

Grundgesetz und Europa

Liber Amicorum für
Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem
Bundesverfassungsgericht

Herausgegeben von

Volker Bouffier, Hans-Detlef Horn,
Roman Poseck, Henning Radtke und
Christoph Safferling

Mohr Siebeck

Volker Bouffier ist Ministerpräsident in Hessen und Mitglied des Hessischen Landtags.

Hans-Detlef Horn ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Marburg und Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof.

Roman Poseck ist Präsident des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main.

Henning Radtke ist Richter am Bundesgerichtshof im 1. Strafsenat.

Christoph Safferling ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Universität Erlangen-Nürnberg und Vizepräsident der Internationalen Akademie Nürnberger Prinzipien.

ISBN 978-3-16-154599-3

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhalt

Vorwort der Hessischen Justizministerin	V
Vorwort der Herausgeber	VII
Danksagung	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Teil I

Verfassungsrecht

Volker Bouffier und Herbert Günther

Anmerkungen zum Recht Parlamentarischer Untersuchungsausschüsse. Rechtsschutz Betroffener, Aufgaben der Exekutive und Pflichten der Ausschüsse	3
--	---

Siegfried Broß

Überlegungen zu den Grundlagen von Staatenverbindungen	29
--	----

Jürgen De Felice

Sozialhilfeleistungen für Unionsbürger in Deutschland – was gebietet unser Sozialstaat? Zum Umfang des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums	43
---	----

Wilhelm Kanther

Verfassungsschutz als Auftrag	57
---	----

Rudolf Mellinghoff

Rückwirkung von Steuergesetzen und Nichtanwendungsgesetzgebung	69
--	----

Armin Nack

Gesetzlicher Richter und europäische Schlange	87
---	----

Gerd J. Nettersheim

Die Trennung der Dritten von der Zweiten Gewalt. Zur Einflussnahme europäischer Institutionen auf die deutsche Gerichtsverfassung 101

Lerke Osterloh

Nassauskiesung und kein Ende? Anmerkungen zum Stand der Enteignungsdogmatik 117

Wolfgang Schlick

Schadensersatz und Entschädigung wegen Wasserschäden infolge planfestgestellter Straßenbaumaßnahmen 131

Andreas Voßkuhle

Solidarität als Rechtspflicht? 145

Bernhard Wahl

Das Verständnis des Richteramts in der Schweiz. Historische, europäische und nationale Aspekte 159

Wilhelm Wolf

Richtermacht im Gesetzesstaat. Ein Einwurf zur Methodendebatte (aus der Instanz). 171

Teil II

Europarecht

Monika Böhm

Einheit gewährleisten, Vielfalt bewahren 187

Ulrich Herrmann

Haftung für Verstöße gegen EU-Recht im Zusammenhang mit dem Sportwettenmonopol 201

Hans-Detlef Horn

Rügevoraussetzungen für die Ultra-vires-Kontrolle von Rechtsakten der Europäischen Union durch das Bundesverfassungsgericht 215

Peter M. Huber

Die Ultra-vires-Rüge 233

Sebastian Müller-Franken

Verfassungswidrigkeit des OMT-Beschlusses? Die erste
bundesverfassungsgerichtliche Vorlage an den Europäischen
Gerichtshof in der Kritik 247

Andreas L. Paulus

Gedanken zur Verfassungskontrolle der Europäischen Union
aus völkerrechtlicher Sicht 269

Thomas Schäfer

Die Dichotomie unseres Grundgesetzes. Europafreundlichkeit
vs. Demokratieprinzip 283

Teil III

Strafrecht und Prozessrecht

Hans-Josef Blumensatt

Das Internet als Herausforderung für die Strafverfolgungsbehörden.
Aktuelle Rechtsprobleme und Fallbeispiele 301

Axel Boetticher

Die Bedeutung der forensischen Aussagepsychologie für den heutigen
Strafprozess 319

Helmut Fünfsinn

Das rechtsstaatlich-praktische allgemeine Straftatsystem. (K)ein Modell
für Lehre, Praxis und Gesetzgebung 351

Martin W. Huff

Bilder von Angeklagten aus dem Gerichtssaal. Ein Plädoyer für eine
große Zurückhaltung 369

Alexander Ignor

Gedanken zur Krise des Strafrechts 375

Markus Jäger

Steuerstrafrecht im Spannungsfeld zwischen dem Gebot
unionsrechtskonformer Auslegung und dem Verbot
strafbegründender Analogie 393

<i>Henning Radtke</i> Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren und das Verfassungsrecht	407
<i>Dieter Rössner</i> Zur Legitimation des deutschen Anti-Doping-Gesetzes (AntiDopG) . . .	425
<i>Christoph Safferling</i> Das humanitäre Völkerrecht im nicht-internationalen Konflikt und das deutsche Strafrecht	437
<i>Gerhard Schäfer</i> Von der Herrin und von Objekten des Ermittlungsverfahrens	455
<i>Franz Streng</i> Art. 103 Abs. 2 GG zwischen allgemeinem Sprachgebrauch und juristischer Fachsprache	471

Teil IV

Sonstiges

<i>Jürgen Ellenberger</i> Das Bearbeitungsentgelt bei Verbraucherdarlehen	487
<i>Gilbert Gornig</i> Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit	501
<i>Hans H. Klein</i> Prometheus. Goethes Aneignung einer mythischen Gestalt	519
<i>Ralf Köbler</i> Zwischen Machbarkeit und Vision. Elektronischer Rechtsverkehr und elektronische Aktenführung in justiziellen Verfahren in Deutschland und über seine Grenzen hinaus	537
<i>Rudolf Landau</i> Der Liebe Recht. Theologische Rohgedanken und eine Predigt zum Recht der Liebe	549

Roman Poseck

Schiedsgerichte und Schlichtungsstellen. Willkommene Ergänzung
oder gefährliche Konkurrenz für die Justiz? 561

Helmut Roos und Jan Schneider

Verhütung von Folter und anderen Misshandlungen in Deutschland.
Die Tätigkeit der Nationalen Stelle zur Verhütung von Folter
im nationalen und internationalen Kontext 577

Christoph Ullrich

Dauerschuldverhältnisse von Ehe bis Nachbarschaft bei Gericht 591

Dieter Wolst

Die Ehe. Sie hat eine Vergangenheit und eine Gegenwart –
hat sie auch eine Zukunft? 607

Literaturverzeichnis von Herbert Landau 617

Autorenverzeichnis 623

Überlegungen zu den Grundlagen von Staatenverbindungen

Siegfried Broß

Der nachfolgende Beitrag reflektiert auch zahlreiche kollegiale Gespräche mit dem Jubilar in und am Rande zahlreicher bedeutender Verfahren unserer langjährigen konstruktiven und vertrauensvollen Zusammenarbeit im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts.

Die Ausführungen entwickeln frühere Gedanken weiter, so unter anderem im Umfeld der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2009, aber auch der früheren Entscheidung zu dem Vertrag von Maastricht 1993, an dessen Verfahren wir noch nicht beteiligt waren. Hierbei berücksichtige ich von den zahlreichen eigenen Untersuchungen und Veröffentlichungen vor allem die im Anhang genannten, ohne sie im Einzelnen noch einmal zu zitieren.

I. Ausgangsüberlegungen

Die gegenwärtige Lage an Staatenverbindungen leidet bei nüchterner Betrachtung nicht an Mangel. Es bereitet vor diesem Hintergrund den politischen Akteuren weltweit gewiss nicht wenige Schwierigkeiten, den Überblick zu behalten und das Gespür dafür zu bewahren, wie die von den Staatenverbindungen gebildeten verschiedenen Ebenen weltweit und regional in Einklang zu bringen sind, ihr stimmiges sowie harmonisches Ineinandergreifen und reibungsloses Nebeneinander in der politischen Wirklichkeit und im Alltag und nicht nur in gedanklichen Vorstellungen gewährleistet werden kann.

Vor dem Eingehen neuer Staatenverbindungen ist es unumgänglich, die verschiedenen Ebenen der schon bestehenden in den Blick zu nehmen und zu bewerten wie auch die Überlegung anzustellen, ob durch die Gründung einer weiteren Staatenverbindung auf einer unteren Ebene die darüber angeordneten Ebenen geschwächt werden. Im Hinblick auf die aktuell bestehenden Staatenverbindungen weltweit und neue im Entstehen begriffenen wie etwa durch die Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten

von Amerika und Kanada wie auch z.B. dem geplanten Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder dem Gemeinschaftspatent der Europäischen Union ist es reizvoll, sich differenziert hierüber unter übergeordneten den Gesamtzusammenhang umfassenden Gesichtspunkten Gedanken zu machen.

1. Bestandsaufnahme

a) Die grundlegende Frage vor der Inangriffnahme einer Staatenverbindung ist zunächst darauf zu richten, auf welcher Ebene der internationalen Staatenverbindungen diese angesiedelt werden soll. Davon unabhängig ist zu erwägen, ob die Außenwirkungen der in Aussicht genommenen Staatenverbindung regional oder gar weltumspannend zum Tragen kommen können. Es ist zu bedenken, dass jede Staatenverbindung, die nicht gleichsam weltumspannend ist, alle nicht beteiligten Staaten ausschließt und damit diskriminiert. Es kommt nahe liegend und zwangsläufig zu einer Blockbildung.

Geopolitisch und geostrategisch ist die Überlegung nicht fern liegend, dass die „Außenseiterstaaten“ sich aufgerufen fühlen müssen, gegenläufige Entwicklungen zu initiieren. So ist etwa mit einer Ausdehnung der Europäischen Integration daran zu denken, dass der Druck auf Russland dort Überlegungen wach rufen muss, wie dem politisch und strategisch zu begegnen ist. Eine solche Gegenreaktion kann in verschiedener Richtung einmünden, etwa in einer Annäherung an die Volksrepublik China, aber auch in einer Gegenblockbildung wie die der BRIC-Staaten.

b) Des weiteren ist zu überlegen, welche weltumspannenden Staatenverbindungen schon bestehen. Eine verantwortungsvolle Politik hat deshalb in eine differenzierte und weit ausgreifende Betrachtung einzubeziehen, dass es seit 1945 die Vereinten Nationen als weltumspannende Staatenverbindung gibt, der die weit überwiegende Mehrzahl der Staaten als Mitglied zugehört. Dabei hat es nicht sein Bewenden. Auf der obersten Ebene der Völkergemeinschaft gibt es weitere Unterorganisationen, die diese umfassende Völkergemeinschaft abstützen. Zu nennen sind unter anderen das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO), der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte wie auch die Einrichtung der Weltbank, die Installierung der Internationalen Arbeitsorganisation, der UNESCO, Kinderhilfswerk und der Internationale Währungsfonds (IWF).

Schon allein vor diesem Hintergrund des vorhandenen „Bestands“ muss man überlegen, wie die beabsichtigte neue Staatenverbindung in das bestehende Geflecht auf der obersten Völkergemeinschaftsebene eingreift und diese möglicherweise schwächt.

2. Zieldefinition

a) Die nächste Überlegung muss dahingehend eingengt werden, ob es sich um eine politisch umfassende, partiell militärische oder wirtschaftliche Staatenverbindung handeln soll. Für letztere ist etwa die ursprüngliche Gemeinschaft der sechs Staaten der EWG, die zunächst auf eine rein wirtschaftliche engere Verbindung angelegt war, wie auch gegenläufig die EFTA in europäischer Nachbarschaft zu nennen. Zugleich waren aber auch dieselben Staaten dieser beiden europäischen Staatenverbindungen nicht nur Mitglieder der Vereinten Nationen, sondern auch der darunter liegenden Ebene des Wirtschaftsbereichs, seinerzeit noch des GATT. Im Gegenzug hatte der Ostblock ein eigenes umfassendes Wirtschaftsgebiet aufgebaut, seinerzeit Comecon.

b) Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang eine präzise Beschreibung und Definition des Ziels der Staatenverbindung unumgänglich. Es ist mit Worthüllen und Allgemeinplätzen wie „Finalität Europas“, „unumkehrbarer dynamischer Prozess“ wie auch „alternativlos“ nicht getan und wird dem beschriebenen komplexen Sachverhalt nicht entfernt gerecht, sondern ist eher ein Hinweis auf Rat- und Hilflosigkeit in Bezug auf den in Gang gesetzten Prozess der Staatenverbindung wie auch das so nicht beherrschbare Endziel.

c) Die gebotene Zieldefinition in Bezug auf die angestrebte neue Staatenverbindung hat des Weiteren für die politischen Akteure als elementare Voraussetzung die Verpflichtung, gegenüber sich selbst und den Menschen in den an diesem Integrationsprozess zu beteiligenden Staaten sich darüber zu vergewissern und sich darüber Rechenschaft abzulegen, welcher Mehrwert nicht nur politisch, sondern vor allem auch für die Menschen der zu beteiligenden Staaten und der absehbaren Rückwirkungen auf die oberste Ebene der Völkergemeinschaft seriös und in Verantwortung gegenüber den anderen Staaten als Mitglieder der obersten Völkergemeinschaftsebene zu rechtfertigen ist. In diesem Zusammenhang ist z. B. auf europäischer Ebene an die Erklärung von Lissabon im Jahr 2000 zu erinnern, dass die Europäische Gemeinschaft bis zum Jahre 2010 die stärkste Wirtschaftsmacht der Welt sein wolle. Unabhängig von der Maßlosigkeit einer solchen Erklärung spricht nicht nur die weitere Entwicklung bis zur Gegenwart dem Hohn, sondern schon seinerzeit hätte verantwortliche Politik erkennen müssen, dass mit dieser Zielrichtung die oberste Ebene der Völkergemeinschaft mit ihrer friedenssichernden Funktion geschwächt und gegenüber allen anderen Staaten außerhalb der europäischen Staatenverbindung unverhohlen ein großes Aggressionspotenzial angekündigt wird.

Bei der Ermittlung des Mehrwerts bedarf es einer umfassenden von Wunschvorstellungen freien Vorgehensweise. So wurde bei der Einführung des Europäischen Haftbefehls ausgeblendet, dass beteiligte Staaten zum Teil an in rechtsstaatlicher Hinsicht nicht hinnehmbaren Defiziten leiden. Es wurde ferner

nicht bedacht, dass die Menschen, die von einem Europäischen Haftbefehl betroffen werden, gleichsam zum Objekt herab gewürdigt und wie ein Gegenstand von Staat zu Staat befördert werden können. Auch Missbrauchsmöglichkeiten wurden nicht erwogen, so die Instrumentalisierung des Europäischen Haftbefehls zur Vermeidung aufwändiger Rechtshilfeersuchen zur Erreichung von Zeugen.¹

Im Zusammenhang mit dem Abkommen von Schengen wurde in die Gesamtabwägung nicht das Gefährdungspotenzial durch offene Grenzen hinsichtlich grenzüberschreitender Kriminalität eingestellt, und auch nicht der Öffentlichkeit im Vorfeld vermittelt, dass zum Ausgleich im Rückraum der Grenzen umfassende Überwachungseinrichtungen und -Instrumente wie etwa Schleierfahndungen und Kontrollstellen unumgänglich werden. Zugleich wurde etwa wenige Jahre später in Richtung Schweiz das Abkommen zeitweise suspendiert wegen der Kontrolle von Schwarzgeldbewegungen und nunmehr wegen der Asylantenströme aktuell die Forderung des belgischen Ministerpräsidenten zur Überprüfung des Abkommens am 23.08.2015.

3. Koordinierungsfragen

a) Vor dem Hintergrund, dass es weltweit und vor allem in Europa schon zahlreiche Staatenverbindungen gibt, ergeben sich häufig komplexe Koordinierungsprobleme, denen erfahrungsgemäß nicht die gebotene Aufmerksamkeit geschenkt wird. Zunächst ist zu überlegen, ob eine weltumspannende Ebene wie die der Vereinten Nationen oder etwa der Welthandelsorganisation tangiert wird. Kollisionen oder Friktionen müssen vermieden werden. Man darf sich allerdings auch nicht der Einsicht verschließen, dass es Konstellationen gibt, die normativ nicht mehr sachgerecht gelöst und im politischen Alltag umgesetzt werden können. Dies beruht u. a. auf dem Problem der Teilidentitäten von Mitgliedschaften in mehreren Staatenverbindungen.

Als Beispiel mag die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten dienen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind auch Mitgliedstaaten der Konvention, darüber hinaus aber noch zahlreiche weitere Staaten. Es drängt sich bei dieser Ausgangslage nicht auf, dass die Europäische Union als Verbindung von 28 Mitgliedstaaten, die ihrerseits schon Mitgliedstaaten der Konvention sind, ihrerseits dieser beitrifft. Die Multiplikation der völkerrechtlichen Verbindlichkeiten – je für jeden Mitgliedstaat der Europäischen Union und zusätzlich über diese selbst führt zwangsläufig zu Koordinierungs- und Harmonisierungsproblemen, die nicht mehr in rechtsstaatlich überzeugender Weise gelöst werden können. Darauf hat zu

¹ Einzelheiten hierzu bei Broß in: Griesbaum, Hannich, Schnarr (Hrsg.), *Nehm-FS*, 2006, S. 27ff.; BVerfGE 113, 273, mit abw. M. Broß S. 319ff. und Problem der Haftbedingungen in Griechenland für Asylanten.

Recht der Europäische Gerichtshof in seinem Gutachten vom 18.12.2014 (C-2/13) aufmerksam gemacht.

Eine vergleichbare Fehlleistung liegt in dem EU-Abkommen über ein einheitliches europäisches Patent auf der Grundlage der Verordnung Nr. 1257/2012 (EPEW), in dessen Zusammenhang der Europäische Gerichtshof am 05.05.2015 Klagen von Spanien abgewiesen hat (C-146/13 und C-147/13). Mit der beabsichtigten Schaffung des einheitlichen europäischen Patents der EU knüpft diese an das Europäische Patentübereinkommen vom 05.10.1973 an. Dieses ist am 07.10.1977 in Kraft getreten und hat 38 Mitgliedstaaten. Von vornherein begegnet hier wieder das Problem der Teilidentität von Mitgliedschaften. Mit Rücksicht darauf ist es nicht hinnehmbar, dass die Europäische Union nicht selbst für das Gemeinschaftspatent eine eigene Patentorganisation errichtet hat, sondern sich damit begnügt, die abschließende Entscheidung des Europäischen Patentamts, der maßgeblichen Institution der Europäischen Patentorganisation, zu übernehmen. Vor allem gibt es keinen Gerichtsschutz auf Erteilung eines Patents nach einer ablehnenden Entscheidung des Europäischen Patentamts. Das bedeutet, dass sich die Europäische Union mit ihrer „Patentpolitik“ in eine von ihr nicht beherrschbare internationale Abhängigkeit begibt. Der Mehrwert einer solchen Staatenverbindung erschließt sich nicht, von den Verfassungsverstößen einmal abgesehen.²

b) Koordinierungsfragen ergeben sich noch vielfältig und sie nehmen mit der Bildung immer weiterer Staatenverbindungen zu. So ist der Widerspruch mancher Teilidentitäten nicht überzeugend aufzulösen, so etwa was die Mitgliedschaft in der Europäischen Union einerseits und in der NATO andererseits betrifft. In diesem Zusammenhang ist an die Türkei zu erinnern. Sie ist ein „sehr altes“ und anerkanntes NATO-Mitglied, in der zahlreiche Mitgliedstaaten der Europäischen Union ebenfalls Mitglied sind und denen aufgrund dieser gemeinsamen Mitgliedschaft wechselseitig Verpflichtungen obliegen. Gleichwohl bestehen bisher nicht zu überwindende Widerstände gegen eine Mitgliedschaft der Türkei in der Europäischen Union.

Es ist eine Frage politischer Glaubwürdigkeit, solche und andere Widersprüche und Ungereimtheiten von Mitgliedschaften in verschiedenen Staatenverbindungen zu vermeiden. Diesen Gesichtspunkten ist, damit eine Staatenverbindung gelingen kann, mehr Aufmerksamkeit und Gewicht vor Inangriffnahme neuer Vorhaben in dieser Richtung zu widmen.

c) Für den vorliegenden Zusammenhang bieten die geplanten Freihandelsabkommen TTIP und CETA der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada reichlich Anschauung. Es geht hier nicht – wie die Bezeichnung „Freihandelsabkommen“ vermitteln soll – um Freihandel im be-

² Hierzu im einzelnen *Broß ZGE* 2014, 89ff.

kannten herkömmlichen Sinn, also etwa um die Reduzierung oder den Abbau von Zöllen oder Warenkontingenten.³ Die Breite und Tiefe der vereinbarten Bereiche und Gegenstände wie auch die Institution regulatorischer Zusammenarbeit in vielfältiger Form bedeutet die Gründung einer neuen Staatenverbindung, der der Charakter eines Teilbundesstaates zuzumessen ist.

Abgesehen davon, dass für ein solches Vorhaben weder national noch gemeinschaftsrechtlich die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, wird verkannt, dass bei dieser Struktur eine weit über die Wirtschaft hinausreichende Blockbildung geschaffen wird, die schon allein aufgrund ihrer Größe und nach dem damit verbundenen Zweck international und weltweit ein ganz beträchtliches latentes Aggressionspotenzial gegenüber allen nicht beteiligten Staaten birgt, die zu „Außenseitern“ werden. Im Hinblick auf die weltumspannende Handelsorganisation der Vereinten Nationen, die durchaus noch vital ist, ist dieses Vorhaben bemakelt.⁴

II. Ermittlung der rechtlichen Rahmenbedingungen

In den letzten Jahrzehnten hat sich bei der Inangriffnahme der Bildung von neuen Staatenverbindungen eine bemerkenswerte Mentalität Bahn gebrochen: Es wird ein politischer Wille artikuliert, den es umzusetzen gilt, ohne dass zuvor weit ausgreifend die hierfür notwendigen Grundlagen und Rahmenbedingungen ermittelt und bewertet worden wären. Den Eigenheiten der insoweit einzubindenden Staaten in ihrer historischen Entwicklung, den gesellschaftlichen Gegebenheiten hinsichtlich Religion, ethnischen Befindlichkeiten, Wirtschaftsstrukturen und Abstand oder Erreichen des weltweiten durchschnittlichen Niveaus hinsichtlich Rechtsstaat, Demokratie und Stabilität, Letztere etwa gespeist durch Bildung breiter Bevölkerungsschichten, wirksame staatliche Infrastruktur zur Sicherung eines erträglichen Alltagslebens der Menschen wie auch medizinische Versorgung, wird nicht die gebotene Aufmerksamkeit geschenkt und vor allem nicht die grundlegende Voraussetzung für das Gelingen des Vorhabens einer neuen Staatenverbindung erkannt. Davon abhängig ist aber und das zeigt die langjährige Entwicklung, dass die mit diesen Voraussetzungen akzessorisch verbundenen Bedingungen der nationalen Verfassungen und der Verfassung der schon eingegangenen Staatenverbindungen regelmäßig nicht in ihrer für das Gelingen der neuen Staatenverbindung letztlich ausschlaggebenden Bedeutung entsprechend einbezogen werden.

³ Hierzu etwa BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung.

⁴ Vgl. zur WTO jüngst: Zölle auf mehr als 200 Hightech-Geräte fallen weg, NJW-aktuell Heft 32/2015 S. 28.

1. Nationale Verfassungen

Naheliegender ist hier dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland verstärkt Aufmerksamkeit zu widmen, weil diese Verfassung aufgrund der Teilung Deutschlands nach Beendigung des Zweiten Weltkriegs zu Recht auf die Gründung von Staatenverbindungen angelegt war: Die Vereinigung beider Teile Deutschlands war das zentrale Anliegen wie auch die Integration in ein Zusammenwachsen der europäischen Staaten. Gleichwohl ließ das weder bei Inkrafttreten des Grundgesetzes noch in der Folgezeit den Schluss zu, dass hierfür der politische Wille der jeweiligen Mehrheit für die Gesetzgebung ausreichend sein könnte. Der politische Wille darf sich im demokratischen Rechtsstaat nur in dem Rahmen entfalten, der von der Verfassung definiert und abgesteckt wird. Das gilt – bezogen auf die europäische Ebene – für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Diese Eckpunkte ergeben sich und beruhen auf dem rechtsstaatlichen demokratischen Prinzip, auch wenn es nicht völlig deckungsgleich für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist. Es geht hier um die unabänderlichen Grundstrukturen dieser Staatsform.

Vor diesem Hintergrund dürfen Formulierungen einer Verfassung, wie etwa in der Präambel des Grundgesetzes über die Integration Deutschlands in ein vereintes Europa wie auch die in verschiedenen Bestimmungen zum Ausdruck kommende so genannte Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nicht dahin missverstanden werden, dass es sich hierbei gleichsam um „Blankovollmachten“ für die jeweilige gerade „herrschende“ Bundesregierung für ihr politisches Agieren europa- und weltweit handele. Vielmehr wird der Inhalt materiell definiert und konturiert durch die grundlegenden Bestimmungen des Grundgesetzes über die Gesetzgebung, die bundesstaatliche Ordnung mit Bund und Ländern wie auch die Grundrechte und die zentralen Normen in Art. 1, Art. 20 und Art. 79 Abs. 3 GG. Die Aufgabe der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als autonomes und souveränes Staatswesen ergibt sich hieraus nicht.

Im Hinblick darauf wurde aufgrund zutreffender Einschätzung der Verfassungsrechtslage 1992 das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland geändert und sein Art. 23 neu gefasst. Aufgrund der angestrebten Vertiefung der Europäischen Gemeinschaft mit der Vollendung des Binnenmarktes zum 01.01.1993 und einer Währungsunion war es unumgänglich, eine entsprechende verfassungsrechtliche Grundlage zu schaffen. Die fortschreitende europäische Integration hatte zweifelsfrei entgegen der politischen Verlautbarungen, keinen europäischen Bundesstaat anstreben zu wollen, das Stadium eines Europäischen „Teilbundesstaates“ erreicht.⁵

⁵ Einzelheiten hierzu bei *Broß* in: Wollenschläger, Kreßel, Egger (Hrsg.), *Habltzel-FS*, 2005, S. 55 ff.

Es ist deshalb vor Eingehen einer Staatenverbindung auf nationaler Ebene sorgfältig und gewissenhaft ohne „hymnischen Überschuss“ die Verfassungsrechtslage zu „analysieren“. Das ist ein Essentiale des demokratischen Rechtsstaats, an das immer wieder und zunehmend erinnert werden muss. Zur Abrundung mag der Hinweis genügen, dass Art. 24 GG das Eingehen von Staatenverbindungen nicht abstützt, wie schon allein die Neufassung des Art. 23 GG erhellt. Art. 24 GG beschränkt sich auf die Übertragung einzelner Hoheitsrechte, die aber nicht wie beim Eingehen einer Staatenverbindung entsprechend der Europäischen Union umfassende Bereiche der Staatlichkeit betreffen. Unter Art. 24 GG fallen etwa die NATO, die gemeinsame Überwachung des Luftraums in Europa durch Eurocontrol wie auch die Europäische Patentorganisation auf der Grundlage des Europäischen Patentübereinkommens.

2. *Europäisches Verfassungsrecht*

a) Im Hinblick auf den inzwischen erreichten Stand der europäischen Integration durch den Vertrag von Lissabon genügt es für die Inangriffnahme neuer Staatenverbindungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht, sich hierfür allein der nationalen Verfassungsrechtslage rück zu versichern. Für die Bundesrepublik Deutschland wäre dies ohnehin nicht tunlich, weil diese aufgrund des hohen Standards und der mit wirksamer Unterstützung durch das Bundesverfassungsgericht gelebten Wirklichkeit von vornherein argwöhnischer Beobachtung zahlreicher anderer Mitgliedstaaten ausgesetzt ist, nicht selten mündend in dem Vorhalt, es handele sich um eine „deutsche Besonderheit und Befindlichkeit“, für die man kein Verständnis erwarten könne. Bei einem solchen „Störfall“ müsse letztlich die nationale Verfassung unbeachtet bleiben.

b) Vor diesem Hintergrund ist der deutliche Hinweis geboten, dass es auch rechtswissenschaftlich – viel weniger politisch – noch nicht zum gesicherten allgemeinen Gedankengut gehört, dass bei der Integration von Staaten in eine Staatenverbindung sehr sorgfältig zunächst auseinander gehalten und dann wieder zusammen betrachtet werden muss, wie für jeden Mitgliedstaat sich die Verpflichtungen aus der nationalen Verfassung und sich dann „Fernwirkungen“ ergeben, wenn diese Staatenverbindung sich in eine weitere Staatenverbindung begeben möchte. Es bedarf dann einer doppelten verfassungsrechtlichen Legitimation, die allerdings weder allein auf nationales Verfassungsrecht noch allein auf das Verfassungsrecht der schon bestehenden Staatenverbindung gestützt werden kann. Vielmehr müssen zunächst die Grundstrukturen der schon bestehenden Staatenverbindung ermittelt werden und vor allem die insoweit mit deren Mitgliedstaaten begründeten Legitimationsstränge.

c) Für die Europäische Union ist folgende Grundstruktur anerkannt und das ist ihr grundlegendes Fundament: Es handelt sich um einen Staatenverbund

und (noch) keinen Bundesstaat, bei dem inzwischen erreichten Stand der Integration allerdings um einen Teilstaat.⁶ Zudem speisen sich die Zuständigkeiten und Handlungsmöglichkeiten der Europäischen Union allein aus dem Grundsatz und Instrument der begrenzten Einzelermächtigung durch die Mitgliedstaaten, was allgemeine oder generelle „zentrale“ Zuständigkeiten und ein dem widersprechendes Handeln der Europäischen Institutionen ausschließt.

Schon dieser Umstand erhellt, dass etwa ein Verhandlungsmandat wie das für das Freihandelsabkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika (von einem Verhandlungsmandat und dessen Inhalt mit Kanada für das CETA-Abkommen ist noch nichts in die Öffentlichkeit durchgedrungen), nicht gleichsam als „Blankoermächtigung“ für inhaltlich unbegrenzte „Freihandelsabkommen“ begriffen werden durfte, die sachlich in Richtung einer neuen Staatenverbindung mit der Eingliederung der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten von Amerika gelenkt wird, auch wenn insoweit kein umfassender gemeinsamer Bundesstaat verwirklicht wird.

d) Auf diese Gesichtspunkte hat der Europäische Gerichtshof in seiner Stellungnahme vom 18.12.2014 zu dem beabsichtigten Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten wegen der Vereinbarkeit mit dem EU-Vertrag und dem AEU-Vertrag aufmerksam gemacht (C-2/13).

Die Besonderheit der verfassungsrechtlichen Ausgangslage auf der Gemeinschaftsebene liegt hier allerdings zunächst darin, dass die Vertragsfassung von Lissabon in Art. 6 EUV eine spezielle Rechtslage für den Beitritt ausweist. Damit ist der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung voll umfänglich gewahrt. Man könnte allerdings die Ermächtigungsgrundlage in Art. 6 EUV schon als Systembruch der Konzeption der europäischen Integration – kein Bundesstaat – ansehen, weil dann nicht ein völkerrechtliches individuelles Staatswesen der Konvention beitreten dürfte. Der Sache nach würde es sich um einen Bündelbeitritt von 28 Staaten als Mitgliedstaaten der Europäischen Union handeln, was unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht mehr seriös und handhabbar normativ ausgestaltet werden kann; denn die Mitgliedstaaten haben ihrerseits als Mitgliedstaaten der Konvention originäre Verpflichtungen, derer sie sich auch nicht über die Mitgliedschaft in der Europäischen Union entziehen können (zu diesen Problemen etwa *Broß* VerwArch 92 (2001), 425 ff. und VerwArch 97 (2006), 332 ff.).

Maßgeblich ist für die vorliegende Thematik der Gesichtspunkt des EuGH, dass die Autonomie, über die das Unionsrecht im Verhältnis zum Recht der

⁶ Nachweise im Einzelnen bei *Broß* in: Wollenschläger, Krefsel, Egger (Hrsg.), Hablitzel-FS, 2005, S. 55 ff.

Mitgliedstaaten sowie zum Völkerrecht verfügt, es gebietet, dass – hier die Auslegung der Grundrechte – im Rahmen der Struktur und der Ziele der Union gewährleistet ist (Rn. 170). Der Gerichtshof weist des Weiteren in diesem Zusammenhang darauf hin, dass zur Sicherstellung der besonderen Merkmale und der Autonomie der Rechtsordnung der Union die Verträge ein besonderes Gerichtssystem geschaffen haben, dass der Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts dient (Rn. 174).

Es ist unschwer zu erkennen, dass hiermit den in den geplanten Freihandelsabkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada vorgesehenen privaten Schiedsgerichten, aber auch einem allgemeinen internationalen Handelsgericht eine unmissverständliche Absage erteilt ist. Diese gilt auch für die geplante regulatorische Zusammenarbeit im Rahmen der Abkommen, weil diese unmittelbare und substantielle Rückwirkung auf die europäischen Verträge und die Zuständigkeit des Gerichtshofs hätte. Sowohl durch die Schiedsgerichte wie die regulatorische Zusammenarbeit würde dem Gerichtshof seine Wächterrolle über die europäischen Verträge und seine Stellung als Verfassungsgericht der Europäischen Union für den Geltungsbereich der geplanten Freihandelsabkommen entrissen.

3. Sonderproblem der geplanten Freihandelsabkommen CETA und TTIP

Wenn man Überlegungen zu den Grundlagen von Staatenverbindungen anstellt, darf man die geplanten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada nicht ausblenden. Entgegen der Bezeichnung als „Freihandelsabkommen“ geht es im Kern und zentral nicht um Freihandel im herkömmlichen und bekannten Sinn. Vielmehr werden Staatenverbindungen angestrebt, die weit über Handels- und Wirtschaftsbeziehungen hinausreichen und zentrale staatliche Strukturen der Vertragspartner durch gemeinsame Institutionen ersetzen.

Zunächst ist auf die in der aktuellen Diskussion im Vordergrund stehenden privaten Schiedsgerichte und den Investorschutz einzugehen. Diese werden der Sache nach durch die geplante regulatorische Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern substantiell weiterentwickelt und damit Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip weiter unterlaufen und ausgehöhlt.

a) Die in Rede stehenden Schiedsgerichte sind nach ihrer Organisation und ihrer institutionellen Stellung eine private Einrichtung. Ihnen fehlt von vornherein der rechtsstaatlich-demokratische Legitimationsstrang vom Volk über dessen repräsentative Vertretung im Parlament zur staatlichen Gerichtsorganisation. Bei dieser Konstellation kommt aber ein ganz wesentlicher Umstand hinzu. Dieser wird allgemein übersehen oder gezielt ausgeblendet. Durch solche Freihandelsabkommen wie auch durch die schlichter gestalteten Investorschutz-

abkommen wird jeweils beschränkt auf den Geltungsumfang der Abkommen eine mehr oder weniger komplexe autonome Rechtsordnung geschaffen.

Als Beispiele und Vorbilder sind etwa zu nennen die ursprüngliche Gemeinschaft der sechs Länder und Vertragsstaaten der EWG. Diese hatte von vornherein den Gerichtshof in Luxemburg als „Staatschiedsgericht“ zur Auslegung der Verträge und aufgrund der Zusammensetzung als ständiges Gericht und durch die Organisation durch die Vertragsstaaten die gebotene rechtsstaatlich-demokratische Legitimation mit der Anbindung über die nationalen Parlamente an die Völker dieser Gemeinschaft. Vergleichbar war die Gerichtsorganisation der „Konkurrenzvereinigung“ EFTA mit deren bis heute existierendem Gerichtshof. In diesen Zusammenhang gehören aber auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg für die durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten geschaffene autonome Rechtsordnung und der Internationale Seegerichtshof in Hamburg.

Es bedarf deshalb bei dem Eingehen von Staatenverbindungen, die mit der Schaffung einer autonomen Rechtsordnung regelmäßig bei Handels- und Wirtschaftsabkommen verbunden sind, der Einrichtung eines von den Vertragsstaaten gebildeten Staatschiedsgerichts zur Auslegung und Handhabung der getroffenen Vereinbarungen und der damit begründeten Verpflichtungen und Bindungen. Nur so kann dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip als unentbehrlichem Legitimationsstrang eines Staatswesens genügt werden. Die Gegenposition übersieht viele maßgeblichen Gesichtspunkte, aber vor allem den, dass mit dem Inkrafttreten eines solchen Vertrags die Definitionshoheit darüber, was und in welchem Umfang vereinbart worden ist, auf die im Vertrag vorgesehene und eingerichtete Schiedsgerichtsbarkeit übergeht. Das kann nie eine private Institution sein, die den durch die nationalen Parlamente der Vertragsstaaten repräsentierten Willen des Volkes definiert und diesen seinem Schiedsspruch unterwirft.

Des Weiteren liegt in der Einrichtung privater Schiedsgerichte der in Rede stehenden Art ein fundamentaler Bruch grundlegender Funktionsbedingungen des Völkerrechts: Subjekte und legitimierte Akteure auf der Ebene des Völkerrechts sind nur Staaten oder von ihnen entsprechend anerkannte nicht staatliche Organisationen, etwa IKRK und Johanniterorden. Die Menschen werden deshalb nicht zu Objekten im internationalen Verkehr herabgewürdigt. Ihr Heimat- oder Sitzstaat ist ihnen zu entsprechendem Schutz verpflichtet.

Alle diese Gesichtspunkte bestätigen und ändern nichts an der Erkenntnis, dass sich Staaten nicht einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit innerhalb einer von ihnen geschaffenen autonomen Rechtsordnung unterwerfen dürfen. Sie würden dadurch überdies ihre elementare rechtsstaatlich-demokratische Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte für die ihnen anvertrauten Menschen verletzen. Das gilt nicht nur für die nationale, sondern in Europa auch für die Gemein-

schaftsrechtsebene, wie der Europäische Gerichtshof in seinem Gutachten bezüglich des Beitritts der EU zur EMRK am 18.12.2014 klargestellt hat.

Es wäre allerdings unbedenklich, bei übereinstimmender Struktur solcher Abkommen, wie das bei zahlreichen herkömmlichen Investorschutzabkommen seit 1959 der Fall ist, für diese ein einheitliches Staatsschiedsgericht der Vertragsstaaten als dauernde Institution und nicht als ad-hoc Einrichtung nach Belieben der Investoren vorzusehen.

b) Die Schiedsgerichtegerichtsbarkeit wirft allerdings eine in der Vergangenheit und bis heute nicht thematisierte Problematik auf. Deutschland gilt als Erfinder der Investorschutzabkommen. In diesem Zusammenhang wird das Investorschutzabkommen zwischen Pakistan und der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1959 gemäß dem Gesetz zu dem Vertrag vom 25.11.1959 zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen vom 29.06.1961 (BGBl. 1961 II S. 793) genannt. In der Folgezeit sind solche Schiedsgerichte weltweit in Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen im weiteren Sinne vereinbart worden. Die damit verbundenen Vorstellungen gingen dahin, dass es zahlreiche Staaten gibt, denen man nicht von vornherein das Siegel, rechtsstaatlich-demokratisch anerkannten Standards zu entsprechen, zuerkennen würde. Schon damals im Jahr 1959 wie auch in der Folgezeit und bis heute wurden grundlegende rechtsstaatlich-demokratische wie auch Prinzipien des Völkerrechts übersehen. Das gebotene Problembewusstsein war und ist bis heute nicht in dem Maße ausgebildet, wie es die weltweit bestehenden Staatenverbindungen seit Gründung der Vereinten Nationen mit zahlreichen Unterorganisationen, aber auch die schon weit fortgeschrittene europäische Integration nahe legen müssten.

Zunächst verstoßen solche Investorschutzklauseln gegen allgemeine Rechtsgrundsätze einer rechtsstaatlich-demokratischen Rechtsordnung. Eine solche hat zum wesentlichen Inhalt auch, dass alle Rechtsunterworfenen gleichbehandelt werden müssen und ihnen eine gleichwertige Menschenwürde zukommt. Hiergegen wird mit den herkömmlichen Investorschutzklauseln verstoßen, weil sie den ausländischen Investor aus dem Geltungsbereich der jeweils geltenden nationalen Rechtsordnung des Vertragspartners herausnehmen. Die nationalen Wettbewerber werden diskriminiert und benachteiligt. Das verletzt das Gerechtigkeitsempfinden der Menschen und untergräbt fortwährend die Neigung der Menschen in einem Staat, dessen Entscheidungen als legitim und sachgerecht zu akzeptieren. Dieses Empfinden der Menschen ist nicht sektoral begrenzt, sondern es ergreift allmählich alle Lebensbereiche bis hin zur Steuerlichkeit und der Beachtung der Straßenverkehrsregeln auch ohne Überwachungseinrichtungen.

Vor dem Hintergrund von Staatenverbindungen ist allerdings noch weiter darüber nachzudenken, ob die zu schützende Investition überhaupt schützenswert ist. Schon 1959 hätte auffallen müssen, dass es sich nicht um eine schüt-

zenswerte Investition entsprechend dem rechtsstaatlichen Standard der Bundesrepublik Deutschland, vor allem durch den Grundrechtekatalog geprägt, handeln kann. Bedarf es eines solchen Schutzes wie vereinbart, ist es zunächst ein Widerspruch, sich mit einem privaten Schiedsgericht gegen willkürliche Maßnahmen des anderen Vertragsstaates schützen zu wollen. Mit einem privaten Schiedsgericht, dessen Zusammensetzung beliebig ist, knüpft man an die Mentalitäten an, gegen die man sich meint schützen zu müssen.

Des Weiteren ist den in Rede stehenden Staaten häufig eigen, dass sie den Schutz der Menschen- und Grundrechte nicht ernst nehmen. Die Diskussion um den Schutz der Menschen- und Grundrechte in für die deutsche Politik und Wirtschaft wichtigen Staaten ist bedauerlicherweise Alltag, hat aber noch nicht zu einem Umdenken und einer anderen Gestaltung der „Schutzinstrumente“ geführt. Solche gibt es, so man sich nur bemüht und nicht von den rechtsstaatlichen Defiziten und Menschenrechtsverletzungen profitieren möchte.

Alle solche Investorschutzabkommen schließenden Staaten sind Mitglied der Vereinten Nationen. Sie verstoßen allerdings bei Abkommen mit den genannten Staaten schon gegen eine grundlegende Zielbestimmung der Charta der Vereinten Nationen vom 26.06.1945. Diese formuliert in Art. 1 Nr. 3 als ein Ziel der Vereinten Nationen, eine internationale Zusammenarbeit herbeizuführen, um internationale Probleme wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und humanitärer Art zu lösen und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen. Des Weiteren enthält die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 zahlreiche für diesen Zusammenhang einschlägige Schutzbestimmungen für die Menschen. So etwa die Konturierung sozialer Sicherheit (Art. 22), Recht auf Arbeit und gleichen Lohn wie auch Koalitionsfreiheit (Art. 23), Erholung und Freizeit (Art. 24) und soziale Betreuung (Art. 25). Nicht vergessen werden darf ferner der zeitlich spätere Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II S. 1570).

Dieser Befund ist noch aus einem anderen Grund aufschlussreich: Es macht keinen Sinn, immer mehr und immer breitere Staatenverbindungen zu gründen, wenn schon die Verpflichtungen aus früheren und einer noch verhältnismäßig einfach zu überschauenden Vertragslage missachtet werden. Das Ineinandergreifen und das Koordinieren stößt sehr schnell an die Grenzen. Zudem helfen die normativen Regelungsgeflechte nicht, wenn wegen unterschiedlicher Mentalitäten, „Kulturen“ und rechtsstaatlich-demokratischen wie auch wirtschaftlichen Gefällen der zusammen gebundenen Staaten schon vor Abschluss solcher Verträge unschwer zu erkennen ist, dass keine Annäherung an einen wenigstens „mittleren Level“ erwartet werden kann. Das wird z.B. auch an der europäischen Integration und der Entwicklung der Eurozone sichtbar.

Literatur

Broß in: Bruns, Kern u. a. (Hrsg.), Stürner-FS, 2013, S. 3 ff.; *Broß* in: Deutscher Hochschulverband, Glanzlichter der Wissenschaft, 2007, S. 25 ff.; *Broß* JZ 2003, 874 ff.; *Broß* in: Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Reihe Mitbestimmungsförderung, Düsseldorf 2015, Report Nr. 4; *Broß* in: Berliner Wassertisch, Schriftenreihe zur kommunalen Daseinsvorsorge, 2015, Heft 4; *Broß* ZGE 2014, 1 ff.; *Broß* JZ 2003, 429 ff.; *Broß* EuGRZ 2002, 574 ff.; *Broß* Vortrag am 03.09.2010 in Rastatt, Erstes Gustav-Heinemann-Forum, veröff. 2011 (Humanistische Union); *Broß* Vortrag am 28.09.2012 in Freiburg/Br., DAAD-Alumnitreffen; *Broß* JZ 2008, 227 ff.; *Broß* Vortrag am 19.05.2011 in Erfurt, Vortrag im Plenum des Landtags des Freistaates Thüringen; *Broß* VerwArch 92, 425 ff.; *Broß* VerwArch 97, 332 ff.; *Broß* Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche in der „sozialen Demokratie“, Baden-Baden 2015.