einer Übertragung von Hoheitsrechten auf eine internationale Organisation (*conferrals of powers of international organizations*) Sarooshi, International Organizations, S. 28.

³⁷⁴ Vgl. Sarooshi, International Organizations, S. 29.

³⁷⁵ Vgl. Sarooshi, International Organizations, S. 33 m. w. N. in Fn. 1–3.

gen nicht weiter relevant. Neben der Delegation (*delegation*), die nach dieser Typologie eine Mittelstellung einnimmt, steht am anderen Ende des Spektrums die Übertragung von Hoheitsrechten im engeren Sinn (*transfer of powers*).³⁷⁶ In diese Gruppe gehören Normen wie Art. 24 GG.³⁷⁷ Bei dieser Variante der Übertragung von Hoheitsrechten entstehen diese originär bei der supranationalen Organisation.³⁷⁸ Die umstrittene Frage originärer oder abgeleiteter Hoheitsgewalt in einer Föderation oder supranationalen Organisation ist weniger mit einer qualitativen Unterscheidung der Hoheitsrechte zu beantworten. Die Begriffe „originär“ und „abgeleitet“ sind vielmehr Beschreibungen des Ursprungs der Hoheitsrechte und auch der (Völker-) Rechtspersönlichkeit einer supranationalen Organisation oder Föderation.³⁷⁹ Es obliegt zwar der Entscheidung der Gründerstaaten, ob sie eine supranationale Organisation oder Föderation mit voller oder nur partieller (Völker-) Rechtspersönlichkeit ausstatten. Diese Entscheidung über die Reichweite der (Völker-) Rechtspersönlichkeit, die von dem Ausmaß der Übertragung der einzelnen Hoheitsrechte abhängt, ist aber von der strukturellen Art der Übertragung und der damit verbundenen Entstehung der Hoheitsrechte zu unterscheiden. Sofern die Staaten sich entscheiden, eine supranationale Organisation oder Föderation zu gründen und auf diese Hoheitsrechte übertragen, entstehen diese bei der supranationalen Organisation oder Föderation originär.³⁸⁰ Eine abgeleitete Entstehung würde sich in diesen Formen der Staatenverbindungen nicht widerspruchsfrei zu Ende denken lassen, denn bei der Annahme abgeleiteter Hoheitsrechte müsste entweder eine oder die Gesamtheit der mitgliedstaatlichen Verfassungen auch nach der Übertragung Geltungsgrund und Maßstab für eine Rechtskontrolle sein. Die Organe einer Föderation oder supranationalen Organisation könnten so kaum sinnvoll handeln, sondern wären durch die Vielzahl an mitgliedstaatlichen Verfassungen gelähmt. Sofern man die Hoheitsrechte originär betrachtet und sie in der Verfassung der Föderation verankert sieht, ist die Ausübung der Kompetenzen durch die Organe einer Föderation oder supranationalen Organisation widerspruchsfrei möglich.

Die Fehlvorstellung einer bloßen Delegation von Hoheitsrechten an die supranationale Organisation oder deren Mandatierung ist letztlich auf eine irrationale Angst vor dem Verlust nationalstaatlichen Souveränität zurückzuführen, weil die Übertragung von Hoheitsrechten fälschlicherweise mit dem partiellen Verlust staatlicher Souveränität gleichgesetzt wird. Staatliche Souveränität ist aber nicht die Summe der Hoheitsrechte eines Staates. Die Summe der Hoheitsrechte ist ebenso wenig mit der Staatsgewalt gleichzusetzen.³⁸¹ Bei einer Übertragung von Hoheitsrechten werden lediglich einzelne Hoheitsrechte übertragen, d. h. der supranationalen Organisation oder Föderation wird gestattet, in diesen Rechtsbereichen legislativ, exekutiv und judikativ tätig zu werden, während die Mitgliedstaaten sich gleichzeitig verpflichten, in diesen Rechtsbereichen

³⁷⁶ Siehe zu dieser Gruppe der *transfers of powers to international organizations* Sarooshi, International Organizations, S. 65 ff.

³⁷⁷ Vgl. Sarooshi, International Organizations, S. 66 mit einer rechtsvergleichenden Aufzählung weiterer Verfassungsbestimmungen anderer Staaten in Fn. 3.

³⁷⁸ Vgl. Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 95 ff. (101 f.).

³⁷⁹ Vgl. schon Hay, Federalism and Supranational Organizations, S. 26.

³⁸⁰ Für eine supranationale Organisation im Ergebnis wie hier auch Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 101.

³⁸¹ Für die Trennung der Souveränität und Staatsgewalt von den einzelnen Hoheitsrechten einer supranationalen Organisation und den Kompetenzen ihrer Organe siehe Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 76 f., 80 m. w. N.

nicht mehr allein (im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung) tätig zu werden und stattdessen das diesbezügliche Recht der supranationalen Organisation oder der Föderation anzuerkennen und gegebenenfalls (bei einer Wahl des mittelbaren Verwaltungsvollzugs) auszuführen sowie kooperativen Rechtsschutz zu gewährleisten. Die supranationale Organisation oder Föderation, die für eine bestimmte Rechtsmaterie von ihren Mitgliedern Hoheitsrechte übertragen bekommt, ist dann für diese Bereiche (ausschließlich oder geteilt) zuständig und berechtigt, die entsprechenden Kompetenzen durch ihre eigenen Organe wahrzunehmen.³⁸² Diese Wahrnehmung der Kompetenzen durch Organe der Organisation oder Föderation führt aber ebenso wie die Verortung der Hoheitsrechte bei der Organisation oder Föderation nicht zu einem Verlust an Staatsgewalt bei den Mitgliedern und auch nicht zu einem Verlust an Souveränität.³⁸³ Die Staaten als basale Glieder der Föderation bzw. der supranationalen Organisation bleiben immer noch souverän und können diejenigen Hoheitsrechte, die sie nicht übertragen haben, weiterhin wahrnehmen.³⁸⁴ Ihre Souveränität, die sich in der Föderation lediglich in einer Schwebelage befindet, kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass sie im Extremfall die Organisation respektive Föderation gemeinsam mit den anderen Mitgliedern wieder auflösen können.³⁸⁵

2. Rückwirkungen auf die staatliche Ebene

Da oft keine Differenzierung nach Art und Umfang der Übertragung von Hoheitsrechten erfolgt, wird vertreten, dass die Mitgliedstaaten einer inter- oder supranationalen Organisation auch nach einer Übertragung von Hoheitsrechten stets die sogenannten Herren der Verträge bleiben würden und eine Kündigung des Vertrags sowie ein Austritt aus der Organisation stets möglich bliebe.³⁸⁶ Insoweit ist zwar richtig, dass es die Mitgliedstaaten einer supranationalen Organisation sind, die den völkerrechtlichen Vertrag zur Gründung oder Erweiterung der Organisation schließen und dass demzufolge die Organisation auf diesem Vertrag basiert. An diesem Punkt stehen zu bleiben, würde aber bedeuten, die Besonderheiten und Eigenarten einer supranationalen Organisation zu

³⁸² Frank, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 65 spricht deshalb von einer Suspendierung der Kompetenzausübung durch die Mitgliedstaaten und lehnt einen endgültigen Verzicht ab.

³⁸³ Vgl. Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 65. Dies wurde auch von der Beschwerdeführerin *Senator Lines* im gleichnamigen Verfahren vor dem EGMR vorgebracht, vgl. EGMR, Entscheidung [GK] vom 10. 3. 2004, Appl. no. 56672/00 – *Senator Lines GmbH v. Austria and Others*, Slg. 2004-IV (Abschnitt *The Law*, B.): „[...] States cannot be allowed, by delegating powers to EC institutions, to escape the judicial control system of the Convention. Such delegation, and erosion of the Convention system, would infringe States' obligations under international law. When a State transfers the power to exercise its sovereign rights, it does not transfer its sovereignty, as a State cannot divest itself of its responsibility to the people.“ (Hervorhebung hinzugefügt). Frank, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 65 spricht den Mitgliedstaaten deshalb die *pouvoir constituant* und der Organisation die *pouvoir constitué* zu.

³⁸⁴ Dass mit einer Übertragung von Hoheitsrechten eine gewisse Funktionseinbuße des Staates einhergehen kann, wird nicht verkannt. Siehe hierzu Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 66.

³⁸⁵ Siehe auch Chapuis, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 218.

³⁸⁶ Zu den „Herren der Verträge“ siehe BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 – *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 (349 [para. 231], 381 [para. 298] und 398 [para. 334]) sowie schon BVerfG, Urteil vom 12. 10. 1993 – *Maastricht*, BVerfGE 89, 155 (190, 199). Zum Austrittsrecht gemäß Art. 50 EUV und zu Art. 54 lit. a WVRK siehe BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 – *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 (350 [para. 233], 381 [para. 299] und 395 f. [para. 329 f.]).

ignorieren. Wie schon weiter oben speziell für die UN und allgemein für das System einer Föderation dargelegt wurde, kann ein Vertrag zur Gründung einer internationalen Organisation auch ein Verfassungsvertrag sein. Im Fall einer supranationalen Organisation sowie einer Föderation besitzt der Gründungsvertrag regelmäßig verfassungsrechtlichen Charakter. Dieses Primärrecht kann auch von den Mitgliedern der Organisation geändert werden. Der Erlass, die Durchsetzung und die Nichtigerklärung des Sekundärrechts einer supranationalen Organisation hingegen liegt grundsätzlich nicht mehr in den Händen der Staaten. Allenfalls über den Umweg der primärrechtlichen Vertragsänderung können sie nicht gewünschtem Sekundärrecht die Rechtsgrundlage entziehen oder als *ultima ratio* die Vereinigung gemeinsam wieder auflösen.³⁸⁷

Im Normalfall kommt dem Sekundärrecht der Organisation hingegen ein Vorrang gegenüber der staatlichen Rechtsordnung zu, der unmittelbar aus dem Recht der supranationalen Organisation folgt und keines weiteren nationalen Rechtsanwendungsbefehls bedarf.³⁸⁸ Würde die Geltung und Anwendbarkeit des Sekundärrechts der supranationalen Organisation von einem nationalen Rechtsakt abhängig sein, wäre die Einheitlichkeit der föderalen Rechtsordnung der Organisation gefährdet.³⁸⁹ Aus dem gleichen Grund ist auch die in der Vergangenheit teilweise vertretene Ansicht, wonach die Hoheitsrechte einer internationalen Organisation lediglich die Summe der mitgliedstaatlichen Rechte sei (sogenannte Mosaiktheorie), mit der Notwendigkeit der Einheitlichkeit der Rechtsordnung einer supranationalen Organisation nicht in Einklang zu bringen.

Normen wie Art. 24 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG und entsprechende Pendanten anderer Verfassungen können deshalb Voraussetzungen formulieren, die für die Übertragung von Hoheitsrechten auf eine inter- oder supranationale Organisation erforderlich sind. Sie können indessen nicht dazu führen, dass eine einmal ins Leben gerufene Organisation oder Föderation mit eigener Verfassung sich an einzelstaatlichen Verfassungsbestimmungen orientiert. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung von Hoheitsrechten werden deshalb allein im Zeitpunkt der Übertragung relevant, stellen aber keinen rechtlichen Maßstab für die Kontrolle der Maßnahmen einer supranationalen Organisation oder Föderation dar.³⁹⁰ Rechtstaatlichkeit und Demokra-

³⁸⁷ Siehe hierzu *Chapuis*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen, S. 218.

³⁸⁸ Für die EU ebenso *Niedobitek*, GLJ, Nr. 8, Bd. 10, 2009, S. 1267 (1274): „Furthermore, the Union’s legal order needs no (additional) national order of application since it already contains such an order.“ Siehe auch *Classen* in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. II Art. 24 Rn. 17, der den Geltungsgrund im Vertrag selbst erkennt. Siehe auch schon die Anmerkung zu Art. 189 EWGV (später Art. 249 EGV [Nizza], heute Art. 288 AEUV) in den Erläuterungen zu den Verträgen zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft sowie zu dem Abkommen über gemeinsame Organe für die europäischen Gemeinschaften vom 25. März 1957, Anlage C der BT-Drs. 2/3440 vom 4. 5. 1957, S. 101–200 (150): „Steht aber eine von den Organen der Gemeinschaft ergangene Verordnung oder Entscheidung im Gegensatz zu den Bestimmungen eines nationalen Gesetzes, so bricht das unmittelbar wirksame europäische Recht diese Bestimmung des nationalen Rechts.“ (Hervorhebungen hinzugefügt). Letztlich scheint dies auch das BVerfG so zu sehen, wenn es anerkennt, dass „[...] die weitreichende supranationale europäische Integration, [...] sich für den *aus der Gemeinschaftsquelle herrührenden innerstaatlich unmittelbar wirkenden Normanwendungsbefehl* öffnet [...]“ vgl. BVerfG, Beschluß vom 14. 10. 2004 – *EGMR-Würdigung* (Görgülü), BVerfGE 111, 307 (319) (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁸⁹ Vgl. zum Recht der Union *Niedobitek*, GLJ, Nr. 8, Bd. 10, 2009, S. 1267 (1274).

³⁹⁰ Siehe auch schon *Hay*, Federalism and Supranational Organizations, S. 282: „There are thus but a few general limitations on the use of Article 24: the ‘transfer’ itself must not ‘affect’ the position of the states and the supranational organization constituted by the ‘transfer’ must be designed to maintain the legal and social order envisioned by the German Constitution. Neither limitation, however, is a

tie ist allein auf Grund der Nichtanwendbarkeit derartiger staatlicher Normen nicht gefährdet, sondern wird ab dem Zeitpunkt der rechtlichen Existenz einer supranationalen Organisation oder Föderation durch deren eigene, verfassungsrechtliche Normen gesichert und von den supranationalen Organen wahrgenommen.³⁹¹

Die normativen Rückwirkungen auf die gemeinschaftlich organisierten Rechtsordnungen der Staaten ergeben sich so betrachtet unmittelbar und allein aus dem Verfassungsrecht einer supranationalen Organisation respektive einer Föderation. Denn nach der Übertragung von Hoheitsrechten, konkret ab dem Zeitpunkt der rechtlichen Existenz einer supranationalen Organisation oder Föderation, genießt diese eine eigene, verfassungsrechtliche Rechtspersönlichkeit und nimmt durch ihre Organe hoheitliche Aufgaben wahr, deren einheitliche Erfüllung nicht durch das staatliche Recht ihrer Mitglieder gefährdet werden darf. Insoweit genügt es aber regelmäßig, dem supranationalen Recht einen Anwendungsvorrang zu gewähren, ein Geltungsvorrang ist nach dem Verfassungsrecht einer supranationalen Organisation oder Föderation nicht erforderlich.

3. Teleologischer Vergleich mit juristischen Personen des Privatrechts

Für die Verantwortung und Haftung internationaler Organisationen sowie für den Individualrechtsschutz gegen Maßnahmen der Organisation erscheint ein Vergleich mit anderen juristischen Personen weiterführend. Es ist auf den ersten Blick zwar fraglich, ob ein solcher Vergleich von internationalen Organisationen mit nationalen juristischen Personen des Privatrechts für die Weiterentwicklung des Völkerrechts sowie des Rechtsschutzes gegen internationale Organisationen methodisch zulässig ist. Bei solchen Überlegungen setzt man sich (als deutscher Jurist) dem Vorwurf aus, öffentliches Recht und Privatrecht zu vermengen. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass außerhalb des deutschen Rechts (wie beispielsweise im Vereinigten Königreich) sowie generell im Völkerrecht eine strikte Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht nicht existiert. Auch der IGH hat in *Barcelona Traction* auf das nationale (Gesellschafts-) Recht zurückgegriffen um die Frage zu beantworten, ob im internationalen Recht ein Durchgriff durch den sogenannten Schleier einer juristischen Person (*lifting the corporate veil / disregarding the legal entity*) möglich ist.³⁹² Im Folgenden soll gezeigt werden, dass sowohl Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Konstruktionen und Rechtsgebieten existieren, die für eine Diskussion zum Rechtsschutz bei Maßnahmen internationaler Organisationen herangezogen werden können.³⁹³

restraint on the newly constituted institutions. National limitations therefore test only the compliance with the Constitution at the time of the 'transfer'."

³⁹¹ Siehe in diesem Sinne auch schon Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 303 mit Fn. 10: „[...] the effect of the German limitation is to prevent the national legislator from establishing a supranational organization for the purpose of bringing about such a change. But the limitation cannot affect the organization in the exercise of its powers once it is duly constituted.“ (Erste Hervorhebung im Original, Zweite hinzugefügt).

³⁹² Vgl. IGH, Urteil (*second phase*) vom 5.2.1970 – *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, S. 3 (39 [para. 56]).

³⁹³ Siehe auch schon Frank, *Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK*, S. 238 ff. (249), der hier insbesondere unter Heranziehung der soeben erwähnten Rechtsprechung des IGH die Anwendbarkeit des Durchgriffkonzepts des nationalen Gesellschaftsrechts auf das Völkerrecht diskutiert und letztlich (anders als der Verfasser) der Ansicht ist, dass ein Durchgriff regelmäßig adäquat erscheine. Für einen Durchgriff auf die Mitgliedstaaten einer Organisation, wenn diese in einer internationalen Organisation eine effektive und überragende Kontrolle über diese ausüben und die Organisation einen

Ähnlich wie bei juristischen Personen des Privatrechts sind auch bei internationalen Organisationen (im weitesten Sinn) für deren Verantwortung und Haftung im wesentlichen vier verschiedene Lösungsansätze denkbar: Eine alleinige Verantwortung und Haftung der Organisation, eine Haftung nur der Mitglieder der Organisation, eine gemeinsame Haftung (Parallelhaftung) und eine subsidiäre Haftung der Mitglieder (Subsidiärhaftung). Bei diesen verschiedenen Haftungsmodellen entsteht mitunter der Eindruck, dass unter Berufung auf einen Gläubigerschutz³⁹⁴ und die dahinter stehende Gerechtigkeitsvorstellung die Völkerrechtspersönlichkeit einer internationalen Organisation nicht anerkannt wird, so dass ein Durchgriff erforderlich sei.³⁹⁵ Im Grundsatz muss aber davon ausgegangen werden, dass die Schaffung einer internationalen Organisation mit Völkerrechtspersönlichkeit und die Verleihung von Kompetenzen zugleich die Etablierung eines selbständigen Haftungssubjekts bedeutet, so dass zu Recht von der „Konstituierung der Haftungssubjektivität“³⁹⁶ internationaler Organisationen gesprochen wurde.³⁹⁷ Mit der Übertragung von Hoheitsrechten und der Ausstattung einer internationalen Organisation mit Kompetenzen wird zugleich die Verantwortung für die Einhaltung der Grund- und Menschenrechte übertragen, die ursprünglich nur den Mitgliedern der Organisation oblagen. Damit ist aber nicht gemeint, dass die bisherigen mitgliedstaatlichen (völkervertraglichen) Verpflichtungen automatisch und unmittelbar übertragen würden. Stattdessen wird lediglich die abstrakte Verantwortung, d. h. Pflicht zur Einhaltung der mitgliedstaatlichen Verpflichtungen übertragen.³⁹⁸ Die Verantwortung und Haftung einer internationalen Organisation folgt dann zunächst aus der Rechtsfähigkeit und (partiellen/funktionellen) Völkerrechtspersönlichkeit und aus ihren völkerrechtlichen Rechten und Pflichten.³⁹⁹ Für die Verantwortung und Haftung einer internationalen Organisation, die Völkerrechtspersönlichkeit besitzt, ist eine etwaige Anerkennung durch Dritte (Staaten/Organisationen) kein rechtlich relevantes Kriterium, da sie lediglich deklaratorisch wirkt und die Völkerrechtspersönlichkeit demgegenüber objektive Wirkung entfaltet.⁴⁰⁰ Für die Verantwortung und Haftung einer internationalen Organisation ist vielmehr erforderlich, dass diese der ihr übertragenen,

Völkerrechtsverstoß begeht, der für die Mitgliedstaaten ebenso einen Völkerrechtsverstoß darstellen würde, wenn diese selbst gehandelt hätten, siehe auch d' Aspremont, IOLR, Bd. 4, 2007, S. 91 (101 ff., 105). Da die Frage, wann eine solche „effective and overwhelming control“ der Mitgliedstaaten nicht *a priori* und nicht *in abstracto* definiert werden könne, sondern der Entscheidung im Einzelfall vorbehalten werden müsse (vgl. a. a. O., S. 109, 116), erscheint diese so konstruierte Verantwortung der Mitgliedstaaten schon aus methodischer Sicht wenig überzeugend. Wie die Autorin selbst darlegt, wären die justiziellen Folgen sehr beschränkt, denn internationale Organisationen genießen vor nationalen Gerichten meist Immunität und ein internationales Gericht wie der IGH ist nicht kompetent, Klagen von oder gegen internationalen Organisationen (geschweige denn von oder gegen eine natürliche Person) zu entscheiden, vgl. a. a. O., S. 117 f. Vorzugswürdig erscheint deshalb die Erfüllung der primären Regelungsverantwortung der Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation und infolgedessen der Beitritt der internationalen Organisation zu einem Menschenrechtsvertrag und die Unterwerfung unter die Jurisdiktion eines Menschenrechtsgerichtshofs.

³⁹⁴ So Meng, ZaöRV, Bd. 45, 1985, S. 324 (331).

³⁹⁵ Wie hier auch schon Pernice, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (418).

³⁹⁶ Pernice, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (418).

³⁹⁷ Vgl. d' Aspremont, IOLR, Bd. 4, 2007, S. 91 (93): „International responsibility is the inherent consequence of international legal personality.“

³⁹⁸ Pernice, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (324) spricht zu Recht von dem Prinzip, wonach aus der Rechtsfähigkeit die Verantwortlichkeit folgt.

³⁹⁹ Vgl. Harders in: Wolfrum, Hdb. VN, Nr. 33 Rn. 2, 4, 16.

⁴⁰⁰ Vgl. Pernice, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (417, 424).

abstrakten Verpflichtung zur Einhaltung des Grund- und Menschenrechtsschutzes dadurch nachkommt, dass sie sich – etwa durch Beitritt zu einem Menschenrechtsvertrag – selbst unmittelbar rechtlich bindet und verpflichtet und dadurch im konkreten Fall verantwortliches und haftendes Rechtssubjekt sein kann.⁴⁰¹

Daraus folgt im Umkehrschluß, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich von jeglicher (Mit-) Haftung für Verbindlichkeiten einer internationalen Organisation befreit sind.⁴⁰² Will man ausnahmsweise eine Durchgriffshaftung herbeiführen, muss hierfür eine ausdrückliche Rechtsgrundlage existieren, so dass die Haftung (auch) der Mitgliedstaaten explizit in dem Statut einer internationalen Organisation respektive in der Verfassung einer Föderation geregelt werden muss.⁴⁰³

Die hier vertretene Sicht eines konsequenten normativen Denkens und der sich hieraus ergebenden Trennung der Verantwortungsbereiche steht auch nicht im Widerspruch zu der in dieser Studie ebenso vertretenen, der Rechtsprechung des EGMR (insbesondere in *Matthews*) grundsätzlich zustimmenden Ansicht, nach der Mitglieder einer internationalen Organisation sich durch die Gründung dieser Rechtsform ihren Verpflichtungen aus einem Menschenrechtsvertrag nicht entziehen können.⁴⁰⁴ Denn die Mitglieder einer Organisation bleiben in der Tat für strukturelle Defizite verantwortlich, wenn sie eine inter- oder supranationale Organisation gründen und gegen Rechtsakte der Organisation keinen ausreichenden (äquivalenten) Rechtsschutz ermöglichen.⁴⁰⁵ Diese Verantwortung der Mitglieder ist aber eine legislative Regelungsverantwortung. Sie besteht solange, bis effektiver Rechtsschutz unmittelbar gegen die Organisation auf einer gesetzlicher Grundlage möglich ist.⁴⁰⁶ Die Organisation selbst ist als eigenständige Rechtsperson hierfür nicht verantwortlich. Verantwortlich ist die Organisation allerdings für die exekutiven Einzelmaßnahmen, die von Organen und Bediensteten der Organisation vorgenommen werden. Solche Maßnahmen können der Organisation selbst zugerechnet werden – nicht aber das legislative Regelungsdefizit der Mitglieder, gegen Maßnahmen der Organisation ausreichenden Rechtsschutz sicherzustellen und

⁴⁰¹ *Walter*, AöR, Bd. 129, 2004, S. 39 (57) spricht mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 EMRK (*Waite and Kennedy*) von der positiven Pflicht, den von der EMRK garantierten Grundrechtsstandard in die neu gegründete Rechtsordnung der internationalen Organisation zu exportieren. Genauer und weniger missverständlich wäre es hingegen, von einem Import des EMRK-Standards in die Rechtsordnung der internationalen Organisation zu sprechen.

⁴⁰² Vgl. *Harders* in: *Wolfrum*, Hdb. VN, Nr. 33 Rn. 28.

⁴⁰³ Vgl. *Harders* in: *Wolfrum*, Hdb. VN, Nr. 33 Rn. 30. Anderer Ansicht ist *Schermers*, LJIL, Nr. 1, Bd. 1, 1988, S. 3 (7), dessen Ansicht zufolge die unterschiedlichen Rechtspersönlichkeiten nicht zu einer Einschränkung der Verantwortung und Haftung der Mitglieder einer Organisation führen würde, eine solche vielmehr (in dem Gründungsdokument einer Organisation) explizit festgelegt werden müsse.

⁴⁰⁴ Entsprechend gilt im Völkerrecht für die Rechte aus dem IPbPr, dass der einmal etablierte Standard nicht durch Zuständigkeitsverlagerungen territorialer oder funktionaler Art aufgehoben oder geschmälert werden darf. Siehe hierzu MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 26 (*Continuity of obligations*), UN-Dok. HRI/GEN/1/Rev.7, para. 4 (S. 173); *Giegerich*, ZVgIRWiss, Bd. 104, 2005, S. 163 (170).

⁴⁰⁵ *Walter*, AöR, Bd. 129, 2004, S. 39 (62) spricht zutreffend von einer „Unterlassenskonstruktion“ des EGMR, nach der die Mitgliedstaaten immer dann verantwortlich werden, wenn sie es unterlassen, bei der Schaffung einer neuen Rechtsordnung sicherzustellen, dass diese den Anforderungen der EMRK genügt. Siehe auch *Giegerich*, ZVgIRWiss, Bd. 104, 2005, S. 163 (171).

⁴⁰⁶ Ein ähnliches Konzept verfolgt auch *Frank*, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 322, 378f., dessen Ansicht zufolge eine Beschwerde vor dem EGMR gegen einen Konventionsstaat *ratione materie* zulässig sei, wenn und weil beispielsweise die Staaten ihre Mitwirkungsmöglichkeiten im Rahmen der Europol-Kooperation nicht so ausgestaltet haben, dass die Rechte der Individuen in einer Weise geschützt werden, die dem Standard der EMRK entspricht.

fundamentale Menschenrechte zu garantieren. Im Ergebnis sind insoweit also beide juristische Personen (Organisation und Staaten), allerdings für unterschiedliche Handlungen/Unterlassungen und deshalb getrennt verantwortlich.⁴⁰⁷

Die konkrete Art und das Ausmaß der Verantwortlichkeit richtet sich nach dem primären (Verfassungs-) Recht der internationalen Organisation. Unterlassen die Mitglieder die Festlegung entsprechender Bestimmungen, könnte subsidiär auf allgemeinen Regeln des Völkerrechts zurückgegriffen werden und subsidiär als *ultima ratio* eine durchgreifende Haftung der Mitglieder erwogen werden weil und *solange* die Mitglieder keine äquivalenten Verantwortungs- und Haftungsregeln erlassen. Diese subsidiäre Haftung muss aber speziell begründet werden⁴⁰⁸ und ergibt sich nicht schon aus einem Mangel im Recht der Organisation. Deshalb ist von einer alleinigen Verantwortung und Haftung der mit Völkerrechtspersönlichkeit ausgestatteten Organisation, d. h. einer juristischen Person des Völkerrechts, auszugehen.⁴⁰⁹ Aus der abstrakten Verantwortlichkeit der internationalen Organisationen und durch das Abstellen auf ihre (Völker-) Rechtspersönlichkeit ergibt sich zugleich, dass es im Außenverhältnis zu Dritten nicht darauf ankommen kann, ob von der Organisation respektive ihrer Organe, innerhalb oder außerhalb (*ultra vires*) der verliehenen Kompetenzen gehandelt wurde.⁴¹⁰ Eine Verantwortlichkeit und Haftung der internationalen Organisation besteht in beiden Fällen.⁴¹¹ Eine Handlung *ultra vires* kann allenfalls im Innenverhältnis, d. h. im Verhältnis zu den Mitgliedern, (negative) Rechtswirkungen entfalten.

Wie eingangs erwähnt, ist ein Vergleich der Verantwortung und Haftung internationaler Organisationen mit juristischen Personen des Privatrechts nicht unproblematisch. In der Literatur wurde einerseits behauptet, die Ableitung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus dem (inter-) nationalen Gesellschaftsrecht sei auch *mutatis mutandis* nicht möglich.⁴¹² Andererseits wurde aus der Verleihung von (Völker-) Rechtspersönlichkeit die Entstehung eines – grundsätzlich allein verantwortlichen – Haftungssubjekts gefolgert.⁴¹³ Damit ist eine bedeutsame Gemeinsamkeit zwischen juristischen Personen des Völkerrechts und juristischen Personen des Privatrechts angesprochen: Die Schaffung einer eigenen Rechtsperson verlagert die Verantwortung und Haftung von den Gründern auf die neu entstandene juristische Person.⁴¹⁴ Im Grundsatz muss deshalb wie im nationalen (Gesellschafts-) Recht der juristischen Personen auch im internationalen Recht für die

⁴⁰⁷ Zur Gegenansicht siehe *Bleckmann*, Die Bindung der EG an die EMRK, S. 126 f., der eine Trennung der Verantwortungsbereiche ablehnt. Auch *Schermers*, LJIL, Nr. 1, Bd. 1, 1988, S. 3 (9) stellt in erster Linie auf eine Verantwortung und Haftung der Mitgliedstaaten einer Organisation ab, da er die unterschiedlichen Rechtspersönlichkeiten übergeht.

⁴⁰⁸ Vgl. *Pernice*, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (324).

⁴⁰⁹ Vgl. *Pernice*, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (419).

⁴¹⁰ Vgl. *Pernice*, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (427, 432).

⁴¹¹ Vgl. *Frank*, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 178 (m. w. N. in Fn. 836), der hier *mutatis mutandis* auf Art. 10 der Grundsätze der Staatenverantwortlichkeit abstellt. Überzeugender ist aber die Trennung von Hoheitsgewalt einer Organisation von den entsprechenden Kompetenzen der Organe einer Organisation (siehe in diesem Sinn auch a. a. O.). Wenn nun aber von einem Organ eine Kompetenz nicht rechtmäßig wahrgenommen wird, bedeutet dies weder eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs noch eine fehlende Zurechnung der Organhandlung an die Organisation. Andernfalls könnte sich diese ihrer Verantwortung und Haftung ohne weiteres entziehen. Die Lösung muss stattdessen in einem innerorganisatorischen Regress gesucht werden.

⁴¹² Vgl. *Meng*, ZaöRV, Bd. 45, 1985, S. 324 (331); *Harders* in: *Wolfrum*, Hdb. VN, Nr. 33 Rn. 29.

⁴¹³ Vgl. *Pernice*, AVR, Bd. 26, 1988, S. 406 (418); *Harders* in: *Wolfrum*, Hdb. VN, Nr. 33 Rn. 16, 28.

⁴¹⁴ Vgl. *Frank*, Verantwortlichkeit für Verletzungen der EMRK, S. 108 und auch das dort mit Fn. 495 belegte Zitat von *Higgins* in ihrem Bericht für das *Institut de Droit International*.

juristischen Personen des Völkerrechts der Grundsatz gelten, dass die eigenständige Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person zu einer eigenen Verantwortung und Haftung führt und nur in extremen Ausnahmefällen der „Schleier der juristischen Person“ angehoben und auf andere Rechtspersonen (die Gründer) zurück- oder durchgegriffen werden darf. Dies hat auch der IGH in *Barcelona Traction* festgehalten.⁴¹⁵

Weitere Gemeinsamkeiten bei internationalen Organisationen und privatrechtlichen juristischen Personen können gefunden werden, wenn man sich den Sinn und Zweck der Konstruktion beider Rechtsinstitute vergegenwärtigt. Danach sollen beide Konstruktionen dazu führen, dass innerhalb eines bestimmten Rechtsrahmens eine Aufgabe oder Maßnahme überhaupt oder zumindest leichter durchgeführt werden kann. Bei den internationalen Organisationen ist dies primär die Möglichkeit gemeinsamer Maßnahmen, die sonst im Bereich des rein zwischenstaatlichen Bereichs gar nicht oder nur unter schwierigen Umständen möglich gewesen wären. Bei inländischen juristischen Personen des Privatrechts ist meist Sinn und Zweck der Gründung einer solchen Gesellschaften die Ermöglichung der Teilnahme am oder zumindest die Erleichterung des wirtschaftlichen Rechtsverkehrs. Im nationalen Recht gibt es zum Schutz aller Beteiligten meist differenzierte Haftungs- und Rechtsschutzregelungen.

Für das Recht internationaler Organisationen existiert bislang weder ein solches Haftungsrecht noch allgemeine Regelungen zum Rechtsschutz und auch kein hierfür zuständiges Gericht. Die Arbeiten der ILC zu den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit sowie zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen stellen zwar beachtliche Erfolge dar, werden aber (noch) zu wenig anerkannt und erscheinen auch nicht umfassend genug. Alternativ könnte man – wie in den jüngeren Abkommen und Beschlüssen der Union und ihrer Mitgliedstaaten – spezifische Regelungen vorsehen. Da diese teilweise aber ebenso lückenhaft sind und durch einzelne Spezialregelungen zugleich das Erfordernis der Koordinierung verschiedener Rechtsordnungen aufkommt, sieht sich auch diese Vorgehensweise mit Problemen konfrontiert. Während die erste Variante, quasi ein allgemeiner Teil des Völkerrechts für die Verantwortung und Haftung einer supranationalen Organisation, den Vorzug der Allgemeingültigkeit und Effizienz aufweisen könnte, könnte die zweite Variante die Besonderheiten einer Föderation oder supranationalen Organisation und die spezifischen Wünsche der Staaten im Einzelfall besser beachten. Solange keine dieser beiden Varianten ausreichend wahrgenommen wird, d. h. eine umfassende Regelung der Verantwortung und Haftung einer supranationalen Organisation respektive einer Föderation sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten eines Individuums nicht ausreichend gewährleistet werden, kann und muss auf die Rechtsprinzipien der Föderation zurückgegriffen werden.

⁴¹⁵ Vgl. IGH, Urteil (*second phase*) vom 5.2.1970 – *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, S. 3 (39 [para. 58]): „In accordance with the principle expounded above, the process of lifting the veil, being an exceptional one admitted by municipal law in respect of an institution of its own making, is equally admissible to play a similar role in international law. It follows that on the international plane also there may in principle be special circumstances which justify the lifting of the veil in the interest of shareholders.“ Siehe zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis unter gleichzeitiger Zustimmung des IGH *Seidl-Hohenveldern/Rudolph* in: *Simma*, The Charter of the UN, Bd. II Art. 104 Rn. 35.

V. Rechtsprinzipien der Föderation

Für den deutschen Bundesstaat wurde schon früh aus dem Verfassungsgrundsatz der Bundestreue abgeleitet, dass „nichts geschehen darf, was das Ganze oder eines der Glieder schädigt.“⁴¹⁶ Die Bundestreue und das Prinzip bundesfreundlichen Verhaltens gilt – wenn auch nicht in völlig identischer Form – als grundlegendes Rechtsprinzip einer föderalen Ordnung aber nicht nur in einem Bundesstaat, sondern auch in einer Föderation.⁴¹⁷ Das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens ist aus deutscher Sicht ein ungeschriebenes Prinzip der deutschen Verfassung.⁴¹⁸ Das Prinzip bundesfreundlichen Verhaltens „hält die Egoismen des Bundes und der Länder in Grenzen und greift dort ein, wo deren Interessen auseinanderfallen, und zwar so, daß der eine Teil Schaden nimmt, wenn der andere Teil seine Maßnahmen ausschließlich nach seinen Interessen treffen würde.“⁴¹⁹ Wie auch im deutschen Bundesstaatsrecht handelt es sich bei dem Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens und der Bundestreue in ihrer allgemeinen föderalen Lesart um eine wechselseitige Pflicht des Bundes und der Glieder und nicht nur um eine einseitige Verpflichtung.⁴²⁰ Als allgemeines und entwicklungsoffenes⁴²¹ Rechtsprinzip föderaler Systeme ist die Bundestreue sowohl im Bundesstaat als auch in einer Föderation ein Grundverhältnis⁴²², das der Verfassung der Föderation zugrunde liegt und in einzelnen Normen konkretisiert⁴²³ werden kann.

Obwohl die Bundestreue unmittelbar nur die Organe des Bundes und seiner Glieder berechtigt und verpflichtet, wird sie im Bereich der Judikative mittelbar auch für das Individuum relevant. Der Anwendungsbereich der Bundestreue liegt zwar überwiegend im Bereich der Legislative und Exekutive, besitzt aber auch innerhalb der Judikative eine grundlegende Funktion: Nicht nur in der deutschen Rechtsordnung trägt die Bundestreue dazu bei, Spannungen zwischen Gerichten des Bundes und der Länder auszugleichen. Wenn beispielsweise ein und derselbe Sachverhalt Gegenstand sowohl eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht als auch vor einem Landesverfassungsgericht (respektive Staatsgerichtshof) sein kann, verpflichtet der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens die beteiligten Gerichte, Schwierigkeiten, die etwa aus der Parallelität der Verfahren erwachsen, durch Verständigung (justiziellen Dialog), konstruktive Zusammenarbeit und föderale Abstimmung zu lösen.⁴²⁴ Da es sich bei der Bundestreue um ein allgemeines föderales Rechtsprinzip handelt, gelten diese Verpflichtungen der Gerichte auch in einer Föderation. Nicht nur Informations- und Konsultationspflichten, sondern auch die Verpflichtung zur Kooperation sind für die Funktionsfähigkeit einer föderalen Rechtsordnung unentbehrlich.⁴²⁵

⁴¹⁶ BVerfG, Urteil vom 26. 3. 1957 – *Reichskonkordat*, BVerfGE, 6, 309 (361). Zustimmend *Bauer*, Die Bundestreue, S. 306.

⁴¹⁷ Siehe zur Verallgemeinerung des Grundgedankens bundesstaatlicher Treuepflicht mit Blick auf Europa- und Völkerrecht *Bauer*, Die Bundestreue, S. 206 m. w. N. in Fn. 250. Ablehnend *Wittreck*, Die Bundestreue, § 18, Rn. 16.

⁴¹⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 28. 2. 1961 – 1. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 12, 205 (254).

⁴¹⁹ BVerfG, Urteil vom 8. 2. 1977 – *numerus clausus II*, BVerfGE 43, 291 (348 [para. 109]).

⁴²⁰ Für die deutsche Rechtsordnung siehe BVerfG, Urteil vom 11. 7. 1961 – *Neugliederung Hessen*, BVerfGE 13, 54 (76 [para. 59]).

⁴²¹ Vgl. *Bauer*, Die Bundestreue, S. 313 ff. (315).

⁴²² Vgl. *Bauer*, Die Bundestreue, S. 304.

⁴²³ Vgl. *Bauer*, Die Bundestreue, S. 307 f., 316 ff.

⁴²⁴ Vgl. *Bauer*, Die Bundestreue, S. 331.

⁴²⁵ Mit Blick auf den deutschen Bundesstaat *Bauer*, Die Bundestreue, S. 349.

Die Einhaltung dieser Verpflichtungen erfordert zum einen ein föderales Bewusstsein und zum anderen einen Willen zu entsprechenden Handlungen oder gegebenenfalls Unterlassungen. Ohne einen solchen „föderalen Geist“ kann eine föderale Rechtsordnung nicht dauerhaft bestehen.⁴²⁶ Vereinzelt bleibende Verstöße gegen die föderale Grundordnung einer Föderation mögen noch nicht zu deren Auseinanderfallen führen, stellen aber in der Summe betrachtet und jahrelang praktiziert eine große Gefahr für das Fortbestehen der Föderation dar. Die größte Gefahr mag dabei im Bereich der Legislative und dort bei Kompetenzanmaßungen liegen. Aber auch im Bereich der Exekutive besteht beispielsweise die Gefahr, dass übergeordnete (Bundes-) Organe der Polizei- und Sicherheitsdienste Aufgaben wahrnehmen, die in die Zuständigkeit der Gliedstaaten (Länder) fallen, oder mit den Organen der Gliedstaaten nicht hinreichend zusammenarbeiten. Im Bereich der Judikative stellt die Missachtung der Interessen und Rechte der Gliedstaaten und deren Gerichte ebenso wie die mangelhafte Kooperation und ein fehlender Rechtsrespekt gegenüber Gerichten des Bundes respektive der Föderation (z. B. durch Ignorieren einer Leitentscheidung oder einer gefestigten Rechtsprechung), langfristig eine Gefahr für das Bestehen des föderalen Systems dar.

In der bundesstaatlich strukturierten Schweizerischen Eidgenossenschaft ist das Rechtsprinzip der Bundestreue in Art. 44 BV zugrunde gelegt und verpflichtet Bund und Kantone, sich gegenseitig in der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen und zusammenzuarbeiten.⁴²⁷ Es stellt aber nicht nur dort ein Grundprinzip jeder bundesstaatlichen Organisation dar und verlangt, dass die Parteien eines Bündnisses, das zur Verfassung wurde, die sie verbindende Grundcharta – gleich ob Vertrag oder Verfassung – beachten.⁴²⁸ Als allgemeines Prinzip föderaler Organisation – als „Grundnorm des kooperativen Föderalismus“⁴²⁹ – ist die Bundestreue notwendige Folge des Willens, gemeinsam einer politischen Struktur anzugehören.⁴³⁰

Für die Europäische Union ist der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit als wechselseitiges Prinzip föderaler Loyalität und Rücksichtnahme gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV nicht erst seit dem Vertrag von Lissabon auch positiv-rechtlich verankert.⁴³¹ Aufgrund dieser zahlreichen normativen Verankerungen wäre es deshalb nicht gerechtfertigt, bei der Bundestreue lediglich von einem politischen Prinzip zu sprechen⁴³² – es handelt sich vielmehr um ein grundlegendes Rechtsprinzip, das sich in der funktionalen Verfas-

⁴²⁶ Vgl. Friedrich, Trends of Federalism in Theory and Practice, S. 175: „Unless there exists [...] the ‚federal spirit,‘ that is to say, a firm determination to maintain both diversity and unity by way of continuous process of mutual adaption, a federal order cannot last.“

⁴²⁷ Vgl. Knapp/Schweizer in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 44 Rn. 9; Aberhalden, Der kooperative Föderalismus, S. 214 f. Wittreck, Die Bundestreue, § 18, Rn. 12 erblickt in Art. 44 BV zwar eine Teilkodifikation der Rechtsfigur Bundestreue, lehnt im Übrigen aber eine Verallgemeinerung ab, da eine Rechtspflicht zum bundesfreundlichen Verhalten keineswegs notwendiger Bestandteil eines jeden föderal verfassten Staates sei (vgl. a. a. O., Rn. 16 m. w. N. der ebenfalls ablehnenden Ansichten in Fn. 60).

⁴²⁸ Vgl. Knapp/Schweizer in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 44 Rn. 10.

⁴²⁹ Aberhalden, Der kooperative Föderalismus, S. 216.

⁴³⁰ Vgl. Knapp/Schweizer in: Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur BV, Art. 44 Rn. 10.

⁴³¹ Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV ersetzt im Wesentlichen ex-Art. 10 EGV in der Fassung von Nizza. Siehe aber auch schon Art. 5 EWGV und Art. 192 Euratom. Speziell für die GASP siehe seit dem Vertrag von Lissabon Art. 24 Abs. 3 EUV und zum Stand von Nizza ex-Art. 11 Abs. 2 EUV.

⁴³² In diese Richtung tendiert aber Wittreck, Die Bundestreue, § 18, Rn. 47 („moralische Pflichten“ und „föderative Klugheitsregeln“) obwohl er (a. a. O. Rn. 17) erkennt, dass Art. 4 UAbs. 3 EUV ausdrücklich die Unionstreue normiert und diese auf der Basis der Gegenseitigkeit ausgestaltet.

sung der föderalen Struktur befindet und deshalb von beiden Seiten geltend gemacht werden kann.⁴³³ Das BVerfG bezeichnet das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens als ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz. Sieht man richtigerweise die Verträge als funktionelle Verfassung der europäischen Staaten, kann man auch von einem geschriebenen Loyalitätsprinzip der föderal verbundenen Staaten sprechen. Sprachlich kann man das Loyalitätsprinzip respektive die Bundestreue, im Englischen mit *federal fidelity*⁴³⁴ oder *federal loyalty*⁴³⁵ und im Französischen mit *loyauté fédérale* bezeichnen. Bedeutender als die Terminologie ist die materielle Substanz, die insbesondere in der Wechselseitigkeit liegt: Einerseits ist das föderale Loyalitätsprinzip horizontal zwischen den (Glieder-) Staaten untereinander zu beachten, gilt aber auch vertikal von der Bundes- zur Gliedstaatenebene und *vice versa*.⁴³⁶ Dieses mehrdimensionale und wechselseitige Prinzip ist auch nicht auf enumerative Fälle beschränkt, sondern stellt ein allgemeines Rechtsprinzip dar, das in der föderalen Struktur des europäischen Verfassungsrechts wurzelt und letztlich auch gerichtlich geltend gemacht werden kann.⁴³⁷ Die Bundestreue (*federal fidelity* / *federal loyalty*) stellt somit als allgemeines Rechtsprinzip zugleich einen Baustein für das System einer Föderation dar.

Neben der Bundestreue bedarf es in einer Föderation aber auch eines föderalen Respekts (*federal comity*) der interagierenden Organe. Dabei handelt es sich einerseits auf Grund der menschlichen Interaktion um Respekt gegenüber natürlichen Personen. Der föderale Respekt zielt als *Rechts*respekt aber nicht primär auf die Personen selbst, also nicht in ihrer Eigenschaft als Menschen, sondern in erster Linie auf die Eigenschaft als Organe der Föderation. Der föderale Respekt (*federal comity*) richtet sich so betrachtet funktional an die Organe und Einrichtungen der Föderation, gleich auf welcher Ebene.⁴³⁸ Er setzt voraus, dass ein Mensch, der die Funktion eines föderalen Organs wahrnimmt, bei der Erfüllung seiner Aufgaben einerseits die Interessen und Rechte eines anderen föderalen Organs hinreichend beachtet und andererseits bei der (zwischen-) menschlichen Interaktion, welche zur Erfüllung der Aufgaben des Organs erforderlich ist, Achtung und Respekt vor dem Anderen und gegebenenfalls vor dem Anderssein zeigt. Dies folgt letztlich auch aus dem Wesen der Föderation, denn Pluralität und Achtung der Vielfalt sowohl in rechtlicher wie in menschlicher Hinsicht gehört zum essentiellen Bestandteil eines jeden föderalen Systems. Der föderale Respekt (*federal comity*), der sich insbesonde-

⁴³³ Vgl. auch schon Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 202.

⁴³⁴ Vgl. Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 194: „The principle of federal fidelity (*Bundestreue*, *loyauté fédérale*) in federal constitutional theory requires that the constituent states as well as the central federal authorities observe the interests of the union in the exercise of their lawful powers and that they limit or forego the latter if the interests of the union so require.“ (Hervorhebungen im Original).

⁴³⁵ Vgl. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 175: „Federal loyalty (*loyauté fédérale*, or *Bundestreue*) is asked of the component units and their representatives; it expects of them a basic commitment to the over-all needs of the federal system.“

⁴³⁶ Vgl. Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 195 f.: „[...] duties are owed by states to states, by states to the federation and by the latter to the former.“ Siehe zuvor schon Hay, *ASIL Proceedings*, Bd. 59, 1965, S. 195 (198). Ähnlich auch Bauer, *Die Bundestreue*, S. 212.

⁴³⁷ Vgl. schon Hay, *Federalism and Supranational Organizations*, S. 202: „[...] federal fidelity is not limited to enumerated cases, but is a general principle. More than that, it is a *legal* principle which is rooted in the constitutional law of the federal structure, and as such, can be asserted.“

⁴³⁸ Siehe auch Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, S. 175: „Federal comity [...] is manifest in the practice of fair play by both federal and local officials. It presupposes a willingness to give the other side a ‚break‘, to be ready for compromise wherever serious strains develop [...]“

re auch an die Richterinnen und Richter einer Föderation richtet, kann deshalb als Öl für das komplexe System einer Föderation bezeichnet werden.⁴³⁹

E. Resümee

Sowohl die innerstaatliche als auch die zwischen- und überstaatliche Organisation politischer Einheiten bedarf einer föderalen Perspektive, um zu differenzierten und damit angemessenen Lösungen für die Verantwortung und Haftung internationaler Organisationen zu gelangen. Die Verpflichtungen der Staaten und Organisationen zur Wahrung der Grund- und Menschenrechte sowie die Kooperation der hierfür verantwortlichen Gerichte in einer horizontal und vertikal vernetzten Weltrechtsordnung können strukturell besser gefasst werden, wenn man das Konzept des Föderalismus heranzieht und in einer supranationalen Organisation die föderalen Elemente analysiert und anerkennt. Öffnet man sich den föderalen Elementen und sieht man Föderalismus als Prozess, besteht kein Bedürfnis mehr für eine verkürzte „Alles-oder-Nichts-Lösung“ im Sinne einer Bundesstaat-Staatenbund-Dichotomie und wird stattdessen eine angemessenere Zwischenlösung mit dem Modell der Föderation ermöglicht. In einer solchen Rechtsordnung bedarf es keiner Entscheidung, wer souverän ist. Durch das Abstellen auf die Wahrnehmung der einzelnen Kompetenzen wird stattdessen der Blick frei für die Verantwortung und Haftung für die Ausübung von Hoheitsgewalt. Es bedarf dann weniger einer umfassenden Analyse der Verpflichtungen der Staaten mit dem anschließenden Postulat, dass diese sich ihrer Verantwortung nicht durch die Gründung einer inter- oder supranationalen Organisation entziehen dürfen. Ausreichend, aber erforderlich ist stattdessen eine genaue Prüfung, auf welcher Ebene die entsprechenden Hoheitsrechte wahrgenommen werden, welche Organe zu einer rechtlichen Maßnahme befugt sind und entsprechend gehandelt haben. Hierdurch wird die (künstlich wirkende) Zurechnung einer Maßnahme eines Organs einer supranationalen Organisation zu einem einzelnen Staat oder der Gesamtheit der Mitglieder einer Föderation vermieden und vielmehr eine unmittelbare Verantwortung und Haftung in den Vordergrund gestellt. Sofern und solange eine solche nicht möglich ist, weil innerhalb der Rechtsordnung einer supranationalen Organisation respektive Föderation, keine ausreichenden Regelungen existieren, obliegt es weiterhin den Mitgliedern, diesen Regelungsverpflichtungen nachzukommen. In der Zwischenzeit können sich parallel hierzu aus den Rechtsprinzipien der Föderation weitere Verpflichtungen ergeben, so dass das Individuum in einer Weltrechtsordnung nicht schutzlos gestellt wird. Es kann sich weiterhin auf die, wenn auch unterschiedlich stark ausgeprägten Verpflichtungen der Glieder (Staaten) zum Schutz der Grund- und Menschenrechte und zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes berufen.

⁴³⁹ Siehe hierzu *mutatis mutandis* für den Bereich der Legislative Friedrich, Trends of Federalism in Theory and Practice, S. 176: „One of the main arguments for such bodies as the German Federal Council and the Council of Permanent Representatives in the European Communities is that such groups are likely to develop the kind of face-to-face human relationships which make for comity. Comity is oil on the complex machinery of federal regimes. All three, the federal spirit, loyalty, and comity are vital behavioral features of federalism. Without them federal systems become unworkable.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Föderaler Rechtsschutz

Personenbezogene Daten in einem Raum der Freiheit,
der Sicherheit und des Rechts

Kastler, H.A.

2017, XXVI, 637 S., Hardcover

ISBN: 978-3-658-15353-3