

Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?

Matthias Knauff*

A. Konstitutionalisierung als rechtswissenschaftliche Herausforderung	454
I. Bedeutung	454
II. Begrifflichkeit	455
B. Erscheinungsformen der Konstitutionalisierung im überstaatlichen Recht	456
I. Neuorientierung des Völkerrechts	457
II. Konstitutionalisierung völkerrechtlicher Teilordnungen	459
1. Grundfragen	459
2. Das Beispiel der WTO	460
III. Konstitutionalisierung der gesamten Völkerrechtsordnung	462
1. Wichtige Ansatzpunkte	463
a) SVN	463
b) <i>Ius cogens</i>	464
c) Menschenrechtsschutz	467
d) Gerichtsbarkeit	468
e) Berechtigung der Konstitutionalisierungsthese	469
IV. Europarecht als konstitutionalisiertes regionales Völkerrecht	472
1. Primärrecht als “EU-Verfassung”	473
2. Verfassungsgebung	474
C. Erscheinungsformen der Konstitutionalisierung im innerstaatlichen Recht	476
I. Voraussetzungen	477
II. Wirkungsrichtungen	478
1. Rechtsetzung	479
2. Rechtsanwendung	480
III. Grenzen	481
D. Zusammenwirken der Konstitutionalisierungsercheinungen	482
I. Mehrebenensystem als Voraussetzung und Katalysator	482
1. Einwirkungen des überstaatlichen auf das staatliche Recht	483
2. Einwirkungen des staatlichen auf das überstaatliche Recht	485
II. Folgen	486
1. Herausbildung ebenenübergreifender (materiell-)verfassungsrechtlicher Vorstellungen	486
2. Wanderung und Durchmischung rechtlicher Konzepte	487
III. Ergebnis	488
Summary	489

* Dr. iur., LL.M. Eur., Würzburg. Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Verwaltungswissenschaften (Prof. Dr. H. Schulze-Fielitz) an der Universität Würzburg. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine erweiterte und um Anmerkungen ergänzte Fassung seines Vorstellungsvortrags im Rahmen des Habilitationsverfahrens an der Universität Würzburg. Für hilfreiche Anmerkungen und Diskussionen im Vorfeld sei Prof. Dr. M. Kotzur, Prof. Dr. B. Schöbener, Prof. Dr. H. Schulze-Fielitz, Dr. D. Krausnick, Dr. F. Nolte, Dr. F. Shirvani und Dr. F. Wollenschläger herzlich gedankt.

A. Konstitutionalisierung als rechtswissenschaftliche Herausforderung

I. Bedeutung

Es liegt in der Natur des Rechts, außerhalb revolutionärer Umbrüche auf neue Herausforderungen nur zögernd und allein in den Grenzen des Erforderlichen zu reagieren. Zwar lässt sich Recht heute kaum mehr als statische Materie begreifen. In Zeiten, in denen Evaluation und Befristung von Gesetzen auf der Tagesordnung stehen und "Reformgesetzgebung" zum Regelfall geworden ist, tritt der Dauerhaftigkeitscharakter des Rechts zumindest partiell hinter seine Dynamik zurück. Die vielfältigen Modifikationen im Detail lassen seine Grundstruktur, sein Verständnis als feststehende Ordnung und damit seine Stabilisierungsfunktion jedoch weithin unberührt. Sie stellen daher sein Verständnis insgesamt nicht in Frage.

Weitaus bedeutsamer sind Entwicklungen, die das Potential zu weitreichenden Veränderungen für die Grundstrukturen des Rechts in sich bergen. Sie bedürfen höchster Aufmerksamkeit seitens der Rechtswissenschaft, lange bevor sich ihre Folgen auf die Rechtsanwendung niederschlagen. Versteht man das Recht nicht als bloßes Nebeneinander von Normen, sondern als vielfältig aufeinander bezogenes System, wird dessen Ordnung zur juristischen Aufgabe. Zumeist ist diese bewahrender Natur. Wirken aber Entwicklungen mit gleichsam unwiderstehlichem Charakter auf die Rechtsordnung ein, muss die Rechtswissenschaft diese erfassen und sich der Aufgabe ihrer systematischen Anpassung an die veränderten Rahmenbedingungen annehmen.

Zu den auf eine solche grundlegende Art und Weise die Rechtsordnung insgesamt betreffenden Erscheinungen gehören die unter dem Begriff "Konstitutionalisierung" diskutierten Entwicklungen. In völkerrechtlichem Kontext bezeichnet dieser die seit einigen Jahren verstärkt zu beobachtende Verrechtlichung der internationalen Ordnung durch die internationale Gemeinschaft auf Grundlage einer Übereinstimmung in grundlegenden Werten. Diese kann in letzter Konsequenz möglicherweise zur Entstehung eines "Weltverfassungsrechts" führen. Bezogen auf das innerstaatliche Recht wird der Begriff für die in Deutschland schon bald nach Inkrafttreten des Grundgesetzes einsetzende vielfältige und intensive Beeinflussung des einfachen Rechts durch das Verfassungsrecht verwendet. Beide Entwicklungen sind bislang weder tatsächlich abgeschlossen noch jeweils für sich rechtswissenschaftlich in vollem Umfang erfasst worden. Es erstaunt daher nicht, dass die Diskussionen bislang kaum Berührungspunkte aufwiesen. Dennoch handelt es sich, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, nicht um "in der Sache unverbundene Debatten".¹ Die Verschiedenheit ihrer Gegenstände und Fragestellungen mag dies zwar vordergründig nahelegen. Bei genauerer Betrachtung der jeweils

¹ So aber B. Fassbender, in: FS J. Isensee, 2007, 73 (83).

diskutierten Probleme scheinen jedoch zahlreiche Verbindungen zwischen beiden Bereichen auf.

II. Begrifflichkeit

Eine Auseinandersetzung mit den Konstitutionalisierungsphänomenen bedarf zunächst einer begrifflichen Klärung. Der Begriff “Konstitutionalisierung” ist ebenso attraktiv wie rätselhaft. Schon wegen seiner Abstammung vom Verfassungsbegriff löst er weithin positive Assoziationen aus. Bereits seine Verwendung ist grundsätzlich geeignet, die Diskussion über die betroffenen Phänomene in einem “konstitutionalisierungsfreundlichen” Sinne zu beeinflussen. Wer möchte sich schließlich im demokratischen Verfassungsstaat, in dem “Verfassungspatriotismus” als vornehmste Bürgerpflicht erscheint, gemeinsam mit von spätabolutistischen Machtgelüsten getriebenen Fürsten des 19. Jahrhunderts als “Anti-Konstitutionalist” bezeichnen lassen?

Angesichts dessen verwundert die Karriere des Konstitutionalisierungsbegriffs in neuerer Zeit nicht. Dennoch können weder seine Funktion noch sein Inhalt als geklärt angesehen werden. Obwohl er schon vor einiger Zeit als Kandidat für den “Begriff des Jahres” im Öffentlichen Recht gehandelt wurde,² ist völlig offen, ob es sich um einen “Leitbegriff”,³ eine Modeerscheinung⁴ oder gar um einen “exploratorische(n) Platzhalter”⁵ und “Allerweltsbegriff”⁶ handelt.

Insbesondere im völkerrechtlichen Zusammenhang ist die Verwendung des Konstitutionalisierungsbegriffs uneindeutig.⁷ Sie reicht von der begriffsgenetisch und rechtshistorisch nahe liegenden Beschreibung der Ausbildung einer normativen Vorrangordnung mit übergeordneten Prinzipien und herrschaftslegitimierenden Elementen⁸ bis hin zur Kennzeichnung von bloßen und in ihrem Geltungsanspruch eng begrenzten⁹ Verrechtlichungstendenzen.¹⁰ Insoweit teilt der Konstitu-

² R. Wahl, in: FS W. Brohm, 2002, 191; daran anschließend K. Nowrot, in: C. Tietje/K. Nowrot, Verfassungsrechtliche Dimensionen des Internationalen Wirtschaftsrechts, 2006, 57.

³ G. Biagini, ZSR 119 (2000), 445 (470).

⁴ Fassbender (Anm. 1), 73 (83); ebenso schon M. Hilf, BerDGVR 40 (2003), 257 (259); ähnlich T. Linke, in: Tietje/Nowrot (Anm. 2), 253.

⁵ K. Grewlich, K&R 2006, 156 (161).

⁶ T. Irmischer, in: Tietje/Nowrot (Anm. 2), 21.

⁷ Fassbender (Anm. 1), 73 (84); Wahl (Anm. 2), 191 (199); Hilf (Anm. 4), 257 (259). S. Kadelbach/T. Kleinlein, AVR 44 (2006), 235 (236), sprechen von drei Ebenen mit jeweils rechtspolitischen, rechtstatsächlichen und rechtsdogmatischen Schwerpunkten.

⁸ Siehe etwa D. Cass, The Constitutionalization of the World Trade Organization, 2005, 29 f.; (nur) tendenziell dahinter zurückbleibend J.A. Frowein, BerDGVR 39 (2000), 427 (429), der von der Einbindung der Staaten in stärker verfasste regionale und universale Systeme spricht; vgl auch Hilf (Anm. 4), 257 (260).

⁹ Vgl. in wirtschaftsrechtlichem Zusammenhang K. Grewlich, RIW 2001, 641 ff.

¹⁰ Wahl (Anm. 2), 191 (201, 205); den Unterschied zwischen beiden Erscheinungen hervorhebend auch M. Nettesheim, in: FS T. Oppermann, 2001, 381 (393).

tionalisierungsbegriff die Undeutlichkeit des Verfassungsbegriffs auf internationaler Ebene.¹¹

Im Kontext des nationalen Rechts herrscht demgegenüber größere Einigkeit über die Verwendung des Begriffs der Konstitutionalisierung. Zumeist wird darunter die “Durchdringung des nationalen Rechts durch das Verfassungsrecht”¹² verstanden. Teilweise tritt unter dem Begriff der “horizontalen Konstitutionalisierung” die verfassungsinterne gegenseitige Verstärkung von Grundrechtsverbürgungen hinzu.¹³ In jedem Falle geht es aber um die Ausstrahlungswirkung verfassungsrechtlicher Normen in die innerstaatliche Rechtsordnung. Von der historischen Erscheinung des Konstitutionalismus als Verfassungsgebung hat sich der Konstitutionalisierungsbegriff auf nationaler Ebene mithin gelöst.

Übereinstimmungen zwischen den Begriffsverwendungen lassen sich angesichts der bereits ebenenintern gegebenen Abweichungen bei oberflächlicher Betrachtung kaum feststellen. Über die formale Qualifikation als “Prozess- und Erwartungsbegriff”¹⁴ hinaus erscheint der Konstitutionalisierungsbegriff vielmehr als in erheblichem Maße kontextgeprägt und -abhängig. Gleichwohl ist ein gemeinsamer materieller Begriffskern durchaus erkennbar. Der als “Konstitutionalisierung” bezeichnete Prozess betrifft stets die Durchdringung rechtlicher Ordnungen mit materiellverfassungsrechtlichen Elementen in einem weiten Sinne.¹⁵

Zwar erweist sich ein derart reduzierter Konstitutionalisierungsbegriff als wenig voraussetzungsvoll und grundsätzlich ergebnisoffen. Bereits seine Existenz legt aber das Bestehen der Verbindungen zwischen den Konstitutionalisierungserscheinungen und -diskussionen auf inner- und überstaatlicher Ebene nahe, denen im Folgenden anhand ihrer rechtlichen Ausprägungen nachgegangen werden soll. Wenn dabei der Begriff der Konstitutionalisierung verwendet wird, geschieht dies mangels Alternativen gleichwohl mit je kontextabhängiger Anreicherung.

B. Erscheinungsformen der Konstitutionalisierung im überstaatlichen Recht

Begriff und Erscheinung der Konstitutionalisierung waren dem überstaatlichen Recht bislang weitgehend fremd. Das klassische Völkerrecht blieb als “herrschaftsfreie Rechtsordnung”¹⁶ und “System koordinationsrechtlicher Normen”¹⁷ von ei-

¹¹ Vgl. B. Fassbender, in: R. St. John Macdonald/D. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005, 837 (840 f.); Biaggini (Anm. 3), 445 (463 f.); ebenenübergreifend zur Uneindeutigkeit des Verfassungsbegriffs C. Möllers, in: A. v. Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, 1 ff.

¹² H. Prüm, JA 2005, 310 (311); ähnlich G. Schuppert/C. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, 25.

¹³ B. Hess, JZ 2005, 540 (541).

¹⁴ Wahl (Anm. 2), 191 (195); den Prozesscharakter hervorhebend auch Grewlich (Anm. 9), 641 (642); Hilf (Anm. 4), 257 (261); B. Schöbener, KJ 33 (2000), 557 (568).

¹⁵ Vgl. Biaggini (Anm. 3), 445 (469 ff.).

¹⁶ C. Hillgruber, JöR NF 54 (2006), 57 (80); ähnlich R. Uerpman, JZ 2001, 565 (558).

ner im weitesten Sinne verfassungsrechtlichen Überformung weitgehend unberührt.¹⁸ Zwar waren die Staaten als wesentliche Akteure an ihre eingegangenen Verpflichtungen gebunden. Eine Abstimmung der verschiedenen völkerrechtlichen Regelwerke erfolgte jedoch ebenso wenig¹⁹ wie die Möglichkeit einer ausschließlich rechtlich determinierten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen bestand. Als “Zivilrecht der Staaten” konnte und wollte das Völkerrecht nur in sehr begrenztem Umfang verbindliche Vorgaben über die rechtliche Grundordnung der internationalen Staatengemeinschaft bereitstellen.²⁰

I. Neuorientierung des Völkerrechts

Dieser traditionelle Ansatz unterliegt derzeit grundlegenden Veränderungen. Der aktuelle “Prozess der Neuorientierung”²¹ ruft in der Literatur geradezu emotional gefärbte Stellungnahmen hervor. Die Rede ist von den derzeit “spektakulärsten Entwicklungs- und Verrechtlichungsprozesse(n)”,²² vom “Siegeszug der Verfassung im internationalen System”,²³ gar vom “Anbruch einer zweiten geschichtlichen Epoche des Konstitutionalismus”.²⁴ Ob diese Einschätzungen in vollem Umfang zutreffen, sei zunächst dahingestellt. In jedem Falle führen sie den geradezu revolutionären Charakter des derzeitigen Wandels des Völkerrechts deutlich vor Augen.

Dieser Wandel äußert sich in vielerlei Hinsicht und beschränkt sich nicht auf die als “Konstitutionalisierung” bezeichneten Erscheinungsformen. Diese spielen gleichwohl eine wesentliche Rolle. Kennzeichnend für die aktuellen Entwicklungen ist eine relative Abnahme der Bedeutung der Staaten und ihrer Handlungsautonomie.²⁵ Zwar erscheint es zu weit gehend, trotz einer zunehmenden Aktivität privater Akteure bereits jetzt von einer Entstaatlichung der internationalen Beziehungen zu sprechen.²⁶ Nach wie vor führt an den Staaten im Völkerrecht kein Weg vorbei. Diese entwickeln sich jedoch zu einer organisierten und vielfach verwobe-

¹⁷ W. Heusel, “Weiches” Völkerrecht, 1991, 22; auf deren punktuell beschränkten Regelungscharakter hinweisend P.-T. Stoll, in: FS C. Starck, 2007, 1019 (1026).

¹⁸ P. Allot, EJIL 10 (1999), 31 (35), spricht von einer “constitution-free zone”.

¹⁹ Stoll (Anm. 17), 1019 (1026); G. Marceau, EJIL 13 (2002), 753 (761).

²⁰ Gleichwohl findet auch in Bezug auf das klassische Völkerrecht der Verfassungsbegriff teilweise Verwendung, vgl. etwa A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, 59 ff.

²¹ F. Gärditz, AVR 45 (2007), 1 (2).

²² Wahl (Anm. 2), 191 (192).

²³ Biaggini (Anm. 3), 445 (451).

²⁴ Fassbender (Anm. 1), 73 (88).

²⁵ M. Kumm, EJIL 15 (2004), 907 (913); bezogen auf die Dritte Welt B. Chimni, EJIL 15 (2004), 1 (1 f.).

²⁶ So perspektivisch Gärditz (Anm. 21), 1 (17); bereits G. v. Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983, 63, verweist auf die zunehmende Bedeutung nichtstaatlicher Akteure auf internationaler Ebene; kritisch zu derartigen Ansätzen A. v. Bogdandy, HILJ 47 (2006), 223 (242).

nen Staatengemeinschaft.²⁷ Deutlich wird dies bereits an der wachsenden Zahl internationaler Organisationen, deren Betätigungsfelder sich heute in alle Bereiche staatlicher Tätigkeit erstrecken.²⁸ Darüber hinaus gewinnt das Völkerrecht wegen der Notwendigkeit der Entwicklung globaler Lösungen für globale Probleme an Bedeutung und dehnt seinen Anwendungsbereich aus.²⁹ Mit der Zunahme der Komplexität der sich ihm stellenden Aufgaben³⁰ geht eine zunehmende Komplexität des internationalen Rechtssystems einher.³¹ Angesichts einer „umfassenden Verrechtlichung“³² und Verdichtung³³ der Völkerrechtsordnung lässt sich diese heute nicht mehr als reine Koordinationsordnung begreifen.³⁴

Wie mit diesen grundlegenden Veränderungen auf internationaler Ebene umzugehen ist, ist noch weitgehend offen. Allgemeine Übereinstimmung besteht allein darin, dass die Schaffung eines Weltstaates und einer Weltregierung ebenso wenig realistisch wie erstrebenswert ist.³⁵ Die Idee einer davon unabhängigen Konstitutionalisierung des Völkerrechts – sei es vorwiegend im Sinne einer Beschreibung der neuen Situation oder eher programmatisch³⁶ – geht dabei vor allem auf die europäische Völkerrechtswissenschaft zurück.³⁷ Dies verwundert nicht, legt doch die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft Vergleiche durchaus nahe. Löst man den Verfassungsbegriff – wie dort geschehen – von der staatlichen Ebene ab³⁸ und erkennt gleichzeitig an, dass die Funktionen der Verfassung auch auf überstaatliches

²⁷ G. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, 1993, 195; A.-M. Slaughter, *A New World Order*, 2004, 5.

²⁸ Vgl. C. Herrmann, in: ders./W. Weiß/C. Ohler, *Welthandelsrecht*, 2. Aufl. 2007, Rn. 1122; M. Nettessheim, *JZ* 2002, 569 (571).

²⁹ U. Haltern, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007, 5; ähnlich B.-O. Bryde, in: Macdonald/Johnston (Anm. 11), 103 (103 f.); M. O’Connell, in: D. Shelton, *Commitment and Compliance*, 2000, 100 (106); D. Shelton, in: M. Evans, *International Law*, 2003, 145 (148).

³⁰ Gärditz (Anm. 21), 1 (2).

³¹ Shelton, in: dies. (Anm. 29), 1 (17).

³² Haltern (Anm. 29), 16.

³³ J. Neumann, *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen*, 2002, 69; Frowein (Anm. 8), 427 (440); Hillgruber (Anm. 16), 57 (90).

³⁴ Frowein (Anm. 8), 427 (428).

³⁵ Slaughter (Anm. 27), 8; F. Francioni, in: FS R. Jennings, 1996, 167 (175); W. Reinicke/J. Witte, in: Shelton (Anm. 29), 75 (84 f.); vgl. auch G. Zenkert, *ARSP* 93 (2007), 101 (104 f.).

³⁶ Vgl. etwa Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (238), wonach das komplexe Geflecht internationaler Organisationen die Frage nach der konstitutionellen Einheit der Völkerrechtsordnung aufwerfe.

³⁷ M. Koskenniemi, *MLR* 70 (2007), 1 (15). Die Begriffsverwendung vor allem in der deutschen Völkerrechtslehre verortend Fassbender (Anm. 1), 73 (74); Schöbener (Anm. 14), 557 (567).

³⁸ Vgl. Uerpmann (Anm. 16), 565 (566), nach dem jedes Gemeinwesen über Verfassungsrecht verfügt. Wahl (Anm. 2), 191 (198), verweist auf eine Lockerung der „eheähnliche(n) Verbindung zwischen Staat und Verfassung“.

Recht bezogen werden können,³⁹ ist der Weg zur grundsätzlichen Bejahung der Existenz internationalen Verfassungsrechts⁴⁰ nicht mehr weit.

Soweit die These der Konstitutionalisierung des Völkerrechts nicht nur quantitativ den Anspruch auf Feststellung des offensichtlich gegebenen Normenwachstums erhebt, sondern eine qualitative Veränderung des Völkerrechts durch die Einführung verfassungsrechtlicher Elemente behauptet, bedarf sie der Verifizierung anhand des aktuellen völkerrechtlichen Entwicklungsstandes. Nur wenn diese gelingt, kann die Konstitutionalisierung des Völkerrechts auch auf nationaler Ebene bedeutsame Konsequenzen nach sich ziehen. Hilfestellungen hinsichtlich beider Aspekte gibt das europäische Gemeinschaftsrecht. Zwar lässt sich das europäische Modell angesichts seiner spezifischen historischen und kulturellen Grundlagen kaum in jeder Hinsicht als Vorbild für die Entwicklung auf internationaler Ebene ansehen. Es legt gleichwohl bestimmte Mechanismen offen, die auch ein konstitutionalisiertes Völkerrecht von überregionalem Geltungsanspruch aufweisen wird. Insoweit erscheint das Europarecht als Fenster in eine mögliche Zukunft des Völkerrechts, die vielleicht schon begonnen hat.

II. Konstitutionalisierung völkerrechtlicher Teilordnungen

1. Grundfragen

Ihren Ausgang nahm die These von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts in den neueren Entwicklungen außerhalb des allgemeinen Völkerrechts. Zu nennen ist insbesondere das Welthandelsrecht;⁴¹ daneben werden Konstitutionalisierungsprozesse aber auch mit dem Seerechtsübereinkommen, der Minen-Konvention sowie verschiedenen Umweltschutz- und Investitionsschutzabkommen in Verbindung gebracht.⁴² Derartige bereichsspezifische Entwicklungen werden gar als Haupterscheinungsform völkerrechtlicher Konstitutionalisierung bezeichnet.⁴³

Dies verwundert bereits insofern, als der Begriff der Verfassung ohne weitere Zusätze regelmäßig in einem sachgebietsübergreifenden Sinne verwendet wird. Gerade dies ist jedoch im Hinblick auf bereichsspezifische Entwicklungen nicht möglich. Konstitutionalisierung kann daher insoweit allenfalls die Durchdringung des

³⁹ I. Pernice, VVDStRL 60 (2001), 148 (158 ff.); C. Walter, ZaöRV 59 (1999), 961 (966 ff.); im Einzelnen zur Funktionenwahrnehmung auch das europäische Primärrecht P. Huber, VVDStRL 60 (2001), 194 (199 ff.).

⁴⁰ Vgl. Danilenko (Anm. 27), 15; Bryde (Anm. 29), 103 (105); U. Fastenrath, EJIL 4 (1993), 305 (322).

⁴¹ Vgl. grundlegend E.-U. Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991, 210 ff.

⁴² Frowein (Anm. 8), 427 (438 ff.); im Einzelnen zur Konstitutionalisierung des Umweltvölkerrechts M. Scheyli, AVR 40 (2002), 273 (287 ff.); zum Investitionsschutz C. Tams, in: Tietje/Nowrot (Anm. 2), 229 ff.; P. Behrens, AVR 45 (2007), 153 (159 ff.).

⁴³ C. Walter, GYIL 44 (2001), 170 (201).

Rechts der jeweiligen Materien mit bestimmten, regelmäßig sachbezogenen Verfassungselementen bedeuten.⁴⁴ Weil und soweit diese jeweils in sich geschlossene Rechtsordnungen bilden,⁴⁵ sind damit zugleich Konflikte zwischen den sich konstitutionalisierenden übernationalen Rechtsordnungen vorprogrammiert.⁴⁶ Eine autonome Koordinierung ihres Zusammenwirkens durch die einzelnen Teilordnungen ist zumindest bislang nicht erkennbar. Dies verdeutlichen etwa die Schwierigkeiten mit dem Umgang regimefremder Aspekte, etwa mit Fragen des Menschenrechts- oder Umweltschutzes im Recht der WTO.⁴⁷

Darüber hinaus stellt sich mit Blick auf die konkreten Entwicklungen in den betroffenen Bereichen die Frage, ob die darauf bezogene Verwendung des Konstitutionalisierungsbegriffs nicht doch eher als "Tribut an die umwälzende Neuordnung"⁴⁸ anzusehen ist, denn als Ausdruck einer Anreicherung mit verfassungsrechtlichen Elementen. Zu ihrer Beantwortung bietet sich eine Betrachtung des Welthandelsrechts an, dem sowohl hinsichtlich seines Entwicklungsstandes als auch seiner wissenschaftlichen Durchdringung eine Vorreiterrolle zukommt.

2. Das Beispiel der WTO

Die Gründung der WTO vor mehr als zehn Jahren bedeutete für das Welthandelsrecht einen herausragenden Entwicklungsschritt. Nicht nur die jahrzehntelang unterbliebene Institutionalisierung stellte eine wesentliche Neuerung dar, sondern auch die Ausgestaltung des maßgeblichen Rechtsrahmens. Diese ging über den bis dahin üblichen Standard bei internationalen Organisationen in wichtigen Aspekten hinaus und wurde zum ersten Anknüpfungspunkt der These von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts.

Bedeutsam ist insoweit zunächst die Schaffung eines umfassenden, für alle Mitglieder verpflichtenden Regelungsregimes. Nur in wenigen Bereichen, den sogenannten "plurilateralen Verträgen" nach Annex 4 des WTO-Übereinkommens, verfügen die Mitgliedstaaten über die Freiheit, Einfluss auf die Ausgestaltung ihrer Verpflichtungen zu nehmen. Dadurch wird sichergestellt, dass die den Einzelabkommen zugrunde liegenden Freihandelsgrundsätze uneingeschränkt zur Anwendung kommen. Dies gilt umso mehr, als die Attraktivität einer WTO-Mitglied-

⁴⁴ Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (246), sprechen daher mit Bezug zum Recht der internationalen Organisationen von bloßen Ansätzen einer materiellen Konstitutionalisierung.

⁴⁵ So mit Blick auf Internationale Organisationen I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 7. Aufl. 2000, Rn. 1504.

⁴⁶ C. Lebeck, ZÖR 62 (2007), 195 (199).

⁴⁷ Siehe nur Herrmann (Anm. 28), Rn. 1122; Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (245).

⁴⁸ Wahl (Anm. 2), 191 (203).

schaft nach wie vor hoch ist⁴⁹ und ihrem Recht daher nahezu weltweit Bedeutung zukommt.⁵⁰

Des Weiteren verfügen die Vorschriften in den dem WTO-Übereinkommen beigefügten materiell-rechtlichen Regelwerken wie dem GATT zumindest teilweise über eine sehr hohe Detailgenauigkeit. Zwar ist bislang nicht abschließend geklärt, ob derartige Bestimmungen die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit erfüllen.⁵¹ Zumindest wurden die WTO-Mitglieder jedoch in erheblichem Umfang eindeutigen rechtlichen Verpflichtungen unterworfen. Zu deren Durchsetzung wurde mit dem Dispute Settlement Body (DSB) auf Grundlage des dem WTO-Übereinkommen als verpflichtender Annex beigefügten Dispute Settlement Understanding (DSU) ein obligatorischer Streitschlichtungsmechanismus geschaffen. Damit treten nachprüfbar Rechtsregeln an die Stelle von Politik.⁵² Insofern lässt das WTO-Recht die Konzeption internationaler Organisationen nach klassischem Völkerrecht weit hinter sich.

In anderer Hinsicht ist es diesem jedoch noch recht nahe, so dass die These einer Konstitutionalisierung des Welthandelsrechts Zweifeln begegnet. So verfügen die Organe der WTO nur über wenige eigenständige Regelungsbefugnisse. Alle wesentlichen Entscheidungen obliegen dagegen den Mitgliedern, die ihrerseits nur in wenigen Fällen ohne ihre Zustimmung gebunden werden können.⁵³ Zugleich ist selbst die Handelsliberalisierung als politisches Hauptziel des Welthandelsregimes im Einzelnen nicht gleichsam verfassungsrechtlich festgelegt, sondern Gegenstand von Verhandlungen.⁵⁴ Darüber hinausgehende materiell-verfassungsrechtliche Erscheinungen wie Grundrechte sind dem WTO-Recht fremd.⁵⁵ Auch das Streitbelegungsverfahren ist in seiner Ausgestaltung und seinen Wirkungen von einem justizförmigen Verfahren noch weit entfernt.⁵⁶

Angesichts dessen lässt sich das WTO-Recht durchaus als „positiv-rechtliche(r) Kristallisationspunkt“ einer konstitutionellen Ordnung qualifizieren,⁵⁷ nicht aber

⁴⁹ Derzeit hat die WTO 151 Mitglieder.

⁵⁰ E.-U. Petersmann, in: FS T. Oppermann (Anm. 10), 367 (368), spricht von einem „globale(n) Integrationsrecht“.

⁵¹ Dafür R. Uerpmann, in: v. Bogdandy (Anm. 11), 339 (347); mit Blick auf bestimmte Regelungen H. Hohmann, Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich, 2002, 132; dagegen etwa EuGH Slg. 1999, I-8395 Rn. 47 – *Portugal/Rat*; die Notwendigkeit einer politischen Klärung der Frage betonend J. Trachtman, EJIL 10 (1999), 655 (677).

⁵² Frowein (Anm. 8), 427 (438 f.).

⁵³ Diesbezüglich bestehen nur sehr eingeschränkte Modifikationen durch Art. X WTO-Übereinkommen, vgl. im Einzelnen W. Weiß, in: Herrmann/Weiß/Ohler (Anm. 28), Rn. 207 ff.

⁵⁴ Wahl (Anm. 2), 191 (205 f.); zur damit einhergehenden Problematik der Abgrenzung von Recht und Politik ausführlich A. v. Bogdandy, Max Planck UNYB 5 (2001), 609.

⁵⁵ Kritisch hinsichtlich diesbezüglicher Erweiterungen v. Bogdandy (Anm. 54), 609 (671 f.).

⁵⁶ Vgl. Herrmann (Anm. 28), Rn. 1121.

⁵⁷ Nettesheim (Anm. 10), 381 (390, 401); etwas weitergehend Hilf (Anm. 4), 257 (267 ff.); eher perspektivisch W. Benedek, BerDGVR 40 (2003), 283 (319 f.).

unmittelbar als solche.⁵⁸ Es weist rechtsstaatliche Ansätze und das Potential der Entwicklung zum Bestandteil eines "Wirtschaftsverfassungsrecht(s) der Weltgemeinschaft"⁵⁹ auf, ohne diese Entwicklungsstufe aber bereits erreicht zu haben. Der Prozess seiner Durchdringung mit materiell-verfassungsrechtlichen Elementen befindet sich noch so nahe an seinem Ausgangspunkt, dass hierfür statt der Bezeichnung "Konstitutionalisierung" der Begriff einer "konstitutionalisierte(n) Verrechtlichung"⁶⁰ verwendet werden sollte. Vor allem darum handelt es sich derzeit im Recht der WTO, aber auch in den übrigen als Beispiele für eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts angeführten Einzelbereichen: Diese lassen sich einzeln betrachtet ohnehin allenfalls als einander im Idealfall ergänzende Teile einer übergreifenden Völkerrechtsverfassung ansehen. Die Ausbildung dieser Teile und der durch sie vermittelten Verfassungswerte ist jedoch keineswegs abgeschlossen, sondern folgt vor allem der ihre Existenz bedingenden und hervorbringenden Verdichtung "einfachen" Völkerrechts.

III. Konstitutionalisierung der gesamten Völkerrechtsordnung

Angesichts der Schwierigkeiten, verfassungsrechtliche Elemente in vergleichsweise fortgeschrittenen Teilordnungen des Völkerrechts auszumachen, liegt es auf der Hand, dass eine die gesamte Völkerrechtsordnung umfassende Konstitutionalisierung noch nicht weit gediehen sein kann. Dennoch erweist sich die Konstitutionalisierungsidee gerade in ihrer bereichsübergreifenden Ausprägung als attraktiv. Ein übergreifendes internationales Verfassungsrecht könnte nicht nur einen verbindlichen Rahmen für die Handlungen der internationalen Akteure vorgeben, sondern zugleich eine Koordination der verschiedenen Teilordnungen⁶¹ vornehmen. Eine derartige Grundordnung der internationalen Gemeinschaft muss nicht notwendigerweise eine staatlichem Verfassungsrecht vergleichbare Gestalt und Dichte annehmen. Die Herausbildung verfassungsrechtlicher Prinzipien mit Vorrangwirkung wäre bereits als bedeutender Entwicklungsschritt des Völkerrechts

⁵⁸ Kritisch auch C. Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, 329; Irmischer (Anm. 6), 21 (56); v. Bogdandy (Anm. 54), 609 (655 ff.). Anderes ließe sich nur auf Grundlage eines inhaltlich sehr stark zurückgenommenen Konstitutionalisierungsbegriffs begründen. So lässt Frowein (Anm. 8), 427 (438), bereits den indirekten Zwang zur Teilnahme und obligatorische Streitschlichtung als kennzeichnende Merkmale konstitutionalisierter völkerrechtlicher Teilordnungen genügen.

⁵⁹ M. Kotzur, *JöR NF 55* (2007), 23 (27); gegen eine Gleichsetzung mit Konstitutionalismus aber Benedek (Anm. 57), 283 (286); kritisch unter Hinweis auf die umstrittenen Zielsetzungen der WTO auch v. Bogdandy (Anm. 54), 609 (655 f.); eine strukturelle Gemeinwohlorientierung im Recht der WTO ausmachend K. Nowrot, *Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht*, 2006, 463; ders. (Anm. 2), 57 (59 ff.).

⁶⁰ M. Ruffert, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, 2004, 39; in der Sache dahingehend auch Nowrot (Anm. 59), 461 f.; Irmischer (Anm. 6), 21 (23).

⁶¹ Diesbezüglich die Kollision von Vorrangansprüchen hervorhebend Lebeck (Anm. 46), 195 (229).

anzusehen. Zugleich ließe sie sich als Ausdruck eines Konstitutionalisierungsprozesses verstehen.⁶²

1. Wichtige Ansatzpunkte

Indizien für eine derartige Entwicklung bestehen durchaus. Den Veränderungen des Völkerrechts in den letzten Jahrzehnten, vor allem aber in neuerer Zeit lassen sich Ansätze für die Herausbildung elementarer Werte und deren rechtsstaatliche Absicherung entnehmen.

a) SVN

Bei der Begründung der These von der Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung spielt die der Satzung der Vereinten Nationen (SVN) eine zentrale Rolle. Zwar wird sie nur vereinzelt als umfassende "Weltverfassung"⁶³ charakterisiert. Als Grundordnung der bedeutendsten internationalen Organisation hat sie aber unzweifelhaft das Potential, den "Mittelpunkt der entstehenden Architektur eines Weltgemeinschaftsrechts"⁶⁴ zu bilden. Hierzu trägt neben ihrer nahezu universalen Mitgliedschaft und ihrem weiten Aufgabenfeld insbesondere bei, dass ihre grundlegenden Werte schriftlich und in einem einzigen Dokument fixiert sind.⁶⁵ Darin liegt ein bedeutsamer Unterschied zu anderen Erscheinungen, die eine Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung nahe legen können. Materiell-verfassungsrechtliche Elemente haben in mehrerer Hinsicht in die SVN Eingang gefunden. Die vielfach deutlich werdende Ausrichtung auf die Sicherung des Weltfriedens, die Anerkennung der souveränen Gleichheit der Staaten, die Verbindlichkeit der Entscheidungen des Sicherheitsrates für alle Mitglieder der Vereinten Nationen und die Etablierung einer Gerichtsbarkeit in Form des Internationalen Gerichtsho-

⁶² So Wahl (Anm. 2), 191 (206 f.).

⁶³ H. Aust/N. Naske, ZÖR 61 (2006), 587 (601), unter Bezugnahme auf die Staatsbegründung Hobbes und die parallele Funktion der UN für die internationale Staatengemeinschaft, der nach Frowein (Anm. 8), 427 (432), ein in der SVN verankertes Gewaltmonopol zukomme; ablehnend zu dessen Existenz Schöbener (Anm. 14), 557 (569 f.); für einen auf die "universelle Gemeinschaft" bezogenen Verfassungscharakter auch Fassbender (Anm. 1), 73 (89); ausführlich ders., CJTL 36 (1998), 529 (568 ff.); bezogen auf die Grundsätze des Art. 2 SVN Ruffert (Anm. 60), 39. Als "Teilverfassung" neben anderen Elementen, insbesondere den internationalen Menschenrechtspakten bezeichnet P. Häberle, in: FS M. Zuleeg, 2005, 80 (85), die SVN; ähnlich Uerpman (Anm. 16), 565; eine Annäherung der SVN an eine Verfassung konstatierend T. Franck, in: FS T. Eitel, 2003, 95 (102).

⁶⁴ Nettessheim (Anm. 28), 569 (573).

⁶⁵ Die SVN als Möglichkeit einer (gewissen) geschriebenen Verfassung qualifizierend Fassbender (Anm. 11), 837 (846 ff.); Kotzur (Anm. 59), 23 (26 f.); ebenfalls positiv, aber sehr zurückhaltend J. Kammerhofer, EJIL 15 (2004), 523 (547); dahingehend auch T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, 2003, 305; A. Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, 318; Bryde (Anm. 29), 103 (108); M. Kaltenborn, RTh 34 (2003), 459 (464); ablehnend Hillgruber (Anm. 16), 57 (81); K. Odendahl, JöR NF 55 (2007), 1 (9); I. Pernice, in: FS C. Tomuschat, 2006, 973 (983).

fes lassen sich durchaus als Bestandteile einer rudimentären Verfassungsordnung begreifen.

Ein solches Verständnis der SVN trifft jedoch auch auf Hindernisse. Ihr universaler Anspruch ist letztlich durch das Faktum einer Mitgliedschaft nahezu aller Staaten bedingt. Wie jede klassische internationale Organisation können die Vereinten Nationen keine rechtliche Bindung von Nichtmitgliedern ohne deren Zustimmung herbeiführen.⁶⁶ Die Menschenrechte werden zwar im Text der SVN mehrfach in Bezug genommen. Vorgesehen ist jedoch stets nur ihre Förderung.⁶⁷ Ihre Spezifizierung unterbleibt zudem völlig. Die postulierte Gleichheit der Staaten findet spätestens im Hinblick auf den Sicherheitsrat ihre Grenze. Dies zeigt nicht nur die Differenzierung zwischen ständigen und nichtständigen Mitgliedern. Vor allem offenbart sich die Ungleichheit der Staaten an der Existenz des Vetorechts, das ausschließlich den ständigen Mitgliedern des Sicherheitsrates zukommt. Versuche, dessen politische Entscheidungen rechtlich zu determinieren, insbesondere eine konstitutionelle Bindung bei der Nutzung des Vetos im Sicherheitsrat zu begründen,⁶⁸ waren bislang nicht einmal in der Völkerrechtswissenschaft erfolgreich – geschweige denn in der Praxis, die sich trotz verschiedener Anläufe bislang nicht einmal zur Anpassung der mehr als sechzig Jahre alten Strukturen des Sicherheitsrates an eine seitdem völlig veränderte Weltlage im Stande gesehen hat. Angesichts dessen kann die SVN nach ihrem derzeitigen Entwicklungsstand für sich allein betrachtet nur in sehr geringem Maße als Beleg für die Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung dienen.

b) *Ius cogens*

Als Ausdruck gemeinsamer Werte⁶⁹ lässt sich das zwingende Völkerrecht⁷⁰ als Erscheinungsform einer Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung verstehen. Seine Existenz wurde erstmals 1969 durch Art. 53 S. 2 WVRK allgemein anerkannt und erfährt seitdem zunehmende Akzeptanz.⁷¹ Zwingend ist danach eine Regelung des allgemeinen Völkerrechts, „die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des

⁶⁶ Eine solche Möglichkeit folgt insbesondere nicht aus Art. 2 Nr. 6 SVN, Hillgruber (Anm. 16), 57 (81); S. Hörmann, AVR 44 (2006), 267 (272 f.).

⁶⁷ Vgl. Art. 1 Nr. 3, 55 *lit. c*, 62 Abs. 2 SVN.

⁶⁸ B. Fassbender, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998, 277 ff.

⁶⁹ Scheyli (Anm. 42), 273 (277).

⁷⁰ Dazu umfassend S. Kadlbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992.

⁷¹ Danilenko (Anm. 27), 211 ff.; ders., EJIL 2/I (1991), 42 (42 f.); V. Degan, Sources of International Law, 1997, 219; I. Brownlie, in: A. Cassese/J. Weiler, Change and Stability in International Law-Making, 1988, 64 (71); zu vorherigen Ansätzen im Überblick W. Czapliński, in: C. Tomuschat/J.-M. Thouvenin, The Fundamental Rules of the International Legal Order, 2006, 83 (83 f.). Die relative Neuheit der Unterscheidung von derogierbaren und nicht derogierbaren Normen im Völkerrecht hervorhebend S. Schmah, *ibid.*, 41.

allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann“. Völkerrechtliche Verträge, die gegen eine solche Norm verstoßen, sind nach Art. 53 S. 1 WVRK nichtig.⁷² In Anbetracht der Definition in Art. 53 S. 2 WVRK steht zwingendes Völkerrecht zugleich der Entstehung widersprechendem Gewohnheitsrechts entgegen.⁷³ Ihm kommt damit eine grundlegende Regulierungsfunktion für die Ausgestaltung des Völkerrechts zu.⁷⁴

Die Voraussetzungen für die Entstehung und Änderung von *ius cogens* unterscheiden sich nur in geringem Maße von derjenigen anderer völkerrechtlicher Regelungen. Ein besonderes Rechtsetzungsverfahren besteht nicht.⁷⁵ Insbesondere gilt das Konsensprinzip uneingeschränkt. Der Konsens der Staaten muss sich dabei nicht nur auf die rechtliche Geltung der Regel, sondern zusätzlich auf deren Unabdingbarkeit beziehen.⁷⁶ Sind diese Voraussetzungen gegeben, wird zumindest das Völkervertragsrecht prägende Gegenseitigkeitsprinzip “zugunsten höherrangiger Interessen aufgehoben”.⁷⁷

Insbesondere vor dem Hintergrund der Konstitutionalisierungsthese erweist sich jedoch als problematisch, dass nach wie vor weder in der Wissenschaft noch in der Staatenpraxis Einigkeit darüber besteht, welche konkreten Normen als zwingend anzusehen sind.⁷⁸ Dies mag nicht zuletzt darauf beruhen, dass vielfach Normen des Völkergewohnheitsrechts⁷⁹ in Frage stehen. Stets handelt es sich allerdings um materielle Grundprinzipien der internationalen Beziehungen.⁸⁰ Zumindest hinsichtlich ihres Minimalinhalts⁸¹ dürften als anerkannt gelten das Gewaltverbot,⁸² das Selbstverteidigungsrecht,⁸³ die wichtigsten Menschenrechte⁸⁴ und die Kernbereiche des humanitären Völkerrechts. Als unsicherere Kandidaten erscheinen dagegen der Schutz der Umwelt vor dauerhafter und schwerer Beeinträchtigung⁸⁵ und

⁷² Daneben für Möglichkeit einer Modifizierung Marceau (Anm. 19), 753 (797).

⁷³ Schmahl (Anm. 71), 41 (44).

⁷⁴ *Ius cogens* sogar als “funktionelles Äquivalent” zu Art. 79 Abs. 3 GG bezeichnend H. Dreier, in: ders., GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 79 III Rn. 9.

⁷⁵ G. Danilenko, EJIL 2/I (1991), 42 (43, 49). Nach Kadelbach (Anm. 70), 180, fehlt es auch an der Notwendigkeit einer erschwerten Abänderbarkeit.

⁷⁶ Hillgruber (Anm. 16), 57 (86).

⁷⁷ Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (252).

⁷⁸ Vgl. Czaplinski (Anm. 71), 83 (89); Shelton (Anm. 29), 145 (150); P. Alston, EJIL 13 (2002), 815 (829); Hillgruber (Anm. 16), 57 (87).

⁷⁹ H. Thirlway, in: Evans (Anm. 29), 117 (142); C. Tomuschat, EuGRZ 2007, 1 (3). Die Kombination von Vertrags- und Gewohnheitsrecht hervorhebend Kadelbach (Anm. 70), 186.

⁸⁰ v. Hoof (Anm. 26), 151. Ausführlicher Überblick über einzelne Erscheinungsformen bei Kadelbach (Anm. 70), 210 ff.

⁸¹ S. Kadelbach, in: Tomuschat/Thouvenin (Anm. 71), 21 (28).

⁸² Hillgruber (Anm. 16), 57 (87), bezeichnet dies unter dem Hinweis auf gleichwohl mögliche Ausnahmen als einen der “wenigen ‘sicheren Kandidaten’”.

⁸³ Haltorn (Anm. 29), 80.

⁸⁴ B.-O. Bryde, Der Staat 42 (2003), 61 (66). Nach T. Rensmann, Wertordnung und Verfassung, 2007, 380, gilt dies insbesondere für die Menschenwürde.

⁸⁵ Kadelbach (Anm. 81), 21 (27).

das Selbstbestimmungsrecht der Völker.⁸⁶ Bereits dieser Überblick führt vor Augen, dass es sich um teilweise widerstreitende Schutzgüter handelt.⁸⁷ Einen absoluten Geltungsanspruch können daher selbst die nach einhelliger Ansicht als von zwingenden Normen des Völkerrechts geschützten Werte nicht beanspruchen. Nach dem derzeitigen Entwicklungsstand gehört die Situation einer *ius cogens*-Verletzung daher weithin dem "imaginären Raum akademischer Hypothese" an.⁸⁸

Dies steht der Qualifikation von zwingenden Normen des Völkerrechts als Bauelement in einem Konstitutionalisierungsprozess jedoch nicht entgegen. Selbst in den gefestigten Verfassungen von Nationalstaaten bedarf es regelmäßig eines Ausgleichs zwischen verschiedenen Verfassungspositionen.⁸⁹ Als zugleich grundlegender und nicht ausschließlich formaler Handlungsrahmen der Akteure auf internationaler Ebene lassen sich die als *ius cogens* zu qualifizierenden Regelungen durchaus als "Verfassungskern der internationalen Gemeinschaft"⁹⁰ ansehen. Ohne dass es auf die Frage ihrer formalen Überordnung über das sonstige Völkerrecht,⁹¹ die geringe praktische Bedeutung jener Normen⁹² und ihre bislang nur schwach ausgeprägten Konturen ankäme, zeigt allein ihre Existenz die Herausbildung einer internationalen Wertordnung, die sich vom Willen der Staaten zumindest teilweise verselbständigt.⁹³

⁸⁶ Ablehnend Czaplinski (Anm. 71), 83 (88).

⁸⁷ Haltorn (Anm. 29), 80, unter Hinweis auf Gewaltverbot und humanitäre Rechte einerseits und das Selbstverteidigungsrecht andererseits.

⁸⁸ Tomuschat (Anm. 79), 1 (10).

⁸⁹ Dies verdeutlicht nicht zuletzt das Konzept der "praktischen Konkordanz", K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 72; zur vergleichbaren Abwägung auf der Ebene des Völkerrechts M. Herdegen, Völkerrecht, 5. Aufl. 2006, § 5 Rn. 14 ff.

⁹⁰ W. Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, 376; vom "Decalogue of a secularized world" spricht Fassbender (Anm. 11), 837 (845); *ius cogens* als materielle Verfassungsbestimmungen des Völkerrechts qualifizierend v. Hoof (Anm. 26), 153; von einem "Minimum gemeinsamer inhaltlicher Werte mit einer besonders starken rechtlichen Wirkung" spricht Paulus (Anm. 65), 362.

⁹¹ Ablehnend etwa Kammerhofer (Anm. 65), 523 (539); ähnlich Schmahl (Anm. 71), 41 (45); Fastenrath (Anm. 40), 305 (322).

⁹² Shelton (Anm. 29), 145 (154); B. Fassbender, EuGRZ 2003, 1 (15); Hillgruber (Anm. 16), 57 (87). Siehe aber auch EGMR, EuGRZ 2002, 403 (407 f.), zum Verhältnis von Folterverbot als *ius cogens* und dem Grundsatz der Staatenimmunität; sowie die Heranziehung zwingender völkerrechtlicher Normen durch das EuG Slg. 2005, II-3533 Rn. 277 ff. – Yusuf.

⁹³ Ähnliches gilt für die Herausbildung von Verpflichtungen *erga omnes*. Diese überschneiden sich weithin mit den als zwingend angesehenen Normen des Völkerrechts, vgl. Paulus (Anm. 65), 415; Fassbender (Anm. 11), 837 (845); Kadelbach (Anm. 81), 21 (25); Schmahl (Anm. 71), 41 (47). Soweit dies nicht der Fall ist, führt ihre Verletzung jedoch nicht zur Nichtigkeit der fraglichen Maßnahme, Uerpman (Anm. 16), 565 (572).

c) Menschenrechtsschutz

Zum materiellen Kern einer solchen Wertordnung sind die Menschenrechte zu zählen.⁹⁴ Diese bilden zugleich einen “zentrale(n) Aspekt der Konstitutionalisierungsdiskussion”.⁹⁵ Menschenrechtliche Verbürgungen finden sich auf allen Ebenen des Völkerrechts. Dieses hat dadurch eine deutliche Perspektiverweiterung erfahren und sich von seinen ausschließlich staatsbezogenen Ursprüngen weit entfernt.⁹⁶ Dies gilt insbesondere angesichts der Anerkennung eines menschenrechtlichen Kerngewährleistungsgehalts als *ius cogens*.⁹⁷

Dennoch lässt sich nach derzeitigem Entwicklungsstand auf universeller Ebene nicht vom Bestehen eines Grundrechtskatalogs mit feststehendem Inhalt, vergleichbar den Art. 1 bis 19 GG, sprechen. Diese Funktion können auch die internationalen Menschenrechtspakte über bürgerliche und politische bzw. über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nicht erfüllen. Internationale Menschenrechte sind vielfach unbestimmt⁹⁸ und gerichtlich nicht wirksam abgesichert.⁹⁹ Ein weltweiter allgemeiner Menschenrechtsstandard besteht daher nach wie vor nicht.¹⁰⁰ Insoweit wirken die Menschenrechte vor allem als Idee. Diese ist jedoch hinreichend wirkmächtig, um Verständnis und Anwendung des Völkerrechts nachhaltig zu beeinflussen.¹⁰¹

Auf regionaler Ebene verfügen internationale Menschenrechte teilweise über eine deutlich höhere normative Durchsetzungskraft. Dies ist nicht zuletzt auf die Existenz effektiven Individualrechtsschutzes zurückzuführen. Musterbeispiel sind insoweit die Grundrechtsgewährleistungen der EMRK. Diese haben zur Verwirklichung eines Grundrechtsstandards beigetragen, der weit über den in zahlreichen Staaten außerhalb ihres räumlichen Geltungsbereichs bestehenden hinausgeht. Eine

⁹⁴ Vgl. Bryde (Anm. 84), 61 (64); Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (255 ff.); K. Teraya, EJIL 12 (2001), 917 (941); dezidiert rechtspolitisch E.-U. Petersmann, EJIL 13 (2002), 621 ff.

⁹⁵ Aust/Naske (Anm. 63), 587 (600); bezogen auf die tatsächliche Entwicklung von einem “Paradebeispiel” sprechend Linke (Anm. 4), 253 (254).

⁹⁶ Unter Bezugnahme auf die europäische Entwicklung die Inblicknahme der Bürger als Rechtssubjekte als Ausdruck der Entstehung eines internationalen Verfassungsrechts deutend Petersmann (Anm. 94), 621 (631 f.).

⁹⁷ Bryde (Anm. 29), 103 (108); Petersmann (Anm. 94), 621 (634); ähnlich Schmahl (Anm. 71), 41 (48); kritisch zur Bestimmbarkeit Alston (Anm. 78), 815 (829 f.); grundlegend zum Verhältnis von *ius cogens* und internationalen Menschenrechten E. Klein, in: FS G. Ress, 2005, 151 (155 ff.).

⁹⁸ Marceau (Anm. 19), 753 (786).

⁹⁹ Petersmann (Anm. 94), 621 (624 f.).

¹⁰⁰ Vgl. Walter (Anm. 43), 170 (201).

¹⁰¹ Zur Durchsetzungskraft der Menschenrechte gegenüber dem universellen Gewaltverbot in Form der “humanitären Intervention” vgl. Schöbener (Anm. 14), 557 (insbes. 564); zu ihrer Qualifikation als allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz i.S.v. Art. 38 IGH-Statut und Auslegungsmaxime nach Art. 31 III WVRK Petersmann (Anm. 94), 621 (633).

Qualifikation der EMRK als das "konstitutionalisierte völkerrechtliche Menschenrechtssystem Europas"¹⁰² liegt daher nicht fern.

Perspektivisch könnten sich die Menschenrechte als Motor der Konstitutionalisierung des Völkerrechts erweisen. Im Zeitalter der globalen Kommunikation wächst die weltweite Sensibilität für Menschenrechtsfragen. Sie macht es Staaten zunehmend schwerer, sich auf internationaler Ebene menschenrechtlichen Anforderungen zu entziehen oder gar deren Entfaltung zu behindern. Die Herausbildung einer internationalen Wertordnung, die das Individuum in den Mittelpunkt stellt und der staatlichen Souveränität vergleichsweise enge Grenzen zieht, erweist sich zugleich als qualitativer Sprung in der Entwicklung des Völkerrechts.

d) Gerichtsbarkeit

Entscheidende Bedeutung für die Verwirklichung einer völkerrechtlichen Wertordnung kommt schließlich der Existenz effektiver Durchsetzungsmechanismen zu. Das Beispiel des internationalen Menschenrechtsschutzes führt deutlich vor Augen, dass insbesondere das Bestehen einer wirksamen (Individual-)Rechtsschutz gewährleistenden internationalen Gerichtsbarkeit für die Durchsetzung der von den Staaten eingegangenen Bindungen unverzichtbar ist. Im klassischen Völkerrecht erfährt die internationale Gerichtsbarkeit jedoch nur eine rudimentäre Ausprägung. Die wenigen bestehenden Gerichte verfügen danach über jeweils eng begrenzte Entscheidungskompetenzen und können überdies nur mit dem Einverständnis der Streitparteien tätig werden.¹⁰³ Die Lösung von Konflikten obliegt daher weithin den Akteuren selbst, die dadurch weniger rechtlich als politisch erfolgt.

Obwohl ein solches System den Staaten erhebliche Freiheiten einräumt, ist in neuerer Zeit ein Umdenken festzustellen. Zwar ist nach wie vor die Entstehung einer umfassenden obligatorischen internationalen Gerichtsbarkeit nicht absehbar. Zunehmend kommt es aber regimebezogen zur Schaffung gerichtlicher Instanzen.¹⁰⁴ Deren Kompetenzen gehen über diejenigen traditioneller internationaler Gerichtsbarkeit hinaus, so dass nicht nur eine quantitative, sondern auch eine qualitative Entwicklung feststellbar ist. In ihrer Bedeutung kaum zu unterschätzen ist auch die Einrichtung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, die einzelne Personen für ihr Handeln zur Verantwortung ziehen kann. War diese zunächst auf die Aufarbeitung von Geschehnissen in Einzelkonflikten in Jugoslawien bzw. Ruanda beschränkt, besteht nunmehr mit dem Internationalen Strafgerichtshof eine ständige Instanz, die den Anspruch auf eine grundsätzlich unbeschränkte Zuständigkeit erhebt. Die damit einhergehende Herausbildung eines internationalen Strafrechts

¹⁰² M. Ruffert, *EuGRZ* 2007, 245 (246); einen verfassungsrechtlichen Anspruch der EMRK konstatierend Lebeck (Anm. 46), 195 (201); dessen Erfolg hervorhebend Frowein (Anm. 8), 427 (436).

¹⁰³ Vgl. Fassbender (Anm. 92), 1 (14); Marceau (Anm. 19), 753 (797).

¹⁰⁴ G. Betlem/A. Nollkaemper, *EJIL* 14 (2003), 569 (575).

verdeutlicht zugleich die Existenz grundlegender Werte der internationalen Gemeinschaft, deren Verletzung als so wesentlicher Verstoß angesehen wird, dass es einer individuellen Ahndung bedarf.

Auch diese Entwicklung lässt sich als Ausdruck einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts deuten.¹⁰⁵ Allerdings steht diese auch insoweit noch am Anfang. Ein einheitliches Verständnis der sich herausbildenden materiellen Wertordnung bedarf eines deutlich intensiveren Zusammenwirkens und einer rechtlichen Koordination der internationalen Gerichte. Einzubeziehen sind darüber hinaus auch die nationalen Gerichte. Diese werden sich zunehmend mit völkerrechtlichen Fragestellungen konfrontiert sehen und können daher ebenfalls einen wichtigen Beitrag zur materiellen Konstitutionalisierung des Völkerrechts leisten.¹⁰⁶

e) Berechtigung der Konstitutionalisierungsthese

Die angesprochenen Entwicklungen bringen fraglos bedeutsame Veränderungen des Völkerrechts zum Ausdruck. Die aus der zunehmenden Komplexität der internationalen Beziehungen resultierende Notwendigkeit der Geltung allgemeingültiger Grundregeln¹⁰⁷ führt zur Herausbildung jener und entfernt das Völkerrecht zugleich von seinen voluntaristischen Wurzeln.¹⁰⁸ Dennoch stößt die These von seiner Konstitutionalisierung auf Widerstand.¹⁰⁹ Dies ist nicht nur auf die uneinheitliche Verwendung des Konstitutionalisierungsbegriffs zurückzuführen, sondern liegt auch in der unterschiedlichen Einschätzung der Tragweite der Veränderungen begründet.

Als wesentliches Problem erweist sich der fehlende Widerhall der Idee einer über eine bloße Verrechtlichung¹¹⁰ hinausgehende Konstitutionalisierung in der Völkerrechtspraxis. Diese hat zwar die einzelnen als Konstitutionalisierungsercheinungen deutbaren Elemente geschaffen. Dem lag jedoch kein übergreifendes Konzept zugrunde. Auch besteht die Grundstruktur des Völkerrechts als herrschaftsfreier Raum fort.¹¹¹ Unverändert sind die Staaten gleichzeitig Rechtsetzer

¹⁰⁵ Vgl. im Hinblick auf internationale Strafgerichte Frowein (Anm. 8), 427 (438); mit Bezug zum WTO-Recht Uerpman (Anm. 16), 565 (569); die regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe als Konstitutionalisierungsercheinungen qualifizierend Bryde (Anm. 84), 61 (67).

¹⁰⁶ Biaggini (Anm. 3), 445 (470); die Bedeutung der nationalen Gerichte hervorhebend und von einem "Kooperationverhältnis" sprechend M. Kotzur, DÖV 2002, 195 (199 ff.).

¹⁰⁷ Bezogen auf *ius cogens* J. Salcedo, EJIL 8 (1997), 583 (590).

¹⁰⁸ Wahl (Anm. 2), 191 (200); dahingehend auch Giegerich (Anm. 65), 2.

¹⁰⁹ Siehe nur V. Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, 39 ff.; Herrmann (Anm. 28), Rn. 1121; bezogen auf eine über Einzelaspekte hinausgehende Konstitutionalisierung auch F. Schorkopf/C. Walter, GLJ 4 (2003), 1359 (1374).

¹¹⁰ So Möllers (Anm. 58), 429 f.; Odendahl (Anm. 65), 1 (9); bezogen auf das WTO-Recht Neumann (Anm. 33), 36; Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (240); entsprechend in europarechtlichem Zusammenhang Möllers (Anm. 11), 1 (47).

¹¹¹ C. Hillgruber, JZ 2002, 1072 (1076). Daher die Möglichkeit von internationalem Verfassungsrecht ablehnend Lebeck (Anm. 46), 195 (229); dahingehend auch Odendahl (Anm. 65), 1

und -unterworfenen.¹¹² Zentrale regelungsbefugte Instanzen bestehen nicht. Die Zuständigkeit der vorhandenen Institutionen ist jeweils auf die eigene Teilrechtsordnung begrenzt.¹¹³ Eine Abstimmung und Koordination der einzelnen Regelungsregime erfolgt nicht. Die Existenz einer völkerrechtlichen Normenhierarchie ist umstritten.¹¹⁴ In materieller Hinsicht ist ein mehr als punktuelles gemeinsames Grundverständnis des Gemeinwohls nicht vorhanden.¹¹⁵ Eine strukturelle Annäherung an das verfassungsrechtliche Ordnungsmodell findet daher insgesamt nicht statt.¹¹⁶ Angesichts einer begrenzten Attraktivität der Konstitutionalisierungsidee für die politischen Akteure auf internationaler Ebene¹¹⁷ sind Veränderungen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Damit bleibt die Völkerrechtspraxis "hinter den Konstitutionalisierungsambitionen eines Teils der Völkerrechtslehre deutlich zurück".¹¹⁸

Dieser Befund kann nicht ohne Auswirkungen auf die Konstitutionalisierungsthese bleiben. Die Entwicklung einer rechtlich und politisch verbundenen¹¹⁹ globalen Gesellschaft¹²⁰ ist ebenso wenig absehbar wie eine "überstaatlich-konstituierte Weltherrschaft".¹²¹ In ihren weniger anspruchsvollen Ausprägungen hat die These einer Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung jedoch durchaus ihre Berechtigung. Trotz der Bedeutung der Staaten für die Entwicklung des Völkerrechts lässt sich dieses heute nicht mehr als bloßer Spielball staatlicher Interessen begreifen. So lässt sich der umfassende und von den Staaten auch weithin akzeptierte

(9); Walter (Anm. 43), 170 (195); umfassend zu dessen Problematik U. Haltern, AöR 128 (2003), 511 ff.

¹¹² Haltern (Anm. 29), 79; Heusel (Anm. 17), 22; Salcedo (Anm. 107), 583 (584). Die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Willens der Staaten bei der Auslegung des Völkerrechts hervorhebend A. Guzman, EJIL 16 (2005), 579 (607).

¹¹³ Vgl. Stoll (Anm. 17), 1019 (1027).

¹¹⁴ Dafür etwa Scheyli (Anm. 42), 273 (280); ansatzweise auch O. Schachter, in: FS K. Skubiszewski, 1996, 531 (539 f.); dagegen Walter (Anm. 43), 170 (201); perspektivisch ablehnend Koskeniemi (Anm. 37), 1 (19). Die Existenz einer "verfassungsähnlichen Normenhierarchie" im Völkerrecht als Voraussetzung seiner Konstitutionalisierung bezeichnend Irmischer (Anm. 6), 21 (23).

¹¹⁵ Koskeniemi (Anm. 37), 1 (16).

¹¹⁶ Hillgruber (Anm. 111), 1072 (1076); ders., JöR NF 54 (2006), 57 (90); ähnlich Walter (Anm. 43), 170 (192).

¹¹⁷ Biaggini (Anm. 3), 445 (475); ähnlich Fassbender (Anm. 92), 1 (14), der das universale Staatensystem insgesamt als "äußerst schwerfällig" charakterisiert.

¹¹⁸ Paulus (Anm. 65), 430. Zur Gefahr einer Abkoppelung der Völkerrechtslehre von der Völkerrechtspraxis vgl. B. Oxman, in: J. Delbrück, New Trends in International Lawmaking – International "Legislation" in the Public Interest, 1997, 21 (23); ähnlich B. Schöbener, in: FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, 407 (447).

¹¹⁹ Slaughter (Anm. 27), 67, spricht von einem "global legal system"; Chimni (Anm. 25), 1, auf Grundlage eines sehr weiten Staatsbegriffs (dazu 5) gar vom "nascent global state". Die Idee einer "global public policy" findet sich bei Reinicke/Witte (Anm. 35), 75 (90).

¹²⁰ Fastenrath (Anm. 40), 305 (339); ähnlich R. Lipschutz/C. Fogel, in: B. Hall/T. Biersteker, The Emergence of Private Authority in Global Governance, 2002, 115 (117).

¹²¹ Erste Erscheinungen bejahend Nettesheim (Anm. 28), 569 (571). Auch wenn Konstitutionalisierung als durch unmittelbare Anwendbarkeit, Autonomisierung und Hierarchisierung gekennzeichnet angesehen wird, so Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (239), lässt sie sich anhand des dahinter weit zurückbleibenden Entwicklungsstandes des Völkerrechts kaum bejahen.

Geltungsanspruch der internationalen Menschenrechte nicht auf ein zwischenstaatliches “*do ut des*” zurückführen.

Obwohl in seinen einzelnen Erscheinungsformen weithin unabhängig voneinander, erfolgt derzeit in Reaktion auf Sachnotwendigkeiten und unter dem Einfluss des Vorbilds westlicher Verfassungsstaaten¹²² eine Ausrichtung der internationalen Gemeinschaft und damit auch des Völkerrechts an “verfassungsähnlichen” Grundwerten.¹²³ Zu diesen zählen in materieller Hinsicht insbesondere die durch *ius cogens*¹²⁴ und die SVN geschützten Rechtsgüter. Darüber hinaus lässt sich eine generelle Übereinstimmung im Hinblick auf einen menschenrechtlichen Mindeststandard feststellen.¹²⁵ Die Herausbildung einer internationalen “*rule of law*” gleichsam als völkerrechtliches Rechtsstaatsprinzip¹²⁶ und die Vorstellung eines “*common heritage of mankind*”¹²⁷ sind ebenfalls in diesem Zusammenhang zu sehen.¹²⁸ Zwar erscheint fraglich, ob sich das Völkerrecht bereits als “Menschheitsrecht”¹²⁹ qualifizieren lässt. Zweifellos erfährt das von den Staaten losgelöste Gemeinschaftsinteresse jedoch eine “rechtliche Verdichtung”,¹³⁰ wodurch die Völkerrechtsordnung zugleich ihr zwischenstaatliches Element teilweise überwindet.¹³¹

¹²² Angesichts dessen besteht die Gefahr seiner Verabsolutierung, die im Rahmen der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsdebatte wenig förderlich sein dürfte, vgl. Herdegen (Anm. 89), § 5 Rn. 7; Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (246 ff.).

¹²³ O. Dörr, JZ 2005, 905 (916); eine “immer deutlichere Anerkennung von Verfassungsprinzipien der Staatengemeinschaft” konstatierend Frowein (Anm. 8), 427 (444); im Hinblick auf die Herausbildung gemeinsamer Werte die Möglichkeit einer Konstitutionalisierung trotz im Übrigen tendenziell kritischer Bewertung bejahend Walter (Anm. 43), 170 (195); von einer “verfasste(n) Wertordnung” spricht Rensmann (Anm. 84), 376; ohne Verwendung des Konstitutionalisierungs- oder Verfassungsbegriffs Herdegen (Anm. 89), § 5 Rn. 13; ausführlich zu völkerrechtlichen “Gemeinschaftswerten” Paulus (Anm. 65), 252 ff.

¹²⁴ Nach B. Fassbender, CJTL 36 (1998), 529 (589 ff.), besteht eine teilweise Übereinstimmung von internationalem Verfassungsrecht und *ius cogens* bzw. *erga omnes* bestehenden Verpflichtungen.

¹²⁵ Deren umfassende Anerkennung hervorhebend Petersmann (Anm. 50), 367 (368). Zerkert (Anm. 35), 101 (103), bezeichnet die Rechtsvereinheitlichung unter Menschenrechtsprimat und die Entstehung supranationaler Rechtskontrollinstanzen als das politisch relevante Ergebnis der Globalisierung.

¹²⁶ Vgl. P. Allot, Towards the International Rule of Law, 2007; P. Bergling, Rule of Law on the International Agenda, 2006; I. Brownlie, The Rule of Law in International Affairs, 1998.

¹²⁷ Dazu K. Baslar, The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law, 1998; V. Postyshev, The Concept of the Common Heritage of Mankind, 1990; W. Stocker, Das Prinzip des Common Heritage of Mankind als Ausdruck des Staatengemeinschaftsinteresses im Völkerrecht, 1993, insb. 140 ff.

¹²⁸ Weitere Aspekte treten hinzu. So dürfte – wenn auch nicht über die zu ergreifenden Maßnahmen – ein weltweiter Konsens über die Schutzbedürftigkeit der Umwelt bestehen, Herdegen (Anm. 89), § 5 Rn. 13; Fassbender (Anm. 92), 1 (14).

¹²⁹ Häberle (Anm. 63), 80 (84).

¹³⁰ Ruffert (Anm. 60), 39. Diese ist von der bloßen Verrechtlichung klar zu unterscheiden, vgl. v. Bogdandy (Anm. 27), 223 (241).

¹³¹ Dörr (Anm. 123), 905 (916); von der Entwicklung zu einer “*more community-based structure*” spricht J. Charney, in: J. Delbrück (Anm. 118), 171 (190). Dem entspricht es auch, dass die Staaten Vorbehalte ihrer Vertragspartner bei gemeinwohlbezogenen völkerrechtlichen Verträgen zunehmend nicht mehr hinzunehmen bereit sind, vgl. Scheyli (Anm. 42), 273 (281).

In einem solchen, eingeschränkten Sinne lässt sich die Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung als tatsächliche Erscheinung bejahen.¹³² Dabei handelt es sich um einen unorganisierten¹³³ und langwierigen Prozess,¹³⁴ der gerade erst begonnen hat. Sein Ausgang ist ungewiss. Dies gilt umso mehr, als zeitgleich eine Fragmentierung des Völkerrechts¹³⁵ und die Herausbildung netzwerkartiger Strukturen erfolgen.¹³⁶ Teilweise wird daher ein „*legal pluralism*“ als Alternative zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts angesehen.¹³⁷ Auch die Netzwerkstrukturen müssen sich jedoch letztlich zu einem harmonischen Miteinander verbinden. Es spricht daher Vieles dafür, Netzbildung und Konstitutionalisierung als zusammenwirkende und sich gegenseitig ergänzende Ausprägungen einer Gesamtentwicklung zu begreifen,¹³⁸ deren wesentliches Kennzeichen eine Verstärkung der Bindungen auf internationaler Ebene ist. Diese können sich im Sinne der Netzwerkidee gleichsam horizontal bzw. vertikal als Konstitutionalisierung auswirken. Das Potential beider Entwicklungsstränge ist erheblich. Zumindest langfristig ist nicht ausgeschlossen, dass sich entlang international anerkannter Grundwerte ein weltumspannendes, vielfach verschränktes Rechtssystem entwickelt.

IV. Europarecht als konstitutionalisiertes regionales Völkerrecht

Wozu eine schleichende Konstitutionalisierung führen kann, führt die Europäische Union deutlich vor Augen, deren Entwicklung nach der „Methode Monnet“ keineswegs zielgerichtet erfolgte. Dennoch ist sie heute wesentliches Beispiel und Modell für die Konstitutionalisierung im Völkerrecht.¹³⁹ Angesichts ihrer Entwicklung von der bloßen Wirtschaftsgemeinschaft zur umfassenden politischen Union kann dies sowohl für die Konstitutionalisierung von völkerrechtlichen Teilordnungen als auch der Völkerrechtsordnung in ihrer Gesamtheit gelten. Dies bedeutet allerdings nicht die Möglichkeit einer „1:1-Übertragung“ auf die internationale Ebene. Hierfür sind bereits die Ausgangsbedingungen und Problemstellungen zu

¹³² Vgl. auch Ruffert (Anm. 60), 38 f.; Bryde (Anm. 29), 103 (106); Biaggini (Anm. 3), 445 (452); Uerpmann (Anm. 16), 565 (573); vorsichtig positiv Schöbener (Anm. 14), 557 (568).

¹³³ Biaggini (Anm. 3), 445 (475).

¹³⁴ WTO-bezogen Nettesheim (Anm. 10), 381 (408); die Dynamik der Entwicklung dagegen hervorhebend Häberle (Anm. 63), 80 (85).

¹³⁵ Dazu im Überblick Koskenniemi (Anm. 37), 1 (4 ff.).

¹³⁶ Grundlegend zum Netzwerkgedanken Slaughter (Anm. 27), 2004; zur Vernetzung der Rechtsregime Walter (Anm. 43), 170 (175 ff.).

¹³⁷ Siehe etwa A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen, 2006, 57 ff.; kritisch Koskenniemi (Anm. 37), 1 (23 f.).

¹³⁸ Vgl. auch Grewlich (Anm. 5), 156 (159 f.), mit Bezug zur Reform von ICANN; zur Möglichkeit einer Gleichzeitigkeit tendierend auch C. Möllers, in: J. Oebbecke, Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, 285 (295).

¹³⁹ Ruffert (Anm. 60), 40; Bryde (Anm. 29), 103 (111); Frowein (Anm. 8), 427 (436); Kadelbach/Kleinlein (Anm. 7), 235 (239); S. Oeter, ZaöRV 59 (1999), 901.

unterschiedlich. Zudem ist ein genereller Integrationswille der Staaten auf internationaler Ebene nicht erkennbar.¹⁴⁰

Bezogen auf die EU findet der Begriff der Konstitutionalisierung im Allgemeinen keine Verwendung.¹⁴¹ Wegen ihres fortgeschrittenen Entwicklungsstandes steht die Frage nach ihrer "Verfassung" im Mittelpunkt der wissenschaftlichen und politischen Diskussion.¹⁴² Dass diese jedoch keineswegs abgeschlossen ist, verdeutlicht das Andauern eines Konstitutionalisierungsprozesses. Dieser soll hier nicht in seinen Einzelheiten untersucht, sondern mit Blick auf seine Vorreiterrolle für die Entwicklung auf internationaler Ebene skizziert werden.

1. Primärrecht als "EU-Verfassung"

Obwohl bislang "Theorie und Methode des europäischen Verfassungsrechts ... nicht ... konsolidiert"¹⁴³ sind, ist unumstritten, dass die EU mit ihrem Primärrecht über eine Grundordnung von besonderer rechtlicher Qualität verfügt, die vielfach als "Verfassung" bezeichnet wird.¹⁴⁴ Nach wie vor offen ist zwar die Frage, inwieweit diese (noch) der Verfügungsgewalt der Mitgliedstaaten unterliegt.¹⁴⁵ Ihrer Beantwortung kommt im vorliegenden Zusammenhang aber keine Bedeutung zu, da die Wirkungsweise des bestehenden europäischen Primärrechts hiervon unbeeinflusst bleibt.

Den Kern des europäischen Primärrechts bilden die Gründungsverträge. Insbesondere dem EG-Vertrag kommt eine zentrale Bedeutung zu. In formaler Hinsicht bildet er das Organisationsstatut der überstaatlichen Organisation "Europäische Gemeinschaft". Insoweit unterscheidet er sich nicht von den völkervertraglichen Grundlagen anderer internationaler Organisationen. Materiell geht er darüber jedoch weit hinaus. Dies zeigt sich zum einen an der Vielzahl der erfassten Bereiche: Die ursprüngliche Beschränkung auf wirtschaftsrechtliche Aspekte ist – zumindest im Zusammenwirken mit dem EU-Vertrag – einer sachlich nahezu universellen Zuständigkeit der Gemeinschaft gewichen. Zum anderen ermöglichte der EG-

¹⁴⁰ Die Unterschiede zwischen europäischer und internationaler Entwicklung hervorhebend P.-T. Stoll, DVBl. 2007, 1064 (1065); mit Blick insbesondere auf die Rechtsprechung v. Bogdandy (Anm. 54), 609 (647 ff.).

¹⁴¹ Siehe aber Möllers (Anm. 11), 1 (47); T. Rensmann, in: D. Blumenwitz/G. Gornig/D. Murswiek, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, 2005, 49; Haltorn (Anm. 111), 511 (545).

¹⁴² Wahl (Anm. 2), 191 (195); exemplarisch spricht etwa R. Uerpman, in: v. Bogdandy (Anm. 11), 339 (371), statt von Konstitutionalisierung von einer "Verfassungsordnung im Werden".

¹⁴³ P. Badura, AöR 131 (2006), 423 (425).

¹⁴⁴ M. Ruffert, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV Rn. 7; S. Kadelbach, in: FS M. Zuleeg (Anm. 63), 219 (221); als formelle Verfassung bezeichnet Möllers (Anm. 11), 1 (36), die europäischen Gründungsverträge; auf diese und das Richterrecht abstellend M. Zuleeg, in: v. Bogdandy (Anm. 11), 931 (934); ablehnend A. Schmitt Glaeser, *ibid.*, 205 (212); kritisch wegen des Scheiterns einer formellen Verfassungsgebung auch H. Heinig, JZ 2007, 905 (909).

¹⁴⁵ Eine solche ablehnend Giegerich (Anm. 65), 619; dezidiert a.A. Badura (Anm. 143), 423 (435).

Vertrag der Gemeinschaft von Anfang an eine unmittelbare Einflussnahme auf das Recht ihrer Mitgliedstaaten. Insbesondere das Instrument der Verordnung nach Art. 249 Abs. 2 EG unterscheidet die EG erheblich von anderen internationalen Organisationen, die regelmäßig nicht über außenwirksame Rechtsetzungsbefugnisse verfügen.¹⁴⁶ Überdies können heute aufgrund verfahrensrechtlicher Änderungen der ursprünglich im EG-Vertrag vorgesehenen, von klassischem Völkerrecht inspirierten Abstimmungsmodi im Rat vielfach Mehrheitsentscheidungen getroffen werden, die auch für die nicht zustimmenden Mitgliedstaaten verbindlich sind.

Ausgehend von diesen vertraglichen Grundlagen entwickelte der EuGH bereits früh eine "Neigung ... zur 'Konstitutionalisierung' der EU".¹⁴⁷ Dies beschränkte sich nicht nur auf die Bezeichnung der Gründungsverträge als "Verfassung" der Gemeinschaft.¹⁴⁸ Entscheidend war vielmehr deren Auslegung in einem solchen Sinne. Ausdruck dessen sind etwa die Bejahung der Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendbarkeit des EG-Rechts¹⁴⁹ und dessen unbedingter Vorrang vor entgegenstehendem nationalem Recht.¹⁵⁰ Dabei ließ der EuGH schon früh den Wortlaut der Gründungsverträge hinter sich. Dies zeigt nicht nur die Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien entgegen Art. 249 Abs. 3 EG,¹⁵¹ sondern auch die Entwicklung von europäischen Grundrechten¹⁵² und – insbesondere rechtsstaatlichen – allgemeinen Rechtsgrundsätzen.¹⁵³ Gerade diese Erscheinungen bilden wesentliche Bestandteile der rechtlichen Grundordnung Europas und sind damit Ausdruck seiner Konstitutionalisierung. Seitens der Mitgliedstaaten ist diese nicht nur hingenommen, sondern, wie etwa Art. 6 EU verdeutlicht, aktiv aufgenommen worden.

2. Verfassungsgebung

Obwohl sich das Europarecht durch die angesprochenen Entwicklungen bereits weit vom klassischen Modell internationaler Organisationen entfernt hat und angesichts seiner "supranationale(n) Verdichtung"¹⁵⁴ eine erhebliche Nähe zur Struk-

¹⁴⁶ Shelton (Anm. 29), 145 (170).

¹⁴⁷ Huber (Anm. 39), 194 (235); zu den Einschränkungen siehe v. Bogdandy (Anm. 54), 609 (647 f.).

¹⁴⁸ EuGH Slg. 1991, I-6102 Rn. 21 – 1. *EWR Gutachten*; entsprechend bereits BVerfGE 22, 293 (296).

¹⁴⁹ EuGH Slg. 1963, 1 (25) – *van Gend en Loos*; deren Möglichkeit führt zu einer deutlichen Stärkung des übernationalen Rechts, Trachtmann (Anm. 51), 655 (659).

¹⁵⁰ EuGH Slg. 1964, 1251 (1270) – *Costa/ENEL*; Slg. 1970, 1125 Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁵¹ EuGH Slg. 1970, 1213 Rn. 10 – *SACE*.

¹⁵² EuGH Slg. 1969, 419 Rn. 7 – *Stauder*; Slg. 1970, 1125 Rn. 4 – *Internationale Handelsgesellschaft*; Slg. 1974, 491 Rn. 13 – *Nold*.

¹⁵³ Siehe zu diesen mit Bezug zum Beihilferecht M. Geiß, Rechtsstaatliche Grundsätze im Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaft, 2001, 117 ff.

¹⁵⁴ Ruffert (Anm. 144), Art. 249 EGV Rn. 3.

tur staatlichen Rechts aufweist,¹⁵⁵ ist sein Konstitutionalisierungsprozess noch nicht beendet. Offenkundig wird dies insbesondere an den neueren Bemühungen um die Schaffung formeller Verfassungsdokumente für die Europäische Union.

Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit¹⁵⁶ steht dabei naturgemäß der Entwurf eines “Vertrages über eine Verfassung für Europa”.¹⁵⁷ Obwohl er unter dieser Bezeichnung gescheitert ist, finden sich seine wesentlichen Elemente im Reformvertrag von Lissabon wieder.¹⁵⁸ Hierzu zählt auch die Erfüllung von Verfassungsfunktionen.¹⁵⁹ Daneben ist auch die Charta der Grundrechte von Bedeutung.¹⁶⁰ Zwar ist diese nach wie vor rechtlich unverbindlich. Als expliziter Grundrechtskatalog der EU bleibt sie gleichwohl nicht ohne Einfluss auf das Verständnis des Europarechts im Übrigen und trägt zur weiteren Verfestigung des europäischen Grundrechtsstandards bei.¹⁶¹

In der Europäischen Union ist daher ein zwar durchaus vor Rückschlägen nicht gefeierter, aber gleichwohl stetiger Prozess der Herausbildung einer in zunehmendem Maße mit verfassungsrechtlichen Elementen durchsetzten Rechts- und Wertordnung¹⁶² zu beobachten. Er geht in seiner Intensität vermutlich weit über das hinaus, was auch bei fortschreitender Konstitutionalisierung des Völkerrechts auf internationaler Ebene je zu erreichen sein wird. Dennoch lässt er das Potential einer solchen erahnen.

¹⁵⁵ Uerp mann (Anm. 16), 565 (566). Als “nicht weit entfernt von einem Staat” qualifiziert Z u - l e e g (Anm. 144), 931, die EG; zur Unterscheidung siehe aber R. W a h l, JZ 2005, 916 (917 ff.). Von “gewisse(n) bundesstaatliche(n) Züge(n)” des EG-Rechts sprechen H. J a r a s s / S. B e l j i n, JZ 2003, 768; ähnlich O e t e r (Anm. 139), 901 (905 ff.).

¹⁵⁶ Die Beiträge zum Verfassungsvertrag sind Legion. Stellvertretend sei daher auf seine Kommentierungen bei C. V e d d e r / W. H e i n t s c h e l v o n H e i n e g g, Europäischer Verfassungsvertrag, 2007; und C. C a l l i e s s / M. R u f f e r t, Verfassung der Europäischen Union, 2006, verwiesen.

¹⁵⁷ Die Ausgestaltung als Vertrag stellt dessen Verfassungscharakter nicht in Frage und ist insoweit auch nicht historisch vorbildlos, M ö l l e r s (Anm. 11), 1 (13), unter Verweis auf den Badischen Verfassungsvertrag und die Gründung des Norddeutschen Bundes; ablehnend zur Begrifflichkeit P. K i r c h h o f, in: v. B o g d a n d y (Anm. 11), 893 (898).

¹⁵⁸ Vgl. mit institutionellem Bezug H e i n i g (Anm. 144), 905.

¹⁵⁹ B a d u r a (Anm. 143), 423 (424). Nach H. R u p p, JZ 2005, 741 (743 f.), verlören die Mitgliedstaaten auf Grundlage des Verfassungsvertrages ihre Position als “Herren der Verträge” und die EU werde ein “staatsähnliches Gemeinwesen”. Eine Entwicklung zur Europäischen Republik durch den Verfassungsvertrag bejahend A. v. B o g d a n d y, JZ 2005, 529 (533 ff.).

¹⁶⁰ M ö l l e r s (Anm. 11), 1 (50); W a h l (Anm. 2), 191 (197); insoweit von “Verfassungspathos” sprechend H a l t e r n (Anm. 111), 511 (554); die Charta als “Probelauf einer formellen Konstitutionalisierung” qualifizierend H e i n i g (Anm. 144), 905 (906).

¹⁶¹ Vgl. die Bezugnahmen auf die Grundrechtecharta durch das EuG Slg. 2002, II-313 Rn. 48, 57 – *max.mobil Telekommunikation Service GmbH*; Slg. 2002, II-2153 Rn. 85, 115 – *Technische Glaswerke Ilmenau*; Slg. 2002-II, 2365 Rn. 42, 47 – *Jégo Quéré*.

¹⁶² Zur EU als “Wertegemeinschaft” M. H e r d e g e n, in: FS R. Scholz, 2007, 139 ff.

C. Erscheinungsformen der Konstitutionalisierung im innerstaatlichen Recht

Völlig anders als auf internationaler Ebene stellt sich die Frage nach der Konstitutionalisierung im nationalen Recht. Im Laufe der letzten zwei Jahrhunderte hat sich die Idee der Verfassung als höchster normativer Grundlage des Staates gegen viele Widerstände, unter Hinnahme von Rückschlägen und Schwierigkeiten¹⁶³ weltweit durchgesetzt.¹⁶⁴ Die Herausbildung umfassende Verbindlichkeit beanspruchender Wertordnungen ist ungeachtet gelegentlicher Verfassungsrevisionen¹⁶⁵ abgeschlossen. Innerstaatlich ist die Erscheinung des Konstitutionalismus jedenfalls in der westlichen Hemisphäre beendet.

Dennoch ist das Verfassungsrecht auch heute keine statische Materie. Neue Problemlagen erfordern mitunter auch auf verfassungsrechtlicher Ebene neue Lösungen. Verfassungsändernder Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit nehmen daher mit Unterstützung der Verfassungsrechtswissenschaft vielfältige Modifikationen und Ergänzungen vor. Ob diese stets der Funktion der Verfassung angemessen sind oder nicht vielmehr ihrerseits neue Schwierigkeiten hervorrufen, sei an dieser Stelle dahingestellt.¹⁶⁶

Als höchste normative Ordnung wirkt die Verfassung zugleich auf das einfache Recht zurück. Die Rechtsordnung erfährt zunehmend eine verfassungsrechtliche Überformung¹⁶⁷ und erscheint als "konkretisiertes Verfassungsrecht".¹⁶⁸ Dieser Vorgang ist in Deutschland bereits weit fortgeschritten.¹⁶⁹ Im Kern ist er mit der Herausbildung der Verfassungsordnung wesensverwandt. Auch insoweit steht die Durchsetzung grundlegender Wertvorstellungen in Frage, so dass die darauf bezogene Verwendung des Konstitutionalisierungsbegriffs nicht nur gerechtfertigt ist, sondern auch sinnvoll erscheint. Zur Unterscheidung vom Prozess der Verfassungsbildung bietet es sich jedoch an, von einer Konstitutionalisierung der zweiten Phase zu sprechen. Dies bringt zugleich zum Ausdruck, dass die Konstitutionali-

¹⁶³ Vgl. Frowein (Anm. 8), 427 (428); zum deutschen Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert siehe im Überblick W. Heun, *Der Staat* 45 (2006), 365 ff.; vgl. auch R. Wahl, *Der Staat* 20 (1981), 485 (491 ff.).

¹⁶⁴ Shelton (Anm. 29), 145 (146). Nach Biaggini (Anm. 3), 445 (447), zählt die Verfassung heute zu den "Insignien der Staatlichkeit".

¹⁶⁵ Hinzuweisen ist etwa auf die im Jahr 2000 in Kraft getretene Neufassung der Schweizer Verfassung; vgl. dazu etwa G. Biaggini/H. Koller, *EuGRZ* 2000, 337 ff.

¹⁶⁶ Vgl. etwa kritisch M. Klopfer, *JZ* 2003, 481 (481 f., 484); Wahl (Anm. 163), 485 (500).

¹⁶⁷ Wahl (Anm. 2), 191 (192); Hess (Anm. 13), 540, der parallele Erscheinungen auf europäischer Ebene untersucht.

¹⁶⁸ Erstmals in dieser Formulierung mit Bezug zum Verwaltungsrecht bei F. Werner, *DVBl.* 1959, 527.

¹⁶⁹ F. Schoch, in: H. Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, 177 (199); ähnlich Wahl (Anm. 2), 191 (193). In anderen Staaten tritt er ebenfalls auf, vgl. W. Heun, *VVDStRL* 61 (2002), 80 (113); mit Privatrechtsbezug C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, 10 m.w.N.; ist aber häufig weniger deutlich ausgeprägt, R. Wahl, in: D. Merten/H.-J. Papier, *Handbuch der Grundrechte I*, 2004, § 19 Rn. 52 f.

sierung des einfachen Rechts zwingend an die Existenz von vorgegebenen Verfassungswerten anknüpft.¹⁷⁰

I. Voraussetzungen

Dass die vormalige strikte Trennung zwischen Verfassung und einfachem Recht heute weithin aufgehoben ist, ist auf verschiedene Faktoren zurückzuführen. Der erste und zentrale Aspekt ist der uneingeschränkte Vorranganspruch der Verfassung.¹⁷¹ Dies bedeutet zum einen den Ausschluss verfassungswidrigen Rechts. Zum anderen "schwebt" die Verfassung aber nicht gleichsam über der Rechtsordnung. Wie die Brückennormen der Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG verdeutlichen, besteht vielmehr eine enge Verbindung zwischen beiden Normebenen. Eine umfassende Ausrichtung der Rechtsordnung auf die Verfassung ist damit zwingend vorgegeben.¹⁷²

Eine solche Ausrichtung setzt zum Zweiten voraus, dass das Verfassungsrecht in erheblichem Maße Regelungen von bereichsübergreifendem materiellem Gehalt enthält. Eine reine "Staatsorganisationsverfassung" weist nur ein sehr beschränktes Potential der Einflussnahme auf die Ausgestaltung der Rechtsordnung und ihres Verständnisses auf. Gleiches gilt für in ihrem Anwendungsbereich eng begrenzte Bestimmungen wie Art. 87 e und f GG.¹⁷³ Dagegen erweisen sich die Grundrechte gleichsam als Konstitutionalisierungsmotor.¹⁷⁴ Bereits in ihrer ursprünglichen abwehrrechtlichen Dimension erfordern sie die Ausrichtung allen staatlichen Handelns mit Wirkung gegenüber dem Bürger an ihrem Programm und erfassen somit das einfache öffentliche Recht in seiner Gestaltung und Anwendung bis auf wenige Ausnahmereiche.¹⁷⁵ Doch auch das Zivilrecht kann sich dem Geltungsanspruch der Grundrechte letztlich nicht entziehen.¹⁷⁶ Allerdings bedurfte es hierfür spezifi-

¹⁷⁰ Folgerichtig bezeichnen Schuppert/Bumke (Anm. 12), 24, die Konstitutionalisierung des einfachen Rechts als "Phänomen des modernen Staates als Verfassungsstaat".

¹⁷¹ Dazu im Überblick M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 11 ff. m.w.N.; siehe auch schon R. Wahl, NVwZ 1984, 401 ff.

¹⁷² Damit verbunden ist zugleich ein Vorrang der Resultate der Verfassungsinterpretation vor anderen Rechtsgebieten, H. Schulze-Fielitz, in: ders. (Anm. 169), 11 (31).

¹⁷³ Zur Unmöglichkeit des Schlusses auf eine Entscheidung der Verfassung für ein gewährleistungsstaatliches Modell auf Grundlage dieser Bestimmungen siehe M. Knauß, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, 235 ff.

¹⁷⁴ Die Bedeutung der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das einfache Recht hervorhebend Wahl (Anm. 2), 191 (193); kritisch bereits ders., Der Staat 20 (1981), 485 (502 f.). Von einer tiefen grundrechtlichen Durchdringung der Rechtsordnung spricht Ruffert (Anm. 102), 245; ähnlich Oeter (Anm. 139), 901 (910 f.).

¹⁷⁵ Vgl. BVerfGE 6, 32 (36 ff.); grundlegend zu den Einwirkungen der Grundrechte auf das Verwaltungsrecht H.-D. Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, 93 ff.

¹⁷⁶ Im Überblick Canaris (Anm. 169), 11 ff.; ausführlich zu einzelnen Erscheinungsformen M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 287 ff.; aus der Außenperspektive J. van der Walt, DÖV 2001, 805 (807 ff.).

scher Weichenstellungen auf der Ebene des Verfassungsrechts, etwa der Annahme einer grundgesetzlichen "objektive(n) Wertordnung"¹⁷⁷ oder der Entwicklung einer grundrechtlichen Schutzpflichtdimension.¹⁷⁸ Neben den Grundrechten kommt in der Verfassung verankerten offenen Leitbildern wie dem Sozialstaatsprinzip eine herausragende Bedeutung für die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung zu. Diese bedürfen einerseits einer einfachgesetzlichen Konkretisierung und bilden andererseits zugleich deren Maßstab.¹⁷⁹

Die dritte Voraussetzung für eine effektive Konstitutionalisierung des einfachen Rechts ist die Existenz einer Gerichtsbarkeit, die verfassungsrechtliche Wertungen in der Rechtspraxis durchsetzt. Von herausgehobener Bedeutung ist dabei naturgemäß die Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁸⁰ Als mit höchster rechtlicher Autorität ausgestattete Instanz kann diese sowohl den Gesetzgeber als auch die Fachgerichtsbarkeit wirksam auf die Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertungen bei der Ausgestaltung und Anwendung des einfachen Rechts verpflichten. Das Bundesverfassungsgericht macht von dieser Möglichkeit vielfach Gebrauch.¹⁸¹

II. Wirkungsrichtungen

Die Konstitutionalisierung erfasst nahezu alle Bereiche des einfachen Rechts¹⁸² und wirkt auch auf dessen Grundverständnis zurück.¹⁸³ Dies hat zur Folge, dass das Gesetz heute vielfach nicht mehr als in sich abgeschlossenes Regelwerk angesehen wird, sondern als gleichsam in das Verfassungsrecht eingebettet. Dementspre-

¹⁷⁷ BVerfGE 7, 198; zur Bedeutung dieser Entscheidung für die Rechtsentwicklung siehe Wahl (Anm. 169), § 19 Rn. 12 ff.; H. Schulze-Fielitz, Jura 2008, 52 ff.; zur (auch terminologischen) Weiterentwicklung H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 22 ff.

¹⁷⁸ Dazu ausführlich J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, insbes. 34 ff.; im Überblick H. Klein, DVBl. 1994, 489 ff.; mit Privatrechtsbezug Ruffert (Anm. 176), 141 ff.

¹⁷⁹ Schuppert/Bumke (Anm. 12), 28.

¹⁸⁰ Siehe nur Wahl (Anm. 163), 485 (486). Ist die Verfassungsgerichtsbarkeit mit der höchsten Fachgerichtsbarkeit identisch, spielen verfassungsrechtliche Aspekte in der Rechtsordnung tendenziell eine geringere Rolle, vgl. Heun (Anm. 169), 80 (119 ff.).

¹⁸¹ Gesetzgebungsbezogen K. Günther, KritV 83 (2000), 298 (311).

¹⁸² Hiervon zeugt die Breite der monographischen Aufarbeitungen, siehe exemplarisch zum Arbeitsrecht U. Ausesm, Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht, Diss. iur. Köln 1994, insbes. 52 ff.; M. Hirschmann, Die Begrenzung tarifvertraglicher Normsetzungsbefugnisse durch die Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung des Art. 12 GG, 2002, insbes. 71 ff.; mit verbraucherschutzrechtlichem Einschlag E. Franz, Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, 2006, 71 ff.; zum Recht der Behinderten S. Straßmair, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, 2002, 262 ff.; zum Gesellschaftsrecht V. Nicolini, Die Berufsfreiheit von Gesellschaften im Unternehmensrecht, 2001, 37 ff.; zum Sportrecht M. Krogmann, Grundrechte im Sport, 1998, insbes. 74 ff.; zum Wettbewerbsrecht C. Tsiliotis, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, insbes. 436 ff.; zu den Phasen der Einwirkung des Verfassungs- in das Gesetzesrecht Wahl (Anm. 171), 401 (403).

¹⁸³ Vgl. Schuppert/Bumke (Anm. 12), 16.

chend gewinnen verfassungsrechtliche Argumente sowohl in der politischen als auch in der rechtlichen Diskussion zunehmend an Bedeutung.¹⁸⁴ Selbst scheinbar verfassungsferne fachliche Detailfragen wie die Gestaltung der “Pendlerpauschale” im Steuerrecht¹⁸⁵ sind vor einer verfassungsrechtlichen Bewertung nicht mehr sicher.

1. Rechtsetzung

Der Gesetzgeber ist bei der Rechtsetzung unzweifelhaft an die von der Verfassung vorgegebene Grundordnung gebunden. Die Intensität dieser Bindung hängt jedoch stark vom Verständnis der Funktion der Verfassung ab. Sieht man diese als bloße Rahmenordnung an, verfügt der Gesetzgeber jenseits spezifischer Vorgaben über einen weiten politischen Gestaltungsspielraum. Dieser wird jedoch deutlich eingengt, wenn der Verfassung eine gleichsam über dem Text stehende Wertordnung entnommen wird. Diesen Weg hat das Bundesverfassungsgericht bereits mit dem *Lüth*-Urteil aus dem Jahre 1958 beschritten. Große Teile der Verfassungsrechtslehre sind ihm dabei gefolgt. Die Verfassung wird damit zum Ausgestaltungsmaßstab¹⁸⁶ und der Gesetzgeber gleichsam zum “Vollstrecker der Verfassung”.¹⁸⁷

Wenn aber Gesetzgebung in hohem Maße als Verfassungsanwendung begriffen wird, kann dies nicht ohne Auswirkungen auf den Rechtsetzungsprozess und die Rechtsordnung als ihr Produkt bleiben. Auch jenseits der seltenen konkreten Gesetzgebungsaufträge durch das Grundgesetz oder das Bundesverfassungsgericht spielen verfassungsrechtliche Aspekte eine erhebliche Rolle. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch eine Neuregelung individuelle Rechtspositionen betroffen sein können. Nicht zuletzt aufgrund der Wahrnehmung einer Wächterfunktion durch das Bundesverfassungsgericht weist der deutsche Gesetzgeber eine hohe Sensibilität für Grundrechtsfragen auf. Mitunter führt dies auch zur “Hochzoning” von als rechtlich problematisch empfundenen aber politisch gewollten Regelungen in die Verfassung.¹⁸⁸ Zumeist wird den verfassungs-, insbesondere grundrechtlichen Anforderungen jedoch durch eine entsprechende normative Ausgestaltung Rechnung getragen.

¹⁸⁴ Kritisch T. Müller/V. Oschmann, ZG 19 (2004), 355 ff.

¹⁸⁵ Dazu BFHE 218, 558.

¹⁸⁶ Schuppert/Bumke (Anm. 12), 73; von einer Bestimmungsfunktion der Verfassung spricht Th. Schilling, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, 459; umfassend zur Ausgestaltungsfunktion des Gesetzes mit Blick auf die Grundrechte mit dogmatischem Ansatz M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 494 ff.; M. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, 57 ff. Durch diese Funktion wird das Verfassungsrecht zugleich zur Klammer der gesamten Rechtsordnung, Schulze-Fielitz (Anm. 172), 11 (32).

¹⁸⁷ Kritisch zur Entwicklung der Rechtsprechung anhand ausgewählter Beispiele G. Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, 1999, 268 ff.; Wahl (Anm. 163), 485 (487), konstatiert einen “Nachrang des Gesetzgebers”.

¹⁸⁸ Deutlich wird dies an Normen wie Art. 16 a GG.

2. Rechtsanwendung

Nicht minder bedeutsam sind die Einwirkungen des Verfassungsrechts auf die Rechtsanwendung. Öffentliches Recht, Straf- und Zivilrecht sind hiervon gleichermaßen betroffen. Die Erscheinungsformen dieser Einwirkungen sind vielfältig. Sie reichen von der im Zweifelsfall gebotenen verfassungskonformen Auslegung von Normen¹⁸⁹ bis hin zur richterrechtlichen Entwicklung von einfach-gesetzlich nicht explizit vorgesehenen Rechtsinstituten wie dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.¹⁹⁰ Haupteffekte für eine verfassungsrechtliche Beeinflussung der Rechtsordnung bilden jedoch offen formulierte Regelungen, die dem Rechtsanwender die Vornahme von Wertungen ermöglichen. Von Bedeutung sind dabei insbesondere die Generalklauseln. Versteht man die Verfassung als umfassende Wertordnung, zwingt der gesetzliche Verweis etwa auf das "öffentliche Interesse"¹⁹¹ den Rechtsanwender geradezu zu einer verfassungsrechtlich aufgeladenen Interpretation. Gleiches gilt für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Im öffentlichen Recht erfolgt darüber hinaus eine intensive Einwirkung des Verfassungsrechts, insbesondere der Grundrechte, im Rahmen der Ermessensausübung und -kontrolle sowie bei Abwägungsentscheidungen. Seit der Entdeckung des "Grundrechtsschutzes durch Verfahren"¹⁹² weist schließlich auch das Verwaltungsverfahren deutliche Bezüge zu verfassungsrechtlichen Wertungen auf.

Prozessualer Ausdruck der verfassungsrechtlichen Perspektive auf das einfache Recht ist insbesondere die Vielzahl von Urteilsverfassungsbeschwerden. Obwohl nur selten erfolgreich, verschaffen sie dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, gleichsam in verfassungsrechtlichem Gewand die Gesetzesanwendung in einem sehr konkreten Sinne und damit durchaus als "Superrevisionsinstanz" zu beeinflussen.¹⁹³ Erinnerung sei nur an die Grenzziehung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz¹⁹⁴ oder die grundrechtlich begründete Sittenwidrigkeit von Bürgschaften mittelloser Familienangehöriger.¹⁹⁵ Von derart vom Bundesverfassungsgericht "konstitutionalisierten" Konfliktlösungen kann schließlich auch der Gesetzgeber bei einer Novellierung des zugrunde liegenden einfachen Rechts kaum mehr abweichen.

¹⁸⁹ H. Dreier, Die Verwaltung 36 (2003), 105 (110 ff.); R. Zippelius, in: FS 25 Jahre BVerfG II, 1976, 108 ff.; von einer "verfassungsorientierten Auslegung" spricht G. Hermes, VVDStRL 61 (2002), 118 (144).

¹⁹⁰ BGHZ 13, 334 (337 f.); Schuppert/Bumke (Anm. 12), 12.

¹⁹¹ Umfassend P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006; R. Uerpman-Witzack, Das öffentliche Interesse, 1999.

¹⁹² Grundlegend BVerfGE 53, 30 (65), inhaltlich anschließend an P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), 72 (80 ff.); aktueller etwa D. Bergner, Grundrechtsschutz durch Verfahren, 1998; W. Kahl, VerwArch 95 (2004), 1 ff.; E. Schmidt-Aßmann, in: FS Erichsen, 2004, 207 ff.

¹⁹³ Ähnlich Schulze-Fielitz (Anm. 177); zur Bedeutung der Verfassungsbeschwerde vgl. nur U. Rühl, KritV 81 (1998), 156 ff.

¹⁹⁴ Siehe etwa BVerfGE 43, 130 (137 ff.); 75, 369 (378 ff.); 93, 266 (292 ff.).

¹⁹⁵ BVerfGE 89, 214 (229 ff.).

III. Grenzen

Angesichts des Umstandes, dass das einfache Recht teilweise nicht mehr ohne Einbeziehung des Verfassungsrechts anwendungsfähig ist,¹⁹⁶ kann es nicht verwundern, dass die Frage nach den Grenzen der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung zunehmend in das Zentrum des rechtswissenschaftlichen Interesses rückt.¹⁹⁷ Ausgehend vom realistischen nicht mehr wirksam in Frage zu stellenden¹⁹⁸ Verständnis der Verfassung als umfassende Wertordnung wirft ihre Beantwortung erhebliche Schwierigkeiten auf. Problematisch ist insbesondere, dass sich dem Grundgesetz diesbezüglich keine aussagekräftigen Hinweise entnehmen lassen, sondern dieses vielmehr eine konstitutionalisierungsfreundliche Tendenz aufweist. So lässt sich dem Demokratieprinzip nicht zwingend mehr entnehmen, als dass dem parlamentarischen Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum¹⁹⁹ verbleiben muss, der allerdings seinerseits verfassungsrechtlich begrenzt ist.²⁰⁰ Gleiches folgt bei einer institutionellen Betrachtung aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz hinsichtlich der Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁰¹

Damit rücken Praktikabilitätsabwägungen ohne den Anspruch auf normative Verbindlichkeit in den Mittelpunkt.²⁰² Grenzen der Konstitutionalisierung bilden in einem solchen Sinne die Handhabbarkeit des einfachen Rechts, die Eigenständigkeit der Rechtsordnung und die Unterscheidbarkeit der Rechtsebenen.²⁰³ Die Frage, wann die Angemessenheit der Einflussnahme des Verfassungsrechts auf die Rechtsordnung nicht mehr gegeben ist, bleibt damit aber weitgehend offen.²⁰⁴ Da mangels eines verbindlichen Maßstabs auch kaum Einigkeit darüber zu erzielen sein wird, wann das einfache Recht verfassungsrechtlich „gesättigt“ ist,²⁰⁵ lässt sich

¹⁹⁶ Schöch (Anm. 169), 177 (199 f.). Kritisch zur Entwicklung des Verfassungsrechts zum „allumfassenden Suprarecht“ und „Megarecht“ Kloepfer (Anm. 166), 481.

¹⁹⁷ Vgl. bereits Wahl (Anm. 171), 401 (406 ff.); exemplarisch hingewiesen sei aus neuerer Zeit auf das Diktum von der „Konstitutionalisierungsfalle“ bei Jestedt (Anm. 171), 65, und die Frage nach der Möglichkeit einer Beendigung der „verfassungsgerichtliche(n) Erziehungsdiktatur gegenüber den Fachdogmatiken“ bei B.-O. Bryde, in: D. Merten/H.-J. Papier (Anm. 169), § 17 Rn. 48; grundsätzlich positiv dagegen R. Alexy, VVDStRL 61 (2002), 7 (12 f.).

¹⁹⁸ Ebenso Schulze-Fielitz (Anm. 177); vgl. aber E.-W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, 66 ff.; K. Stern, in: FS H. Wiedemann, 2002, 133 (154).

¹⁹⁹ Hermes (Anm. 189), 118 (129), spricht von der „Erstzuständigkeit der Gesetzgebung bei der Verfassungskonkretisierung“.

²⁰⁰ Dazu grundrechtsbezogen Cornils (Anm. 186), 633 ff.; Gellermann (Anm. 186), 288 ff.; zutreffend weist Böckenförde (Anm. 198), 55, auf das Fehlen eines vorgefundenen Maßstabs hin.

²⁰¹ Vgl. umfassend zur Problematik Möllers (Anm. 58), 136 ff.

²⁰² Vorrangig programmatische Ansätze wie die Forderung nach einer „Zivilisierung der Konstitutionalisierung“, so G. Hager, JuS 2006, 769, sollen hier außer Betracht bleiben.

²⁰³ Schuppert/Bumke (Anm. 12), 65 ff.; Wahl (Anm. 163), 485 (502).

²⁰⁴ Vgl. Wahl (Anm. 2), 191 (193 f.).

²⁰⁵ Nach Schuppert/Bumke (Anm. 12), 63, soll eine Sättigung erreicht sein, wenn ein Mehr an verfassungsrechtlicher Auffüllung sich nicht mehr als vorteilhaft erweist.

eine abstrakte Grenze der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung nicht ziehen. Diese muss vielmehr immer wieder neu durch das Zusammenwirken von Normsetzern und Norminterpreten bestimmt werden. Dabei mag sich ein Bewusstsein für die mit einer weitgehenden Konstitutionalisierung einhergehenden Problematik sicherlich als förderlich bei der Suche nach sinnvollen Lösungen erweisen.

D. Zusammenwirken der Konstitutionalisierungserscheinungen

Angesichts der unterschiedlichen Ausprägungen der Konstitutionalisierungserscheinungen auf nationaler und überstaatlicher Ebene drängt sich das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen ihnen auf den ersten Blick nicht auf. Dennoch ist ein solcher gegeben und lassen sich Wechselwirkungen feststellen.

I. Mehrebenensystem als Voraussetzung und Katalysator

Grundlage für die Möglichkeit eines Zusammenwirkens der verschiedenen Konstitutionalisierungsprozesse ist die Durchlässigkeit der betroffenen Rechtsebenen für Einwirkungen aus der jeweils anderen Sphäre.²⁰⁶ Eine solche Möglichkeit erscheint zumindest auf Grundlage traditioneller Vorstellungen fraglich. Danach waren die Staaten und ihre Rechtsordnungen souveräne, in sich abgeschlossene Einheiten. Ein solches Konzept ist jedoch mit Blick auf die vielfältige internationale Einbindung der Staaten überholt.²⁰⁷ Im Ansatz angemessener erscheint heute die von der Politikwissenschaft entwickelte Vorstellung eines Mehrebenensystems.²⁰⁸ Dessen vormals eigenständige Bestandteile verlieren zwar nicht ihre Existenz; sie werden aber in einen Gesamtzusammenhang eingebunden, der gegenseitige Beeinflussungen fordert und fördert. Aus juristischer Perspektive stellt es sich vornehmlich als Rechtsverbund dar.²⁰⁹ In diesem Sinne bilden Völker-, Europa- und natio-

²⁰⁶ Eine partielle Gleichzeitigkeit der Konstitutionalisierungsprozesse innerhalb einer Ebene ist tendenziell als Ausnahme anzusehen. Gleichwohl lassen sich die neueren Entwicklungen in der EG in diesem Sinne deuten.

²⁰⁷ Francioni (Anm. 35), 167 (174); Biaggini (Anm. 3), 445 (453); Uerpmann (Anm. 16), 565 (567); bereits die Vorstellung absoluter Souveränität als historische Fehlvorstellung kennzeichnend Hillgruber (Anm. 111), 1072 (1075).

²⁰⁸ Zur Begrifflichkeit F. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 31 ff.; Möllers (Anm. 58), 210 ff.; die damit verbundene Vorstellung als inadäquat ablehnend Badura (Anm. 143), 423 (436); P. Häberle, ZÖR 62 (2007), 39 (55).

²⁰⁹ Die bezogen auf die EG strittige Frage, ob es sich bei dieser um einen "Staatenverbund", so BVerfGE 89, 155; Kirchhof (Anm. 157), 893 (900), einen "Verfassungsverbund", vgl. Pernice (Anm. 39), 148 (163 ff.), eine "Verfassungsgemeinschaft" nach Häberle (Anm. 63), 80 (82), oder eine Verbindung beider handelt, so C. Calliess, in: ders./M. Ruffert (Anm. 144), Art. 1 EUV Rn. 31 f.; implizit Huber (Anm. 39), 194 (210), ist mit Recht von Wahl (Anm. 155), 916 (920), als unergiebig bezeichnet worden. Im vorliegenden Zusammenhang kann sie dahinstehen.

nales Recht heute als “miteinander verzahnte und vernetzte Rechtsschichten”²¹⁰ eine mehrgeschossige Rechtsarchitektur.²¹¹

1. Einwirkungen des überstaatlichen auf das staatliche Recht

Innerhalb des ebenenübergreifenden Rechtsverbundes gewinnt das überstaatliche Recht erheblich an Bedeutung.²¹² Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass nationales und überstaatliches Recht nicht in Ausfüllung abschließender Kompetenzkataloge jeweils eigenständig Regelungen für bestimmte Sachbereiche treffen, sondern sich vielfach überschneiden.²¹³ Bei Anerkennung einer uneingeschränkten rechtlichen Verbindlichkeit der auf überstaatlicher Ebene getroffenen Regelungen²¹⁴ entwickeln sich diese tendenziell zu einem Mindeststandard. Dieser darf aus Sicht des überstaatlichen Rechts nicht unterschritten werden. Andernfalls begeht der betreffende Staat eine Rechtsverletzung, die Sanktionen nach sich ziehen kann. Dies ist im Falle des besonders durchsetzungsstarken EG-Rechts offensichtlich, galt aber auch schon auf Grundlage traditioneller völkerrechtlicher Vorstellungen.

Ein solcher Vorranganspruch des überstaatlichen Rechts bedarf zu seiner uneingeschränkten Verwirklichung auf nationaler Ebene gleichwohl eines Anknüpfungspunkts im nationalen Recht. Die Funktion eines derartigen Scharniers kommt dem Verfassungsrecht zu.²¹⁵ Dieses öffnet die nationale Rechtsordnung durch Vorschriften wie Art. 23 ff. GG für Einwirkungen des überstaatlichen Rechts.²¹⁶

²¹⁰ Ruffert (Anm. 102), 245 (249); verfassungsbezogen spricht Pernice (Anm. 65), 973 (993 ff.), von einem “*multilevel constitutionalism*” mit globaler Dimension. Besonders eng ist der Zusammenhang zwischen dem Recht der EG und dem ihrer Mitgliedstaaten, vgl. W. Weh, Vom Stufenbau zur Relativität, 1997, 123; Kadelbach (Anm. 144), 219 (221); Kirchhof (Anm. 157), 893 (909); Zuleeg (Anm. 144), 931 (943); C. Tietje, VVDStRL 66 (2007), 45 (68); I. Härtel, JZ 2007, 431. Ihre Verfassungen qualifiziert Pernice (Anm. 39), 148 (172), als “Teilordnungen eines einheitlichen Systems”.

²¹¹ R. Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 86. Die Stufenbildung hängt maßgeblich von der gewählten Perspektive ab. Aus Sicht des (konstitutionalisierten) Völkerrechts nennt Allot (Anm. 18), 31 (37), das internationale Verfassungsrecht, das internationale öffentliche Recht und das Recht der Nationen als Bestandteile einer solchen Rechtsarchitektur. Von “unten” unterscheiden T. Cottier/M. Hertig, Max Planck UNYB 7 (2003), 261 (299 ff.), sub-lokale, lokale, nationale, regionale und internationale Ebenen. Die Qualifikation als “*complex multilevel governance*”, so mit Bezug zur Europäischen Verfassung R. St. John Macdonald, in: ders./Johnston (Anm. 11), 853 (855), dürfte daher nicht übertrieben sein.

²¹² Vgl. Haltern (Anm. 29), 17; Herrmann (Anm. 28), Rn. 1121; S. Sassen, in: Hall/Bierstecker (Anm. 120), 91 (97); L. Michael, JZ 2006, 884 (887).

²¹³ Giegerich (Anm. 65), 621; Mayer (Anm. 208), 31.

²¹⁴ Koskeniemi (Anm. 37), 1 (15), sieht in der Bewegung weg von Diplomatie und Politik hin zum Recht ein Kennzeichen der modernen internationalen Beziehungen.

²¹⁵ Nach Walter (Anm. 39), 961 (975), erfordert die Globalisierung die “Entwicklung von (verfassungs)rechtlichen Strukturen, mit denen rechtsordnungsübergreifende Vorgänge erfasst werden können”.

²¹⁶ Huber (Anm. 39), 194 (214 ff.); die Internationalisierung des Verfassungsrechts hervorhebend Biaggini (Anm. 3), 445 (455); menschenrechtsbezogen Bryde (Anm. 84), 61 (68 ff.). Nach Per-

Damit einher geht die Ausrichtung der Staatlichkeit auf überstaatlich normierte Anforderungen.²¹⁷ Eine Konstitutionalisierung des überstaatlichen Rechts bleibt daher im Mehrebenensystem nicht ohne Konsequenzen für das nationale Recht. Die Herausbildung einer verbindlichen überstaatlichen Wertordnung zieht aufgrund ihres umfassenden und akzeptierten Vorranganspruchs die Notwendigkeit der Beachtung und Durchsetzung ihrer Elemente auf nationaler Ebene nach sich. Dies bedingt regelmäßig eine Anpassung des nationalen Rechts in allen seinen Ausprägungen.²¹⁸ Dabei ziehen überstaatlich bedingte Anpassungen des Verfassungsrechts oder seines Verständnisses in einer konstitutionalisierten nationalen Rechtsordnung zugleich Änderungen auf einfach-gesetzlicher Ebene nach sich.²¹⁹

Mit einer verstärkten Einwirkung²²⁰ des überstaatlichen auf das nationale Recht steigt zugleich die Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Konflikten. Dies gilt selbst im Hinblick auf allgemein akzeptierte und grundsätzlich vergleichbar normierte Werte wie die Menschenrechte. So ist in den letzten Jahren eine Häufung von Konfliktfällen zwischen deutschem Recht und der EMRK feststellbar.²²¹ Für die Konfliktlösung ist zwar aus Sicht des überstaatlichen Rechts dessen uneingeschränkter Vorrang geboten. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive²²² erscheint eine derart pauschale Lösung jedoch zweifelhaft, da sie in letzter Konsequenz auf nationaler Ebene geltende Grundregeln außer Kraft setzen kann. Verfassungsrechtlichen Veränderungsgrenzen wie Art. 79 Abs. 3 GG und ausdrücklichen Vorrangregeln²²³ kommt daher eine erhebliche Bedeutung für die Bestimmung der Grenzen der Verbindung von staatlicher und überstaatlicher Rechtsordnung zu.²²⁴ Jenseits der wenigen, wenn auch bedeutsamen²²⁵ davon erfassten Extremfälle ermöglicht in

nice (Anm. 39), 148 (183 f.), soll dagegen der Vorrang des EG-Rechts unmittelbar und ausschließlich aus diesem selbst folgen.

²¹⁷ Haltern (Anm. 29), 16; bezogen auf Verfassungsauslegung und -anwendung Petersmann (Anm. 50), 367 (374); für eine Auslegung des Art. 25 GG im Kontext der Konstitutionalisierung I. Pernice, in: Dreier (Anm. 74), Art. 25 Rn. 5; zustimmend Wahl (Anm. 2), 191 (200); zur Rolle der nationalen Gerichte siehe mit europarechtlichem Bezug O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, 173 ff.

²¹⁸ Mit Blick auf das Europarecht konstatiert Wahl (Anm. 211), 97, einen hohen Anpassungsbedarf.

²¹⁹ Darüber hinaus entzieht sich das einfache Recht durch Internationalisierung und Europäisierung teilweise der verfassungsrechtlichen Steuerung, Schuppert/Bumke (Anm. 12), 67 f.

²²⁰ Eine solche kann auch schon aus der faktischen Aufgabe der engen, souveränitätsschonenden Auslegung des Völkerrechts in der Völkerrechtspraxis folgen, R. Bernhardt, in: FS R. Bindschedler, 1980, 229 (236 f.). B.-O. Bryde, in: FS 400 Jahre Justus-Liebig-Universität Gießen, 2007, 127 (130), verweist auf die bereits heute große Bedeutung völkerrechtlicher Vorgaben für das innerstaatliche Recht.

²²¹ Vgl. Ruffert (Anm. 102), 245.

²²² Siehe insbesondere BVerfGE 111, 307 (315 ff.); BVerfG, JZ 2007, 887 (888 f.).

²²³ Vgl. zu deren Bedeutung in europarechtlichem Zusammenhang J. Iliopoulos-Strangas, in: FS C. Starck (Anm. 17), 825 (826).

²²⁴ Dörr (Anm. 217), 109 ff.

²²⁵ Nach Rupp (Anm. 159), 741 (745), hätte der europäische Verfassungsvertrag die Grenzen des nach Art. 79 Abs. 3 GG Möglichen überschritten.

Parallelität zur verfassungsrechtskonformen Auslegung des einfachen Rechts eine Interpretation des nationalen im Lichte des überstaatlichen Rechts ein weitgehendes Nebeneinander des Geltungsanspruchs beider Rechtsebenen.²²⁶ Völlig vermeiden lassen sich Spannungen jedoch auch auf diesem Wege nicht.²²⁷

2. Einwirkungen des staatlichen auf das überstaatliche Recht

Da sich das nationale Recht grundsätzlich einem Vorranganspruch des überstaatlichen Rechts gegenüberstellt, kann es dieses allenfalls in sehr geringem Maße direkt beeinflussen.²²⁸ Dennoch kann sein Einfluss auf die Gestalt des überstaatlichen Rechts kaum überschätzt werden. Insbesondere für dessen Verrechtlichung und Konstitutionalisierung kommt ihm eine Vorbildfunktion zu.

Dies gilt offenkundig für das Verfassungsrecht. Sind bereits die internationalen Menschenrechte maßgeblich durch nationale Traditionen inspiriert,²²⁹ so erfolgt im Zuge der Konstitutionalisierung des überstaatlichen Rechts gleichsam ein „Aufstieg der Verfassung in überstaatliche Sphären“.²³⁰ Mag bis zu ihrer Ankunft insbesondere auf internationaler Ebene auch noch einige Zeit vergehen, so stammen doch die prägenden Kennzeichen der Veränderungen des überstaatlichen Rechts aus dem „Verfassungsbaukasten“ freiheitlich-demokratischer Staaten. Neben den bereits genannten Menschenrechten zählen hierzu auf internationaler Ebene derzeit insbesondere rechtsstaatliche Elemente. Die Entwicklung der Europäischen Union legt nahe, dass mit zunehmender Integrationsdichte Fragen der Herrschaftslegitimation, soziale Aspekte und die Abgrenzung von Zuständigkeiten an Bedeutung gewinnen. Die Übertragung verfassungsrechtlicher Lösungsansätze auf die internationale Ebene erfolgt dabei teils zielgerichtet im Wege einer entsprechenden ausdrücklichen Normierung durch die Staatengemeinschaft, teils gleichsam schleichend durch die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze.²³¹

Eine vergleichbare Vorbildfunktion kommt zunehmend auch dem einfachen Recht zu. Im Zuge der rechtlichen Verdichtung kommt es auf überstaatlicher Ebene zur Herausbildung gesetzesähnlicher Regelungsregime. Weit fortgeschritten ist insbesondere das sekundäre Europarecht. Sach- und rechtsgebietsübergreifend normiert dieses zahlreiche und überaus detaillierte Anforderungen. Die Entwicklung auf internationaler Ebene bleibt derzeit noch deutlich dahinter zurück. Aller-

²²⁶ Siehe zuletzt etwa Ruffert (Anm. 102), 245 (247); U. Wölker, EuR 2007, 32 (43 f.).

²²⁷ Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Der Staat 45 (2006), 315 (331).

²²⁸ Biaggini (Anm. 3), 445 (463), weist gleichwohl zutreffend darauf hin, dass überstaatliche Grundordnungen auf die „Abstützung durch Staaten und deren Verfassungen angewiesen“ sind.

²²⁹ Ruffert (Anm. 102), 245 (249); zu deren „Internationalisierung“ seit der Gründung der UNO, Schöbener (Anm. 14), 557 (562 f.); zur Europäisierung der Menschenwürde vgl. Rensmann (Anm. 141), 49 (58 ff.).

²³⁰ Biaggini (Anm. 3), 445 (454). Ruffert (Anm. 60), 38, spricht von der Übertragung eines Erfolgsmodells; vgl. auch mit starker Orientierung am europäischen Recht Cottier/Hertig (Anm. 211), 261 (313 ff.).

²³¹ Einen konkreten Ansatzpunkt hierfür enthält etwa Art. 38 Abs. 1 *lit. c* IGH-Statut.

dings besteht auch hier eine vergleichbare Tendenz, wie etwa am Beispiel des internationalen Umweltrechts deutlich wird.²³² Derartige Regelungen basieren nahezu zwangsläufig auf im nationalen Kontext entwickelten Modellen. Werden diese von der staatlichen auf die überstaatliche Ebene übertragen, transportieren sie zugleich auch die ihnen zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Wertungen.

II. Folgen

Die Überwindung der Abschottung und die gegenseitige Beeinflussung der einzelnen Rechtsebenen führen zu deren Annäherung und damit zugleich zu einer Erosion der Grenze zwischen inner- und überstaatlichem Recht.²³³ Diese besteht zwar formal fort, verliert aber weitgehend an Bedeutung.

1. Herausbildung ebenenübergreifender (materiell-)verfassungsrechtlicher Vorstellungen

Besonders deutlich wird diese Annäherung durch die Herausbildung materieller Verfassungswerte, die alle Bereiche des inner- und überstaatlichen Rechts zu prägen vermögen.²³⁴ Ihren Ausgangspunkt im nationalen Verfassungsrecht nehmend, durchdringen diese im Zuge der Konstitutionalisierungsprozesse sämtliche Rechtsschichten. Die Karriere der Menschenrechte illustriert dies anschaulich. Ihnen kommt sowohl auf internationaler Ebene als auch in allen Erscheinungsformen des nationalen Rechts eine hohe Bedeutung zu.

Je zahlreicher und stärker derartige übergreifende Verfassungswerte in das Recht einfließen, umso größere Wirkung können sie entfalten. Dies gilt umso mehr, als parallele Normierungen eine gleichartige Auslegung nahelegen. Damit erhält auf überstaatlicher Ebene die Teleologie ein deutlich größeres Gewicht;²³⁵ zugleich kann das nationale Recht kaum mehr separat betrachtet, sondern muss im Lichte überstaatlicher Vorgaben interpretiert werden. Die Erfahrungen mit dem Europarecht legen eine derartige Entwicklung auch im Hinblick auf ein konstituiertes Völkerrecht nahe.

²³² Ein prominentes Beispiel ist die Århus-Konvention; vgl. dazu im Einzelnen etwa C. Walter, EuR 2005, 302 ff.; zu den dadurch bedingten Neuerungen im deutschen Rechtsschutzsystem J. Zieckow, NVwZ 2007, 259 ff.

²³³ Schorkopf/Walter (Anm. 109), 1359 (1362); ähnlich Ruffert (Anm. 102), 245 (246).

²³⁴ Treffend Biaggini (Anm. 3), 445 (455): die "Verfassung wird internationaler, das Völkerrecht konstitutioneller"; ebenso Cottier/Hertig (Anm. 211), 261 (269 ff.); zur Konsistenz der Grundrechtsordnungen Röben (Anm. 109), 377 ff.; siehe auch rechtsprechungs- und rechtsvergleichungsbezogen C. Walter, in: J. Oebbecke (Anm. 138), 205 ff.

²³⁵ Bryde (Anm. 84), 61 (66 f.); ähnlich Petersmann (Anm. 50), 367 (369); Fassbender (Anm. 124), 529 (95 ff.); zu den methodischen Veränderungen im Einzelnen siehe M. Herdegen, in: FS C. Tomuschat (Anm. 65), 899 (901 ff.); Schöbener (Anm. 118), 407 (447 f.).

Die Herausbildung gemeinsamer Verfassungsprinzipien führt schließlich zu einem “System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung”.²³⁶ Ebenenübergreifend anerkannte Grundwerte lassen sich kaum mehr einseitig in Frage stellen. Weil dies zugleich mit der Gefahr einer Zementierung des *status quo* verbunden ist, sollte bei der Zuerkennung des Verfassungscharakters für weit verbreitete Erscheinungen Zurückhaltung geübt werden.²³⁷ Da in absehbarer Zeit die Schaffung einer formellen “Weltverfassung” nicht zu erwarten ist, kommt insbesondere der Rechtswissenschaft hierbei aufgrund ihrer Vordenkerfunktion für die Rechtspraxis eine besondere Verantwortung zu.

2. Wanderung und Durchmischung rechtlicher Konzepte

Sowohl im Hinblick auf verfassungsrechtliche Elemente als auch mit Blick auf das einfache Recht ist nicht zu erwarten, dass bestimmte nationale Modelle in das überstaatliche Recht modifikationslos übernommen werden oder aufgrund (verfassungs)rechtlicher Vorfestlegungen darin auch nur übernommen werden können. Derartige Modelle bilden allein einen Ausgangspunkt für die Entwicklung einer spezifisch überstaatlichen Lösung. Diese wiederum wirkt auf alle nationalen Rechts- und Verfassungsordnungen zurück. Selbst das Modellrecht oder damit vergleichbare Regelungsregime unterliegen daher einem gewissen Anpassungsdruck.

Häufig ist ein übergreifendes Modellrecht jedoch nicht gegeben. Handelt es sich um allgemein anerkannte verfassungsrechtliche Grundentscheidungen, führt deren überstaatliche Normierung nicht zu wesentlichen Änderungen an diesen und ruft nur einen vergleichsweise geringen Anpassungsbedarf auf nationaler Ebene hervor. Gleichwohl entfällt ein solcher nicht vollständig, wie die Rückwirkungen der EMRK auf Staaten mit einem hohen Grundrechtsstandard verdeutlichen.²³⁸

Dieser Anpassungsbedarf ist jedoch erheblich, wenn sich im Stadium einer fortgeschrittenen Konstitutionalisierung auf überstaatlicher Ebene verschiedene rechtliche Konzepte vermischen. Ein Rechtsakt, dessen Grundelemente auf mehrere nationale Modelle zurückgehen, die ihrerseits dem jeweiligen Verfassungsrecht zugehörig sind oder seinem Einfluss unterliegen, und der zugleich notwendigerweise von den damit nicht vollständig übereinstimmenden überstaatlichen Verfassungswerten geprägt ist, ist neuartig für alle nationalen Rechtsordnungen. Indem das überstaatliche Recht die Integration neuer Konzepte in das nationale Recht erzwingt, muss dieses zugleich die “fremden” Einflüsse verarbeiten – zu denken ist

²³⁶ Unter Bezugnahme auf Art. 6 I EU und Art. 23 I 1 GG Pernice (Anm. 39), 148 (186).

²³⁷ Dies gilt umso mehr, als nach wie vor strukturelle Unterschiede zwischen staatlichem und überstaatlichem Bereich vorhanden sind, Walter (Anm. 43), 170 (173).

²³⁸ Frowein (Anm. 8), 427 (436); vgl. mit Blick auf Deutschland und die Schweiz R. Wahl, in: FS L. Wildhaber, 2007, 865 (873 ff.); siehe auch bereichsspezifisch D. Diehm, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, 2006, insbes. 325 ff.; N. Breital, Die Ausstrahlungswirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle auf das deutsche Kollisionsrecht, Dissertation Tübingen 2000, insbes. 79 ff.

etwa in verwaltungsrechtlichem Zusammenhang an Entwicklungen wie die Erleichterung des Zugangs von Bürgern zu Informationen oder die steigende Bedeutung des Verwaltungsverfahrens. Ihren Ausgangspunkt in anderen Rechtsordnungen nehmend, erfordern diese aufgrund überstaatlicher Normierungen eine Neuorientierung des deutschen Rechts. Derartige Entwicklungen führen zu einer Anreicherung des nationalen Rechts nicht nur um die spezifische Regelung, sondern darüber hinaus um die ihr zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Wertungen. Diese können wiederum ihrerseits in die Rechtsordnung ausstrahlen und sogar zu grundlegenden Veränderungen in der Struktur des nationalen Rechts beitragen.²³⁹

Nimmt man schließlich das Mehrebenensystem insgesamt in den Blick, ist eine umfassende "wechselseitige Beeinflussung"²⁴⁰ der rechtlichen Grundlagen und Konzepte feststellbar. Langfristig kann dies bei fortschreitender Konstitutionalisierung zu einer weitgehenden Rechtsvereinheitlichung auf Grundlage ebenenübergreifender Verfassungswerte führen, die sich ebenso wie das aus ihnen wachsende Recht aus den neu zusammengesetzten Splintern der nationalen Rechtsordnungen bilden. Bis dahin ist es jedoch selbst in der Europäischen Union noch ein langer und steiniger Weg. Ob er begangen werden sollte, sei dahingestellt.

III. Ergebnis

Entgegen dem ersten Anschein weisen die Konstitutionalisierungsprozesse auf inner- und überstaatlicher Ebene deutliche Verbindungslinien auf. Zwar handelt es sich nicht um identische, wohl aber um zusammenhängende Phänomene. Innerhalb einer Ebene geht die Herausbildung grundlegender rechtlicher Wertvorstellungen deren Einwirkung auf das einfache Recht notwendigerweise voraus. So ist zu erwarten, dass der angesichts der Globalisierung vielfach für unverzichtbar gehaltene Einzug konstitutionellen Denkens in das internationale Recht²⁴¹ nicht ohne Auswirkungen auf das bereichsspezifische Völkerrecht bleibt.

Ebenenübergreifend zeigt sich, dass zentrale Elemente der nationalen Verfassungen für die Herausbildung einer überstaatlichen materiellen Verfassungsordnung von herausragender Bedeutung sind. Aufgrund der Vorbildfunktion nationaler Regelungsmodelle für die überstaatliche Rechtsetzung gewinnt aber auch das von nationalen Verfassungswerten durchdrungene einfache Recht der Staaten an Einfluss auf die Gestalt des internationalen Rechts. Dieses wiederum wirkt auf das

²³⁹ J. K o c h, JZ 2007, 277 (279), stellt zutreffend fest, dass die Bewahrung der Einheit der Rechtsordnung die Trennung von deren überkommenen nationalen Eigenheiten erfordern kann.

²⁴⁰ H u b e r (Anm. 39), 194 (222), zum Verhältnis von nationalem und europäischem Verfassungsrecht; zur horizontalen gegenseitigen Verfassungsbeeinflussung vgl. P. H ä b e r l e, in: Merten/Papier (Anm. 169), § 7 insbes. Rn. 30 ff.

²⁴¹ K o t z u r (Anm. 59), 23 (26); ähnlich B i a g g i n i (Anm. 3), 445 (472); von einem "Konstitutionalisierungsbedarf" spricht in wirtschaftsvölkerrechtlichem Zusammenhang N e t t e s h e i m (Anm. 10), 381 (402).

nationale Recht zurück und transportiert die ihm zugrunde liegenden Wertungen in jenes hinein.

Eine derartige gegenseitige Befruchtung der Konstitutionalisierungsprozesse erfolgt auf europäischer Ebene mit Blick sowohl auf die Europäische Union als auch auf die EMRK. Auf internationaler Ebene bildet sie derzeit vor allem eine Möglichkeit. Noch kann nicht mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden, ob und in welchem Umfang die Konstitutionalisierung des Völkerrechts fortschreitet²⁴² und damit die Voraussetzungen für ein intensives Zusammenwirken beider Konstitutionalisierungsphänomene geschaffen werden. Eine Tendenz dahin lässt sich jedoch bereits erahnen.

Summary²⁴³

Constitutionalisation in National and Supranational Law – Convergence or Divergence?

A. The term “constitutionalisation” is used in both public international and (German) constitutional law. Still, its meanings are different. In public international law “constitutionalisation” describes the alleged development of the international legal order towards a constitutional system. In the context of national law the same term is used to highlight the strong impact of national constitutional law on the form and understanding of the legal order. Up to this point the legal literature has discussed the phenomena separately and, therefore, their interdependency is often overlooked. This essay first takes a closer look at constitutionalisation in the international (B) and national (C) context. Second, the correlation between the different forms of constitutionalisation is analysed (D).

B. The international legal order is changing rapidly. The increase in the number of norms, as well as the growing number of actors on the international level, challenge the traditional understanding of public international law. Unsurprisingly, the consequences of the actual developments are far from obvious. The constitutionalist approach suggests the development of an international constitutional order. Notwithstanding the lack of an internationally acknowledged constitutional document, there are indications for the existence of constitutional rules on the international level. Those may be seen in the law of modern international organisations like the WTO. Although there can be no doubt that these norms represent a new quality of international law, they are too specific and cannot be used as an argument in favour of the constitutionalisation of the international legal order as a whole. Therefore, different indications have to be looked for. The Charter of the United Nations contains highly important basic principles for international relations, but is still part of the traditional concept of public international law – although a different understanding of its core principles does not seem entirely impossible. Another, more promising approach, is the concept of *ius cogens*. Since the 1960s the idea of peremptory norms, as codified in article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, has become widely accepted. In

²⁴² Ähnlich B r y d e (Anm. 220), 127 (135).

²⁴³ Summary by the author.

spite of the difficulties found in identifying those norms, their existence emphasizes an understanding of public international law which differs widely from the purely “westphalian” approach. Norms, which can be qualified as *ius cogens*, bind states notwithstanding their consent and therefore can be understood as part of the development towards an international constitutional order. Finally, the increasing importance of human rights in international law and the development of a more and more effective international jurisdiction are further arguments in favour of the existence of a rudimentary constitutional order on the international level. This order is not norm based but rather value-based and of very limited scope. Hence, the constitutionalisation of the international legal order differs widely from the constitutionalist movements on the national level in European and American history. It still, however, marks an almost revolutionary development in public international law. The European Union may serve as an example of possible results of constitutionalist developments in the international sphere.

C. In the context of national law, constitutionalisation is a metaphor for the – in most developed legal systems well known – influence of the constitution on the legal order. The constitution and its values, especially as codified in basic rights, must be observed not only by the legislator, but also by the interpreters of the law. Thus, the line between the constitution and the law becomes blurred. Although this has been criticized, it seems unavoidable in modern legal systems. If the constitution is understood not only as a document of political relevance, but as the top of the hierarchy of norms in the national legal order, there is no alternative to the acceptance of the great influence of the constitution on the legal order.

D. Thus, constitutionalisation on the international and national level are different phenomena. Still, they are linked by the emerging multilevel system of law. The spheres of national and international law are becoming increasingly connected. Developments on the international level influence those on the national level and vice versa. Because of its claim to supremacy, international law tends to become a general minimum standard. This is not only true for obligations resulting from international treaty law, but also for the developing constitutional values on the international level such as human rights or the rule of law. Those have to be taken into account for the whole of national law. In detail, the modalities of the influence of international on national law may be problematic. However, ignoring obligations deriving from international law seems to be nearly impossible in an international legal and political system which is interconnected in multiple ways. National law also influences international law, although in a more indirect manner. It gives examples of solutions for legal problems which occur on both the national and the international level. Hence, the constitutionalisation of international law is strongly influenced by constitutional ideas which were developed in the context of national law. But also in the field of international administrative law norms of constitutionalised national law serve as patterns for the development of international rules. Of course, in this process national legal and constitutional concepts and values get mixed first on the international and later also on the national level. Finally, the mutual influences of national and international law blur the line between the legal spheres and produce a set of common constitutional values which strongly influence both the national and the international legal order. Thus, the different processes of constitutionalisation are not isolated from each other, but rather complement one another.