

# **Staatliche Souveränität und Grundrechtsschutz im Spannungsfeld von nationaler Selbstbestimmung und globaler Verflechtung\***

## **Summary**

*This article examines the connection between globalization and conceptions of sovereignty in the „post-westphalian“ age. Further developing the protection of human and fundamental rights, also in international law, can be understood as an example of a global change in the sense of right or wrong.*

## **Résumé**

*L'article examine la connexion entre la globalisation et les modèles de la souveraineté d'Etat dans l'âge post-westphalien. Le développement permanent de la protection des droits de l'homme et fondamentaux, particulièrement en droit international, s'avère dans ce contexte comme une expression d'un changement global en sens du droit.*

## **I. „Abschied“ vom Nationalstaat?**

Das Thema ist weit gespannt, anspruchsvoll und höchst aktuell. Obwohl seine einzelnen Elemente, etwa die Begriffe der Souveränität oder der Globalisierung und, natürlich, der Grund- bzw. Menschenrechte, mich immer wieder beschäftigt haben, näherte ich mich dem Thema heute voller Sorge, ihm keinesfalls ausreichend gerecht werden zu können. Denn es gilt, scheinbar weit auseinander liegende Fakten zusammen zu sehen und Zusammenhänge aufzuspüren, bei denen unklar ist, was Ursache und was Wirkung ist. Es gilt vor allem auch, voreilige Spekulationen und undifferenzierte Verallgemeinerungen zu vermeiden, wie sie etwa in der von mir so genannten *Abschiedsliteratur* ins Kraut schießen. Den Anfang<sup>1</sup> hatte hier schon vor 44 Jahren *Ernst Forsthoff* gemacht, als er zwar eine „Todeserklärung des Staates“ ausdrücklich verhinderte, aber keinen Zweifel daran ließ, dass die Bundesrepublik „kein Staat im hergebrachten Sinne des Begriffs mehr“ sei. „Die Unfähigkeit zu geistiger Selbstdarstellung macht offenbar, dass sie nicht mehr das Konkret-Allgemeine repräsentiert, das somit seine Repräsentation verloren hat.“<sup>2</sup> Und, so *Forsthoff*, „[n]achdem mit dem Ende des Staates auch das geistige Profil der Polizei dahin ist, fällt es ihr schwer, im politischen Alltag eine gute Figur zu ma-

---

\* Erhard Denninger ist Emeritus der Goethe – Universität Frankfurt am Main.

1 Sieht man einmal von Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932,<sup>2</sup>1963), ab. Dazu Isensee, *HbStR* II, 3. Aufl. 2004, § 15, N. 55.

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

chen...“<sup>3</sup> „Der harte Kern des heutigen sozialen Ganzen ist nicht mehr der Staat, sondern die Industriegesellschaft.“<sup>4</sup> Soziologen, Politikwissenschaftler und Philosophen, die schon vor der Jahrtausendwende das Ende der Ära des modernen Nationalstaates und damit der seit 1648 herrschenden „westfälischen Ordnung“ verkünden, melden sich überall in *Europa*. Zu den frühen zählt der Pariser Politologe *Jean-Marie Guéhenno*, dessen 1993 erschienenes Buch nicht nur „La fin de la démocratie“ im Titel führt, sondern das mit dem „Ende der Nationen“ auch das „Ende der Politik“ gekommen sieht. Der Londoner Soziologe *Martin Albrow* ließ 1998 die deutsche Erstausgabe seines Werkes über „The Global Age“ unter dem Titel „Abschied vom Nationalstaat“ erscheinen, korrigierte dies 2007 jedoch ausdrücklich. Der „Abschied“ gleiche eher einem „Auf Wiedersehen!“, denn der Nationalstaat werde im Globalen Zeitalter keineswegs überflüssig.<sup>5</sup>

In der italienischen Literatur ist man hingegen mit Abschieds- und Ende-Vorstellungen vorsichtiger, beobachtet jedoch ebenfalls das Ungenügen der nationalstaatlichen Dimension und der repräsentativen Demokratie zur Lösung drängender Probleme des „globalen Zeitalters“. So weist etwa *Sabino Cassese*, Verfassungsrichter und ein führernder Lehrer der Staatstheorie und des Verwaltungsrechts, darauf hin, dass die Unterhaltung und der Einsatz militärischer Streitkräfte, bisher eine der klassischen Aufgaben des National- und Territorialstaates, diesen Rahmen längst gesprengt haben: Eine Zählung im September 2006 ergab, dass ungefähr 318 000 Soldaten unter den Fahnen der UN und der NATO aktiv waren, das Dreifache der italienischen Armee und mehr als das Doppelte der französischen.<sup>6</sup> Als Probleme, welche die Kapazitäten einzelner Staaten übersteigen, nennt er den internationalen Terrorismus und den globalen Klimawandel. Folgerichtig stellt *Cassese* die Frage nach den Realisierungsbedingungen von Gerichtsbarkeit/Rechtsstaat und Demokratie „oltre lo Stato“, *jenseits, über den Staat hinaus*, und damit sind nicht nur völkerrechtliche Abmachungen gemeint. Seine durch zahlreiche empirische Beispiele belegten Analysen finden ihre

Ergänzung aus *rechtsoziologischer* Sicht in der Untersuchung von *Maria Rosaria Ferrarese* zum Verhältnis von repräsentativer Demokratie und „governance“.<sup>7</sup> Die so bezeichneten neuen Formen der Entscheidungsbildung, die sich vom Schema Gesetz/Gesetzesvollzug lösen, sollen ein in dreifacher Hinsicht festzustellendes Ungenügen der repräsentativen Demokratie ausgleichen.

Deren Grundannahmen, wie sie etwa, beeinflusst von *Rousseaus* Vertragstheorie, in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, also in der französischen Verfassung (von 1791) Ausdruck gefunden haben, halten der Realität des „globalen“ und „digitalen“ Zeitalters nicht stand, meint *Ferrarese*, weder in „theoretischer“ noch in „territorialer“ oder in „soziologischer“ Hinsicht.<sup>8</sup> In der ersten verfällt das Dogma der „volonté générale“ der Kritik. Wenn Art. 6 der Erklärung von 1789 statuiert: „Das Gesetz ist der Ausdruck der volonté générale“,<sup>9</sup> dann ist daran zu erinnern, dass der

3 Ders., ebda, S. 159.

4 „ „, S. 164.

5 M. Albrow, *Das Globale Zeitalter*, Erweiterte Neuausgabe, Frankfurt /M. 2007, S. 13.

6 S. Cassese, *Il diritto globale*, Torino 2009, S. 4.

7 M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010.

8 Ferrarese, ibidem, S. 75 ff.

9 Art. 6 Erkl. 1789/1791: „La loi est l' expression de la volonté générale.“

Streit um die [inhaltliche] Allgemeinheit des Gesetzes und um die rechtsstaatliche Zulässigkeit des so genannten „Maßnahmengesetzes“, also eines *partikulären* Verwaltungshandelns in Gesetzesform, in *Deutschland* schon seit den 50er Jahren des vorigen Jahrhunderts erledigt ist.<sup>10</sup> Längst vor aller Globalisierungs-Debatte haben die Anforderungen des modernen Leistungs- und Daseinsvorsorgestaates Funktionen und Begriff des nationalstaatlichen Gesetzes des 19. Jahrhunderts verändert.

Die Französische Revolution hatte mit vorher nie gekannter Emphase den Gedanken der *Gleichheit* verkündet. „Alle Menschen sind von Natur und vor dem Gesetz gleich.“ – Art. 3 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1793. Der Widerhall tönt noch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“, sagt Art. 1. Etwa hundert Jahre zuvor (1840) hatte *Alexis de Tocqueville* das Verlangen nach *Gleichheit* als die maßgebliche politische Kraft beschrieben, als eine „glühende, unersättliche, ewig dauernde, unbesiegbare Leidenschaft“ der demokratischen Völker.<sup>11</sup> Heute haben sich die Verhältnisse gründlich gewandelt. *M. R. Ferrarese* sieht die traditionellen Einrichtungen der (demokratischen) Repräsentation durch Pluralismus und Vielfalt beeinträchtigt und fordert ein umfassendes Überdenken der Beziehung zwischen Individual- und Kollektivsubjekt.<sup>12</sup> Aus deutscher Sicht dazu Folgendes:

Die in den 90er Jahren verabschiedeten Verfassungen der neuen deutschen Bundesländer sind voll von Schutz- und Förderklauseln für ethnische, kulturelle und sprachliche Minderheiten oder auch sexuelle Orientierungen. Man ist durchaus versucht, von einer „neuen Lust an der Vielfalt“ zu sprechen.<sup>13</sup> Diese neue Tendenz zur rechtlichen Anerkennung von *Verschiedenheiten* hat bis auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern durchgeschlagen. Bis zur Föderalismusreform des Jahres 2006 hatte der Bund in den weiten und wichtigen Materien der so genannten „konkurrierenden Gesetzgebung“ (z. B. im Recht der Wirtschaft, im Arbeitsrecht, im Recht der öffentlichen Fürsorge) das Recht, konkurrierend mit den Ländern Gesetze zu geben, u.a., wenn „die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus“ dies erforderte. (Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG a. F.). Seit der Reform hat der Bund das Gesetzgebungsrecht nur noch, „wenn und soweit die Herstellung *gleichwertiger* Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ sein Tätigwerden erfordert.<sup>14</sup> Also: Nicht mehr *Gleichheit* (Einheitlichkeit) schlechthin, sondern nur noch *Gleichwertigkeit*, was immer das heißen mag, soll der Maßstab sein.<sup>15</sup>

10 Vgl. nur E. Forsthoff, Über Maßnahmengesetze, Jellinek-Gedächtnisschrift 1955. Ders., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl. München und Berlin 1966, S. 9 ff.

11 A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 2. Band, 13. Aufl. Paris 1850, II, Kap.1, S. 109.

12 Ferrarese, *ibidem*, S. 78.

13 So E. Denninger, Menschenrechte und Grundgesetz, Weinheim 1994, S. 38.

14 Die weitere Kompetenzklausel des Art. 72 Abs. 2 GG darf hier außer Betracht bleiben. Vgl. im Übrigen etwa C. Degenhart in Sachs-GG, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 72 Rdn. 10ff.

15 Dass für Menschen mit Behinderungen nicht einfach „gleiche Lebensbedingungen“ wie für Nichtbehinderte geschaffen werden können, sondern bestenfalls „gleichwertige“, haben auch die Landesverfassungsgeber erkannt: Vgl. Art. 12 Abs. 4 BrandbgVerf 1992, Art. 2 Abs. 4 ThürVerf 1993.

## II. Globalisierung

Dieser Exkurs über die Rolle von Gleichheit beziehungsweise Vielfalt in der Gesetzgebung soll zeigen, dass insoweit eine Entwicklung im Gange ist, die mit dem Terminus und dem Phänomen der ‚Globalisierung‘ allein nicht angemessen beschrieben werden kann, eher vielleicht schon mit dem als Gegenbegriff geprägten Gedanken der „Globalization“, der die zu beobachtende Wiederbelebung lokaler und partikularer Werte, Traditionen und Strukturen markiert, man denke an Jurassier,<sup>16</sup> Schotten oder Katalanen.<sup>17</sup> Anders verhält es sich mit den beiden anderen genannten Voraussetzungen der nationalstaatlichen repräsentativen Demokratie, den „territorialen“ und den etwas unglücklich so genannten „soziologischen“, besser: gesellschaftsbezogenen. Ihre Betroffenheit durch Prozesse der Globalisierung leuchtet unmittelbar ein, wenn wir, was jetzt geschehen soll, diesen Begriff genauer betrachten.

Wir stützen uns dabei auf die Beschreibungen von Autoren wie *Martin Albrow*, *Ulrich Beck*, *Anthony Giddens* oder *Anthony McGrew*, die allesamt gegen Ende des vorigen Jahrhunderts, also gewiss nicht zufällig nach der Abschwächung des Ost-West-Gegensatzes und der nunmehr globalen Dominanz des Kapitalismus ihre Vorstellungen von einer „nach-wesfälischen Ordnung“ entwickeln.

Anstatt mit einer abstrakten Definition beginne ich mit dem von *Anthony Giddens* eingeführten Bild des *Dschagannath-Wagens*.<sup>18</sup> Er ist das riesige, ungeheuer starke, nicht zu zügelnde Gefährt des Gottes Krischna, das die Menschen kollektiv zwar ein wenig steuern können, ohne jedoch seine Fahrtrichtung oder Geschwindigkeit wirklich kontrollieren zu können. Wer sich der Maschine widersetzt, wird zermalmt. Wer mitfährt, kann durchaus auch Freude und Hoffnung empfinden, bleibt aber verunsichert. „Gefühle ontologischer Sicherheit und Existenzangst werden in ambivalenter Weise koexistieren.“ Für *Ulrich Beck*, den zu Beginn vorigen Jahres verstorbenen Münchener Soziologen, ist Globalisierung zunächst ein „Rätsel- und Drohwort“, bis es ihm gelingt, in diesem „Begriffsnebel“, wie er sagt, die Leitidee „einer neuen Großen Erzählung vom Transnationalen“ aufzudecken.<sup>19</sup> Er nennt sie die „Anwesenheit des Abwesenden“ oder die „Entterritorialisierung des Sozialen.“ „Geographische und soziale Nähe fallen auseinander. Man muss nicht an einem Ort leben, um zusammenzuleben, und an demselben Ort zu leben heißt keineswegs, zusammenzuleben.“

Die Loslösung des sozialen Raumes, der ihn mit Leben füllenden sozialen Beziehungen von dem physisch-realen Raum – *Giddens* spricht hier von „Entbettung“<sup>20</sup> – schafft Unsicherheiten, zumal in der Verbindung mit der Erfahrung, dass sich mit zunehmender wissenschaftlicher Erkenntnis der Horizont des Nichtwissens, der ungelösten Fragen, vielfach schneller ausweitet als der Horizont des „Gewussten“. *Ulrich Beck* bildet in diesem Zusammenhang den Begriff der „fabrizierten Unsicherheit“.<sup>21</sup> Sie begleitet den

16 Schweizer Kanton seit 1979!

17 Vgl. R. Robertson, Globalization, Social Theory and Global Culture, London 1993.

18 S. A. Giddens, Konsequenzen der Moderne, Frankfurt a.M. 1995, S. 173 f. Auch zum Folgenden.

19 U. Beck, Politik der Globalisierung, Einleitung, Frankfurt a. M. 1998, S. 7 ff., 12.

20 Giddens, a.a.O., S. 33 f.

21 Beck, Nationalismus oder das Europa der Individuen, in: U. Beck / E. Beck-Gernsheim, (Hrsg.), Riskante Freiheiten, Frankfurt a. M. 1994, S. 466 ff., 469 f., auch z. Folg.

Prozess der von ihm so genannten *Individualisierung*, welche die „Aufzehrung, Auflösung und Entzauberung der kollektiven und gruppenspezifischen Identitäts- und Sinnquellen (...) der Industriegesellschaft“ beschreibt. „Alle Definitionsleistungen werden den Individuen selbst auferlegt.“ Wir zögern nicht, diesen Gedanken der Individualisierung mit der im Begriff der Glocalization erfassten Vorliebe für Lokales, Privates, Traditionales, Heimatliches zu verbinden. Beide können als Ergänzung der, ja als Reaktion auf die rasende Fahrt im Dschagannath-Wagen, genannt Globalisierung, verstanden werden.

Nach soviel begrifflicher Abstraktion erscheinen ein paar Fakten und Zahlen angebracht, der Anschaulichkeit halber. Bei „Globalisierung“ denken wir zunächst an Vervielfachung, Beschleunigung und globale Transnationalisierung der Kommunikationsbeziehungen, der wissenschaftlichen wie der geschäftlichen oder privaten. Das Gleiche gilt sodann von der Warenproduktion, dem Warenaustausch, den Kapitalbewegungen. Dazu ein paar Beispiele, nur, um die Größenordnungen sichtbar zu machen. Die Philippinen waren im 16./17. Jahrhundert eine spanische Kolonie. Eine amtliche Mitteilung des Königs in Madrid erreichte die Verwaltung auf den fernöstlichen Inseln nach achtzehn Monaten.<sup>22</sup> Oder: Am 8. Januar 1815 besiegen die US-Amerikaner unter General Jackson die britische Armee in einer blutigen Schlacht vor New Orleans. Ein paar Tausend Engländer verlieren ihr Leben in den Sümpfen des Mississippi-deltas. Doch schon zwei Wochen vorher, am 24. Dezember 1814, war in Gent, heute Belgien, der Friede zwischen den Kriegsparteien geschlossen worden. Heute zieht ein Crash an der Börse in Shanghai den Dax in Frankfurt noch am selben Tag in die Tiefe.

Ausmaß und Tempo der weltweiten, „globalen“, industriellen und kommerziellen Verflechtung mag aus folgenden Zahlen deutlich werden, wobei es nicht auf deren Genauigkeit sondern auf den Vergleich der Größenordnungen ankommt.

Im Zeitraum von 1990 bis 2008 ist die Zahl der weltweit operierenden so genannten *Transnationalen Unternehmen /TNU* von 35.000 auf 82.000 gestiegen.<sup>23</sup> Ihnen zugeordnet sind mehr als 800 000 Tochterunternehmen. Vergleicht man die Jahresumsatzzahlen einiger führender „global player“ mit den Werten des in einzelnen Staaten erwirtschafteten Bruttoinlandsprodukts (*BIP*), erhält man eine Vorstellung von der wirtschaftlichen Macht der TNU's. So betrug der Konzernumsatz bei *General Motors* 2012 mit ca. 207 000 Mitarbeitern 151,3 Milliarden USD; für *Toyota* lauten die Zahlen: Umsatz 2009 203,3 Mrd. USD bei ca. 339 000 Mitarbeitern. Das Bruttoinlandsprodukt Portugals bezifferte sich 2013 auf 227,3 Mrd. USD der 10,5 Millionen Einwohner, das von Ungarn im selben Jahr betrug 229 Mrd. USD von 9,9 Millionen Einwohnern. Die 5,4 Millionen Einwohner der Slowakei erwirtschafteten 2014 ein BIP von 126,9 Mrd. USD, die 8,26 Millionen Schweizer freilich eines von 340 Mrd. USD.

Das gewaltige Wachstum an Industrieproduktion, an Transportleistungen und Handelsbeziehungen, das sich in den Zahlen ausdrückt, und das in der Produktion von Autos als den Werkzeugen der Mobilität ebenso real wie symbolhaft kulminierte, war und ist ohne einschneidende Veränderungen der staatlichen Strukturen nicht denkbar. Als Symbole der negativen Seiten der Mobilität habe ich freilich auch die mit Flüchtlingen überladenen Schlauchboote im Mittelmeer vor Augen.

22 Nach: S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma 2003, S. 3.

23 Quelle: bpb, Bundeszentrale für politische Bildung, „Globalisierung“.

### III. Souveränität

Bei der folgenden Betrachtung dieser Zusammenhänge beschränken wir uns auf die Entwicklung in *Europa*, und zwar aus doppeltem Grund. Zum einen ist der Begriff der staatlichen *Souveränität*, um den es hier geht, eine europäische „Erfindung“, zuerst eine altrömische, danach eine frühneuzeitliche, in *Frankreich* und *England* entwickelte. Zum anderen bildet das Projekt der *Europäischen Union* mit der Verwirklichung eines Binnenmarktes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital herrscht, das den Tendenzen der Globalisierung genau entsprechende juristische Rahmenwerk (Art. 26 AEUV). Insofern kann man sagen, dass die *Union*, jenseits aller wohlfeilen Präambel-Rhetorik zu europäischen und universellen „Werten“, den Versuch einer politisch-institutionellen Antwort auf die Anforderungen des globalisierten Kapitalismus mindestens für *Europa* darstellt.

Schließlich – darauf ist zurückzukommen – verfügt *Europa* über die höchstentwickelten Garantien sowohl der „Menschenrechte“ wie der „Grundrechte“, die einen in Gestalt der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 der 47 Staaten des *Europarates*, die anderen als Charta der Grundrechte der 28 Mitgliedstaaten der *Europäischen Union*. Hinter beiden Dokumenten steht – das ist wichtig – jeweils ein den individuellen Rechtsschutz gewährender Gerichtshof.

Was also bedeutet dann *Souveränität* und wer ist ihr Träger/Inhaber? Historisch fragend werden wir an *Jean Bodin*, gestorben 1596, und an *Thomas Hobbes*, gestorben 1679, verwiesen. *Bodin* knüpft mit seinem Begriff von Souveränität an die aus der spät-römischen Kaiserzeit überlieferten Begriffe „summum imperium“, „summa potestas“ und „majestas imperii“ an, wenn er definiert: „Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas“.<sup>24</sup> Das Neue des Begriffs ist, wie *Michael Stolleis* unterstreicht, die zeitliche Unbegrenztheit und inhaltliche Absolutheit dieser Herrschaftsmacht: „La souveraineté est la puissance absolue & perpétuelle d' une République, que les Latins appellent maiestatem.“<sup>25</sup> Entscheidend wird nun das *Recht zur Gesetzgebung*, das ius „jubendae ac tollendae leges summa potestate“. Aus diesem werden alle anderen Herrschaftsbefugnisse des Souveräns abgeleitet: Kriegserklärung und Friedensschluss, Ein- und Absetzung der höchsten Amtsträger, Bestätigung höchstrichterlicher Urteile, Auferlegung von Steuern und Abgaben, Gnadenpraxis und Dispense, Bestimmung des Münzfußes (Währungshoheit!) und Leistung des Treueides.

Und noch 1927 kommt *Hermann Heller* in seiner profunden Studie über „Die Souveränität“ zu dem Ergebnis, „dass wir das Wesen der Souveränität in der Fähigkeit erblicken, höchste, die Gemeinschaft bindende Rechtssätze zu positivieren.“<sup>26</sup>

Es ist kein Zufall, dass, wie das Werk des französischen Juristen, auch das des großen englischen Philosophen, *Hobbes*, in einer Zeit großer innenpolitischer Wirren und konfessioneller Bürgerkriege entsteht. Das macht es verständlich, dass nicht nur die Willens-Einheit des *Leviathan* betont wird (der übrigens, *Hobbes* zufolge, in einer, mehr-

24 J. Bodin, *Les six livres de la République*, 1576, Paris 1583, Buch I, Kap. 8.

25 Ders., ebenda, I, 8, 122. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band I, München 1988, S. 173; ferner H. Quaritsch, Art. Souveränität in J. Ritter / K. Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Band 9, Basel 1995, Sp. 1104 ff.

26 H. Heller, *Die Souveränität*, Berlin u. Leipzig 1927, S. 58.

ren oder in einer Vielheit von Personen verkörpert sein kann), sondern dass die Unwiderstehlichkeit des Gesetzes als *Befehl* ins Zentrum rückt: Auctoritas, non veritas, facit legem. Dieser, von *Carl Schmitt* dem Engländer zugeschriebene Spruch<sup>27</sup> findet sich bei diesem in dieser Schroffheit allerdings nicht. Vielmehr beobachtet *Hobbes* die häufig widersprüchlichen Ergebnisse bei der Finding und Auslegung des Common Law, also des Richterrechts, und stellt deshalb die Frage, *wessen Vernunft* als Gesetz angesehen werden solle. Deshalb, so meint er, „ist es nicht diese jurisprudentia oder Weisheit untergeordneter Richter, sondern die Vernunft unseres künstlichen Menschen ‚Staat‘ und sein Befehl, die das Gesetz ausmachen, und da der Staat in seiner Vertretung nur *eine* Person ist, kann nicht leicht eine Widersprüchlichkeit der Gesetze entstehen.“<sup>28</sup> Das Problem, *wessen Vernunft* bei widersprüchlichen, auch höchstrichterlichen Entscheidungen, den Ausschlag geben soll, ist bis heute nur bruchstückhaft gelöst. Verhältnismäßig einfach liegen die Dinge, wenn die Grenzen des Territorialstaates weder durch den konkreten Fall noch durch die ihn regelnden Gesetze überschritten werden. In *Deutschland* sind der „richterliche Souverän“ – sit *venia verbo!* – dann jeweils die beiden Senate des *Bundesverfassungsgerichts*. Kommt es innerhalb eines der achtköpfigen Kollegien zu keiner Einheit oder ausreichenden Mehrheit, so werden die Klage oder der Antrag abgewiesen (§ 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG). Anders verhält es sich, wenn beanspruchte richterliche Entscheidungskompetenzen auf verschiedenen Ebenen zusammenstoßen, etwa auf der nationalstaatlichen und auf der europäisch-gemeinschaftsrechtlichen. Wer beurteilt dann abschließend und wie die Rechtmäßigkeit des Handelns von Gemeinschaftsorganen, etwa der Europäischen Zentralbank, wenn dabei auf beiden Ebenen identisch klingende Begriffe (z.B. „Preisstabilität“) anzuwenden sind, die nach dem Recht der einen Ebene eine Verfassungsverletzung begründen könnten, nach dem der anderen, der europarechtlichen, aber bedenkenfrei sind. Das *Bundesverfassungsgericht* will seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht in *Deutschland* nur noch nach Maßgabe eines „Kooperationsverhältnisses“ zum *Europäischen Gerichtshof* ausüben, doch bleiben die genaueren Bestimmungen dieser „Kooperation“ noch weithin im Dunkeln.<sup>29</sup> Gewiss ist nur, dass die *Hobbes*’sche Frage, *wessen Vernunft* den Ausschlag geben solle, heute nicht mehr durch die Überantwortung an einen (einigen) Befehlsgabe = Gesetzgeber, sondern nur durch eine *solidarische, d.h. friedliche Pluralisierung der Vernunft* eine Antwort finden kann.

Dies gilt im Prinzip auch, was im Hinblick auf die längst überfällige Reform der Vereinten Nationen zu zeigen wäre, für die zweite große Dimension der Souveränität, die hier nicht außer Betracht bleiben darf: die der *Souveränität nach außen*, der ‚internationalen‘, = zwischenstaatlichen Beziehungen. Die bis heute wirkende Leitidee, die Vorstellung von einer den *totus orbis*, den ganzen Erdkreis oder auch das ganze Menschengeschlecht umspannenden Ordnung, „qui aliquo modo est una res publica“, deren Glieder die einzelnen souveränen Staaten sind, findet sich bereits in den zwanziger Jahren des 16. Jahrhunderts bei dem Dominikaner *Francisco de Vitoria* (1483 – 1546), der

27 C. Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München u. Leipzig 1934, S. 44.

28 Th. Hobbes, Leviathan, (1651), deutsche Übers. von W. Euchner, Neuwied/Berlin 1966, Kap. 26, 7., S. 207.

29 Vgl. BVerfGE 89, 155, 175 (Maastricht) und BVerfGE 134, 366, 385 (OMT-Beschluss).

nicht zu Unrecht als „Vater des Völkerrechts“ geehrt wird.<sup>30</sup> Konstitutives Merkmal dieser äußereren Souveränität sei das *ius ad bellum*, wobei viel Mühe aufgewendet wird, den Krieg jeweils als *bellum iustum*, als „gerechten Krieg“ erscheinen zu machen.

#### IV. Krise des ‚klassischen‘ Souveränitäts-Gedankens

Eine Theorie der Souveränität, die sich bezüglich der Innenperspektive auf den *legibus solutus*-Gedanken von *Bodin* und *Hobbes* und bezüglich der Außenperspektive auf das Recht zum Krieg gründet, muss mit nahezu zwingender Logik dazu kommen, für die Gegenwart das Ende, oder doch mindestens die große „Krise“ der Souveränität und des diese zum Ausdruck bringenden Nationalstaats zu verkünden. An *Carl Schmitt*‘s Definition „Souverän ist, wer über den Aunahmezustand entscheidet“<sup>31</sup> ist hier nicht vorbeizukommen. Aber nicht der Dezisionismus als rechtstheoretisches Konzept ist in unserem Zusammenhang von Interesse, sondern seine Projektion auf die verfassungs- und völkerrechtliche Entwicklung in diesem und im vorigen Jahrhundert. Als typisch ist hier die Souveränitätstheorie zu nennen, die *Luigi Ferrajoli* 1995 mit dem Untertitel „*Nascita e crisi dello Stato nazionale*“ vorgelegt hat.<sup>32</sup>

Aus seiner Sicht *endet* die staatliche Souveränität – und damit, wie er sagt, das *Modell Westfalen* – nach dem Zweiten Weltkrieg a) mit der UN-Charta vom 26. Juni 1945 und b) mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und den diese weiterführenden Internationalen Pakten vom Dezember 1966. Während die Souveränität nach innen bereits mit der Entwicklung des verfassungsmäßigen Rechtsstaates, des *stato costituzionale di diritto*, bis zur Auflösung entleert worden sei, bedeute die Abschaffung des *ius ad bellum* (im Art. 2 der Satzung der Vereinten Nationen) und die Begründung einer „wirklich überstaatlichen Rechtsordnung“ das Ende der Souveränität nach außen, das Ende des dreihundert Jahre hindurch anerkannten „Naturzustandes“ zwischen den Staaten.<sup>33</sup> Auf der neuen Bühne des internationalen Rechts traten nicht mehr nur die Staaten als Subjekte auf, sondern kraft der genannten Dokumente auch die Individuen und die „Völker“. Deren Recht auf Selbstbestimmung werde (was zutrifft) jeweils in Art. 1 der beiden Internationalen Pakte proklamiert.

Von den im Einzelnen juristisch kaum haltbaren Feststellungen *Ferrajolis* verdienen doch zwei unsere besondere Aufmerksamkeit: Erstens der Fortbestand der – angeblich nicht mehr souveränen – Staaten als Rechtssubjekte der internationalen Ordnung und zweitens die neue Subjektstellung der Individuen nunmehr auch im Völkerrecht kraft der ihnen zuerkannten Menschenrechte.

Zum ersten: Es ist doch merkwürdig, dass derselbe Akt, nämlich die Gründung der Vereinten Nationen, der angeblich das Ende der staatlichen Souveränität besiegelt haben soll, den „Grundsatz der souveränen Gleichheit aller ihrer Mitglieder“ ebenso wie das Prinzip der Nichtintervention „in Angelegenheiten, die ihrem Wesen nach zur inneren

30 Vgl. F. de Vitoria, *De potestate civili*, 1528. in *Relecciones Teológicas*, Bd. II, Madrid 1934.

31 C. Schmitt, *Politische Theologie*, 2. Ausgabe, München u. Leipzig 1934, S. 11. Schmitt sieht die Bedeutung Bodins, seine wissenschaftliche Leistung und den Grund seines Erfolges gerade darin, „daß er die Dezision in den Souveränitätsbegriff hineingetragen hat,“ Ebenda S. 14.

32 L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Milano 1995.

33 Ders., ebenda, S. 39 ff. „*La crisi odierna della sovranità*“. Zum Folgenden dort S. 41.

Zuständigkeit eines Staates gehören“, in prominenter Weise betont (Art. 2 Nr. 1 und Nr. 7 UN-Charta). Lenken wir den Blick auf den engeren Rechtskreis der *Europäischen Union*, so ist diese – Art. 4 Abs. 2 EUV – gehalten, „die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit“ zu achten. „Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten“. Betrachten wir schließlich, noch enger fokussierend, die Rechtsgrundlagen unseres Staates, so treffen wir nicht nur auf das Grundgesetz, in dem das Wort ‚Souveränität‘ allerdings nicht vorkommt, sondern vor allem auf den „Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland“ vom 12. September 1990, den so genannten *Zwei-plus-Vier-Vertrag*. Sein Art. 7 Abs. 2 lautet: „Das vereinte Deutschland hat demgemäß die volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten.“

## V. Das Bundesverfassungsgericht auf der Suche nach einer „absoluten Grenze“ für die Übertragung von Souveränitätsrechten

Und das *Bundesverfassungsgericht*, auf das jetzt näher einzugehen ist, gibt einen erhellenden Hinweis: Das Grundgesetz verzichte nicht „auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“.<sup>34</sup> Trotz entwickelter „Völkerrechts-freundlichkeit“, trotz des „weit zurückgenommenen Souveränitätsvorbehalts“ im Rahmen der supranationalen europäischen Integration könne der Gesetzgeber ausnahmsweise auch Völkervertragsrecht brechen, wenn anders ein „Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung“ nicht abgewendet werden kann.

Hier gilt es, ein naheliegendes Missverständnis abzuwehren. Die Redeweise des Gerichts, die Souveränität liege „in dem letzten Wort“, also der Letztgültigkeit der deutschen *Verfassung*, mag zu der Ansicht verleiten, die Rechtsordnung *als solche*, freilich auf der Ebene der nationalen Verfassung, als Subjekt der Souveränität zu verstehen. Damit wären wir jedoch keinen Schritt weiter als *Hans Kelsen* schon 1920 (1928) war.<sup>35</sup> Im Urteil zum *Lissabon-Vertrag* (30. 6. 2009) wird das *Bundesverfassungsgericht* deutlicher.<sup>36</sup> Souveräne Staatlichkeit stehe für einen befriedeten Raum und die darin gewährleistete Ordnung auf der Grundlage individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung. „Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft.“ (S. 346) Große Anstrengungen verwenden die Richter auf den Nachweis, dass die *Europäische Union* *kein* Staat sei, auch *kein* „Bundesstaat“, und auch *keiner* werden dürfe, vielmehr ein „Staatenverbund“, eine allerdings enge Verbindung souveräner Staaten bleiben müsse. Diese müssten dauerhaft die *Herren der Verträge* bleiben (S. 349), die Zuständigkeiten der *Union* seien nach dem *Grundsatz der*

34 BVerfGE 111, 307, 319 (2004).

35 Vgl. H. Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. Tübingen 1928 (Nachdruck Aalen 1960). Zur Kelsen-Kritik sei auf Hermann Heller (oben, N. 26) verwiesen.

36 BVerfGE 123, 267, 346 ff.

begrenzten Einzelermächtigung zu bestimmen (Art. 5 EUV), eine Übertragung der Kompetenz-Kompetenz auf Unionsorgane sei untersagt (S. 349), die Möglichkeit eines Mitgliedstaates, aus dem Verbund *auszutreten*, müsse gewahrt bleiben (S. 350).

Auf der anderen Seite wirkt die in den Verträgen immer wieder betonte und in den einzelstaatlichen Verfassungen reflektierte *Integrationsdynamik*. So stelle der Vertrag, so heißt es in Art. 1 EUV (seit 1992), „eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas dar“ und der Vertrag über die Arbeitsweise der *Europäischen Union* (2007) basiert auf dem „festen Willen“ der Vertragschließenden, „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen“ (Präambel AEUV). Das deutsche Grundgesetz antwortet auf dieses nicht definierte Integrationsprogramm insbesondere mit dem nicht nur als „Struktursicherungsklausel“, sondern ebenso auch als „Staatszielbestimmung“ zu lesenden Art. 23 GG: Zur Verwirklichung eines vereinten *Europas* wirkt die Bundesrepublik „bei der Entwicklung der *Europäischen Union* mit“, usw. Wo aber ist das Ende dieser Entwicklung, was ist die „Finalität“ derselben? Art. 23 GG sagt darüber ebenso wenig wie die Europäischen Verträge. In dieser Situation, in der scheinbar alles grenzenlos in Fluss gerät, sucht das *Bundesverfassungsgericht* eine feste, ja, eine *absolute Grenze* (348). Es findet sie scheinbar in den in Art. 79 Abs. 3 GG mit Art. 1 und 20 normierten, in Art. 23 Abs. 1 aufgenommenen Verfassungsgrundsätzen, die hinfört als souveränitätsichernder, „geschützter Mindeststandard“, mehr noch: als „integrationsfeste Verfassungsidentität des Grundgesetzes“, als „unantastbarer Kernbestand der Verfassungsidentität“ oder als „nicht abwägungsfähiger Kernbestand des Grundgesetzes“ die Rechtsprechung bestimmen und die in Anspruch genommene „Identitätskontrolle“ gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakte durch das deutsche Gericht begründen.<sup>37</sup>

Jedoch: Der Schein trügt. Die nähere Betrachtung der Maßstäbe, welche das Gericht selbst entwickelt, zeigt, dass eine klare Grenze zwischen Noch-Souveränität und Nicht-mehr-Souveränität des Mitgliedstaates nicht existiert, und auch nicht existieren kann. *Souveränität ist ein durch und durch relativer Begriff geworden*.

Im Zentrum der unabänderlichen, unantastbaren Verfassungsgrundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG stehen der Menschenwürdesatz mit den Menschenrechten einerseits, das Demokratieprinzip andererseits; man könnte auch sagen: private und öffentliche Autonomie.

Das Grundgesetz (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a) in der Auslegung des *Bundesverfassungsgerichts* verklammert beide, indem das individuelle subjektive *Wahlrecht* zum demokratischen Willensbildungs- und Vertretungsorgan, zum Deutschen Bundestag, nicht nur, wie der Wortlaut des Art. 38 vermuten lässt, die Einhaltung der Wahlverfahrensgrundsätze garantiert, sondern vielmehr auch das „Ergebnis“, den „grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts“.<sup>38</sup> M. a. W.: Der Wahlbürger hat ein „einklagbares“ subjektives Recht darauf, dass er durch seine Stimmabgabe an der Entstehung eines legitimen Staatsorgans mitwirken kann, das eigene Aufgaben und Befugnisse „von substantiellem politischem Gewicht behält“ oder dass die so demokratisch legitimierte Re-

37 Vgl. in der Reihenfolge der Zitate: BVerfGE 123, 267, 348; E 132, 195, 239; E 134, 366, 385; E 134, 366, 387.

38 BVerfGE 89, 155, 171 f. (Maastricht-Vertrag).

gierung maßgeblichen Einfluss auf europäische Entscheidungen auszuüben vermag.<sup>39</sup> Das Gericht versucht, diesen reichlich unbestimmten Maßstab zu konkretisieren, indem es den Raum, der den Mitgliedstaaten „zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“ notwendig verbleiben muss, durch einen Katalog von Regelungsmaterien ausfüllt. Dazu in Klammern bemerkt: [Jean Bodin könnte sich durch die Karlsruher Richter zugleich bestätigt, aber auch enttäuscht sehen: Einerseits erkennen die Richter auch heute in der *Gesetzgebungsgewalt*, im ius „jubenda ac tollenda legis summa potestate“ ein zentrales, wenn nicht das zentrale Element der Souveränität, andererseits verfehlten sie mit der Aufgliederung nach Materien den entscheidenden Gedanken Bodins, der gerade in der verallgemeinernden Vereinheitlichung der Legislativfunktion liegt.] Das *Bundesverfassungsgericht* nennt fünf Bereiche, die als „besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“, und damit also für seine Souveränität gelten: (1) das Strafrecht, (2) das polizeiliche und militärische Gewaltmonopol, (3) die Haushaltshoheit, (4) die sozialstaatliche Ausgestaltung und (5) kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, im Bildungssystem und in der Behandlung religiöser Gemeinschaften. (S. 359) Ohne dies hier im Einzelnen näher begründen zu können, möchte ich behaupten: Keiner dieser Regelungsbereiche ist so beschaffen, dass er sich, gerade auch im Hinblick auf die vielfach beschworenen grundlegenden europäischen *Werte*, s. nur Art. 2 EUV, per se und völlig einer maßvollen Rechtsharmonisierung entzöge. Wenn dies aber zutrifft, dann ist der Versuch des Gerichts, „integrationsfeste“, damit souveränitätssichernde Bereiche *inhaltlich-gegenständlich* zu fixieren, gescheitert. Gescheitert ist dann der Versuch, mit dem Verweis auf einen in den Art. 1, 20 und 79 Abs. 3 GG geschützten „unantastbaren“ „Identitätskern der Verfassung“<sup>40</sup> einer möglichen weiteren Integration eine inhaltlich bestimmte „absolute Grenze“ zu ziehen.

Der Ausgang des aktuellen Streits über Maßnahmen der *Europäischen Union* in der Grenzschutz- und der Asylpolitik, zum Beispiel zur Verteilung der Flüchtlinge nach „festen Quoten“, wird zeigen, wie stark oder schwach die Berufung auf absolute Grenzen der Integration (noch) ist (vgl. Art. 77 bis 80 AEUV).

## VI. Entwicklung der Menschenrechte. Der Einzelne als Rechtssubjekt im Völkerrecht

Im letzten Teil dieser Betrachtungen greife ich die These *Luigi Ferrajolis* zum Ende der „äußereren“ Souveränität der Nationalstaaten durch die (mehrfache) Proklamation der Menschenrechte durch die *Vereinten Nationen* wieder auf. Die These hat nur insofern eine gewisse Berechtigung, als sie die Aufmerksamkeit auf eine weltweite, „globale“ Entwicklung lenkt, die seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs mit seiner unsäglichen Barbarei und als Reaktion auf diese einen neuen Aufschwung genommen hat. Diese Entwicklung sucht in vermutlich unumkehrbarer Weise und mit zunehmender Intensität nach juristischen Ausdrucksformen: Ich meine die immer stärkere und immer umfassendere Anerkennung des einzelnen Menschen als Rechtssubjekt und das heißt vor al-

39 BVerfGE 123, 267, 356 (Lissabon-Vertrag). Zum Folgenden s. S. 358 ff.

40 Auch: BVerfGE 132, 195, 240.

lem, seine Anerkennung als *konstitutives Element jeder menschlichen Gemeinschaft auf allen Ebenen*, der internationalen, der supranationalen, der nationalen und der subnationalen.<sup>41</sup> Nimmt man dies ernst, dann bedeutet es, dass etwa das Völkerrecht nicht mehr, wie bisher, als eine Ordnung begriffen werden kann, deren Subjekte nur (souveräne) Staaten und gleich qualifizierte Organisationen sein können, sondern jedenfalls müssen Individuen mindestens *auch* Subjektstatus erhalten.<sup>42</sup>

Diese zunehmende Anerkennung des Einzelnen auch im Verhältnis zu „seinem“ Staat zeigt einen tiefgreifenden Bewusstseinswandel im globalen Maßstab an, *eine psycho-soziale Globalisierung*, die sich neben der technologischen und ökonomischen Globalisierung und verschränkt mit dieser entfaltet. Was das „juristisch“ und insbesondere für das Verhältnis von Völkerrecht zu staatlichem Recht bedeutet, lässt sich an der Entwicklung und dem Funktionswandel der *Menschenrechte* schon seit dem Ende des Ersten Weltkriegs festmachen.

*Hannah Arendt* hat 1955 in ihrem Buch über „Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft“ in bewegender Eindringlichkeit die völlige Rechtlosigkeit der Millionen von Flüchtlingen, von Vertriebenen und ‚displaced persons‘, kurz, des, wie sie sagt, „*Volks der Staatenlosen*“ beschrieben. Ohne die durch eine Staatsangehörigkeit vermittelte Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft wurden die „Staatenlosen“ zugleich zu Rechtlosen. Die Berufung auf die bloßen Menschenrechte war sinnlos, wo diese nicht von einem Staat geschützt wurden, „dessen Oberhoheit man durch Geburt und nationale Zugehörigkeit untersteht.“ „Nicht eine einzige Gruppe von Flüchtlingen ist je auf die Idee gekommen, an die Menschenrechte zu appellieren; wo immer sie sich organisierten, haben sie für ihre Rechte als Polen oder als Juden oder als Deutsche gekämpft. Mit den Großmächten hatten die Staatenlosen zumindest eines gemeinsam, die gleichgültige Verachtung für die Gesellschaften zum Schutz der Menschenrechte“.<sup>43</sup>

Einiges hat sich seither geändert. Die Feststellung *Hannah Arendts* für die Zeit der Judenverfolgung, der Begriff „Menschenrechte“ sei „überall und für jedermann, in totalitären und demokratischen Ländern... zum Inbegriff eines heuchlerischen oder schwachsinnigen Idealismus“ geworden,<sup>44</sup> dieses niederschmetternde Urteil gilt so heute nicht mehr.

Auf der einen Seite kann von einem Ende des Nationalstaats und von seiner Abdankung als „Souverän“ keine Rede sein. Dies zeigen gerade die internationalen Leitdokumente der Nachkriegsjahre: Art. 15 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung bekräftigt den Anspruch jedes Menschen auf Staatsangehörigkeit; niemandem dürfe diese willkürlich entzogen werden. Und Art. 24 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966 statuiert das Recht jedes Kindes nicht nur auf alle erforderlichen Schutzmaßnahmen, sondern insbesondere das Recht, „eine Staatsangehörigkeit zu erwerben“. Hat man also aus dem Horror der „Staatenlosigkeit“ gelernt?

41 Vgl. z.B. Art. 6 AEMR: „Jeder Mensch hat überall Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson.“

42 Dazu etwa Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen*, 2004, S. 108.

43 H. Arendt, *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, Frankfurt a. M. 1958, S. 438. S. auch S. 406, 435.

44 Dieselbe, ebenda, S. 406.

## VII. „Menschenrechtliche Permeabilität“ der Staaten. Zwei Beispiele

Auf der anderen Seite sind die Staaten, wie *Josef Isensee* gesagt hat, „menschenrechtlich permeabel“ geworden.<sup>45</sup> Was das heißt, möchte ich abschließend an zwei Beispielen zeigen.

### a) „Humanitäre Intervention“

Das erste betrifft das für das klassische Völkerrecht charakteristische *Interventionsverbot*, das in höchst auslegungsbedürftiger Formulierung noch in der UN-Charta Ausdruck gefunden hat (Art. 2 Nr. 7). Zusammen mit dem allgemeinen *Gewaltverbot* der Charta (Art. 2 Nr. 2) sichert es die territoriale Unversehrtheit der Staaten. Rechtmäßige Ausnahmen hiervon soll es nur geben, wenn, vereinfacht gesagt, auf den „bewaffneten Angriff“ eines Staates reagiert werden soll, entweder durch eine vom Sicherheitsrat mandatierte Maßnahme nach Kapitel VII der Charta oder aufgrund des Rechts zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung nach Art. 51 der Charta oder gemäß der Beistandsverpflichtung aus Art. 5 des NATO-Vertrages.

Keine dieser Voraussetzungen war gegeben, als im Frühjahr 1999 die NATO beschloss, mit so genannten „Luftschlägen“ gegen die Bundesrepublik Serbien vorzugehen, um diese von einem Völkermord in der damals noch serbischen Provinz Kosovo abzubringen. An den mit über tausend Flugzeugen durchgeführten Bombardierungen in Serbien war auch die Bundeswehr beteiligt. Diese Anwendung von Waffengewalt wurde als *Humanitäre Intervention* gerechtfertigt; seit etwa 2000 spricht man auch von einer *Responsibility to Protect (R2P)*. Schwerste und massenhafte Menschenrechtsverletzungen wie „Völkermord“ an einer nationalen, rassistischen, religiösen oder ethnischen Gruppe, aber auch „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ wie Menschenhandel, Versklavung, Vertreibung, Vergewaltigung oder Folter sollen einem Staat oder mehreren Verbündeten erlauben, mit militärischen Mitteln gegen einen dritten Staat vorzugehen.<sup>46</sup> Für eine *strafrechtliche Verfolgung* des Völkermordes gibt es schon seit dem 9. Dezember 1948, also schon seit einem Tag vor der Allgemeinen Menschenrechtserklärung eine entsprechende Internationale Konvention. Doch erst ein halbes Jahrhundert später, im Juli 1998, ist es gelungen, in Rom das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zu beschließen, dem in einem höchst komplizierten Verfahren die *strafrechtliche Bewältigung* von Verbrechen des Völkermordes und Verbrechen gegen die Menschlichkeit eröffnet wird. Dem gegenüber mag die *Humanitäre Intervention* mit Kampfeinsätzen schneller und wirksamer reagieren. Aber ihre völkerrechtliche Zulässigkeit ist bis heute umstritten, weil ohne eine institutionelle internationale Kontrolle nicht auszuschließen ist, dass die Inanspruchnahme des „Humanitären“ nur zur Bemächtigung einer Durchsetzung

45 J. Isensee, Weltpolizei für Menschenrechte, JZ (50), 1995, 421 ff., 429.

46 Aus der umfangreichen Literatur vgl. M. Bothe, in Graf Vitzthum / Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, 8. Abschnitt, Rdn. 22. L. Brock, von der „humanitären Intervention“ zur „Responsibility to Protect“, in Fischer-Lescano / Gasser u.a. (Hrsg.), Festschrift für M. Bothe, 2008, S. 19 ff.

zung des ‚Rechts des Stärkeren‘ dient.<sup>47</sup> Nicht oft werden die verbrecherischen Menschenrechtsverletzungen so klar zutage liegen wie bei den Gräueltaten des IS im Irak und in Syrien. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Humanitäre Interventionen als rechtlich zulässige Ausnahmen vom allgemeinen Gewaltverbot angesehen werden können, bedarf hier keiner abschließenden Beantwortung. Wesentlich ist jedoch die Erkenntnis, dass der Verteidigung elementarer Menschenrechte heute unter Umständen der Vorrang vor der Wahrung eines ‚klassischen‘ Souveränitätsmerkmals, der Wahrung der „Impermeabilität“ territorialer Herrschaft, eingeräumt werden kann.

### b) Gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung

Mein zweites und letztes Beispiel ist weniger kriegerisch, es beleuchtet aber den infolge der Globalisierung veränderten juristischen Alltag vor den Zivilgerichten, den Familien- und Vormundschaftsgerichten. Etwas genauer: Es geht um die Frage, wie sich die nationale Gerichtsbarkeit und die europäische Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg zueinander verhalten. Wer soll bei unterschiedlicher Auslegung scheinbar gleicher Grund- bzw. Menschenrechte im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, etwa zur Meinungs- und Pressefreiheit oder zum elterlichen Sorge- und Umgangsrecht eines Vaters oder einer Mutter das letzte Wort behalten? Sind die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte etwa für alle Behörden und Gerichte der 47 Mitgliedstaaten des *Europarates*, also der Konvention, in ähnlicher Weise verbindlich wie die Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* für alle deutschen Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden?<sup>48</sup>

Da gibt es den türkischen Vater eines 1999 nichtehelich geborenen Sohnes, den seine Mutter am Tag nach der Geburt zur Adoption freigegeben hat. Der Vater hat von der Geburt und der Adoptionsfreigabe erst ein paar Monate später erfahren. Nachdem seine Vaterschaft gerichtlich anerkannt war, kämpft er – jahrelang – um sein elterliches Sorge- und Umgangsrecht gegen die Adoption durch die Pflegeeltern und gegen das Jugendamt. Nach erfolglosem Durchlaufen der deutschen Instanzen legt er Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein wegen Verletzung seines Rechtes auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, Art. 8 EMRK. Er habe das Recht, seinen Sohn selbst zu erziehen. Die ‚Zwangsadoption‘ gegen seinen Willen verstößt gegen die Menschenwürde und sein Grundrecht auf Familie. Der Gerichtshof gibt ihm im Jahr 2004 Recht und spricht ihm Schadens- und Kostenersatz zu, Art. 41 EMRK. Das zuständige Amtsgericht trifft daraufhin eine dem Vater günstige Sorge- und Umgangsrechtsregelung. Diese wird jedoch von der Gegenpartei (Amtsvormund, Verfahrenspflegerin) wiederum angefochten und das letztinstanzliche Oberlandesgericht verneint alle elterlichen Rechte des leiblichen Vaters. In seiner Begründung verneint das deutsche Obergericht auch jegliche Bindungswirkung des Europäischen Gerichtshofs für deutsche Behörden oder Gerichte. Gebunden sei allenfalls die *Bundesrepublik Deutschland* als Völkerrechtssubjekt. Da die Menschenrechtskonvention in *Deutschland* nur als einfaches Gesetzesrecht gelte, sei der Gerichtshof im Verhältnis zu den nationalen Ge-

47 Vgl. E. Denninger, Das Staatsziel *Frieden*, KJ (48) 2015, 134, 144. Ferner Bothe und Brock, s. vor. N.

48 § 31 BVerfGG.

richten funktionell kein höherrangiges Gericht; seine Entscheidungen könnten die nationalen Gerichte weder hinsichtlich der Konventionsauslegung noch hinsichtlich der Grundgesetzauslegung binden.

Das schließlich angerufene *Bundesverfassungsgericht* bemüht sich um eine grundsätzliche Lösung des Konflikts.<sup>49</sup> Einerseits komme den Entscheidungen des Gerichtshofs keine „kassatorische Wirkung“ gegenüber den staatlichen Gerichtsurteilen zu, deren Rechtskraft werde also durch einen Spruch aus Straßburg nicht beseitigt. Das heißt, die internationale Instanz greift nicht unmittelbar rechtsändernd in die nationale Rechtsordnung ein (S. 322). Dies wird beispielsweise durch die 1998 eingeführte Änderung der Strafprozessordnung bestätigt, nach der eine vom Europäischen Gerichtshof festgestellte Verletzung der Konvention nur einen Grund für die *Wiederaufnahme* eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens bildet, § 359 Nr. 6 StPO. Auf der anderen Seite aber sind die Menschenrechte und Grundfreiheiten der Konvention als transformiertes Völkerrecht innerstaatlich als Bundesrecht wegen der Bindung der Rechtsprechung „an Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) zu „berücksichtigen“. Und weil das Grundgesetz, so das Gericht, (S. 329), in Art. 1 Abs. 2 dem „Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz“ zugewiesen habe, seien die deutschen Gerichte verpflichtet, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Auslegung der entsprechenden Konventions-Menschenrechte durch das europäische Gericht als „Auslegungshilfe“ mit Vorrang zu „berücksichtigen“. Dies bedeute, „die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt.“<sup>50</sup>

Dahinter steht der Gedanke des *Bundesverfassungsgerichts*, dass die Europäische Konvention eine „gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung“ (S. 329) fördert und dass die nationalen Gerichte dieser Entwicklung jedenfalls nicht hinderlich sein dürfen.<sup>51</sup>

Die beiden Beispiele, das eine das Kriegsvölkerrecht, das andere die familienrechtliche Grundrechte-Gerichtsbarkeit betreffend, zeigen einen Wandel des Rechtsbewusstseins an, der neben dem technologischen und dem ökonomischen Wandel als Teil des Gesamtvorgangs der Globalisierung begriffen werden kann. Er relativiert die klassische Idee der Souveränität des Nationalstaats, ohne sie zu eliminieren, und er stärkt die Idee des Individuums als Subjekt des Rechts. Es bleibt zu hoffen, dass die gegenwärtigen Vorgänge der Massenflucht, als negative Teilphänomene der Globalisierung, jenen globalen Wandel im Rechtsbewusstsein, nicht zunichten machen.

49 Vgl. BVerfGE 111, 307 ff., (14. 10. 2004, Fall Görgülü).

50 BVerfGE 111, 307, 329.

51 Zur Entwicklung eines gemeineuropäischen Grundrechte-Rechts vgl. P. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl. 2009, Baden-Baden 2009, s. 330 ff.